

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, dos (2) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre la sociedad **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, como parte Convocante, y la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.** como parte Convocada, respecto de las controversias derivadas de los Contratos de licencia de uso del ERP NATIVO ON, y de licencia de uso para el desarrollo de historias clínicas adjunto al ERP NATIVO ON., previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES

1.- LOS CONTRATOS ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este tribunal se derivan del CONTRATO DE LICENCIA DE USO DEL ERP NATIVO ON, cuyo objeto fue: *"El Contratista venderá a MEDICA MAGDALENA SAS, el aplicativo ERP Nativo On en licencia de Uso permanente no exclusiva..."* y del CONTRATO DE LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON, cuyo objeto fue: *"El Contratista venderá a MEDICA MAGDALENA SAS, el aplicativo Sistema de Historias Clínicas en Licencia de Uso permanente no exclusiva..."*; ambos contratos suscritos el 26 de marzo de 2015

2.- PARTES DEL PROCESO ARBITRAL.

2.1.- Demandante.

La parte convocante la compone la sociedad **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, constituida por escritura pública No. 3043 del 23 de junio de 1981, de la Notaría 9 de Bogotá, inscrita en el registro mercantil con matrícula No. 00154154 del 23 de

junio de 1981, NIT No. 860502092-2, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por el Sr. Luis José Andade Pava

2.2.- Demandada.

La parte convocante la compone la sociedad NATIVOTECH S.A.S., constituida por documento privado del 16 de septiembre de 2011, inscrita en el registro mercantil con matrícula No. 02143551 del 22 de septiembre de 2011, NIT No. 900465267-1, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por el Sr. Luis Gustavo Adolfo Junco

3.- EL PACTO ARBITRAL.

A folios números 10 y 20 del Cuaderno de Pruebas, en las Cláusula DECIMA OCTAVA de los denominados Contratos de licencia de uso del ERP NATIVO ON, y de licencia de uso para el desarrollo de historias clínicas adjunto al ERP NATIVO ON, está contenida la cláusula compromisoria, que a la letra señala:

"DECIMA OCTAVA. – SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: Cualquier diferencia o controversia que surja entre las partes relativas a este contrato, a su ejecución, cumplimiento y/o liquidación, se tratara de arreglar directa y amigablemente. Si después de transcurrido quince (15) días de la notificación escrita de la controversia de una de las partes a la otra, sin que se llegare a un acuerdo, esta será decidida por un Tribunal de Arbitramiento, integrado por un (1) árbitro designado por la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal decidirá en derecho y se sujetara a lo dispuesto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá así como a las reglas contenidas en el decreto 2279/89 y demás normas que las adicionen o modifiquen. Los costos y honorarios del Tribunal serán a cargo de la parte vencida "

4.- LA DEMANDA ARBITRAL.

El once (11) de marzo de dos mil dieciséis (2016) la sociedad **MEDICA**

MAGDALENA S.A.S., a través de apoderada judicial, presentó demanda arbitral para resolver las diferencias surgidas con la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, (Folios 001 al 020 del Cuaderno Principal).

4.1.- Pretensiones de la Demanda Inicial.

La parte demandante formuló las siguientes Pretensiones:

1. *"Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, la devolución y el reintegro del valor pagado por mi representada como anticipo, entregado el día 14/04/2015, por valor de **DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$233.160.622.00)**, mediante cheque número 544567, del Banco de Bogotá, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales y posterior terminación de los contratos de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON** y el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON** celebrados con la sociedad Medica Magdalena S.A.S.*
2. *Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, pagar a favor de **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, la cláusula penal establecida en el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON**, correspondiente a la suma de **Once Millones Cuatrocientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$11.400.000.00)**, por el incumplimiento a las obligaciones contractuales pactadas*
3. *Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, pagar a favor de **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, la cláusula penal establecida en el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON**, correspondiente a la suma de **Trece Millones Trescientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$13.300.000.00)**, por el incumplimiento a las obligaciones contractuales pactadas*
4. *Que se condene en costas al convocado.*
5. *Que se me reconozca personería jurídica para actuar conforme al poder que me otorga el representante legal de la sociedad **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**"*

4.2.- Hechos de la Demanda Inicial.

Las mencionadas Pretensiones se presentan con el apoyo narrativo de treinta y cuatro (34) Hechos (folios 004 a 114 del Cuaderno Principal), los que se pueden resumir así:

1. *El pasado 26 de Marzo de 2015 **Medica Magdalena S.A.S.** y **Nativotech S.A.S.**, celebraron dos contratos de prestación de servicios profesionales de software, el primero denominado **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON**; y el segundo **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON**. Dichos contratos se llevaron a cabo con base en la propuesta comercial presentada por Nativotech S.A.S., el 27 de noviembre de 2014.*
2. *Dichos contratos se celebraron con el fin de reemplazar el software contable actual de la institución, por el que ofreció Nativotech S.A.S, bajo las normas internacionales de información financiera (NIIF) además que trabajara en complemento y conjuntamente con el software de historias clínicas que también dicha sociedad ofreció. Así las cosas se desarrollaría primero el software contable (aplicativo NativoOn) y una vez recibido a satisfacción y como complemento del primero se desarrollaría el adjunto al de historias clínicas.*
3. *Para el perfeccionamiento de dichos contratos se solicitaron las siguientes pólizas: **a)** de cumplimiento del contrato por una cantidad equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato y con una vigencia igual a la del contrato y tres (3) meses adicionales; **b)** Buen manejo y correcta inversión el anticipo por un valor equivalente al cien por ciento (100%) del valor del anticipo con una vigencia igual al plazo del contrato y tres (3) meses adicionales.*
4. ***Nativotech S.A.S.** presentó la póliza No. 63-45-101009496 por valor de \$132.240.000.00 para el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON** y póliza No. 63-45-101009495 por valor de \$154.280.000.00 para el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL***

ERP NATIVO ON. Las pólizas anteriormente mencionadas fueron expedidas por Seguros del Estado con recibo de pago No. 327685 con fecha 31/03/2015 y clave 112423. El pasado 08 de abril de 2015, mediante acta No. 01 se aprobaron las pólizas presentadas.

5. Mediante cheque No.544567 del banco de Bogotá a nombre de la sociedad Nativotech S.A.S, se paga el anticipo acordado por la suma de **DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$233.160.622.00).**
6. Tal y como da cuenta el contrato Licencia Para Uso Del ERP Nativo On, en la cláusula segunda numeral 11 se estableció "**FECHA DE ENTREGA DEL SOFTWARE.** Es la fecha en la que el contratista se compromete hacer la entrega del ERP NATIVO ON en producción, acordada para el 30 de Enero de 2016, siempre y cuando por causas ajenas a NATIVOTECH S.A.S., fuerza mayor o retrasos ocasionados en el cumplimiento del cronograma por parte del CONTRATANTE, la fecha de entrega acordada deba ser modificada. Dicha entrega deberá constar en acta de recibo a entera satisfacción firmada por ambas partes....". Resaltado fuera de texto.
7. Una vez se puso en marcha el desarrollo de los contratos, la convocada Nativotech S.A.S. solicitó la compra de un servidor con las especificaciones descritas en mail de fecha 20 de Abril de 2014, el cual mi representada adquirió con el visto bueno del representante legal de la convocada.
8. Nativotech S.A.S, configura e instala el aplicativo NativoOn en la última semana del mes de Junio de 2015. En reunión mantenida con las personas encargadas del contrato en La Clínica, se acuerda hacer levantamiento de la información para conocer en detalle los requerimientos para el desarrollo del software.
9. Dentro de las obligaciones contractuales para el contratante (Medica Magdalena S.A.S) se establecieron entre otras: "... **CLAUSULA CUARTA...3. Suministrar al CONTRATISTA la información y elementos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones;** 4. Impartir las instrucciones que sean

*necesarias **para que el CONTRATISTA cumpla sus servicios adecuadamente**; 6. Atender cualquier inquietud y **brindar apoyo en la solución de problemas e inconvenientes que sobrevengan durante el desarrollo y ejecución del contrato**; 8. Proveer oportunamente los elementos físicos, técnicos, y tecnológicos **que garanticen una adecuada ejecución del contrato de conformidad con las solicitudes que haga el CONTRATISTA...**". Resaltado fuera de texto.*

10. Dando cumplimiento a nuestras obligaciones contractuales se hizo junto con la persona asignada (Ingeniera) por Nativotech S.A.S., un primer levantamiento de la información, el cual NO fue aprobado por la institución debido a las múltiples inconsistencias que se encontraron en las actas finales entregadas por Nativotech S.A.S., el 27 de octubre de 2015 mediante correo electrónico. Por este motivo, se programó un nuevo levantamiento de información con una funcionaria de Nativotech S.A.S. distinta a la que había realizado el primero.
11. El primer levantamiento de información se realizó de la siguiente manera:
- a) 14 de Julio levantamiento de información del departamento de admisiones con Claudia Martínez, Laura Roa y Marina Umaña;
 - b) 15 de Julio, se revisan procesos de facturación con Claudia Martínez y Martha Murillo;
 - c) 24 de Julio, se revisan procesos de: farmacia con Diana Hernández, y facturación con Alejandra Avendaño y Yamile Peña;
 - d) 28 de Julio, continua revisión de procesos de facturación con Martha Murillo;
 - e) 29 de Julio, se revisa procesos de: RIPS con Érica Avendaño. Caja y tesorería con Érica Cañas.
 - f) 22 de Julio, se revisan procesos de farmacia con Carolina López.
 - g) 16 de Septiembre, se revisan procesos de: radiología con Sandra Caicedo, obstetricia con el Doctor Fernando Botero y Unidad de Cuidados Intensivos Adultos con el Doctor Edgar Vásquez.
 - h) 21 de Septiembre, se revisan procesos de Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal con la Doctora María Elvira Matheus.

- i) 23 de Septiembre, se revisan procesos de: contabilidad con Gloria Rojas y enfermería con Gloria León.*
- j) 30 de Septiembre, se revisan procesos de calidad con Mónica Franco.*
- k) 05 de Octubre, se revisan procesos de gineco-ostetricia y medicina general con la Doctora Claudia Garzón.*
- l) 06 de Octubre, se revisan procesos del departamento Biomédico con Mario Pamplona.*
- m) 13 de Octubre, se revisan procesos de hemodinamia con Milena Gómez.*

12. El segundo levantamiento se realizó de la siguiente manera:

- a) 23 de Noviembre, se revisan procesos de admisiones con Laura Roa, Marina Umaña y Claudia Martínez.*
- b) 24 de Noviembre, se revisan procesos de farmacia con Carolina López, Diana Hernández y Claudia Martínez.*
- c) 25 de Noviembre, se revisan procesos de facturación con Martha Murillo y Claudia Martínez.*
- d) 27 de Noviembre, se revisan procesos de gineco-obstericia con la Doctora Claudia Garzón y Claudia Martínez.*
- e) 26 de Noviembre, se revisa proceso de RIPS y cruce de cuentas con Erika Avendaño y Claudia Martínez.*
- f) 14 de Diciembre, se revisa proceso de radiología y exámenes diagnósticos con Sandra Caicedo, Doctor Jaime Jojoa, Claudia Martínez y adicionalmente, por parte de Nativotech S.A.S. asiste también el ingeniero Gustavo Junco.*
- g) 14 de Diciembre, se revisa proceso de gineco-ostetricia con el Doctor Luis Fernando Botero, Claudia Martínez y adicionalmente, por parte de Nativotech S.A.S. asiste también el ingeniero Gustavo Junco.*
- h) 15 de Diciembre, se revisan procesos de Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal con la Doctora María Elvira Matheus, Claudia Martínez*
- i) y adicionalmente, por parte de Nativotech S.A.S. asiste también el ingeniero Gustavo Junco.*
- j) 21 de Diciembre, se revisa proceso de control prenatal con el Doctor Luis Fernando Botero, Claudia Martínez*
- k) y adicionalmente, por parte de Nativotech S.A.S. asiste también el ingeniero Gustavo Junco.*

- l) 18 de enero de 2016, se revisan procesos de enfermería con Gloria León y Claudia Martínez.
13. En comunicación de fecha Octubre 16 de 2015, las personas designadas por Medica Magdalena S.A.S. para el desarrollo del objeto contractual presentaron informe de las capacitaciones del software al gerente de la institución, dichas capacitaciones dieron inicio el día 13 de octubre de 2015. En el informe se dejó claro que el aplicativo presentaba fallas al momento de hacer las capacitaciones. Por ello se hizo un requerimiento de carácter urgente a Nativotech S.A.S., dejando claro que no se evidenciaba avance alguno en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, al cual Nativotech S.A.S. hizo caso omiso.
14. Es de aclarar que según la cláusula VIGESIMA.- DOCUMENTOS INTEGRANTES DEL CONTRATO, literal g el contratista debió haber entregado el cronograma desde el inicio para dar comienzo al desarrollo de las actividades, lo cual **NO fue cumplido**; El cronograma que se menciona en este numeral, fue entregado por parte de Nativotech S.A.S. el 04 de noviembre de 2015 y rechazado por Médica Magdalena S.A.S. dado que no tenía la estructura adecuada de este tipo de documentos, es decir NO era un cronograma como tal. El 17/11/2015 El contratista envía el cronograma corregido, con el formato solicitado por la institución, sobre el cual también se solicitan modificaciones las cuales no fueron entregadas por parte de Nativotech.
15. Con la información solicitada por parte de Nativotech S.A.S. a Medica Magdalena S.A.S., se empieza a cargar el aplicativo (software) NativoOn y adherido a ello, empiezan las capacitaciones al personal de la clínica por parte de Nativotech S.A.S., de las cuales dan cuenta las actas que se firman en cada reunión. En cada sesión se puede observar que el aplicativo presenta demasiados fallos funcionales los cuales se dejan anotadas para que sean solucionados en la próxima sesión.

ACTA- FECHA	PENDIENTES
06/11/2015	Control de consecutivos de facturación. Pendiente de verificar la

	<i>funcionalidad.</i>
<i>11/11/2015</i>	<i>En la creación de cuentas contables, la información subió con inconsistencias. Pendiente verificar.</i>
<i>18/11/2015</i>	<i>Manejo de los certificados de ingresos y retenciones, cuando hay variación en las tarifas de retención. Verificar</i>
<i>20/11/2015</i>	<i>Error en la parametrización de conciliación tributaria.</i>
<i>20/11/2015</i>	<i>Error en la importación de archivos de interesados, la información quedó incompleta. Modificación de la estructura del archivo de productos para ajustar a las necesidades de la institución. Reconocimiento de los activos fijos.</i>
<i>25/11/2015</i>	<i>No muestra homologación de cuentas para balance bajo IFRS. El balance local no está mostrando la cuenta. Las cuentas de conciliación tributaria no las presenta generando descuadre en el balance. La utilidad del ejercicio local Gap no la está llevando a la cuenta de utilidad según parametrización. No está separando el balance general del estado de resultados. No muestra la cuenta de utilidad dentro del patrimonio.</i>
<i>27/11/2015</i>	<i>No está generando el movimiento del mes de octubre. Genera reporte de error a la homologación. No muestra todas las partidas de los extractos bancarios.</i>
<i>23/11/2015</i>	<i>En consulta no se muestra detalle de las transacciones, y muestra error en la fecha de las mismas.</i>

16. Todas las inconsistencias encontradas, fueron informadas a Nativotech S.A.S. mediante mail de fecha 28/11/2015 como conclusión al cierre de la capacitación del Backoffice (Contabilidad).

17. *Teniendo en cuenta todas las fallas presentadas en el aplicativo NativoOn, reflejadas en las capacitaciones al personal de Medica Magdalena S.A.S. y de las cuales no se daba solución alguna, fue necesario hacer una reunión para verificar la funcionalidad del área Backoffice (contabilidad), la cual se llevó a cabo el pasado 02 de Diciembre de 2015. En el documento se puede verificar que Nativotech S.A.S., no cumplió los compromisos como: la entrega de los*

*validadores, corrección de las inconsistencias ya reportadas **y no se comprometieron a fijar fechas para cumplir dichos compromisos.***

- 18. El 03/12/2015, se realiza reunión con el fin de continuar las pruebas de funcionalidad del área BackOffice de NativOn. Se evidencia la persistencia de múltiples errores dentro de los cuales, el descuadre de los estados financieros es el que más relevancia tiene. Como conclusión, NO se evidenció la funcionalidad del BackOffice*
- 19. El 07/12/2015 se hace capacitación donde se establecen más pendientes "...pendiente aclaración de los siguientes campos: Aprovisionamiento, punto reorden, Estándar circulante y Estándar fijo, ajustar manejo de los subgrupos y centros de costo a las necesidades de la institución, e igualmente el manejo de la lista de precios..." para la semana del 14 de diciembre (sin solucionar).*
- 20. El 15/01/2016 se hacen pruebas del aplicativo dando como resultado "...El balance general continua descuadrado, **Nativotech S.A.S. solicita la cancelación de las pruebas programadas y las reprograma para el día 22 de enero de 2016**, se compromete a revisar el algoritmo utilizado para el desarrollo del programa para llevar a cabo los ajustes necesarios, los cuales ya estarían instalados para las próximas pruebas...". Resaltado fuera de texto.*
- 21. El 15/01/2016 se hacen pruebas del aplicativo dando como resultado "...El balance general continua descuadrado, **Nativotech S.A.S. solicita la cancelación de las pruebas programadas y las reprograma para el día 22 de enero de 2016**, se compromete a revisar el algoritmo utilizado para el desarrollo del programa para llevar a cabo los ajustes necesarios, los cuales ya estarían instalados para las próximas pruebas...". Resaltado fuera de texto*
- 22. El 22/01/2016 se hacen nuevamente las pruebas al aplicativo. Los compromisos de Nativotech S.A.S., no fueron cumplidos y el software NativOn sigue presentando fallas en la funcionalidad; como conclusión se estableció "...teniendo en cuenta las inconsistencias presentadas durante el día **no fue posible realizar las pruebas de procesos tales como depreciación,***

conciliación bancaria conciliación tributaria y demás procesos propios del área funcional Back Office;.... Se reprograman pruebas para el 28/01/2016, pero la ingeniera de Nativotech S.A.S., cancela por motivos personales, y no confirma nueva programación. Resaltado fuera de texto

- 23.** Pese a los requerimientos del personal de Medica Magdalena S.A.S., a Nativotech S.A.S., en comunicaciones físicas y vía mail, donde se le informaba que el aplicativo presentaba fallas estas no fueron resueltas y el aplicativo nunca tuvo funcionalidad.
- 24.** El 26/01/2016 Nativotech S.A.S. envía comunicación donde informa a modo general que el aplicativo funciona adecuadamente, según las pruebas realizadas el 15 y 22 de Enero de 2016. Sin embargo y dando alcance y claridad a lo allí anotado, Medica Magdalena S.A.S., da respuesta mediante comunicación de fecha 26/01/2016 donde se deja claro que no hay funcionalidad en el software NativoOn, se anexan las actas donde se han dejado los pendientes sin atender por parte de Nativotech S.A.S.
- 25.** El 29/01/2016 Médica Magdalena S.A.S. informa a Nativotech S.A.S., la preocupación que tiene respecto al cumplimiento del objeto contractual, lo que ha generado sobrecostos y traumatismos en el devenir diario de la institución. Aunado a ello se aproxima la fecha de entrega definitiva pactada en el contrato (30 de Enero de 2016) sin observar avance o funcionalidad en el software.
- 26.** Nativotech S.A.S. como en todas las ocasiones hace caso omiso al comunicado y nuevamente queda sin respuesta la comunicación anterior como todos los pendientes del aplicativo que continúa sin funcionar.
- 27.** Llegada la fecha de entrega del ERP NativoOn (30 de enero de 2016) no hay ninguna comunicación por parte de Nativotech S.A.S., de la entrega del mismo o solicitud de modificación de la fecha.
- 28.** El 02/02/2016, por solicitud de mi representada se reúnen en la clínica los representantes legales de Nativotech S.A.S. y Medica Magdalena S.A.S. con el fin

de solucionar el inconveniente que se ha presentado con el cumplimiento del objeto contractual, sin embargo y luego de verificar que Nativotech S.A.S., sigue sin dar solución a todas las fallencias que presenta el software, se llega a la conclusión de dar por terminados los contratos por incumplimiento a las obligaciones pactadas con la sociedad Nativotech S.A.S.

- 29. En la misma fecha se envía comunicación formal a la sociedad Nativotech S.A.S., donde se les indica que Medica Magdalena S.A.S. SUSPENDE EL INGRESO REMOTO al servidor donde fue instalado el aplicativo.*
- 30. De la reunión se levanta el acta donde se registra la decisión, y es enviada por correo certificado Interrapidísimo y Servientrega. En los informes de entrega se puede observar la orden dada por el representante legal de Nativotech S.A.S. de no recibir ninguna comunicación que provenga de Medica Magdalena S.A.S., por lo que se pierde toda comunicación con la sociedad Nativotech S.A.S. El acta de terminación de los contratos es notificada vía mail (09/02/2016), la cual es recibida.*
- 31. De la misma forma se le informa a la aseguradora Seguros del Estado, la terminación de los contratos celebrados con la sociedad Nativotech S.A.S.*
- 32. Mi representada **NUNCA** incumplió alguna de las obligaciones generadas en los contratos de prestación de servicios celebrados con Nativotech S.A.S, por lo que y en vista de la falta de cumplimiento, seriedad y responsabilidad de la convocada, se decidió de forma unilateral terminar los contratos.*
- 33. En los contratos motivo de controversia se pactó: "...**DECIMA OCTAVA.- SOLUCION DE CONFLICTOS** cualquier diferencia o controversia que surja entre las partes relativas este contrato, a su ejecución, cumplimiento, y/o liquidación, se tratara de arreglar directa y amigablemente. Si después de transcurridos quince (15) días de la notificación escrita de la controversia de una de las partes a la otra, sin que se llegara a un acuerdo, esta será decidida por un tribunal de arbitramento, integrado por un (1) árbitro designado por la cámara de comercio de Bogotá. El tribunal decidirá en derecho y se sujetara a lo*

dispuesto por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá, así como a las reglas contenidas en el decreto 2279/89 y demás normas que adicionen o modifiquen. Los costos y honorarios del tribunal serán a cargo de la parte vencida”.

34. Se procedió a enviar el acta en mención por correo electrónico el día 09 de Febrero de 2016. Nativotech S.A.S. contesta en comunicado de fecha 16 de Febrero de los corrientes, argumentando que “han dado cumplimiento a las obligaciones contractuales”, para lo cual la institución les solicita soporte de ello, sin que hasta la fecha los hayan enviado porque NO EXISTEN documentos, actas o comunicaciones donde la institución haya recibido a satisfacción el software con el aplicativo NativoOn y que esté funcionando perfectamente.”

5.- LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

En la misma fecha de presentación de la demanda, la sociedad convocante en calidad de *Asegurada* formuló además Llamamiento en Garantía contra la sociedad **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** en virtud de la póliza No. 63-45-101009496 para el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON** y póliza No. 63-45-101009495 para el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON.**

6.- DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

Mediante sorteo público de fecha 17 de marzo de 2016 (Folios 035 a 042 del *Cuaderno Principal*) el Centro de arbitraje designó al abogado **OSCAR IBÁÑEZ PARRA** como árbitro único para integrar este Tribunal, de lo cual fue informado por el Centro de Arbitraje, ante quien manifestó oportunamente la aceptación de su cargo.

7.- ACTUACIÓN PROCESAL.

7.1.- Instalación.

Previas las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal se instaló el diecinueve (19) de abril de dos mil dieciséis (2016) en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en donde fijó su sede (Acta N° 1, folios 77 a 82 del Cuaderno Principal). Como Secretaria fue designada la doctora **LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS**, quien aceptó su cargo dentro del término legal.

7.2.- Admisión de la Demanda principal, del Llamamiento en Garantía y Notificación.

Por auto No. 2 del diecinueve (19) de abril de dos mil dieciséis (2016), el Tribunal admitió la Demanda y el Llamamiento en garantía y ordenó correr los traslados en los términos de Ley (Acta No. 1, Folio 79 del Cuaderno Principal), cuyas notificaciones personales se surtieron los días 1º de junio de 2016 y 09 de junio de 2016, respectivamente.

7.3.- Contestación del Llamamiento en garantía.

El día treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016), dentro del término de ley, la parte Llamada en Garantía, a través de apoderado judicial, contestó el Llamamiento, solicitó pruebas y presentó las siguientes Excepciones de Mérito: (folios 42 al 51 del Cuaderno de Llamamiento en Garantía).

- Contrato no cumplido
- Adecuada y oportuna utilización del dinero entregado por concepto de anticipo por parte del contratista/tomador
- Ausencia de cobeertura de la clausula penal
- Culpa exclusiva de la victima
- Generica

7.4.- Contestación de la Demanda y presentación de la Demanda de Reconvención.

El día ocho (08) de julio de dos mil dieciséis (2016), dentro del término de ley, la Convocada, a través de apoderado judicial, formuló Demanda de Reconvención, contestó la Demanda, solicitó pruebas y presentó las siguientes Excepciones de Mérito: (folios 86 al 104 del Cuaderno principal).

- Cobro de lo no debido; y
- Terminación ilegal de los Contratos Licencia para Uso del ERP NATIVO ON y Licencia de Uso para el desarrollo de Historias Clínicas.

7.5.- Admisión de la Demanda de Reconvención.

Mediante auto del 21 de julio de 2016 (Acta No. 3, folio 124 del Cuaderno Principal), el Tribunal admitió la Demanda de Reconvención, ordenó correr traslado a la parte demandante por el término legal, quien la contestó y propuso excepciones de mérito.

7.5.1.- Pretensiones de la Demanda de Reconvención.

La parte demandada con su Demanda de Reconvención formuló las siguientes Pretensiones (folios 98 y 99 del Cuaderno Principal):

Primera. - Que se declare que la sociedad MEDICA MAGDALENA SAS incumplió el contrato denominado LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON, suscrito con la sociedad NATIVOTECH SAS, por retardar el cumplimiento de sus obligaciones; por cumplirlas otras de manera inapropiada y por impedir el cumplimiento del contrato en su etapa final, de manera unilateral e injustificada, alegando un pretendido incumplimiento.

Segunda. - Que se declare que la sociedad MEDICA MAGDALENA SAS incumplió el contrato denominado DESARROLLO DE HISTORIAS CLINICAS, al haber impedido el

acceso al servidor dispuesto para el desarrollo del software correspondiente y retardando de forma injustificada el levantamiento de información requerido, cuando el término del contrato se encontraba vigente y el desarrollo del contrato se encontraba en condiciones de operar.

Tercera. - Que se condene a MEDICA MAGDALENA SAS, a pagar a mi mandante, al pago de las cláusulas penales pactadas en ambos contratos, así: (i) En el contrato de LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON, la suma de \$ 11.400.000 ; (ii) Por cuenta del contrato de DESARROLLO DE HISTORIAS CLINICAS, la suma de \$13.300.000.

Cuarta. - Que se condene a la parte demandada a pagar las costas del proceso."

7.5.2.- Hechos De La Demanda De Reconvención

(folios 99 a 101 del Cuaderno Principal)

1.- *"La sociedad NATIVOTECH SAS, suscribió dos contratos con la sociedad MEDICA MAGDALENA S.A. El primero, denominado LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON, que es un software (programa) aplicativo para manejar la contabilidad de la empresa, con base en las normas vigentes de contabilidad, locales denominadas **LocalGaap** y las normas internacionales de Información Financiera denominadas **IFRS/NIIF**.*

2.- *El segundo, denominado LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLINICAS, es otro programa (aplicativo) **ADJUNTO** a la ERP NATIVO On, cuyo objeto es llevar a cabo el manejo de historias clínicas de los pacientes de Médica Magdalena.*

3.- *El contrato para LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON fue convenido con unos plazos rigurosos, que establecieron que el uso del aplicativo entrada en operación el 30 de enero. El aplicativo se puso en operación el 25 de enero, mediante pruebas satisfactorias de las que se dio cuenta en comunicación del 26 del mismo mes, pero por ser el 30 y él 31 días no hábiles se dispuso que entraría en*

operación el 1 de febrero. Cualquier dilación, afectaba sensiblemente los plazos convenidos.

4.- Además, MEDICA MAGDALENA SAS, tras haber retardado la entrega del servidor solicitado, por tres meses, haciendo muy gravosa la situación de NATIVOTECH, incumpliendo la cláusula cuarta numeral 8 del contrato, impidió el normal desarrollo del contrato al no suministrar un elemento tecnológico vital para la conclusión del proyecto.

5.- Adicionalmente MEDICA MAGDALENA dispuso como ejecutivo contacto para el desarrollo del contrato a una contadora pública, sin ninguna experiencia en sistemas, incumpliendo la cláusula cuarta numeral 7, en virtud de la cual ha debido colocar un ingeniero de sistemas profesional idóneo que facilitara la comunicación y la comprensión de los fenómenos de implantación de un sistema y al mismo tiempo contribuyera a obviar las eventuales dificultades que pudieran presentarse durante el proceso.

6.- Como consecuencia de ello la entrada de datos y en general de información por parte de la persona encargada no se correspondía con las exigencias del contrato y produjeron multiplicidad de inconsistencias en los resultados, pues cuando a aplicativo de software le ingresan datos inconsistentes se obtienen resultados igualmente inconsistentes. Esto es conocido como "basura entra basura sale" en el argot técnico.

7.- Finalmente, MEDICA MAGDALENA, de manera unilateral e injustificada, a pesar de haber participado en las pruebas finales llevadas a cabo el 25 de enero, decidió, negar el acceso al servidor, el primero de febrero, impidiendo que NATIVOTECH pudiese poner en operación el aplicativo, decidiendo declarar el incumplimiento del contrato, sin mediar decisión judicial y sin comprobar de manera fehaciente que la aplicación funcionara o no oficialmente, en la fecha programada.

8.- El contrato LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLINICAS, se desarrolló oportunamente, aun cuando MEDICA MAGDALENA SAS, sin causa justificada alguna obligo a NATIVOTECH a realizar un doble levantamiento de

información, proceso este crítico para el correcto desarrollo del aplicativo de Historias Clínicas.

9.- El término dispuesto para la elaboración de este contrato se vencía el 28 de marzo de 2016.

10.- No obstante que el término de ejecución del contrato se encontraba vigente, MEDICA MAGDALENA, decidió de manera unilateral, negar el acceso a su servidor a partir del primero de febrero del año en curso, y declaró unilateralmente terminados los contratos, con base en un supuesto incumplimiento, declarado igualmente por dicha sociedad.

11.- Al impedir el acceso al servidor y en consecuencia negar el acceso a la información y aunque el término de ejecución pactado se encontraba vigente, la sociedad MEDICA MAGDALENA SAS, incumplió el contrato de manera fundamental, pues no se pudo completar la programación, a pesar de encontrarse vigente el término del contrato para realizar el objeto encomendado.”

7.6.- Contestación de la demanda de Reconvención.

El 19 de agosto de 2016, la parte demandante contestó la demanda de reconvención y propuso las siguientes excepciones de mérito: (folios 127 a 146 del Cuaderno Principal)

- Cobro de o no debido
- Lo pactado debe cumplirse “pacta sunt servanda”
- Incumplimiento del Contrato, terminación unilateral.
- Excepción genérica

7.7.- Traslado de las Excepciones.

El 23 de agosto de 2016, por secretaría se corrió el traslado conjunto a las partes de las excepciones de mérito presentadas en la contestación de la demanda inicial, la contestación de la demanda de reconvención y la contestación del llamamiento en

garantía. La parte demandante recorrió dentro del término este traslado (folios 148 a 160 del Cuaderno Principal). Las partes convocada y llamada en garantía guardaron silencio.

7.8.- Audiencia de Fijación de gastos y honorarios.

Mediante auto de fecha treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016) se fijó el día nueve (09) de septiembre de dos mil dieciséis (2016) para la celebración de la audiencia en la cual se señaló las sumas por concepto de honorarios del Árbitro único y la Secretaria, así como la partida de gastos de funcionamiento, que en la oportunidad legal fueron consignadas en su totalidad por la parte convocante y la parte llamada en garantía . (Folios 165 a 170 del Cuaderno Principal).

7.9.- Primera audiencia de trámite.

El tres (03) de octubre de dos mil dieciséis (2016) se surtió la primera audiencia de trámite, en la que se dio cumplimiento a las formalidades previstas en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012; en ella el tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes del proceso, respecto de las controversias derivadas de los Contratos de licencia de uso del ERP NATIVO ON, y de uso para el desarrollo de historias clínicas adjunto al ERP NATIVO ON con fundamento en las Cláusulas Compromisorias contenidas en los mismos. El Tribunal se declaró competente, fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses, profiriendo a continuación el auto de decreto de pruebas, señaló fechas para la práctica de las diligencias y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite. Dichas decisiones se notificaron a las partes en estrados y contra ellas no se interpuso recurso alguno (Acta No. 6, folios 171 a 178 del Cuaderno Principal)

8.- INSTRUCCIÓN DEL PROCESO.

El Tribunal Arbitral practicó las pruebas solicitadas por ambas partes y que fueron decretadas.

8.1.- Prueba documental

Fueron agregados al expediente los documentos aportados por las partes que se relacionan en sus respectivas demandas y contestaciones a éstas.

8.2.- Prueba Testimonial

Fueron recibidos los testimonios cuyas transcripciones obran en el Cuaderno de Pruebas No. 3, a saber: **Gloria Inés Rojas**, (folios 366 a 378); **Claudia Marcela Martínez** (folios 379 a 389), **Diego Alfonso Betancourt** (folios 390 a 401), **Arnulfo Bocachica Rico** (folios 402 a 418), **Esperanza Acevedo** (folios 419 a 431) y **Beatriz Eugenia Villamizar Torres** (folios 432 a 448)

8.3.- Interrogatorio de Parte

Fueron practicados los interrogatorios de parte del Representante Legal de la sociedad demandada NATIVOTECH S.A.S., señor Gustavo Junco (Folios 449 a 461 Cuaderno de Pruebas No. 3), así como del señor Luis Andrade Pava, Representante Legal de la sociedad demandante MEDICA MAGDALENA S.A.S. (folios 462 a 475 Cuaderno de Pruebas 3)

8.4.- Dictámen Pericial

El dictamen pericial informático, solicitado por la parte demandada, fue rendido por el perito Ingeniero de Sistemas, **Douglas de Jesus Hurtado Carmona**, el 02 de diciembre de 2016, (folios 291 a 338 del Cuaderno de Pruebas No. 3)

El día 06 de diciembre de 2016, se corrió traslado del dictamen pericial. Las partes guardaron silencio.

9.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Tribunal en audiencia del 24 de febrero de 2017 realizó la audiencia de

alegaciones finales. En ella los apoderados de las partes formularon sus planteamientos por escrito entregando sendos memoriales que forman parte del expediente (Acta N° 12, folios 205 al 258 del Cuaderno Principal).

10.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO.

Conforme lo dispuso el tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la Ley 1563 de 2.012.

La primera audiencia de trámite inició y finalizó el tres (03) de octubre de dos mil dieciséis (2016) (Acta No. 6)

Por solicitudes de las partes formuladas dentro del término de vigencia del proceso, se suspendió durante los espacios de tiempo que determinan las siguientes fechas:

-Entre los días 27 de enero de 2017 y el 12 de febrero de 2017, ambas fechas inclusive (16 días – Acta No. 10)

- Entre los días 14 de febrero de 2017 y 23 de febrero de 2017, ambas fechas inclusive (10 días - Acta No. 11)

- Entre los días 25 de febrero de 2017 y el 20 de abril de 2017, ambas fechas inclusive (55 días - Acta No. 12)

En total, el proceso se suspendió durante 81 días, con lo cual el término se extiende hasta el 23 de junio de 2017. Por lo anterior, el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

11.- PRESUPUESTOS PROCESALES.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia

de las previsiones legales; no advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

- (i) Demanda en forma. La Demanda inicial cumple los requisitos formales exigidos; por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite.
- (ii) Competencia. Conforme se declaró mediante auto del tres (03) de octubre de dos mil dieciséis (2016), proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de este arbitraje.
- (iii) Capacidad. Tanto la Convocante como la Convocada son sujetos plenamente capaces para ser parte y para comparecer al proceso.
- (iv) Nulidades sustanciales. El Tribunal tampoco observa la existencia de alguna causal de invalidez para decretar la nulidad de los "Contratos de licencia de uso del ERP NATIVO ON, y de licencia de uso para el desarrollo de historias clínicas adjunto al ERP NATIVO ON "

SEGUNDA PARTE. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. DE LA TACHA DE TESTIGOS

Antes de entrar a pronunciarse de fondo sobre el asunto sub judice, El Tribunal analizará las solicitudes de tacha de testigos formuladas en el desarrollo de las diligencias. La apoderada de la parte convocante tachó por parcialidad a la testigo Beatriz Eugenia Villamizar, por tener vinculos laborales con NATIVOTECH SAS. En igual sentido, por tener vinculos laborales con MEDICA MAGDALENA SAS, el apoderado de la parte convocada tachó por parcialidad a los testigos Gloria Inés Rojas Triana, Arnulfo Bocachica Rico y Claudia Marcela Martínez y el apoderado de la parte llamada en garantía tachó al testigo Diego Alfonso Betancourt.

El artículo 211 del Código General del Proceso, establece que *"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"*, y dispone que la tacha debe formularse con expresión de las razones en las que se funda y que el juez analizará el testimonio en el momento de fallar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Sobre el valor probatorio de un testigo sospechoso, la Corte Suprema de Justicia¹ ha indicado que:

"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 aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha.

Cuando existe un motivo de sospecha respecto del testigo, se pone en duda, que esté diciendo la verdad al declarar; se desconfía de su relato o de que sus respuestas corresponden a la realidad de lo que ocurrió; se supone que en él pesa más su propio interés en determinado sentido que prestar su colaboración a la justicia para esclarecer los hechos debatidos. El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se halla contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones sean no verídicas y por consiguiente, por sí solas, jamás pueden producir certeza en el juez".

De igual forma, la Corte Constitucional² ha expresado que:

"Conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Solo puede descartar aquellas respecto de las

¹ Sentencia Corte Suprema de Justicia de fecha 8 de junio de 1982, citada en la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2006 de la Corte Constitucional, Expediente D-6219.

² Corte Constitucional, sentencia T-1090 del 26 de octubre de 2005, M.P. Clara Inés Vargas, Expediente T-1132315.

cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebida o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso”

Así las cosas, la consecuencia directa que surge de la presentación de la tacha por alguna de las partes es que, al momento de fallar o de resolver la controversia, el juez debe estudiar y analizar los testimonios que han sido tachados, *“de acuerdo con las circunstancias de cada caso”*. Esa circunstancia implica que no existe una obligación de ‘resolver’ acerca de la sospecha, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la tacha por inhabilidad. En caso de sospecha, lo que se exige es un análisis con mayor rigurosidad del testimonio cuestionado, con el fin de que el mismo se examine con mayor severidad y en consideración de los motivos que le generan desconfianza a quien formula la tacha.

Debe entonces llamarse la atención que las tachas que se realizan respecto de unos testigos frente a los cuales se pone en duda la imparcialidad y neutralidad de su dicho, no conlleva indefectiblemente a restarle valor probatorio a su relato. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia.

Al respecto, sostiene esta corporación lo siguiente:

“hoy, bien se sabe, la sospecha no descalifica de antemano-pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después-acaso lo más prominente-halla respaldo en el conjunto probatorio” (Cas. Civ. sent. de 19 de septiembre de 2001, exp. 6624).

Más adelante, en el mismo sentido señaló:

"la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar" (Sent. Cas. Civ. de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. 7147-01)

Tenemos entonces que el testimonio del sujeto respecto del cual se advierten situaciones que puedan afectar su imparcialidad, debe valorarse con mayor rigurosidad y apreciarse con las demás declaraciones y medios de prueba que obren en el proceso, siempre conforme las reglas de la sana crítica.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

"Mas, y bien averiguado que lo está, ahora es muy otro el sistema probatorio que rige, inspirado en el principio de la racional apreciación de las pruebas, una de cuyas más elocuentes manifestaciones está, por cierto, en el tratamiento vario de los testigos sospechosos. Bien visto estaba, evidentemente, que dentro del régimen tarifario o legal de pruebas cupiera, entre las tantas fórmulas apriorísticas de que se servía, esta otra que aconsejaba a la ley-al fin de cuentas la encargada allá de la tarea valuativa de las pruebas-eliminar de antemano la versión de las personas en quienes concurre un motivo fundado de sospecha; el dilema se zanjaba a favor de la seguridad probatoria. Y era armonioso por cuanto sí, como secuela del régimen, entre otras cosas se predicaba la apreciación numérica de los testigos, más que justificado estaba que

la ley tomara la elemental precaución de impedir que esa cifra se completara de cualquier modo, y tanto menos con declarantes en quienes concurriere alguna situación que fundadamente da la idea de que no les será fácil ceñirse a la verdad; así que la ley optó por desoírlos. Hoy, en cambio, ante lo revelador que asoma aquello de que el juez no ha de desdeñar posibilidad alguna en el hallazgo de la verdad y que la exclusión de testigos puede traducir en últimas exclusión de justicia, se ve lógico que en vez de descartar el dicho de los sospechosos, lo mejor sea escucharlos y más bien que el juzgador-el que ahora se encarga de la ponderación de las pruebas-los someta a un análisis más drástico. Esto es, el sospechoso ya no es tratado como un inhábil para declarar; simplemente que su versión es recibida con protesta de reserva. Al fin que un testigo sospechoso puede ver y escuchar perfectamente; lo que resta es establecer si en su ánimo pesa más la circunstancia que lo extravía de la verdad y de la neutralidad, y acaba rindiéndose a ella" (Cas. Civ. sent. de 30 de agosto de 2001, expediente 6594).

Así las cosas, circunstancias como parentesco del testigo con una de las partes, dependencia económica o laboral con una de ellas, sentimientos de afecto o repudio, interés abstracto o concreto en el asunto que se debate o en la manera como éste se resuelva, antecedentes personales y, en general, cualquier motivo que ponga en tela de juicio la credibilidad del dicho del testigo, serán situaciones que deberá analizar el juez a la hora de realizar el juicio de valoración probatoria, atendiendo, como se dijo, las reglas de la sana crítica.

En ese sentido, en sentencia de 31 de agosto de 2010 la Corte Suprema de Justicia (rad. 2001-00224-01), sostuvo:

"(...) la Corte ha sostenido que no puede considerarse que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, 'va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica, puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados con otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil'; que si las

personas allegadas a un litigante pueden tener interés en favorecerlo con sus dichos, no puede olvidarse que 'suelen presentarse a menudo conflictos judiciales en los que sus hechos determinantes apenas si son conocidos por las personas vinculadas con los querellantes y por eso son solamente ellos los que naturalmente se encuentran en capacidad de transmitirlos a los administradores de justicia' (...)."

Más adelante dijo la Corte:

"Debe haber, pues, una ponderación más aguda, sin que por ello se prescindiera de la información que suministran, misma que, si es capaz de superar los juicios de coherencia, seriedad y objetividad, puede ser tomada como base para decidir."(CSJ, sala de Casación Civil, sentencia de 12 de agosto de 2011, Ref: Exp. No. 11001-31-10-021-2005-00997-01)

En el mismo sentido, en sentencia de 31 de julio de 2014 esta corporación³ señaló lo siguiente:

"De todas formas, cabe anotar que un testimonio con tacha de sospecha no conlleva per se su descalificación, pues en esos supuestos, según las previsiones del canon 218 del Código de Procedimiento Civil, puede evaluarse teniendo presente las circunstancias particulares y sopesándolo con mayor rigurosidad respecto del que carece de motivos de desconfianza".

En ese orden de ideas, cuando una de las partes tacha un testigo por circunstancias que pueden afectar la neutralidad e imparcialidad de su dicho, deberá el juez valorar la prueba conforme los postulados de la sana crítica y determinar si tales circunstancias han incidido en su declaración.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. SC10053-2014. Radicación N° 11001-31-10-004-2008-01147-01.

En relación con la tacha de los testigos Beatriz Eugenia Villamizar, Gloria Inés Rojas Triana, Arnulfo Bocachica Rico y Claudia Marcela Martínez, el Tribunal encuentra que está demostrado y reconocido el vínculo que unió a los testigos con MEDICA MAGDALENA SAS y NATIVOTECH SAS; no obstante, a pesar de ello, no se advierte interés alguno por parte de los antes mencionados en beneficiar con sus testimonios la posición jurídica de la Parte con la cual tiene vinculo, pues su versión, sometida al tamiz de la sana crítica, se muestra libre, espontánea y ausente cualquier sesgo de parcialidad enderezado a favorecer los intereses de la Parte con la cual tiene vinculo, razón por la cual el Tribunal apreciará sus testimonios dentro de la rigurosidad que impone la sospecha de parcialidad y la sana crítica. Ello significa que no los dejará de apreciar en razón de los motivos de sospecha, sino que lo hará atendiendo sus particulares condiciones de cercanía con las partes y, desde luego, acudiendo para tal efecto a los postulados de la sana crítica y la persuasión racional.

En relación con la tacha del testigo Diego Alfonso Betancourt, invocada por la parte Llamada en Garantía, el Tribunal si encuentra fundada la sospecha, pues quedó establecido en la diligencia que el señor Betancourt, no solo faltó a la verdad de lo declarado, por ser contrario a la realidad, sino porque adicionalmente hizo expresiones sesgadas, parcializadas o carente de objetividad que, en el sentir del Tribunal, se hicieron para inducir a error al Tribunal; igualmente, porque aportó una grabación que contenía una llamada sostenida con el representante Legal de NATIVOTECH SAS, grabación ilegalmente recaudada toda vez se hizo sin autorización del interlocutor.

Como consta en las grabaciones de dicha prueba testimonial, el testigo manifestó en su declaración, que los contratos de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON** y **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON** se habían terminado por mutuo acuerdo y que así había quedado claro en reunión del 02 de febrero de 2016, tal y como se transcribe a continuación:

"..DR. CARVAJAL: Usted ha manifestado, permítame ahondar un poquito en esto pero para los intereses de la aseguradora es muy importante, que la terminación se dio de mutuo acuerdo, es decir, se sentaron y dijeron, terminemos esto, no va para ningún lado.

SR. BETANCOURT: Sí.

DR. CARVAJAL: ¿Esa terminación, ustedes la transmitieron a la aseguradora como de mutuo acuerdo o como terminación unilateral?

SR. BETANCOURT: En este momento no le podría decir exactamente, no lo tengo presente.

DR. CARVAJAL: Pero usted dijo que usted radicó el oficio donde... (Interpelado)

DR. BETANCOURT: Claro.

DR. IBÁÑEZ: Le agradezco ingeniero, tiene que esperar que le hagan una pregunta y límitese a contestar la pregunta.

DR. BETANCOURT: Sí señor.

DR. CARVAJAL: Le agradezco ingeniero y pido permiso al árbitro, si él puede revisar el documento y verificar el tema, porque él nos ha dicho que él el que lo radicó, que él fue el prácticamente lo hizo.

SR. BETANCOURT: No, perdón, que pena, yo en ningún momento he dicho que lo haya hecho.

DR. CARVAJAL: Reformulo. Que lo radicó, usted dice no conoce lo que está, mejor, ¿no conoce lo que dice ese documento?

SR. BETANCOURT: Sé que sé hacía la cancelación por mutuo acuerdo, mejor dicho, no, que pena, corrijo; sé que en esa acta decía lo que se habló con el Ingeniero Gustavo Junco hacer.

DR. IBÁÑEZ: Usted leyó el contenido de lo que remitió por correo.

DR. BETANCOURT: Yo tenía ya el sobre cerrado y lo envié.

DR. IBÁÑEZ: Hace un segundo usted aseveró, no solamente que usted lo radicó sino sé lo que dice ahí, dijo usted, dijo usted así, confírmeme sé lo que decía ahí.

DR. BETANCOURT: Sí.

DR. IBÁÑEZ: Le acabo de preguntar, si usted leyó el contenido del acta y me ha dicho que no. Entonces, ahí una de las dos cosas son verdad, o sí la leyó o no la leyó, podría usted confirmar que leyó el contenido del acta que envió por correo, ¿sí o no?

SR. BETANCOURT: Completamente... (Interpelado).

DR. IBÁÑEZ: Perdóneme, la pregunta es de un sí o no, ¿sí o no, usted leyó el contenido del acta que dice haber enviado por correo?

SR. BETANCOURT: Sí.

DR. IBÁÑEZ: Que conste en el acta que dice que sí lo conocía. El abogado ha pedido.

DR. CARVAJAL: No, retiro la solicitud del autor, ya él ha dicho que conoce y que es de mutuo acuerdo, también ha dicho que conocía y sabe, como miembro de junta, como miembro de socio, como empleado, de las condiciones más o menos generales del contrato de seguro, más o menos no todas, entonces la pregunta en última va encaminada así. No quiero hacer más preguntas, muchas gracias.

DR. IBÁÑEZ: Dado que hoy en audiencia el doctor Luis José Andrade Pava, se refirió insistentemente al contenido del sobre, al parecer el que usted envió.

SR. BETANCOURT: Sí.

DR. IBÁÑEZ: Porque es el mismo sobre al que él se refirió que el Ingeniero Junco había devuelto, que es el mismo sobre que además usted dice haber enviado a la aseguradora.

El contenido del sobre fue incorporado hoy a esta audiencia y al expediente, yo lo voy a leer porque usted no lo leyó pero sí lo envió, eso es lo que usted acaba de decir; yo sí quiero dejar constancia en el acta que decía lo que usted envió y no leyó.

SR. BETANCOURT: Sí señor.

DR. IBÁÑEZ: Tiene el logotipo de Clínica Magdalena y dice: "Bogotá Febrero 2 del 2016, Sr. Hernán Gustavo Junco, Gerente General Nativotech; referencia: suspensión ingreso remoto de Nativotech a Medica Magdalena. Teniendo en cuenta los plazos de entrega y puesta en marcha de ERP Nativo On convenidos en Medica Magdalena S.A.S y Nativotech S.A.S., según contrato de licencia de uso del ERP Nativo On, de fecha 2015-0326, firmado en común acuerdo entre las partes, Medica Magdalena ha tomado la decisión de cerrar el ingreso remoto al proveedor Nativotech por incumplimiento en los tiempos.

Lo anterior fundamentado en que a la fecha los plazos vencieron y dentro de estos no se realizó por parte de Nativotech S.A.S. la entrega en total funcionamiento del ERP. Incumplió la última citación para la realización de pruebas de funcionalidad programadas para el día 2016-01-28 y no se ha obtenido respuesta a los comunicados enviados en los cuales Medica Magdalena exponía las inconformidades del software".

Dentro de este mismo documento aparece también una carta de la misma fecha, una carta no, un logotipo de la Clínica Magdalena, dice:

Bogotá Febrero 2 de 2016, acta por la cual se dan por terminados los contratos de licencia de uso del ERP Nativo On y desarrollo de historias clínicas suscritos con Nativotech S.A.S., por incumplimiento a las obligaciones pactadas por parte del contratista. A renglón seguido hace una exposición de lo que anuncia como antecedentes, son ocho antecedentes, luego menciona la expresión Acuerdo.

Dice: En el día de hoy, siendo las 10:00 AM, se reunieron en las instalaciones de Medica Magdalena S.A.S., por Medica Magdalena S.A.S. Luis José Andrade Pava, quien actúa en representación legal de la institución, Diego Betancourt, Gloria Inés Rojas Triana y Claudia Marcela Martínez Matallana; por parte de Nativotech, el señor Hernán Gustavo Junco Estupiñán, quien actúa en nombre y representación de la empresa de software.

Médica Magdalena expuso el traumatismo que ha causado el incumplimiento de las obligaciones de los contratos y manifestó la intención de darlos por terminados. Nativotech S.A.S. manifestó que hablará y consultará con sus abogados.

Teniendo en cuenta que en los contratos mencionados se acordó... acta solución de conflictos y luego destaca la cláusula arbitral. Cabe recordar que de no tener un arreglo directo se procederá jurídicamente tal y como se encuentra estipulado en la cláusula anterior. Así las cosas, a partir de fecha de recibido de esta comunicación empezará a correr el término estipulado en la cláusula mencionada. La presente acta se firma por las personas que intervinieron; firman: Luis José Andrade, Diego Betancourt, Gloria Inés Rojas, Claudia Marcela Martínez; no hay más firmas.

Esto es lo que usted dice haber enviado y que no leyó; yo quiero que usted me ilustre a mí particularmente, ¿en cual parte aquí dice que se termina de mutuo acuerdo el contrato?

SR. BETANCOURT: Ahí no lo dice.

DR. IBÁÑEZ: Aquí dice: Nativotech S.A.S., repito, que lo leí, manifestó que hablará y consultará con sus abogados; luego le anuncian la cláusula de solución de conflictos, simplemente la citan y dice: Invitamos a Nativotech S.A.S. a dar contestación en los términos pactados. Se la voy a poner de presente si usted la quiere leer, porque usted ha hecho una aseveración dentro de esta audiencia, relativa que se dio por terminado de mutuo acuerdo y esto era lo que decía o se suponía que decía el acta; tómese su tiempo y léala, precíseme dónde dice que se terminó de mutuo acuerdo. Quiero ponerle de presente también, a usted como testigo, las consecuencias que tiene el haber hablado acá bajo la gravedad de juramento. Usted dijo que no conocía el contenido de esa acta, allí aparece su firma, ¿la reconoce?, en la última página.

DR. BETANCOURT: Sí, es mi firma.

DR. IBÁÑEZ: Es su firma. Quiero ponérselas de presente, porque no tomaré ahora la decisión, pero será objeto de análisis, el que usted haya firmado una acta y me haya asegurado acá que usted no conocía el acta, pero más haya asegurado que una persona, que esa acta decía, que se había terminado de mutuo acuerdo. Quiero ponérselo de presente Ingeniero, porque esto es un testimonio y esto es un tema muy serio, de manera que quiero dejar constancia de eso, que usted ha hecho unas aseveraciones que contrastadas con un documento que usted firmó, no corresponde a lo que allí dice.

SR. BETANCOURT: Sí, es decir.

DR. IBÁÑEZ: No.

SR. BETANCOURT: ¿Tengo réplica?

DR. IBÁÑEZ: No señor, es suficiente ilustración..”

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal hará las siguientes consideraciones:

El artículo 42, numeral 3 del Código General del Proceso consagra que es deber del juez: *"3. Prevenir, remediar, sancionar o denunciar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal..”*

El artículo 78, numeral 1 del Código General del Proceso consagra que: *"Son deberes de las partes y sus apoderados: 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos..”*

Por su parte, el artículo 81 del Código General del Proceso consagra que: *"Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que*

trata el artículo anterior, la de pagar las costas del proceso, incidente o recurso y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales...”

En consecuencia de lo expuesto y teniendo en cuenta que la parte convocante trató de simular una terminación de los contratos de mutuo acuerdo, valiéndose incluso de una grabación espúrea, el Tribunal accederá a la petición de la parte llamada en garantía y tachará de sospecho este testimonio.

Así mismo, el Tribunal encuentra que esta conducta coincide con la actitud de la apoderada de la parte convocante quién, al momento de contestar la demanda de reconvencción, participó de este intento de engaño hacia el Tribunal violando sus deberes buena fe y lealtad que las partes deben demostrar en el proceso, motivo por el cual se accederá a la pretensión Número 4 de la demanda de reconvencción consistente en condenar en costas a la parte convocante.

2. DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS Y SU DISCIPLINA NORMATIVA

Previo a entrar al análisis de los hechos probados dentro del presente trámite arbitral, este tribunal considera pertinente fijar su posición sobre la naturaleza jurídica de los contratos de licencia de uso “DEL ERP NATIVO ON”, y “PARA EL DESAROLLLO DE HISTORIAS CLINICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON”.

Para el Tribunal, estos contratos se enmarcan en las características propias de contratos atípicos, razón por la cual, su naturaleza jurídica corresponderá al objeto contrato y las obligaciones pactadas entre las partes.

Contratos como los pactados por las partes sometidas al presente procedimiento arbitral, guardan relación con los *“contratos de arrendamiento de servicios inmateriales”* y los contratos *“para la confección de una obra material”* por igual. Ciertamente, los artículos 2063 a 2078 del Código Civil nos hablan de aquellos contratos en dónde predomina la inteligencia sobre el trabajo físico. A su vez, los artículos 2053 a 2062 del Código Civil regulan aquellos contratos en dónde predomina la elaboración de un objeto material o tangible.

Debido a ello, los contratos de licenciamiento de uso de software pueden ser ubicados en una categoría mixta que goza de elementos del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y del contrato para la confección de obra material.

Este Tribunal no desconoce que los contratos de arrendamiento de servicios materiales, difieren, respecto de los contratos de obra, en que, mientras los primeros constituyen obligaciones de medio, los segundos, los de obra, son exigibles desde la categoría de obligaciones de resultado. En otras palabras, el contrato de obra no solamente se trata de realizar la obra sino de entregarla en el momento y lugar acordado, así como de responder por los vicios o defectos que la misma pueda presentar, entre otras obligaciones.

Esta contraposición entre los contratos de arrendamiento de servicios materiales y los de obra, aparejan una diferencia notable en cuanto a la carga probatoria cuando quiera que alguna de las partes del contrato imputa a la otra el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Así, cuando nos referimos a un contrato de obra y en las obligaciones que se derivan de él, resulta aplicable el régimen de prueba de los presupuestos de responsabilidad del deudor. Por tanto, la carga de la prueba del cumplimiento de una obligación le corresponde al deudor; cuando quiera que la obligación fundamental del contrato de confección de obra es la creación de la misma en las condiciones acordadas; con base en ello, a los efectos del caso bajo examen, corresponde al contratista la carga de la prueba de su cumplimiento, según los términos del contrato.

Se ha considerado que el contrato de encargo para la elaboración de una obra intelectual se trata de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales por expresa mención del artículo 2063 C.C., pero al hacer dicho artículo una mención expresa de las normas del contrato de obra material el objeto de dicho contrato se

convierte en una obligación de resultado, y son aplicables disposiciones como las mencionadas en el artículo 2059.⁴

En consecuencia, el contrato de desarrollo de software corresponde por su naturaleza a un contrato para la elaboración de obra inmaterial de que trata el artículo 2063 C.C., que es una especie de contrato de arrendamiento de servicios inmateriales pero con la característica de establecer una obligación no de medios sino de resultado, consistente en el desarrollo y entrega de un programa de computador bajo los requerimientos y condiciones pactadas en el contrato.

3. DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE LAS PARTES EN CONTROVERSIA.

3.1. Acerca de las obligaciones a cargo de Nativotech.

Fijada pues la posición del Tribunal respecto de la normativa aplicable a los contratos celebrados entre las partes, así como sus efectos respecto de la carga de la prueba, pasaremos a examinar cuáles son las características más relevantes del contrato de licencia de uso del ERP Nativo On.

De conformidad con la copia del contrato que aparece a folio número 3 del Cuaderno de Pruebas No. 1, y, de acuerdo a su cláusula primera, tenemos que el Objeto del antedicho contrato versa sobre lo siguiente: "*EL CONTRATISTA **venderá** a MEDICA MAGDALENA SAS, el aplicativo ERP Nativo On en Licencia de Uso permanente no exclusiva, en la forma y condiciones más adelante descritas.*" (Negrilla y subraya fuera de texto)

⁴ Vid. RODRIGUEZ MONROY, Juan Carlos. En: "Cuestiones jurídicas en torno a los contratos de desarrollo y licencia de software." Universidad Externado de Colombia, Profesor de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías en la misma Universidad.

Por su parte, el numeral 11 de la Cláusula Segunda, "Definiciones", nos informa de lo siguiente:

*"11. FECHA DE ENTREGA DEL SOFTWARE.- Es la fecha en que EL CONTRATISTA se compromete a hacer la entrega de la ERP NATIVO ON **en producción**, acordada para el 30 de enero de 2016, siempre y cuando por causas ajenas a NATIVOTECH S.A.S, fuerza mayor o retrasos ocasionados en el cumplimiento del cronograma por parte de EL CONTRATANTE, **la fecha de entrega acordada deba ser modificada**. Dicha entrega deberá constar en acta de **recibo a entera satisfacción** firmada por ambas partes." (Negrilla y subraya fuera de texto)*

Tales condiciones las encontramos, más adelante, a lo largo de la cláusula tercera: "OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA". En ella, algunos de sus numerales nos dicen que el contratista se obligó para con Medica Magdalena SAS, entre otras, a cumplir con las siguientes obligaciones:

- 1. Prestar el servicio para el cual fue contratado de acuerdo con lo dispuesto en el presente contrato.*
- 2. **Entregar e instalar** la solución ERP Nativo On, que incluye las áreas funcionales de Integral, Productos, Stakeholders y Backoffice que se encuentran **descritas en la propuesta comercial** de noviembre 27 de 2014, que hace parte integral del presente contrato.*
- 3. EL CONTRATISTA manifiesta que **el software objeto del presente contrato, permite** el procesamiento simultáneo de los libros bajo la normatividad actual y normatividad fiscal de aplicación general y bajo el imperio de los estándares NIIF de aplicación general.*
(...)
- 5. **Instalación y configuración** del ERP NATIVO ON **en el servidor del EL CONTRATANTE**.*
- 6. Acompañamiento en la **configuración y parametrización**, durante el tiempo de vigencia del presente contrato." (Negrilla y subraya fuera de texto)*

A su vez, en la Cláusula Décima Segunda, el Contratista hizo la siguiente manifestación: "**EL CONTRATISTA para el efecto del presente documento *declara conocer y haber recibido toda la información necesaria y suficiente requerida para ejecutar y cumplir el objeto del presente contrato.* En consecuencia, EL CONTRATISTA no podrá pedir bajo ningún concepto pagos adicionales.**"(Negrilla y subraya fuera de texto)

Según consta en el cuaderno de pruebas No. 1, aportadas junto con la demanda, obra a folio 27 y ss. la "propuesta comercial" entregada por Nativotech a Médica Magdalena S.A. de fecha 13 de noviembre de 2014. De su contenido, podemos extraer los siguientes pormenores:

"Áreas Funcionales.

- **Productos.**
 - Compras
 - Inventarios.
 - Ventas.
 - Bienes
 - Servicios

- **Back Office.**
 - Contabilidad
 - NIIF-NIC
 - Deterioro
 - Contabilidad de valor presente.
 - Reportes.
 - Indicadores.
 - Proyecciones.

- Stakeholders.
 - Ingresos.
 - Pagos.
 - Corto y largo Plazo.

- Integral.
 - Globalización.
 - Usuarios.
 - Definiciones funcionales Transversales.

- **Su implementación con paralelo y puesta en marcha, esta estimada para seis (6) meses.**

Los servicios incluidos en la fase de implementación y paralelo son:

(...)

- **Instalación y configuración. Instalación de nuestra ERP Nativo On en el servidor del cliente. Acompañamiento en la Configuración y Parametrización de nuestra ERP Nativo On.**

(...)

Forma de Pago

- **Anticipo de \$45.000.000 más IVA.**
- Cuota intermedia al tercer (3) mes de \$22.500.000 más IVA.
- Cuota Final al sexto (6) mes de: \$22.500.000 más IVA." (Subraya y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, según obra a folio No. 33 del Cuaderno No. 1 de Pruebas, el día 5 de Noviembre de 2015 el Gerente General de Nativotech le envió a Clínica Magdalena, adjunto a un mensaje de datos, el Cronograma de Implementación de la "solución ERP Nativo On." El referido mensaje de datos dice textualmente:

"Este cronograma considera dentro de las fechas de intervalo, la capacitación de los usuarios, la parametrización del aplicativo y la entrega por parte de

Médica Magdalena SAS, de la información en archivos planos de las tablas que se van a importar a la base de datos."

El documento adjunto al mensaje de datos, el cual obra a folio No. 38 y ss. del Cuaderno No. 1 de Pruebas, dice en su parte respectiva:

- Implementación Integral: "Inicio: Octubre 13 de 2015", "Final: Octubre 13 de 2015".
- Implementación Back Office: "Inicio: 30 de 2015", "Final: Noviembre 20 de 2015".
- Implementación Stakeholders: "Inicio: Noviembre 23 de 2015", "Final: Diciembre 4 de 2015".
- Implementación de Productos: "Inicio 7 de 2015", Final "Diciembre de 2015".

De acuerdo con lo anterior, es válido decir que evidentemente estamos ante un contrato de resultado, que reunía las siguientes características:

- Licenciamiento de uso de un software bajo la modalidad de "venta", permanente pero no exclusiva.
- El Contratista manifestó haber recibido la información necesaria para el cumplimiento del objeto contractual y de sus correlativas obligaciones.
- Instalación y configuración en seis meses (de acuerdo a la propuesta comercial).
- Nativotech, bajo su cuenta y riesgo, y en pleno ejercicio de la autonomía de su voluntad, se comprometió que, al término de la vigencia del contrato, el software ERP Nativo On debía haberse entregado, instalado, configurado en el servidor de Clínica Magdalena S.A.S., y parametrizado.
- Al término de la vigencia del contrato, el software ERP Nativo On debía estar en producción y recibido a entera satisfacción de Clínica Magdalena S.A.S.
- En caso de que surgieran circunstancias de ajenas a la voluntad del Contratista, fuerza mayor o caso fortuito que le impidiesen el cumplimiento de sus obligaciones, el contrato otorgaba la posibilidad de modificar el calendario y, en consecuencia, modificar la fecha acordada para la fecha de entrega del software a entera satisfacción.

Pasaremos entonces a examinar algunas de las cláusulas contenidas en el Contrato de Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clínicas Adjunto al ERP Nativo On.

De la lectura del texto del referido contrato podemos extraer que:

El objeto del contrato consistió en lo siguiente: "*EL CONTRATISTA **venderá** a MEDICA MAGDALENA SAS, el aplicativo Sistema de Historias Clínicas en Licencia de Uso permanente no exclusiva, en la forma y condiciones más adelante descritas.*" (Negrilla y subraya fuera de texto)

A su vez, en el numeral número 11 de la Cláusula Segunda "DEFINICIONES", encontramos el siguiente texto:

*"FECHA DE ENTREGA DEL SOFTWARE.- Es la fecha en que EL CONTRATISTA se compromete a hacer la entrega de Sistema de Historías Clínicas en producción, acordada para el 28 de marzo de 2016, siempre y cuando por causas ajenas a NATIVOTECH S.A.S, fuerza mayor o **retrasos ocasionados en el cumplimiento del cronograma por parte de EL CONTRATANTE, la fecha de entrega acordada deba ser modificada.** Dicha entrega deberá constar en acta de recibo a entera satisfacción firmada por ambas partes."*(Negrilla y subraya fuera de texto)

Por su parte, la Cláusula Tercera del contrato de Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clínicas Adjunto al ERP Nativo On, dice en su sentido literal:

- "1. Prestar el servicio para el cual fue contratado de acuerdo con lo dispuesto en el presente contrato.*
- 2. **Entregar e instalar** la solución Sistema de Historias Clínicas.*
- (...)*
- 4. **Entregar Instalado y Configurado** el Sistema de Historias Clinicas en el Servidor de EL CONTRATANTE.*
- 5. **Acompañamiento en la configuración y parametrización,** durante la vigencia del presente contrato.*

(...)

7. El Contratista **se compromete a que el sistema de historias clínicas funcione de forma integral y automática con el aplicativo ERP NATIVO ON**, que el contratista provee al contratante conforme lo pactado en otro contrato pactado por las partes.

8. El contratista deberá **elaborar un cronograma de actividades con las diferentes etapas de instalación, definidas de forma precisa**. Cada etapa deberá indicar las actividades con fechas e indicando e indicando (sic) los participantes y responsables de las partes de cada actividad dicho cronograma será puesto a consideración del contratista para su aprobación. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Al igual que en el primero de los contratos examinados, en la Cláusula Décima Segunda, el Contratista hizo la siguiente manifestación:

*"EL CONTRATISTA para el efecto del presente documento **declara conocer y haber recibido toda la información necesaria y suficiente requerida para ejecutar y cumplir el objeto del presente contrato**. En consecuencia, EL CONTRATISTA no podrá pedir bajo ningún concepto pagos adicionales."* (Negrilla y subraya fuera de texto)

Tenemos entonces que, de acuerdo con las obligaciones asumidas por el contratista, mismas que fueron asumidas bajo el ejercicio de la plena autonomía de la voluntad y en su carácter de especialista en la materia, podemos afirmar, al igual que con el contrato para el software (aplicativo) ERP Nativo On, que el contrato para la Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clínicas **Adjunto** al ERP Nativo On es un contrato de resultado, del cual se destacan las siguientes particularidades:

- El contratista asumió bajo su cuenta y riesgo la obligación de entregar, instalar y configurar el software contratado en el servidor de Medica Magdalena S.A.S.
- Asumió la obligación de "acompañar" la configuración y la parametrización del software.

- Se comprometió a que el sistema de historias clínicas funcionaría de forma integral y automática con el aplicativo ERP NATIVO ON.

3.2. Acerca de las obligaciones a cargo de Clínica Magdalena.

De conformidad con la copia del contrato que aparece a folio número 3 del Cuaderno de Pruebas No. 1, las obligaciones a cargo de la parte contratante, Médica Magdalena, aparecen a lo largo de la Cláusula Cuarta del Contrato de Licencia de Uso del ERP Nativo On y de forma similar en el Contrato de Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clínicas Adjunto al ERP Nativo On. De la mencionada cláusula cuarta, podemos extraer las siguientes características:

- 1. Pagar el precio establecido como contraprestación a los servicios contratados, en la oportunidad y forma establecidas en el presente contrato.*
- 2. Informar oportunamente al contratista respecto del acaecimiento de circunstancias que puedan alterar, modificar o suspender la prestación del servicio contratado.*
- 3. Suministrar a EL CONTRATISTA la información y elementos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones.*
- 4. Impartir las instrucciones que sean necesarias para que EL CONTRATISTA cumpla con sus servicios adecuadamente.*
- (...)*
- 8. Proveer oportunamente lo (sic) elementos físicos, técnicos y tecnológicos que garanticen una adecuada ejecución del contrato, de conformidad con las solicitudes que haga EL CONTRATISTA, previa justificación.*
- 9. Permitir el acceso de personal autorizado y debidamente identificado para el cumplimiento del objeto del presente contrato, siempre y cuando cumplan con las normas internas de seguridad y auditoria."*

Verificado el contenido de la cláusula cuarta de ambos contratos, resulta apropiado señalar que, a diferencia de las obligaciones a cargo del Nativotech S.A.S. que son en sentir de este tribunal de resultado, las obligaciones a cargo de Clínica Magdalena son de medio. Terminologías tales como informar, suministrar, impartir,

proveer, permitir, nos llevan tal conclusión. Esta afirmación, al igual que cuando señalábamos el carácter de las obligaciones a cargo del contratista, tendrá un efecto probatorio significativo para el análisis de las pretensiones de la demanda de reconvencción y de las excepciones presentadas por la parte convocada, como quiera que lo que este Tribunal pudo advertir al examinar el recaudo probatorio incorporado válidamente al expediente, es que, pese a la negativa de acceso que se presentó al final del contrato, y a la terminación anticipada del contrato de Historias Clínicas, las obligaciones esenciales a cargo de la Convocante como fue pagar el anticipo, acudir a las reuniones y conformar un equipo de profesionales idóneo, no aparece prueba de incumplimiento.

4. DEL ANALISIS DE LAS PRETENSIONES Y LAS PRUEBAS OBRANTES EN EL EXPEDIENTE.

4.1. Las pretensiones de MEDICA MAGDALENA SAS

4.1.1. Primera pretensión de condena de MEDICA MAGDALENA SAS

De acuerdo con el escrito de demanda presentado por Clínica Magdalena S.A.S., la primera pretensión de condena solicitada por la convocante es como se cita a continuación:

*"1.- Ordenar a la sociedad NATIVOTECH S.A.S., la **devolución y el reintegro del valor pagado por mi representada como anticipo**, entregado el día 14/04/2015, por valor de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$233.160.622.00), mediante cheque número 544567, del Banco de Bogotá, **como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales** y posterior terminación de los contratos de prestación de servicios de LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON y el contrato de prestación de servicios de LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON celebrados con la sociedad Medica Magdalena S.A.S."*

Sea lo primero señalar, que sobre el valor y forma del pago del Contrato de Licencia de Uso del ERP Nativo On aparece en la Cláusula Novena del referido contrato y se lee de la forma que sigue:

"NOVENA.- VALOR Y FORMA DE PAGO: Para todos los efectos legales y fiscales el valor del presente contrato asciende a la suma de CIENTO CATORCE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$114.000.000), más el correspondiente I.V.A. del 16% que asciende a DIECIOCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE (\$18.240.000), PARA UN VALOR TOTAL \$132.240.000, que EL CONTRATANTE se obliga a pagar a EL CONTRATISTA así:

- a) Una (1) cuota de \$103.626.943 más IVA el día 27 de marzo de 2015*
- b) Una (1) cuota de \$10.373.057 más IVA el día 27 de marzo de 2016.*

PARAGRAFO PRIMERO: Las tarifas acordadas por las partes para el presente contrato incluye la totalidad de los servicios desarrollados por EL CONTRATISTA para el cumplimiento del presente contrato."

Llama la atención del tribunal que, a la luz de la literalidad del contrato, las partes no parecen haber pactado un anticipo. En efecto, según reza en la cláusula novena, estas acordaron como forma del pago del contrato dos cuotas. Sin embargo, dentro del expediente existen otras piezas documentales que nos permiten concluir que la verdadera voluntad de las partes fue pactar un anticipo.

Una primera evidencia de que la verdadera voluntad de las partes fue el pactar un anticipo, aparece justamente en la propuesta comercial que Nativotech le cursó el 13 de noviembre de 2014 a Clínica Magdalena, la cual aparece en el cuaderno de pruebas No. 1, aportadas junto con la demanda, y en cuyo contenido se lee:

"Forma de Pago

- ***Anticipo de \$45.000.000 más IVA,***

- *Cuota intermedia al tercer (3) mes de \$22.500.000 más IVA.*
- *Cuota Final al sexto (6) mes de: \$22.500.000 más IVA.” (Subraya y negrilla fuera de texto)*

Aunque las partes finalmente no acordaron esta forma de distribuir el monto del valor del contrato, es claro que desde la misma propuesta comercial, Nativotech requirió el pago de un anticipo.

En cuanto al Contrato de Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clínicas Adjunto al Erp Nativo On, la cláusula Novena del referido contrato también nos habla de un pago en dos cuotas, más no de un anticipo. En este caso, la primera cuota se pactó por un valor de \$103.626.943 más IVA el día 27 de marzo de 2015.

El tercer elemento de juicio que nos permite evidenciar que para las partes si se pactó y se pagó emolumento correspondiente a un anticipo se encuentra consignado en el hecho número 5 de la demanda, por medio del cual la convocante afirmó que canceló el anticipo de ambos contratos así:

“Mediante cheque No. 544567 del banco de Bogotá a nombre de la sociedad Nativotech S.A.S, se paga el anticipo acordado por la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$233.160.622.00)”.

Al pronunciarse sobre el hecho No. 5 de la demanda interpuesta por la convocante, el apoderado de la parte demandada señaló que este hecho era “cierto”. (Vid. Folio num. 2 de la contestación de a la demanda) En este sentido, este tribunal dará aplicación a lo señalado en el numeral 2º del artículo 96 del C.G.P., que en su tenor literal dispone:

“ARTÍCULO 96. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. *La contestación de la demanda contendrá(...) 2. Pronunciamiento expreso y concreto sobre las pretensiones y sobre los hechos de la demanda, con indicación de los que se admiten, los que se niegan y los que no le constan. En los dos últimos casos*

manifestará en forma precisa y unívoca las razones de su respuesta. Si no lo hiciera así, se presumirá cierto el respectivo hecho.”

Bajo el anterior contexto factico, el Tribunal entiende que la verdadera voluntad de las partes fue pactar, para ambos contratos, un valor correspondiente a un anticipo, el cual fue pagado por parte de la convocante, en el monto señalado en el numeral 5º de la demanda, al cual fue admitido por la convocada, tanto en su carácter de anticipo como en su valor.

Siendo así, pasaremos a verificar la existencia de hechos probados en el proceso acerca del comportamiento del contratista a lo largo de la ejecución del contrato.

Tal como lo mencionásemos en el acápite en dónde el Tribunal exteriorizó su entendimiento acerca de la naturaleza atípica de los contratos de licenciamiento de software, el contrato de desarrollo de software corresponde por su naturaleza a un contrato para la elaboración de obra inmaterial de que trata el artículo 2063 C.C., que es una especie de contrato de arrendamiento de servicios inmateriales pero con la característica de establecer una obligación no de medio sino de resultado, consistente en el desarrollo y entrega de un programa de computador bajo los requerimientos y condiciones pactadas en el contrato.

En función de ello, la carga de la prueba del cumplimiento de las obligaciones le corresponde al deudor, que, para el caso presente, es una carga en cabeza Nativotech, dado que es la convocada quién le ha imputado a la convocante el haber incumplido las obligaciones de ambos contratos.

Como ya se mencionó, el entendimiento del tribunal en cuanto al resultado al cual se obligó Nativotech como deudor de las obligaciones a favor de Clínica Magdalena, en lo referente al contrato de Licencia para el el uso del ERP Nativo On, son:

- Garantizar el licenciamiento de uso de un software bajo la modalidad de “venta”, permanente pero no exclusiva.
- Instalar y configurar el mencionado software en seis meses (de acuerdo a la propuesta comercial).

- Nativotec se comprometió a que, al término de la vigencia del contrato, el software ERP Nativo On debía haberse entregado, instalado, configurado en el servidor de Clínica Magdalena S.A.S., y parametrizado.
- Al término de la vigencia del contrato, el software ERP Nativo On **debía estar en producción y recibido a entera satisfacción de Clínica Magdalena S.A.S.**

Y, en cuanto al contrato de Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clínicas **Adjunto** al ERP Nativo On, se destacan las siguientes peculiaridades:

- El contratista asumió bajo su cuenta y riesgo la obligación de entregar, instalar y configurar el software contratado en el servidor de Medica Magdalena S.A.S.
- Asumió la obligación de "acompañar" la configuración y la parametrización del software.
- Se comprometió a que el sistema de historias clínicas funcionaría de forma integral y automática con el aplicativo ERP NATIVO ON.

Lo que este tribunal pudo comprobar al término de la etapa probatoria, es que Nativotech no acreditó que ninguno de los software que le vendió a Clínica Magdalena, al vencimiento de la vigencia del contrato, hubiese entrado en fase de producción, o incluso, se hubieran configurado correctamente, así como tampoco probó bajo ningún medio probatorio que Médica Magdalena hubiese expedido o expresado el recibo a satisfacción. Sobre este último hecho, la afirmaciones del perito no dan cabida a duda alguna. Así pues, los medios probatorios documentales que sustentan el incumplimiento de la obligación de entregar un software en fase de producción son abundantes.

Aunado a ello, el expediente ostenta un grupo de pruebas documentales, validamente aportadas al proceso, y sobre las cuales Nativotech nunca expresó tacha alguna, las cuales se encuentran en las siguientes actas:

- Acta del 06 de junio de 2015
- Acta del 11 de noviembre de 2015

- Acta del 18 de noviembre de 2015
- Actas del 20 de noviembre de 2015
- Acta del 23 de noviembre de 2015
- Acta del 25 de noviembre de 2015
- Acta del 27 de noviembre de 2015
- Acta del 15 de enero de 2016
- Acta del 22 de enero de 2016
- Acta del 25 de enero de 2016
- Comunicación del 26 de enero de 2016, enviada por Nativotech a Medica Magdalena
- Comunicación del 26 de enero de 2016, mediante la cual Medica Magdalena da respuesta a Nativotech sobre la comunicación de la misma fecha

A su vez, el resultado del dictamen pericial debidamente practicado en el proceso, y que, incluso fue objeto de aclaración y complementación en audiencia practicada el día 13 de febrero de 2017 en presencia de las partes, arroja los siguientes elementos de juicio que refuerzan el hecho del incumplimiento por parte de la convocada. En efecto, el perito hizo las siguientes aseveraciones en su informe escrito:

"En el caso particular de los software o programas informáticos en conflicto, Historias Clínicas y ERP Nativo On, se configura que el primero es un software adjunto del segundo, porque desde el diseño de ERP Nativo On entre sus requisitos funcionales no se encuentra satisfacer las necesidades de información que hacen referencia a la problemática de las historias clínicas. Adicionalmente, en la tercera clausura del contrato de Licencia de Uso de ERP Nativo On, Obligaciones del contratista en su numeral 8, se aprecia que a las dos software se les identifica como independientes, al hacer énfasis que el contratista debe procurar su funcionalidad integral y automatizada.⁵

(...)

⁵ Vid. Informe del perito, pag. 6.

El software de Historias Clínicas amparado por el "Contrato de licencia de uso para el desarrollo de Historias Clínicas adjunto al ERP NATIVO ON", es un proyecto de desarrollo o construcción de software, por su definición en su contrato, que estaría en su fase de análisis, específicamente en la actividad el levantamiento de requisitos. En esta etapa no aplicaría el cuestionamiento si se es ajustado continuamente, se tenía que esperar las próximas etapas para verificar su comportamiento.

Por otro lado, la propuesta comercial de ERP NATIVO ON, que hace parte de los documentos del "Contrato de licencia de uso del ERP NATIVO ON" (clausula vigésima), especifica claramente que es un producto desarrollado que los servicios de implementación que ofrece son Capacitación, Instalación y configuración, y la Consultoría y apoyo; asimismo, el contrato en sí, se ajusta a esta argumentación porque no especifica etapa de desarrollo ya que es un contrato de licencia de uso.⁶

(...)

Si se considera que el software de Historias Clínicas sería clasificado como un sistema de información clásico y ERP Nativo On un sistema de información para la Planificación de Recursos Empresariales (Enterprise Resource Planning), queda claro que estos dos aplicaciones están lejos de hacer cualquier funcionalidad propia de la inteligencia artificial.⁷

(...)

Como producto, un software terminado, idealmente, no debe presentar fallos en su funcionalidad al satisfacer las necesidades de los usuarios y clientes; pero en la realidad, por la misma complejidad de construcción de los software, un producto terminado puede presentar algunos fallos o que necesiten ajustes, que en un estado de estabilidad deben ser muy pocos y que no comprometan el cumplimiento de los requisitos que se identificaron

⁶ Ibid, pág. 7.

⁷ Ibid, pág. 8.

en su desarrollo.⁸

Se detecta que el "Contrato de licencia de uso del ERP NATIVO ON", no tiene entre sus documentos integrantes, un Acuerdo de Nivel de Servicio (en inglés Service Level Agreement o SLA), donde se especifiquen los requisitos que debe cumplir el aplicativo ERP Nativo On, con respecto a las necesidades de información de Medicas Magdalena S.A.S. así como las métricas para medir la satisfacción del cliente. Esta ausencia deja la puerta abierta para que cualquier insatisfacción manifestada por Medicas Magdalena S.A.S tenga validez ya que no hay un umbral establecido para determinar cuáles son admitidas y cuáles no.⁹

(...)

El día diecisiete (17) de noviembre de 2015, Medica Magdalena por intermedio de Caudia Martinez comunica a NativoTech (atn:Beatriz Villamizar) por vía correo electrónico que error se generó el aplicativo Nativo On al intentar importar el plano de cuentas {Anexo AP08(Cambios de la especificaciones Archivos planos)} con las especificaciones del archivo plano dadas con anterioridad. La respuesta de NativoTech, por esa misma vía, es la descripción de la correcta estructura que debe tener el archivo plano "cuentas" para que se pueda hacer la importación de información.

Posteriormente, el 24 de diciembre de 2015 NativoTech envía por correo electrónico {Anexo AP08(Cambios de la especificaciones Archivos planos)} la descripción actualizada de los archivos planos para realizar importación de Catálogo de Cuentas – Acumulado de Cuentas, Activos – Acumulados de los activos e Interesados – Acumulados Interesados – Perfil del Interesado y Conceptos de Clasificación.

En este sentido, cuando se actualizan, tantos y en tan poco tiempo, las

⁸ Ibid. Pág. 10.

⁹ Ibid. págs. 10 y 11.

estructuras de los archivos que permiten la migración de datos al sistema, puede ser un síntoma que refleja que el sistema no es robusto e inestable o que se están modificaciones de fondo o cambiando la estructura de su base de datos.¹⁰

(...)

Cuando un producto de software se considera terminado, ya han pasado las actividades de pruebas y testing, del ciclo de vida, para la verificación de cumplimiento de requisitos de usuarios de los clientes, y éstos han manifestado formalmente que el software satisface sus necesidades de información.

En concordancia con lo anterior, no tiene sentido hacer pruebas funcionales de un software cuando ya está terminado y puesto en producción (etapa de implementación); si un software terminado necesita que se hagan pruebas funcionales para verificar el cumplimiento de requisitos, éste no se encuentra realmente terminado (en el caso de adquisición de tecnología por desarrollo o construcción) o, simplemente, no se ajusta a los requisitos que se derivan de las necesidades de información de los usuarios y clientes (en el caso de adquisición de tecnología por adquisición).¹¹

(...)

En términos generales, como característica esencial un software en producción, debe satisfacer todos los requisitos que se deriven de las necesidades de información de la organización que lo implementa. La otra característica fundamental de un software en producción debe poseer integridad en su funcionamiento y en su proceso de datos; también se robusto al conservar su nivel de desempeño en condiciones específicas; y se estable, por presentar un nivel de fallos por debajo de un umbral estipulado

¹⁰ Ibid. págs. 11 y 12.

¹¹ Ibid. pág. 12.

por las partes.

Adicionalmente, la Norma ISO/IEC 9126, especifica que un producto software debe poseer características medibles de calidad cuando se encuentre en su etapa productiva para poder satisfacer las necesidades de información, estas características se describen a continuación.

- USABILIDAD: Capacidad del Producto software para ser comprendido, aprendido, utilizado y atractivo para el usuario cuando es utilizado bajo condiciones específicas.*
- MANTENIBILIDAD: Capacidad del Producto software para ser modificado y a la facilidad que presenta para ser corregido, comprendido, adaptado y mejorado de acuerdo con los cambios presentados en el ambiente y en los requisitos y especificaciones funcionales del mismo.*
- CONFIABILIDAD. Capacidad del producto de software para conservar su nivel de desempeño bajo condiciones específicas, durante un determinado tiempo.*
- PORTABILIDAD. El producto de software debe tener la capacidad de ser instalado en un abanico amplio de entornos, con la posibilidad de ser transferido de uno a otro*
- FUNCIONALIDAD. Capacidad del Producto software para satisfacer las necesidades implícitas y explícitas del usuario, al ser utilizado bajo condiciones específicas.*
- EFICIENCIA. Capacidad del producto de software para proporcionar un desempeño apropiado, en relación con la cantidad de recurso utilizado, bajo condiciones establecidas en determinado momento del tiempo.*

Hechos y hallazgos

En correo enviado al Gerente de NativoTech S.A.S. por parte de Claudia Marcela Martínez de Medicas Magdalena S.A.S, en fecha del 28 de noviembre de 2015, {Anexo AP11(Errores en el funcionamiento)}, se expresa una secuencia de errores de funcionamiento del Aplicativo, entre los cuales se destacan:

..En el programa de consulta de acumulados (12752), el sistema falló al momento de pedir el detalle de las transacciones (no muestra el movimiento).

En el programa de consulta de acumulados de cuentas IFRS (12757), la información no la presenta correctamente pues las fechas de los movimientos las altera no tomando la fecha del documento sino la actual del sistema.

Consulta de Acumulados activos IFRS (12758), el acumulado lo muestra en un mes diferente al de digitación del movimiento (ejemplo se digito con fecha de octubre pero lo muestra cómo noviembre).

Consulta de acumulados IFRS (12759), al igual que en los casos anteriores el acumulado lo muestra en un mes diferente al del movimiento..." {Anexo AP11(Errores en el funcionamiento)} Los errores mercados en el {Anexo AP11(Errores en el funcionamiento)} que preocupan, en cuanto al cumplimiento de las características mínimas que se deben tener para que un software entre en producción, ver {4.11 Respuesta pregunta 11}.¹²"

El perito Douglas de Jesús Hurtado Carmona, en audiencia decretada de oficio ante el silencio de las partes frente al informe escrito presentado por el mencionado perito, celebrada el 26 de enero de 2017, este aclaró y complemento su informe escrito, esta vez, de manera verbal, esgrimiendo varias afirmaciones que por considerlas claves para resolver la controversia, se reproduzcan de forma extensa, teniendo en cuenta que son pieza probatoria idónea, pertinente y útil frente al grado de diligencia con la cual pudo haber obrado Nativotech en la ejecución de ambos contratos. Dijo el perito:

"DR. IBÁÑEZ: La pregunta señalaba lo siguiente: Un software en desarrollo debe ser ajustado continuamente en su funcionalidad, parte de su respuesta dice lo siguiente en el inciso final de la página 7, dice su informe: "por otro

¹² Ibid. págs. 14 y 15.

lado la propuesta comercial de ERP Nativo On que hace parte de los documentos del contrato de licencia de uso ERP Nativo On”, cláusula vigésima, especifica claramente que es un producto desarrollado, que los servicios de implementación que ofrece son capacitación, instalación y configuración y la consultaría y/o apoyo, así mismo el contrato en sí se ajusta a esta argumentación porque no especifica etapa de desarrollo ya que es un contrato de licencia de uso.

Ingeniero, por favor acláreme o complémnteme esa pregunta porque en el inciso previo usted dice lo siguiente: "el software de historias clínicas amparado por el contrato de licencia de uso para el desarrollo de historias clínicas adjunto al ERP Nativo On es un proyecto de desarrollo o construcción de software, por su definición en su contrato que estaría en su fase de análisis específicamente en la actividad, el levantamiento de requisitos, (SIC)."

Entonces hay alguna parte que sí, para ojos del Tribunal, merece complementación porque usted asevera que en la parte del contrato se habla que es un proyecto de desarrollo y construcción, entonces yo quiero que usted aclare o complemente esta respuesta en el sentido de señalarnos, ya que usted además realizó una inspección, describa usted cuál era el producto que debía entregarse por parte del contratista.

*SR. HURTADO: Okey, muy bien, primero que todo se aclara que existen 2 contratos, uno orientado al desarrollo que es el de historias clínicas donde se hace referencia al primer párrafo y también entre las partes suscribieron otro contrato sobre el ERP Nativo On que es un contrato de licencia de uso. **En ese sentido como son 2 contratos son 2 software diferentes, lo único es que uno es adjunto al otro, es decir que está de alguna manera relacionado o el producto de uno va a estar recibiendo por el otro.***

*Entonces, en este orden de ideas, para contestar esta pregunta se tienen 2 vertientes, una, **el software de historias clínicas que su contrato es de desarrollo donde va a sufrir todas las etapas del desarrollo del***

software y el otro, es un software ya terminado donde simplemente se va a ajustar, a implementar y a capacitar la posible consultoría alrededor de esto. Entonces, al preguntarse un software en desarrollo debe ser ajustado continuamente su funcionalidad.

Su funcionalidad, en unos cabe completamente la pregunta que viene de historias clínicas pero cuando alcance la etapa correspondiente al desarrollo y al ajuste, en el de **Nativo On que por su contrato y anexos, está explícito que ya ha sido desarrollado y lo único es que es una compra de la licencia para obtener derecho a usar ese software.**

DR. IBÁÑEZ: Cuando en la pregunta se le dice, debe ser ajustado continuamente a su funcionalidad, entonces nos referimos en concreto al software de historias clínicas no así al de ERP Nativo On, correcto?

SR. HURTADO: Correcto, por definición del contrato sí, eso sin perjuicio que en la etapa de adaptación el de Nativo On algunos requisitos adicionales del cliente puedan surgir y por añadidura u otrosí se pueden hacer implementaciones diferentes o adiciones que solicite el cliente, pero esa solicitud debe ser expresa por el mismo cliente.

DR. IBÁÑEZ: En los documentos que usted evaluó y en la inspección que practicó, usted encontró algo de esto último que usted menciona?

SR. HURTADO: **No, no existe evidencia formal por escrito de una solicitud de cambio de requisito, lo que sí se encontró fue insatisfacciones por parte del cliente porque el Nativo On, ese software ERP no se ajustaba a lo que ellos en su concepción necesitaban.**

DR. IBÁÑEZ: De acuerdo a su pregunta ingeniero y también con base en la pregunta anterior que usted ya aclaró o complementó, déjeme consultarle lo siguiente, ese software de historias clínicas que usted encontró, si bien el contrato dice que es para posterior desarrollo, aquí existe una pregunta para

el Tribunal y es si ese software estaba listo, me refiero al de historias clínicas, listo para su uso o no al momento de su instalación?

SR. HURTADO: Digámoslo, la etapa en que se encontró el software de historias clínicas es en una etapa de análisis, recordemos, para el ciclo de vida del software a grandes rasgos es: análisis, el diseño, desarrollo e implementación, son 4 que pueden ir lineales en este caso, entonces, digámoslo así, que estaba en una primera etapa del desarrollo, es decir no podría considerarse todavía un producto final sino un producto en desarrollo que se estaba cocinando.

DR. IBÁÑEZ: Bien, de acuerdo a los documentos que usted evaluó y a la visita que practicó, la inspección que practicó, qué fue lo que usted encontró respecto de este punto de archivos planos y su migración?

SR. HURTADO: Se encuentra, en el momento de yo revisar, la estructura que estaba, la final, sí correspondía al de las bases de datos, es decir, en el mes de noviembre la estructura definida sí, pero se encuentra evidencia en los correos electrónicos compartidos con las partes en que se manifiesta que al cargar unos archivos con cierta estructura generan error en las bases de datos por incongruencias.

Luego se contesta por los desarrolladores que la estructura ha sido modificada y que debe ser la estructura de..., primero se da una estructura la cual en un momento falló, luego se corrige y se manifiesta la estructura que se debe utilizar para subir los archivos es esta, allí argumento de cuándo se da este tipo de errores; no estando en el preciso momento en que sucedió el hecho porque eso ocurrió durante el año pasado, se puede intuir lo siguiente, primero: que la estructura que se proporcionó al iniciar no era la correcta por error, segundo, que se pudo haber hecho ajustes a las bases de datos y al hacer ajustes ya se desactualiza la estructura y deben ser ajustados los archivos planos para poder subir información pertinente.

Entonces, aunque eso suele pasar más que todo cuando se está modificando la estructura del software, cuando se está desarrollando o implementando nuevas funcionalidades o se está en la etapa de prueba, que usualmente en una etapa ya de producto final no deberían darse, sí se dan pero en una pequeña escala pero la cantidad de correos que se dieron pues me parece que se dieron bastantes y es como un poquito preocupante para un software terminado.

DR. IBÁÑEZ: Yo quiero que me ayude a precisar es si fue el contratante, es decir la clínica o fue el proveedor del servicio, es decir en contratista, quien formuló cuál era la estructura que se necesitaba para elevar o levantar esos archivos planos.

SR. HURTADO: Usualmente, como es un producto terminado, la estructura, el diseño de la base de datos lo hace el contratista y los archivos planos por ende los diseñó él, que después se generaron nuevas necesidades es otra cosa y se tenían que cambiar es otra cosa, pero en primera instancia quien diseñó su base de datos del ERP fueron sus desarrolladores y quien diseñó los archivos planos, su estructura también fueron sus desarrolladores, en primera instancia.

DR. IBÁÑEZ: Es correcto si yo afirmo entonces señor Perito, que siendo que surgieron esas nuevas necesidades, eso pudo haber desencadenado un retraso en el cronograma de la ejecución del contrato?

*SR. HURTADO: **Bueno, no implica directamente retraso, no implica la generación de nuevas necesidades, por qué, porque si entablaron un contrato y ahí se especificaron ciertas necesidades, si nacen nuevas debería hacerse otrosí para poder responder a ellas**, entonces no directamente estarían vinculados, que por la confianza entre las partes se pudo haber manifestado verbalmente o que alguna de las partes esperara que se suplieran todas las necesidades, eso ya es otra cosa pero no implica.*

*Ahora, entre las partes veo que puede ser tomado las nuevas necesidades como parte del retraso pero como gestión del proyecto como tal no debería darse, **no debería a menos de que lo expresen y lo acuerden las partes en asumir esas nuevas necesidades.***

DR. IBÁÑEZ: Pero déjeme preguntarle lo siguiente sólo para estar claros, ¿había unas nuevas necesidades?

SR. HURTADO: Sí las había.

DR. IBÁÑEZ: Lo que usted supone es que debieron haber hecho un otrosí para esas nuevas necesidades?

SR. HURTADO: Correcto.

*DR. IBÁÑEZ: Usted allí hace referencia a unas comunicaciones que se cruzaron entre las partes y señala usted, dice en la página 10: "Se detecta que el contrato de licencia de uso del ERP Nativo On no tiene entre sus documentos integrantes un nivel de servicio (Service Level Agreement o SLA) donde se especifiquen los requisitos que debe cumplir el aplicativo ERP Nativo On con respecto a las necesidades de información de Médica Magdalena S.A., así como las métricas para medir la satisfacción de cliente, esta ausencia deja la puerta abierta para que cualquier insatisfacción manifestada por Médica Magdalena S.A.S. tenga validez ya que **no hay umbral establecido para determinar cuáles son admitidas y cuáles no.**"*

Respecto de esta pregunta yo quisiera que usted la complementara un poco más porque la pregunta se dirigía a presentar fallos en la ejecución de funciones básicas, luego quiero que invirtamos un poco la pregunta en el sentido de que primero nos diga cuáles eran esas funciones básicas?

SR. HURTADO: Las funciones básicas del Nativo On son las funciones básicas de un ERP, que es administrar los recursos empresariales.

DR. IBÁÑEZ: Que para este caso eran cuáles?

SR. HURTADO: En este caso era todo lo que tiene que ver con la parte contable, modular, con la parte de gestión de empresa como tal.

DR. IBÁÑEZ: Y cuáles son los fallos que se presentaron?

SR. HURTADO: Se presentaron fallos en cómo funcionaba en cargue en la parte de relación de tablas contables como tal, en la parte de vinculación de la estructura contable, es decir había unos procedimientos contables que no tenían un efecto, digámoslo así, real, por ejemplo, si se metía la información y se sacaba el estado financiero habían unos faltantes, no los daba correctamente.

Es decir si se hacía el ejercicio contable para sacar el balance general pues había algunas cosas que no estaban concretas, es decir dentro de él, en su funcionamiento había algunas cosas que hacían que los reportes como el estado financiero tenían algunas incoherencias.

DR. IBÁÑEZ: Pero entonces precísenos por favor cuáles eran las causas de los fallos?

*SR. HURTADO: **La causa de los fallos, digámoslo así, venía de 2 vertientes, una es el funcionamiento como tal, es decir, la transformación de los datos hacia la información que se debe representar, es decir, el procesamiento automático, los algoritmos podrían tener algunos desajustes allí.***

DR. IBÁÑEZ: Cuando usted dice entonces que no se había validado el cronograma antes de iniciar las etapas, es correcto que yo entienda que entonces no hubo una etapa de planeación del contrato?

*SR. HURTADO: Bueno, **me parece que hubo unos diálogos iniciales pero la entrega formal del cronograma como tal, pues se hizo en***

fechas posteriores, 7 meses después, es decir la aceptación, el envío del primer borrador del cronograma, la revisión, la devolución para poderlo aceptar se dieron alrededor de 6 meses después por los correos que proporcionan.

*Entonces, eso es algo que pienso, que pudo haber sido por la confianza y por la buena relación que tuvieron las partes en épocas anteriores, pero me parece que allí se cometió un error por ambas partes porque antes de iniciar se debió dar esta conciliación del cronograma de actividades, **como tal la aceptación por ambas partes porque el cronograma de actividades es muy importante para gestión y el control de las actividades y de los resultados y entregables que tiene que dar cada uno de ellos y para poder tomar decisiones a tiempo para poder corregir para que no haya ningún tipo de retrasos.***

Entonces, si el primer retraso es la entrega del cronograma entonces se puede esperar cualquier cosa porque no había ningún norte en los 6 meses anteriores.

DR. IBÁÑEZ: Sería correcto que yo afirme que las partes entraron a etapa final del contrato sin haber agotado correctamente la etapa de implementación?

*SR. HURTADO: Correcto, correcto porque el cronograma es una parte esencial para el control, es decir, **empezaron a la implementación sin uno de los controles básicos de cualquier proyecto.***

DR. IBÁÑEZ: Pero cuando usted visita la clínica el producto que prometió, por los 2 contratos, entregar el contratista lo tiene en su poder la Clínica?

SR. HURTADO: Sí, estaba implementado en uno de sus servidores, sí.

DR. IBÁÑEZ: En cuál servidor?

SR. HURTADO: En el ERP Nativo On que es realmente el que tiene códigos.

DR. IBÁÑEZ: Y cuando usted visitó la clínica alguien más se encontraba trabajando o utilizando ese software?

SR. HURTADO: La verdad no lo estaban utilizando, estaba ahí estacionario, sí se utilizó por solicitud expresa mía para hacer algunas pruebas y se tomaron algunos videos que reposan en mi poder y reposan en la clínica para tener evidencia del funcionamiento que ellos me manifestaban de su inconformidad.

DR. IBÁÑEZ: Se lo voy a reformular para no sacarlo de su ámbito de ingeniero, de acuerdo a la técnica que se debió utilizar cuándo se entiende terminado ese producto?

*SR. HURTADO: Bueno, la especificación que yo hice de los requisitos debería demorarse realmente, haciéndolo bien con prueba y todo, **alrededor de año y medio, si no estoy mal se especificó 12 meses para su desarrollo, entonces ya en este tiempo ya estaría vencido, no?***

DR. IBÁÑEZ: Sí, pero no vamos a entrar en la discusión jurídica, yo solamente quiero que usted se concrete a lo que le estoy preguntando y es, el software de historias clínicas cuándo técnicamente entenderíamos que es un producto terminado?

*SR. HURTADO: **Un producto terminado sería cuando él esté en funcionamiento, los usuarios lo prueben, se verifique la satisfacción de usuarios y clientes.***

DR. IBÁÑEZ: Y en efecto eso, de acuerdo a lo que usted ha venido aquí presentado y a su informe, eso no se dio.

*SR. HURTADO: **No, eso no se dio, en el de historias clínicas no porque ni siquiera existe ya, el software no exista, se fue en su etapa inicial.***

DR. IBÁÑEZ: Refirámonos entonces de nuevo al ERP Nativo On, quiero hacerle las mismas preguntas, es decir, en qué estado final encontró usted que se encontraba ese producto y qué tendría que haber pasado para haberlo entregado a satisfacción?

*SR. HURTADO: **El ERP Nativo On según sus desarrolladores estaba en etapa terminal, etapa finalizado, ahora, al adquirirlo así, tal cual como estaba, digámoslo así, lo único que se necesitaba era, la capacitación, cargar la información y ponerlo a funcionar.** Evidentemente, aunque no está en ninguna de las preguntas, hubo algunos inconvenientes en la capacitación, se generó algún tipo de ruido e inconformidades y ahí se dieron cuenta de que el ERP Nativo On no satisfacía a completitud las satisfacciones del cliente.*

Es decir, independientemente de las funciones que haga, quien manifiesta que está terminado son sus desarrolladores, pero la fase para decir que está terminado debe ser la comunión de las 2 partes, es decir los desarrolladores y quien lo va a usar, uno dice está terminado y el otro dice no está terminado para mí, entonces, en ese orden de ideas la necesitar las 2 opiniones el ARP Nativo On en el contexto de la Clínica Magdalena no estaría terminado porque no satisface las expectativas, independientemente que el contrato diga que está terminado.

DR. IBÁÑEZ: Muy bien, déjeme ahora insistirle con un tema que está relacionado con esto también, usted pudo encontrar, de acuerdo a lo que las partes pactaron, si existe entre ellas un acuerdo sobre cuáles debieron ser los perfiles y la experiencia del equipo técnico, me refiero a la parte humana del equipo técnico humano que debía proporcionar el contratista para hacer la parametrización?

SR. HURTADO: Bueno, hubo comentarios verbales por las partes de esas requisiciones pero no me proporcionaron un documento que especificara esa requisición como tal, aunque podríamos mencionar de manera subjetiva y de

manera concreta, para hacer desarrollo de software en Colombia, se necesitaría tener tarjeta profesional vigente como ingeniero para poder desarrollar las actividades de ingeniería.

Correcto. que si cada uno de los que interviene en cualquiera de las fases del desarrollo del software debe tener algún tipo de pregrado o especialidades en el área de construcción de software mínimo en pregrado y con tarjeta profesional vigente registrada y no sancionada por el Copnia que es el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería.”(Negrilla y subraya fuera de texto)

Por su parte, de los testimonios desahogados durante el proceso, observa el Tribunal que si bien es cierto varios de los testigos relatan detenidamente que la ejecución de los contratos fue afectada por diversas situaciones que impidieron obtener los resultados esperados, también lo es que otros testigos se refirieron a la falta de apoyo y asesoría concreta por parte de Nativotech a efectos de superar las dificultades que se presentaban en la implementación. Este hecho, a ojos del Tribunal, encuentra explicación en la falta de idoneidad del equipo de trabajo de que dispuso Nativotech para la ejecución de varias de sus obligaciones.

En efecto, la prueba técnica decretada dentro del proceso confirmó, de forma expresa, la necesidad de ser profesional y tener tarjeta profesional vigente para la prestación de los servicios objeto de los contratos; aunado a ello, las pruebas testimoniales también evidenciaron que las personas designadas por el Contratista, no eran profesionales idóneos para la labor requerida, v.gr el caso de Beatriz Villamizar y Esperanza Acevedo, quienes manifestaron que no eran ingenieras graduadas o con especialización en la materia objeto de los contratos, o en la instalación y producción del software en instituciones que prestan servicios de salud.

Esperanza Acevedo, encargada de desarrollar la implementación del software, no contaba con conocimiento amplio sobre la implementación del software ERP Nativo ON en instituciones de Salud, como tampoco con las herramientas necesarias para darle solución a todos los conflictos registrados en las actas que se hacían en las capacitaciones ya que claramente debía apoyarse técnicamente con Beatriz

Villamizar, la otra persona encargada por el Contratista para los mismos fines, quien tampoco contó con experiencia en implementaciones del ERP en el sector salud.

Si bien el representante legal de la firma Contratista, es ingeniero de sistemas con experiencia en los contratos que nos ocupan, no se probó que él directamente tuviera presencia en los procesos de implementación.

Tampoco se demostró que el CONTRATISTA hiciera el comité de implementación descrito en las obligaciones de los contratos, es decir, no se tuvo comunicación con un profesional titulado que contara con experiencia en implementaciones del sector salud o pleno conocimiento del software ERP Nativo On.

En el entendimiento que tiene el Tribunal de las obligaciones contractuales de Nativotech, el resultado concreto de la implementación real y cierta del Aplicativo ERP Nativo On y Desarrollo de Historias Clinicas, no forma parte del resultado esperado por Medica Magdalena SAS, al menos no del resultado esperado del Contrato celebrado con Nativotech. y el Tribunal no encuentra prueba que acredite el cumplimiento de las obligaciones por parte de Nativotech que soporte las afirmaciones que en sentido contrario éste ha planteado. Lo que evidencia la prueba técnica recaudada en desarrollo del presente proceso arbitral se concreta en que Nativotech no cumplió adecuadamente con las labores a su cargo, lo cual, a la postre, daría lugar a dificultades que impidieron la implementación cierta de sus obligaciones.

El Tribunal tomó atenta nota sobre lo siguiente: para la fecha de remisión del cronograma por parte de Nativotech, esto es, 5 de noviembre de 2015, el contrato, tomando en consideración la fecha de suscripción, llevaba poco más de ocho meses de ejecución; más sin embargo, el contratista, teniendo la posibilidad de hacerlo, no solicitó la modificación del plazo contractual, ni tampoco menciona situaciones de fuerza mayor, caso fortuito, o hechos del contratante que le impidieran cumplir sus obligaciones dentro del plazo convenido, tal y como se lo posibilitaba el Numeral 11 de la Cláusula Segunda del contrato, previamente citada.

Toma igualmente en consideración este Tribunal, que Nativotech es una compañía que en su propuesta comercial se presenta a sí misma como una experta en software; razón por la cual, sus expresiones contenidas en la propuesta comercial, y en la remisión del cronograma tienen una especial connotación de cara a la carga de obligaciones que aceptó cumplir a favor de Clínica Magdalena, pese a que para la fecha de envío del Cronograma, y del retraso en la adquisición del Servidor, pudo haber advertido la necesidad de modificar el plazo contractual; sin embargo, no dejó constancia alguna de que estos retrasos podrían afectar su desempeño. Con su silencio, aceptó correr su propia suerte y mal haría este Tribunal en aceptar una tesis que implique para el Nativotech ir en contra de sus propios actos.

Agrava el actuar culposo de Nativotech, el hecho de no haber vinculado a su equipo de trabajo a profesionales idóneos y que gozarán de los títulos de pregrado y de postgrado que le garantizaran un resultado positivo al contratante. De acuerdo a lo expuesto por el perito, obran además evidencias de que el mismo software ERP Nativo On puede tener deficiencias de diseño. Ambos aspectos se suman a los ya ante dichos hechos que denotan, con amplia suficiencia, que Nativotech es responsable contractualmente por su comportamiento negligente.

El Tribunal no quisiera dejar de referirse a la terminación anticipada del contrato de licenciamiento de software de historias clínicas, por encontrar esta decisión de Medica Magalena reprochable a la luz del ordenamiento jurídico colombiano.

A la luz de la reconocida sentencia de la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Civil Magistrado ponente William Namén Vargas dictada en Bogotá, el treinta (30) de agosto de dos mil once (2011). Discutida y aprobada en Sala de primero (1º) de agosto de dos mil once (2011) Referencia: 11001-3103-012-1999-01957-0, la terminación anticipada sólo procede de mediar pacto expreso entre las partes.

En dicha providencia, la Corte sostuvo:

"En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa.

El contrato a partir de su existencia genera efectos vinculantes para las partes, atadas u obligadas al cumplimiento, sea espontáneo, sea forzado, y fenece por decisión exclusiva de una porque la ley concede el derecho o se pacta accidentalia negotii, como las cláusulas resolutorias expresas, con o sin preaviso e, incluso, casos hay, donde la común negativa se ha tomado como dissensus o distrato o concluye en éste (cas. civ. sentencia de 12 de marzo de 2004). El contrato existe ex ante, engendra efectos, termina ex post sin eficacia retroactiva y sólo hacía el futuro. Además, cumplimiento y terminación son distintos. Aquél, no queda al simple arbitrio o mera voluntad de una parte, la última se produce por decisión unilateral de una u otra sin afectar las obligaciones cumplidas.

(...)

En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante.”

Con todo, y pese a que la terminación anticipada del contrato por parte de Medica Magdalena no le estaba autorizada por pacto entre las partes, Nativotech no supo probar a lo largo del proceso un efecto adverso concreto a consecuencia de esta terminación anticipada. Aún más, la pretensión segunda de su demanda de reconvencción no habla del posible daño de la terminación anticipada.

Adicionalmente, según concepto del perito experto, para que Nativotech cumpliera con sus obligaciones tendría que disponer de un plazo mayor que aquel que Nativotech propuso inicialmente, por lo cual, tendría que haberle propuesto a Medica Magdalena una modificación del cronograma y por ende una adición en la vigencia del contrato. Esta era una facultad que le estaba dada en el contrato según voces

del numeral 11 de la Cláusula Segunda de ambos contratos. Lo cierto es que no existe evidencia que, dentro de la vigencia del contrato, Nativotech solicitara tal ampliación.

Adicionalmente, Nativotech, en la formulación de pretensiones de la demanda de reconvención, no ofrece un escenario probable en dónde el tribunal pueda pronunciarse de fondo sobre la responsabilidad contractual que a Medica Magdalena le hubiera cabido por haber obrado por fuera del marco contractual. La manera en que el petente en reconvención formula los cargos de incumplimiento no se refieren de manera clara y concreta al hecho de la terminación anticipada del software de historias clínicas. Aun más, la pretendida declaración de la cláusula penal, que reposa como tercera pretensión en la demanda de reconvención, no señala una razón o motivo por el cual deba este tribunal acceder a tal solicitud ni se presenta como consecuencial. Por estos motivos, pese a que el tribunal encuentra un acto reprochable de Medica Magdalena al haber ejercido una facultad que no le estaba habilitada, las pretensiones de la demanda de reconvención cercenan a este tribunal para imponer una sanción contractual o legal por este acto.

4.1.2. De las pretensiones relativas a la cláusula penal.

En el escrito de demanda, la convocada solicitó de este tribunal hacer las siguientes declaraciones:

*"2.- Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, pagar a favor de **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, la cláusula penal establecida en el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON**, correspondiente a la suma de **Once Millones Cuatrocientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$11.400.000.00)**, por el incumplimiento a las obligaciones contractuales pactadas*

*3.- Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, pagar a favor de **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, la cláusula penal establecida en el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON**, correspondiente*

*a la suma de **Trece Millones Trescientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$13.300.000.00)**, por el incumplimiento a las obligaciones contractuales pactadas."*

La cláusula penal, también llamada cláusula convencional, es una estipulación de carácter accesorio por la que se establece una sanción, generalmente pecuniaria, para el caso de que el deudor incumpla o cumpla defectuosamente su obligación. Esta institución contractual goza de los siguientes elementos:

- a) Es un medio de garantía de la obligación.
- b) Es una obligación accesoría que se agrega a la principal para reforzarla.
- c) Es una obligación subsidiaria; pues, salvo pacto en contrario, no puede el acreedor exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la pena o la reparación ordinaria y la pena.¹³

La cláusula penal, como medio de garantía de la obligación, puede revestir diversas modalidades:

- a) Como pena sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios y abono de los intereses en caso de incumplimiento.
- b) Como pena cumulativa, cuando la pena es exigible además de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal.

Para el caso bajo análisis, las partes en controversia pactaron idéntica cláusula penal para ambos contratos de licenciamiento, cuyo texto literal es como se pasa a reproducir:

"DECIMA SEXTA.- CLAUSULA PENAL: En caso de incumplimiento de total de cualquiera de las obligaciones previstas en el presente contrato, Por parte de EL CONTRATANTE o del CONTRATISTA, la parte que incumpla pagará a la

¹³ LETE DEL RIO, José M. En: Derecho de Obligaciones, Vol. 1, Relación Obligatoria en General, Cuarta Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), pág. 180, Madrid-España, 2000.

*otra, sin necesidad de requerimiento alguno no constitución en mora, una cantidad equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de contrato, **sin perjuicio del incumplimiento de la obligación de que se trate y/o de la indemnización por los daños reales que se demuestren, si estos fueron superiores.** La parte que incumpla deberá pagar la suma correspondiente a la pena, dentro de los cinco (5) días calendario siguiente al requerimiento que le realice la parte afectada, y si así no lo hiciera, pagará intereses de mora a la tasa más alta permitida por la ley a la fecha de pago efectivo.”*

Para el tribunal, según se resalta del contenido de la cláusula penal, cuando las partes pactaron que la tasación anticipada de perjuicios “*sería sin perjuicio del incumplimiento de la obligación de que se trate y/o de la indemnización por los daños reales que se demuestren, si estos fueron superiores*”, se estableció entre ellas una clausula penal cumulativa.

Ello así, el entendimiento del tribunal es que las pretensiones números 2 y 3 no excluyen con la pretensión número 1 de la demanda propuesta por la convocada. En tal sentido, lo pretendido por la parte convocante es procedente y, con base en lo ya discurrido a esta altura del laudo, son pretensiones con fundamento probatorio por activa y por pasiva: por activa, porque el demandante probó que el incumplimiento a varias obligaciones a cargo de Nativotech, ciertamente existió y procesalmente se observa evidencia de ello; y pro pasiva, porque Nativotech, teniendo la carga probatoria, no acreditó que su incumplimiento fuera fruto de hechos o actos del contratante, o de eventos de fuerza mayor o caso fortuito. Todo lo contrario, en el plenario habitan pruebas de su negligencia.

Conclusión.

En este punto, y teniendo en cuenta que se trataba de un contrato de resultado, al tribunal no le asiste la menor duda de que el incumplimiento de Nativotech es palmario; así mismo, que su actuar fue en grado sumo negligente, ya que desde la misma oferta se confió en evitar un resultado adverso frente al licenciamiento de un software que no cumplía las necesidades del contratante (ERP Nativo ON), y que no

iba a disponer del tiempo necesario para desarrollar el software de historias clínicas. Aún más, a ojos del tribunal no existen evidencias de hechos imprevisibles, proveniente de un tercero, o en bajo el influjo de hechos de fuerza mayor o caso fortuito que exoneren o atenuen a Nativotech de la responsabilidad contractual que se ha acarreado gracias a su actuar culposo. En consecuencia este tribunal en la parte resolutive accederá a las pretensiones de la parte demandante, despachará negativamente las pretensiones de la demanda de reconvención, así como las excepciones en contra de la demanda de la convocada y negará las relativas al llamamiento en garantía.

4.2. Las pretensiones de NATIVOTECH SAS

En su demanda de reconvención, como consecuencia de las pretensiones de cumplimiento del Contrato y de incumplimiento por parte de MEDICA MAGDALENA SAS, NATIVOTECH SAS presentó las siguientes pretensiones de condena:

- "Primera. Que se declare que la sociedad MEDICA MAGDALENA SAS incumplió el contrato denominado LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON, suscrito con la sociedad NATIVOTECH SAS, por retardar el cumplimiento de sus obligaciones; por cumplirlas otras de manera inapropiada y por impedir el cumplimiento del contrato en su etapa final, de manera unilateral e injustificada, alegando un pretendido incumplimiento.*
- Segunda. Que se declare que la sociedad MEDICA MAGDALENA SAS incumplió el contrato denominado DESARROLLO DE HISTORIAS CLINICAS, al haber impedido el acceso al servidor dispuesto para el desarrollo del software correspondiente y retardando de forma injustificada el levantamiento de información requerido, cuando el término del contrato se encontraba vigente y el desarrollo del contrato se encontraba en condiciones de operar.*

Tercera.- Que se condene a MEDICA MAGDALENA SAS, a pagar a mi mandante, al pago de las cláusulas penales pactadas en ambos contratos, así: (i) En el contrato de LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON, la suma de \$ 11.400.000 ; (ii) Por cuenta del contrato de DESARROLLO DE HISTORIAS CLINICAS, la suma de \$13.300.000.

Cuarta.- Que se condene a la parte demandada a pagar las costas del proceso.”

4.2.1. Pretension primera de la demanda de reconvención

Sobre la pretension primera de la demanda de reconvención, en relación con el supuesto incumplimiento por parte de MEDICA MAGDALENA SAS, del “Contratos de Licencia de Uso del ERP NATIVO ON”

- **Posición de NATIVOTECH SAS**

Como fundamento de sus pretensiones **NATIVOTECH SAS** expresó: (i) que durante la ejecución del contrato MEDICA MAGDALENA SAS, retardó por tres meses la entrega de un servidor solicitado; (ii) que MEDICA MAGDALENA SAS dispuso como ejecutivo contacto para el desarrollo del contrato a una contadora pública, sin experiencia en sistemas, incumpliendo la cláusula cuarta numeral 7, en virtud de la cual ha debido colocar un ingeniero de sistemas que facilitara la comunicación y la comprensión de los fenómenos de implantación de un sistema y al mismo tiempo contribuyera a obviar las eventuales dificultades que pudieran presentarse durante el proceso; (iii) que MEDICA MAGDALENA, unilateralmente, decidió negar el acceso al servidor, impidiendo que NATIVOTECH pudiese poner en operación el aplicativo, decidiendo declarar el incumplimiento del contrato, sin mediar decisión judicial y sin comprobar de manera fehaciente que la aplicación funcionara o no oficialmente, en la fecha programada.

- **Posición de MEDICA MAGDALENA SAS**

Por su parte, MEDICA MAGDALENA SAS se opuso a la pretensión con base en los siguientes argumentos: (i) que MEDICA MAGDALENA SAS cumplió con las obligaciones contractuales y solicitó reiterativamente el cumplimiento de las obligaciones al CONTRATISTA quien decidió negarse a recibir y responder correos y llamadas; (ii) que nunca se probó o demostró la funcionalidad ni la puesta en marcha en producción del aplicativo; (iii) que nunca se acordó de mutuo acuerdo modificar el plazo del cumplimiento de las obligaciones del Contratista, y (iv) que por parte de MEDICA MAGDALENA SAS se encargaron tres personas para el apoyo del desarrollo de los Contratos: una contadora con 12 años de experiencia en implementación y transición de software, una contadora dedicada a aplicar, analizar, interpretar y suministrar la información contable y un ingeniero de sistemas contratado como interventor de los contratos.

- **Consideraciones del Tribunal**

En relación con la primera pretensión formulada por NATIVOTECH SAS en su demanda de reconvención, esto es, declarar el incumplimiento de MEDICA MAGDALENA SAS *por retardar el cumplimiento de sus obligaciones; por cumplirlas otras de manera inapropiada y por impedir el cumplimiento del contrato en su etapa final, de manera unilateral e injustificada, alegando un pretendido incumplimiento*, no encuentra el Tribunal que exista prueba de que el Contrato fuera imposible de ejecutar o que MEDICA MAGDALENA SAS no hubiera entregado los recursos y la información suficientes y relevantes para la ejecución del mismo.

Conforme a lo anterior, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención, el actor no puede limitarse a afirmar los hechos que fundamentan las mismas, sino que debe proceder a probar legalmente la existencia de tales hechos, aspecto que omitió la parte Convocada en el presente proceso en relación con el supuesto incumplimiento de la obligación legal de MEDICA MAGDALENA SAS de suministrar al CONTRATISTA el apoyo, la información y elementos necesarios.

4.2.2. Pretensión Segunda de la demanda de reconvención

Sobre la pretension segunda de la demanda de reconvención, en relación con el supuesto incumplimiento por parte de MEDICA MAGDALENA SAS, del "Contratos de Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clinicas Adjunto al ERP Nativo ON"

- **Posición de NATIVOTECH SAS**

Como fundamento de sus pretensiones **NATIVOTECH SAS** expresó: (i) que el software de historias clínicas no se contrató como un complemento del software contable, sino como un producto adjunto al software contable ya que funcionan independientemente y no era necesario desarrollarlo una vez entregado y recibido el software contable; (ii) que el contrato de Licencia de Uso para el Desarrollo de Historias Clínicas, cuyo plazo vencía el 28 de marzo de 2016, se desarrolló oportunamente, aun cuando MEDICA MAGDALENA SAS, sin justa causa obligó a NATIVOTECH a realizar un doble levantamiento de información, proceso este crítico para el correcto desarrollo del aplicativo de Historias Clínicas, y (iii) que el término de ejecución del contrato se encontraba vigente y MEDICA MAGDALENA, decidió negar el acceso a su servidor a partir del primero de febrero del año en curso y declaró unilateralmente terminados los contratos, con base en un supuesto incumplimiento y no se pudo completar la programación para cumplir el objeto encomendado.

- **Posición de MEDICA MAGDALENA SAS**

Por su parte, MEDICA MAGDALENA SAS se opuso a la pretensión con base en los siguientes argumentos: (i) que el software de historias clínicas debía trabajar en complemento y conjuntamente con el software contable, de tal manera que se desarrollaría primero el software contable (aplicativo NativoOn) y una vez recibido a satisfacción y como complemento del primero se desarrollaría el adjunto al de historias clínicas, es decir, sin la existencia del primero no subsiste el segundo porque el software de historias clínicas dependía de la entrega del ERP Nativo On ; (ii) que NATIVOTECH SAS no llevó a cabo el desarrollo oportuno del software de historias clínicas comoquiera que no culminó el levantamiento total de la información, no presentó el diseño del programa, ni entregó el cronograma de implementación de historias clínicas

- **Consideraciones del Tribunal**

El Tribunal no accederá a esta pretensión por las razones ya expuestas en el acápite anterior.

4.2.3. Pretensión Tercera de la demanda de reconvención

Sobre la pretensión tercera de la demanda de reconvención, en relación con la solicitud de condenar a MEDICA MAGDALENA SAS, al pago de las cláusulas penales contenidas en los Contratos objeto de este arbitraje, no se accederá a esta pretensión, teniendo en cuenta que atrás el Tribunal concluyó que la parte demandante no incumplió sus obligaciones contractuales, ergo, no se podrá hacer efectiva la cláusula penal.

4.2.4. Pretensión Cuarta de la demanda de reconvención

El Tribunal concederá la pretensión cuarta y condenará en costas a MEDICA MAGDALENA SAS, por las razones expuestas.

5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES PRESENTADAS POR NATIVOTECH SAS:

- a) "1. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DE LA CONVOCANTE MEDICA MAGDALENA SAS": De acuerdo con lo expuesto atrás al analizar las pretensiones de cumplimiento e incumplimiento de MEDICA MAGDALENA SAS y de NATIVOTECH SAS el Tribunal negará esta excepción, por cuanto encontró probado que existió incumplimiento por parte de NATIVOTECH SAS.
- b) "2. COBRO DE LO NO DEBIDO": De acuerdo con lo expuesto atrás al analizar las pretensiones de cumplimiento e incumplimiento de MEDICA MAGDALENA SAS y de NATIVOTECH SAS, el Tribunal negará esta excepción, por cuanto no encontró probado un incumplimiento por parte de MEDICA MAGDALENA SAS

- c) "3. EXCEPCION PERENTORIA DE TERMINACIÓN ILEGAL DE LOS CONTRATOS LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON Y LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS": De acuerdo con lo expuesto atrás al analizar las pretensiones de cumplimiento e incumplimiento de MEDICA MAGDALENA SAS y de NATIVOTECH SAS, el Tribunal negará esta excepción, por cuanto encontró que no existió imposibilidad jurídica en la ejecución de los Contratos aun con la supuesta terminación.

6. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCADA EN LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En lo que tiene que ver con las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda de reconvencción, como quiera que las pretensiones de dicha demanda no han prosperado, el Tribunal encuentra que no hay necesidad de referirse a ellas siguiendo lo indicado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 11 de junio de 2001, en la cual sobre el particular consideró:

"(...) la excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es

respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)”.

Conclusión

Entre la totalidad de los documentos aportados legal y oportunamente al proceso por las dos partes, que el Tribunal ha ponderado uno a uno y en conjunto, no obra ninguno que sustente la defensa de la demandada y de las demás pruebas que se aportaron y practicaron a lo largo de este proceso arbitral no se puede concluir que MEDICA MAGDALENA SAS haya incumplido las obligaciones contraídas con la firma de los Contratos que dieron lugar al presente trámite arbitral. Por eso y por las razones expuestas a lo largo del presente Laudo, prosperarán en los términos de la parte resolutive las pretensiones Primera y Segunda de la demanda inicial; se denegarán las súplicas de la demanda de Reconvención, y hará los demás pronunciamientos complementarios.

7. ANÁLISIS DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DEL GARANTE DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE NATIVOTECH SAS

Con su demanda, MEDICA MAGDALENA SAS llamó en garantía a la sociedad SEGUROS DEL ESTADO S.A., comoquiera que para el perfeccionamiento de los contratos, se solicitaron las siguientes pólizas: **a)** de cumplimiento del contrato por una cantidad equivalente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato y con una vigencia igual a la del contrato y tres (3) meses adicionales; **b)** Buen manejo y correcta inversión el anticipo por un valor equivalente al cien por ciento (100%) del valor del anticipo con una vigencia igual al plazo del contrato y tres (3) meses adicionales. **Nativotech S.A.S.** presentó la póliza No. 63-45-101009496 por valor de \$132.240.000.00 para el contrato de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON** y póliza No. 63-45-101009495 por valor de \$154.280.000.00 para el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON**. Las pólizas

anteriormente mencionadas fueron expedidas por Seguros del Estado con recibo de pago No. 327685 con fecha 31/03/2015 y clave 112423.

7.1. Posición de Seguros del Estado S.A.

Seguros del Estado S.A., aunque admite la vinculación procesal de la aseguradora al presente proceso arbitral, se opuso a la prosperidad de las pretensiones del llamamiento en garantía, con base en los siguientes argumentos: (i) Indeterminación de los perjuicios reclamados y falta de prueba de los mismos. La póliza de seguro de cumplimiento entre particulares, está instituida para garantizar los perjuicios directos, padecidos por el beneficiario de la misma, debido al incumplimiento del contrato garantizado atribuible al contratista, motivo por el cual los perjuicios causados deben estar debidamente probados, cuantificados y enmarcados dentro del alcance del contrato; (ii) En relación con la cobertura de anticipo, el asegurado debía demostrar el mal uso de los dineros entregados a título de anticipo; (iii) La sociedad asegurada efectuó el pago al Contratista por fuera de los términos convenidos en el contrato, circunstancia que repercutió en el cumplimiento del `plazo contractual inicialmente previsto; (iv) La contratante terminó el contrato unilateralmente, sin la finalización del objeto contractual impidiendo la posibilidad del cumplimiento del mismo; (v) Adecuada y oportuna utilización del dinero entregado por concepto de Anticipo por parte del contratista, pues no está probado dentro del proceso que NATIVOTECH SAS se haya apropiado del anticipo o le haya dado una destinación diferente; (vi) culpa exclusiva de la víctima.

7.2. Consideraciones del Tribunal

Para resolver sobre el llamamiento en garantía, en primer lugar, el Tribunal advierte que conforme a la cláusula décima de ambos Contratos, NATIVOTECH SAS se obligó a prestar garantía a favor de MEDICA MAGDALENA SAS, la cual debía cubrir, entre otros, los siguientes amparos: "a) BUEN MANEJO Y CORRECTA INVERSIÓN DEL ANTICIPO, cuyo valor deberá ser igual al cien por ciento (100%) de los dineros que se entreguen a título de anticipo y la vigencia se extenderá por el término de ejecución del contrato y tres (3) meses más" y "b) CUMPLIMIENTO DE LAS

OBLIGACIONES SURGIDAS DEL CONTRATO, cuyo valor será igual al veinte por ciento (20%) del valor total del contrato y la vigencia se extenderá por el término de ejecución del contrato y tres meses más”.

En cumplimiento de esa estipulación contractual, NATIVOTECH SAS presentó y MEDICA MAGDALENA SAS aprobó la póliza No. 63-45-101009496 por valor de \$132.240.000.00 para el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON** y póliza No. 63-45-101009495 por valor de \$154.280.000.00 para el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON**. Las pólizas anteriormente mencionadas fueron expedidas por Seguros del Estado con recibo de pago No. 327685 con fecha 31/03/2015 y clave 112423.

De entrada se advierte que no se impondrá condena alguna a la parte llamada en garantía Seguros del Estado S.A. por las siguientes razones:

Este Tribunal destaca que ni en la demanda, ni en el llamamiento en garantía, existe una petición concreta y categorica sobre la cual este Tribunal deba pronunciarse respecto de la llamada en garantía. La parte convocada tampoco presentó en la oportunidad procesal correspondiente petición alguna de condena frente a la aseguradora. De suerte que el ejercicio de principio de habilitación que las partes confirieron a este Tribunal carece de materia condenatoria o declarativa en contra de la llamada en garantía.

No obstante lo anterior y teniendo en cuenta lo señalado en el artículo 1077 del Código de Comercio, una vez cotejadas las pruebas existentes en el proceso, el Tribunal encuentra que le asiste razón a la llamada en garantía cuando en la contestación del llamamiento y en los alegatos finales expuso el incumplimiento de la carga probatoria que le correspondía, en este caso a la llamante convocante, quien efectivamente no aportó, ni solicitó los medios materiales de prueba necesarios para acreditar los requisitos que exige el artículo 1077 del Código de Comercio: “Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso...”, verbigracia, haber requerido de este Tribunal un pronunciamiento sobre aquel contrato que sobre el desahogo de la

prueba testimonial se dijo haber celebrado para suplir la ausencia de producción del software ERP NATIVO ON o culaquier otro daño emergente que hubiese podido sufrir con ocasión del incumplimiento de la convocada.

En consecuencia, no se pronunciará el Tribunal en relación con las excepciones propuestas por Seguros del Estado en la contestación del llamamiento en garantía, como quiera que no hay pretension que las excepciones pretentan enervar.

8. COSTAS

Sobre costas, el artículo 365 del Código General del Proceso dispone:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. [...]. 3. La condena se hará en la sentencia [...]. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. [...] 6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. [...] 9. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

Las costas se encuentran compuestas por las expensas, que son aquellos gastos judiciales en que las partes incurrieron por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "los gastos de defensa judicial" (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico costas.

Como se expuso en el acapite de tacha de testigos, el Tribunal condenará en Costas a MEDICA MAGDALENA SAS, de conformidad con el artículo 81 del Código General

del Proceso: "Al apoderado que actúe con temeridad o mala fe se le impondrá la condena de que trata el artículo anterior, la de pagar las costas del proceso, incidente o recurso y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales..."

En consecuencia de lo expuesto y teniendo en cuenta que la parte convocante trató de simular una terminación de los contratos de mutuo acuerdo, el Tribunal encuentra que esta conducta va en contra de los deberes de buena fe y lealtad, motivo por el cual se accederá a la pretensión Número 4 de la demanda de reconvención de condenar en costas a la parte convocante.

Por consiguiente, a continuación se procede a liquidar las costas que deberán ser pagadas por **MEDICA MAGDALENA SAS** a favor de **NATIVOTECH SAS**, incluyendo no sólo el valor de los gastos en que incurrió ésta durante el desarrollo del proceso, sino también el de las correspondientes agencias en derecho, las cuales serán fijadas en lo correspondiente a los honorarios del árbitro único del presente Tribunal, es decir, en la suma de \$5.801.863.00. Dicho valor se señala teniendo en la cuenta la cuantía del proceso, la duración del mismo y el número de actuaciones surtidas.

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

Honorarios del árbitro único	\$5.801.863.00
Honorarios de la Secretaria	\$2.900.931.00
Gastos de Administración del Centro de Arbitraje, incluido IVA	\$2.900.931.00
Gastos de Funcionamiento utilizados	\$0
Agencias en derecho	\$5.801.863.00
TOTAL:	\$17.405.588

El valor total de las costas corresponde a **\$17.405.588.00**

Respecto de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos de Funcionamiento", se ordenará su devolución.

TERCERA PARTE. DECISIÓN

El Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias, administrando justicia por habilitación de las Partes, conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH SAS** la devolución y el reintegro del valor pagado por MEDICA MAGDALENA SAS por valor de **DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO SESENTA MIL SEISCIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$233.160.622.00)** como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales de los contratos de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON** y el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON**, En consecuencia, prospera la pretensión Primera de la Demanda Inicial.

Segundo. Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, pagar a favor de **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, la cláusula penal establecida en el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA PARA USO DEL ERP NATIVO ON**, correspondiente a la suma de **Once Millones Cuatrocientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$11.400.000.00)**, por las razones expuestas. En consecuencia, prospera la pretensión Segunda de la Demanda Inicial.

Tercero. Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.**, pagar a favor de **MEDICA MAGDALENA S.A.S.**, la cláusula penal establecida en el contrato de prestación de servicios de **LICENCIA DE USO PARA EL DESARROLLO DE HISTORIAS CLÍNICAS ADJUNTO AL ERP NATIVO ON**, correspondiente a la suma de **Trece**

Millones Trescientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$13.300.000.00). En consecuencia, prospera la pretensión Tercera de la Demanda Inicial.

Cuarto. Negar la pretencion cuarta de la demanda inicial, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Declarar no probadas las excepciones de merito propuestas por NATIVOTECH SAS por las razones aquí consignadas.

Sexto: Negar las pretensiones Primera, Segunda y Tercera de la demanda de reconvención, por las razones expuestas.

Séptimo: Condenar en costas a MEDICA MAGDALENA SAS y a favor de NATIVOTECH SAS por valor de DIECISIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS M/CTE (\$17.405.588.00) por las razones expuestas. En consecuencia, prospera la pretensión Cuarta de la Demanda de Reconvención.

Octavo: Ordenar a la sociedad **NATIVOTECH S.A.S.** pagar a favor de MEDICA MAGDALENA SAS la suma OCHO MILLONES DOSCIENTOS DOS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO (\$8.202.794) por concepto de reembolso de los gastos de funcionamiento de este arbitraje que le correspondía a **NATIVOTECH S.A.S.** y fueron pagados por MEDICA MAGDALENA SAS

Noveno: Declarar causado el saldo de los honorarios del Árbitro y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

Décimo: Ordenar la liquidación final y la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida "*Gastos*".

Décimo Primero: Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

Décimo Segundo: Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la Ley 1563 de 2012).

Décimo Tercero: Respecto de la sociedad Llamada en garantía no se hará ninguna declaración por las razones expuestas en la parte considerativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue notificada en estrados.



OSCAR IBÁÑEZ PARRA
ÁRBITRO ÚNICO



LYDA MERCEDES CRESPO RÍOS
SECRETARIA