

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Contrato de obra por encargo. Obra creada bajo relación laboral. Similitudes. Diferencias.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Tribunal de Arbitramento

FECHA: 19-1-2001

JURISDICCIÓN: Arbitral

FUENTE: Texto digitalizado del laudo, cortesía del Tribunal de Arbitramento

OTROS DATOS: Laboratorios California S.A. vs. System Software Associates Inc. y S.S.A. Colombia S.A.

SUMARIO:

“... al referirnos a la naturaleza jurídica real consagrada en la legislación del contrato de prestación de servicios profesionales, deberá decirse que es un contrato que tiene por esencia vital los siguientes elementos:

- *Un número plural de sujetos, siendo uno de ellos necesariamente un profesional.*
- *Acuerdo de voluntades entre los sujetos.*
- *La generación o creación de obligaciones como consecuencia directa del acuerdo de voluntades.*
- *El compromiso del sujeto profesional a proporcionar, otorgar o realizar, por un tiempo determinado, acciones, mediante las cuales despliegue su alto grado cualitativo y cuantitativo de conocimientos conceptuales e intelectuales, total o prioritariamente por encima de cualquier obra o acción material.*
- *El compromiso del sujeto beneficiario de la acción del profesional de pagar una remuneración por la misma, consistente en un precio”.*

“Quedando de esta manera corroborado que en lo relativo a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales la realidad normativa corresponde a los desarrollos lógicos y teóricos”.

Aclaración con respecto al contrato de trabajo.

“Como puede observarse, luego de haber llegado a las anteriores conclusiones existe una cercanía indudable con el contrato de trabajo consignado en el Código Sustantivo de Trabajo, el cual en su artículo 22 reza:

«Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración».”

“Si se tiene en cuenta que este servicio laboral puede tener un carácter profesional, el contrato de trabajo, al igual que el contrato de prestación de servicios profesionales, tendría como elementos vitales y esenciales, la prestación de un servicio profesional y el pago de un precio en retribución de dicho servicio”.

“El punto de diferenciación entre ambos contratos se cimienta en la subordinación y dependencia presentes en el contrato de trabajo y en la completa ausencia de estos elementos en el contrato de prestación de servicios profesionales”.

COMENTARIO: Aunque aparentemente semejantes, las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral y las realizadas en cumplimiento de un contrato de encargo tienen una naturaleza diferente y plantean problemas distintos, a pesar de algunos elementos en común, en el sentido de que en ambos supuestos la obra se crea para un tercero. En el primer de ellos existe un vínculo de dependencia entre el patrono y el autor (con todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo) y donde el creador actúa con los medios o elementos proporcionados por el empleador, mientras que en el segundo el creador actúa en forma independiente, con sus propios medios, sin relación laboral con la persona que lo contrata, todo a cambio de un precio fijado en el contrato. Respecto de las obras creadas bajo relación de trabajo, las soluciones suelen ser diversas en los ordenamientos nacionales, con fórmulas según las cuales el contrato de trabajo no implica la derogación de los derechos del autor; o que la transferencia de los derechos patrimoniales se rige por lo convenido entre las partes pero, en ausencia de pacto expreso, los derechos patrimoniales permanecen con el autor, siendo los morales inalienables e irrenunciables; o que debe acudir al contrato celebrado por las partes, pero el patrono no puede utilizar la obra por medios diferentes a los expresamente contratados, teniendo los derechos morales el carácter de inalienables e irrenunciables; o que la autoría y la titularidad originaria de los derechos permanece con el autor pero, salvo pacto en contrario, se presume una cesión limitada de los derechos patrimoniales al patrono, en la medida necesaria para la explotación de la obra de acuerdo a las modalidades usuales del empleador al momento del contrato o a la de época de entrega de la obra, según el estilo de cada texto legal. Las distintas fórmulas no terminan allí, porque de acuerdo a otras legislaciones, si se trata de una obra realizada como resultado de una relación laboral mediante un contrato individual de trabajo escrito, a falta de pacto en contrario

se presume que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado, pero en ausencia de un contrato individual de trabajo expresado por escrito, los derechos patrimoniales corresponden al empleado, siendo en todo caso los derechos morales inalienables e irrenunciables; o que la “*titularidad de la obra*” corresponde al patrono, aunque los derechos morales son inalienables e irrenunciables; o se reconoce al autor el derecho sobre las obras creadas en el desempeño de un empleo, pero la remuneración se considera incluida dentro del salario, salvo disposición reglamentaria; o que en las obras colectivas creadas por contrato laboral en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada una de las personas que en ellas contribuyen, tienen por titular del derecho de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan, pero esa titularidad no afecta los derechos morales consagrados por la ley; o, en fin, que se presume, a título *iuris tantum*, una cesión ilimitada, exclusiva y por toda su duración de los derechos de explotación a favor del patrono. Por si fuera poco, ciertas leyes nacionales introducen una solución específica para el caso de los programas de ordenador creados bajo relación laboral, donde se atribuye la titularidad del derecho patrimonial al empleador, o también una fórmula particular respecto de las obras creadas por funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones, correspondiendo el derecho de explotación al respectivo ente público. Todo lo relatado refleja la falta de uniformidad legislativa en torno al tema de las obras realizadas en cumplimiento de una relación de empleo, lo que obliga a acudir, en cada caso, a la legislación que resulte aplicable. En cualquier caso, salvo que haya alguna prohibición legal al respecto, el autor y el patrono pueden convenir contractualmente en condiciones distintas a las establecidas en la ley, salvo en lo que se refiere a los derechos morales, que son inalienables e irrenunciables. También en la modalidad de la obra por encargo surgen diversas posiciones legislativas, entre ellas, que la celebración de un contrato de esa naturaleza no implica la derogatoria de los derechos del autor; o que el régimen de titularidad de los derechos patrimoniales se rige por lo pactado entre las partes; o que se atribuyen los derechos patrimoniales al comitente, salvo prueba en contrario; o que se presume, salvo que se convenga otra cosa, la cesión de los derechos patrimoniales a favor del comitente, en forma ilimitada, exclusiva y por toda su duración; o que la titularidad del derecho patrimonial en cabeza del comitente no es exclusiva, de modo que el autor conserva el derecho de explotar la obra en forma distinta a la contemplada en el contrato; o que a falta de pacto expreso se presume que los derechos patrimoniales han sido cedidos al comitente, en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de creación de la obra; que la titularidad de los derechos transferibles se rige por lo convenido por las partes, pero a falta de estipulación expresa se presume que los de orden patrimonial han sido cedidos al comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación; o, en fin, que la titularidad de los derechos patrimoniales se rige por lo pactado entre las partes pero, en todo caso, la obra sólo puede utilizarse por el comitente a través del medio de difusión expresamente autorizado por el autor o coautores que en ella intervinieron. Es de hacer notar que en los ordenamientos donde no se ha incluido una norma específica que regule el tema de la titularidad de los derechos sobre las obras realizadas por encargo, rige el principio general por el cual el autor es el titular originario de tales derechos y que la transmisión total o parcial de aquellos transferibles, se rige por lo convenido entre los contratantes, siendo los de orden moral, al menos en las leyes de tradición latina o continental, inalienables e irrenunciables. Y como ocurre con el régimen de la titularidad de los derechos sobre las obras creadas bajo relación laboral, también en las realizadas en ejecución de un contrato por encargo, a falta de uniformidad legislativa, debe acudirse a la ley aplicable. © **Ricardo Antequera Parilli, 2013.**

TEXTO COMPLETO:

LAUDO ARBITRAL

LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. contra SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A.

Bogotá, 19 de enero de 2001

I. CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL

a. El 5 de octubre de 1995, la sociedad LABORATORIOS CALIFORNIA S.A., en adelante CALIFORNIA, celebró con las sociedades SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. un contrato de servicios profesionales, cuyo objeto era la prestación de los servicios profesionales de Educación y Consultoría en el manejo, parametrización, instalación, optimización y control de proyectos para los productos de software dados en licencia, vendidos o entregados por cualquier otro método por S.S.A. COLOMBIA S.A.

b. En la cláusula décima tercera de ese contrato se estipuló:

“13. ARBITRAMENTO: Las diferencias que se susciten entre las partes con relación a este convenio y que no pudieren ser resueltas directamente por ellas, se someterán a un tribunal de arbitramento integrado por tres árbitros designados de común acuerdo por las partes y si no se ponen de acuerdo, todos los árbitros los designará la Cámara de Comercio de Bogotá, tribunal que sesionará en esta ciudad, fallará en derecho y se sujetará a las reglas de la Cámara de Comercio y a las normas colombianas vigentes sobre esta materia.

c. El 9 de noviembre de 1998, la sociedad CALIFORNIA S.A., por medio de apoderado, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal

de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de dirimir el conflicto suscitado con SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. respecto del contrato de servicios profesionales suscrito entre ellos.

d. El 12 de noviembre de 1998, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá admitió la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y procedió a notificar el auto admisorio de esa solicitud a las sociedades SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A., corriéndoles traslado de la demanda, según lo previsto por el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

e. El 11 de diciembre de 1998, mediante apoderado judicial, la sociedad S.S.A. COLOMBIA S.A. contestó la demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y propuso excepciones de mérito.

f. El 7 de abril de 1999, la sociedad SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, mediante apoderado judicial, interpuso recurso de reposición contra el auto mediante el cual se admitió la demanda en contra de su representada y solicitó que éste fuera reformado, excluyéndola.

g. El 15 de abril de 1999, CALIFORNIA S.A. describió el traslado del recurso de reposición interpuesto por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC solicitando que el auto recurrido fuera confirmado y se continuara con el trámite arbitral.

h. El 4 de mayo de 1999, CALIFORNIA S.A. presentó reforma a la demanda, en lo referente a las pretensiones de la misma.

i. El 6 de mayo de 1999, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá se declaró inhibido para resolver de fondo

el recurso de reposición interpuesto por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y ordenó continuar con el trámite arbitral.

j. El 19 de mayo de 1999, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a correr traslado de la reforma de la demanda presentada por CALIFORNIA S.A.

k. El 1 de junio de 1999, el apoderado de S.S.A. COLOMBIA S.A. contestó la reforma de la demanda propuesta por CALIFORNIA S.A.

l. En esa misma fecha, SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, por medio de apoderado, contestó la demanda y su reforma y propuso excepciones de mérito.

m. El 21 de junio de 1999, la apoderada de CALIFORNIA S.A. describió el traslado de las excepciones propuestas a la demanda, solicitando pruebas adicionales.

n. El 7 de julio de 1999 se citó a las partes para la audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 6 de agosto siguiente sin que las partes pudieran llegar a un acuerdo.

o. El 11 de agosto de 1999, la apoderada de CALIFORNIA S.A. presentó solicitud de pruebas adicionales.

p. El 26 de agosto de 1999 se dio inicio a la audiencia de nombramiento de árbitros, la cual fue suspendida por acuerdo entre las partes.

q. El 2 de septiembre de 1999, el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, resolver el recurso de reposición que hubiera interpuesto el 7 de abril pasado y respecto del cual el Centro se había declarado inhibido.

r. El 16 de septiembre de 1999, la apoderada de CALIFORNIA S.A. describió el traslado de la solicitud anterior, solicitando nuevamente que ella fuera denegada por improcedente.

s. El 6 de octubre de 1999, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá rechazó la solicitud presentada por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC el 2 de septiembre de 1999 y en su lugar ordenó continuar con el trámite arbitral.

t. El 19 de octubre de 1999, el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC interpuso recurso de reposición contra el auto del 6 de octubre pasado mediante el cual el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá rechazó su solicitud del 2 de septiembre.

u. El 11 de noviembre de 1999, la apoderada de CALIFORNIA S.A. describió el traslado del recurso de reposición interpuesto por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, solicitando que éste fuera denegado.

v. El 18 de noviembre de 1999, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá confirmó en su totalidad el auto del 12 de noviembre de 1998 mediante el cual se admitió la demanda en contra de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. y ordenó seguir adelante con el trámite arbitral, fijando como fecha para la audiencia de nombramiento de árbitros, el 6 de diciembre siguiente.

II. CAPITULO SEGUNDO: EL PROCESO

1. Demanda

1.1. Síntesis de los hechos en que se sustenta la demanda

Los hechos de la demanda, son en síntesis, los

siguientes:

1.1.1. Al decir de la demandante, a mediados de 1995 y debido al crecimiento presentado en CALIFORNIA S.A., esa sociedad se vio en la necesidad de modernizar la tecnología en sus procedimientos.

1.1.2. Para lograr tal fin, la sociedad S.S.A. COLOMBIA S.A., quien se presentó como representante de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC ofreció realizar un análisis de las operaciones de CALIFORNIA S.A. para determinar la versión apropiada del software requerido y las labores que desarrollaría para alcanzar el desarrollo tecnológico deseado por la demandante.

1.1.3. Una vez presentada la propuesta de S.S.A. COLOMBIA S.A., basada en el software B.P.C.S., el 5 de octubre de 1995 se celebró entre esa sociedad y CALIFORNIA S.A., un “CONVENIO DE SERVICIOS PROFESIONALES” que tenía por objeto la prestación de los servicios profesionales de educación y consultoría en el manejo, parametrización, instalación, optimización y control de proyectos para los productos de software dados en licencia, vendidos o entregados por cualquier otro método por S.S.A. COLOMBIA S.A. y cuyo texto fue redactado en su totalidad, al decir de la demanda, por las sociedades convocadas.

1.1.4. Con ese contrato CALIFORNIA S.A. optimizaría algunos de sus procesos y lograría la utilización en forma técnica y ordenada de la información, lo cual se traduciría en un incremento de sus utilidades haciendo conveniente entonces la “cuantiosa inversión” que suponía el contrato mencionado, la cual según los estudios realizados, se amortizaría en 12 meses.

1.1.5. Así las cosas, CALIFORNIA S.A., para desarrollarse tecnológicamente, adquirió el software B.P.C.S. por un valor inicial de US\$ 135.147, para lo cual suscribió un contrato de licencia de software con SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC

1.1.6. Por otra parte, con el fin de coordinar el proyecto, SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. contrataron a la sociedad A.&H CONSULTORIA LTDA. Igualmente, como consultoras de CALIFORNIA S.A. le indicaron que debía adquirir el programa AXI, compatible con el software recomendado, comercializado por ellas y de propiedad de A.&H CONSULTORIA LTDA.

1.1.7. Con el fin de cancelar el software adquirido y los servicios prestados por las demandadas, CALIFORNIA S.A. celebró un contrato de leasing con Leasing Boyacá, la cual efectuó los pago en efectivo y de contado, así: a SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A., la suma de US\$ 216.3000, y a A.&H CONSULTORIA LTDA, la suma de US\$ 5.700

1.1.8. Al decir de la demandante, a pesar de que ese contrato fue suscrito por las demás empresas del grupo California como garantes, fue LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. quien efectuó todos los pagos y el valor de adquisición, en 30 cuotas mensuales de \$ 10'866.409 más \$ 2'218.887 por concepto de valor final de adquisición.

1.1.9. En desarrollo de la labor de consultoría contratada a SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y a S.S.A. COLOMBIA S.A., estas sociedades determinaron que el software a adquirir debía ser la versión 5.1.01 y que la implantación de ese proceso así como la capacitación del personal tendría una duración de 10 a 12 meses. Igualmente determinó que CALIFORNIA S.A. debía adquirir un equipo o

hardware AS/400 power PC mod 400 para poder operar el software vendido, el cual fue comprado el 25 de julio de 1996 por valor de \$ 95´439.150.00.

1.1.10. Por último, CALIFORNIA S.A. tuvo que implementar, de acuerdo a las recomendaciones de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A., “toda una organización” de personal para llevar a cabo el proyecto, entre la cual se encontraba un patrocinador, un comité ejecutivo, una directora del proyecto, un líder técnico, un gerente, entre otros, lo cual implicó que aproximadamente 15 ejecutivos de la demandante destinaran gran parte de su jornada laboral a tareas relativas a la implementación del B.P.C.S., tal como se afirma en al demanda.

1.1.11. Sin embargo, según lo afirma la demandante, a pesar del entusiasmo con que se inició el proyecto, las dificultades no se hicieron esperar; en efecto:

a. Una vez instalada la versión 5.1.01 del B.P.C.S. empezaron a aparecer múltiples errores que fueron reportados por CALIFORNIA S.A.

b. Las demandadas entregaron una clave temporal para iniciar las operaciones pero nunca entregaron la definitiva, lo cual entorpeció el desarrollo de las actividades de CALIFORNIA S.A.

1.1.12. Al no poder corregir los errores oportunamente reportados, las demandadas decidieron instalar una versión de software 5.2.01, diferente a la ya instalada, lo cual ocasiono la pérdida de gran parte del trabajo realizado y del tiempo invertido.

1.1.13. Adicionalmente, las sociedades SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. no instalaron la nueva versión inmediatamente sino 9 meses después de suscrito el contrato de prestación de servicios, esto es a finales de julio de 1996, con un inconveniente adicional: esta versión requería de un módulo denominado CEA que CALIFORNIA S.A. había manifestado desde el comienzo no estar dispuesto a adquirir, de tal suerte que las demandadas aceptaron asumir el consto de su instalación hasta que el programa corriera con prescindencia de ese módulo.

1.1.14. Sin embargo, la versión 5.2.01 también presentó graves inconvenientes, siendo el más grave el que, según se afirma en la demanda, resultó ser una versión de prueba no aceptada por la casa matriz y que sólo servía para realizar simulación de los procedimientos.

1.1.15. Ante tales dificultades, el 9 de octubre de 1996 la representante legal de LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. dirigió una comunicación al presidente de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC en Buenos Aires, donde le manifestaba su inconformidad con la conducta asumida durante el proyecto, carta que nunca obtuvo respuesta mientras que el software instalado seguía sin funcionar.

1.1.16. El 7 de noviembre de 1996, la representante legal de CALIFORNIA S.A. dirigió una nueva comunicación al presidente para América Latina de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, con copia al representante legal de S.S.A. COLOMBIA S.A., indicando los cuantiosos perjuicios ocasionados por las demandadas, la cual fue contestada el mismo día presentado cuatro “supuestas” opciones que al decir de la demanda se redujeron a la versión 6.0.0.1 sin CEA que fue la que “más tarde se vio obligada a acoger” la demandante.

1.1.17. Según afirma la demandante, en dicha comunicación, las demandadas reconocen que la versión 5.2.01 con CEA y la 5.2.02 sin CEA no le sirven a CALIFORNIA S.A.; que la versión 4.05 fue descartada por ser una versión anterior y con alto riesgo de quedar desueta; que la 5.2.01 con CEA, que ya había sido instalada en CALIFORNIA S.A. no se encontraba certificada por la casa matriz y por tanto sus fallas no tenían soporte y no podrían ser solucionadas; que la 5.2.02 sin CEA no está en español y requiere de un desarrollo tecnológico para su funcionamiento. A continuación manifiestan tener las mejores intenciones de finalizar con éxito el proyecto.

1.1.18. A pesar de lo anterior, para diciembre de 1996 no se había iniciado la instalación de la versión 6.0.01. lo que acarrió la pérdida de credibilidad del proyecto, generando así que el 1 de diciembre de ese año la representante de CALIFORNIA S.A. dirigiera una nueva comunicación al presidente de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC para América Latina, en la que le ponía de presente los perjuicios económicos que se le estaban causando y que se en esa oportunidad se avaluaron en \$ 404.125.881. Esa circunstancia también fue informada a S.S.A. COLOMBIA S.A. el 4 de diciembre de 1996.

1.1.19. Dichas comunicaciones fueron contestadas por las demandadas el 10 de diciembre siguiente, mediante carta en la que manifestaron según la demanda un “nuevo propósito de la enmienda que tampoco se llevó a la práctica, al igual que no se cumplieron los nuevos cronogramas presentados para el desarrollo del proyecto.”

1.1.20. En efecto, se presentaron los siguientes inconvenientes:

a. La utilización real del programa debía iniciarse

en enero de 1997 pero la instalación de la versión 6.0.01 sólo finalizó el 31 de ese mes.

b. Para ese entonces ya se advertía que el tiempo de respuesta del programa era muy prolongado, lo cual lo haría inoperante.

c. En febrero de ese año, cuando se iniciaron las pruebas, se advirtieron otros incidentes que imposibilitaban la utilización del software, por lo cual las demandadas decidieron entonces que la versión adecuada para CALIFORNIA S.A. era la 6.0.02.

1.1.21. Así las cosas, el 20 de marzo de 1997 las demandadas enviaron a CALIFORNIA S.A. las cintas con la versión 6.0.02. con los manuales en inglés pues no los tenían en español.

1.1.22. A finales de abril de ese año, SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. presentaron un nuevo cronograma según el cual el nuevo programa debía estar funcionando en el mes de junio siguiente.

1.1.23. El 15 de mayo de 1997 CALIFORNIA S.A. dirige una nueva comunicación a las demandadas manifestándoles su preocupación por la falta de garantía de que esta versión si va a funcionar. Así mismo les hace saber que la implantación del programa se encuentra interrumpida por la mala calidad del software y por la falta de capacitación del personal de las demandadas y por último cuantifica los perjuicios sufridos hasta entonces en \$ 962'153.868, suma que reclama de manera inmediata.

1.1.24. Dicha comunicación no fue contestada por las demandadas, quienes finalmente instalaron la

versión 6.0.02 el 17 de julio de 1997.

1.1.25. Sin embargo, según lo afirmado por la demandante, el desarrollo del proyecto se vio nuevamente interrumpido por cuanto para implementar la versión 6.0.02, las demandadas advirtieron que CALIFORNIA S.A. debía comprar un equipo al que ellas le habían recomendado al iniciar el proyecto y un software adicional, los cuales tenían un valor de US\$137.643 y \$ 26'612.758 más IVA cada uno, respectivamente.

1.1.26. Ante lo anterior, CALIFORNIA S.A. envió una comunicación a las demandadas manifestando su inconformidad con la forma en que se había desarrollado el proyecto y manifestó, después de varias conversaciones, que únicamente admitiría, como fórmula de arreglo, que SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. entregaran la nueva maquinaria requerida según ellas para continuar con el proyecto, lo cual –según la demanda– fue inicialmente aceptado.

1.1.27. Sin embargo, una vez realizado el dimensionamiento de la máquina requerida, las demandadas sólo se comprometieron a obtener un 50% de descuento en su valor, para posteriormente terminar comprometiéndose a “realizar sus mejores esfuerzos en tal sentido”, tal como quedó registrado en el documento denominado “Bases de acuerdo para recomenzar proyecto B.P.C.S. en Laboratorios California S.A.” suscrito el 13 de noviembre de 1997.

1.1.28. En el proyecto de ese documento fue incluido un aparte mediante el cual se eximía de responsabilidad a las demandadas por los perjuicios causados, párrafo que fue excluido en la versión definitiva por no ser esa, según la demanda, la intención de CALIFORNIA S.A. Adicionalmente, en el texto final quedó consagrado que ese documento

sería reemplazado por una oferta formal de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A., la cual nunca se presentó.

1.1.29. En marzo de 1998, CALIFORNIA S.A., a fin de no perder la cuantiosa inversión realizada, accedió a asumir el 50% del valor del software adicional y de la nueva máquina, siempre y cuando SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. obtuvieran el 20% de descuento y cancelaran el 30% restante, hechos éstos que nunca se realizaron.

1.1.30. Por otra parte, afirma la demandante, el equipo que inicialmente había comprado CALIFORNIA S.A. por \$95.000.000 y que había sido recomendado por las demandadas ya sólo podía ser vendido por \$8.000.000 o incluso menos.

1.1.31. Finalmente y ante el incumplimiento de la oferta de las demandadas de asumir un porcentaje del valor de la máquina, éstas ofrecieron a CALIFORNIA S.A. un crédito por US\$ 40.000 que debía hacerse efectivo a través de la adquisición de ellas de nuevos programas y consultoría adicional.

1.1.32. Lo anterior, según la demandante, resultaba absolutamente inconveniente pues implicaba seguir trabajando con SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. COLOMBIA S.A., compañías que ya habían demostrado un rotundo fracaso derivado de su conducta negligente y que generaban absoluta desconfianza en CALIFORNIA S.A. lo que la llevó a rechazar esa propuesta y a solicitar en cambio la indemnización de los perjuicios causados con el incumplimiento.

1.1.33. Al no haberse atendido esa solicitud, CALIFORNIA S.A. procedió a iniciar el presente

trámite arbitral.

1.2. Pretensiones

Las pretensiones según la demanda, una vez modificada mediante memorial del 4 de mayo de 1999, son las siguientes:

1.2.1. Primera: Que las sociedades demandadas celebraron con mi mandante el 5 de octubre de 1995, el contrato de servicios profesionales cuyo objeto era la prestación de “servicios profesionales de Educación y Consultoría en manejo, parametrización, instalación, optimización y control de proyectos” contenido en el texto que se presenta como anexo de la demanda.

1.2.2. Segunda: Que las sociedades demandadas incumplieron el contrato de servicios profesionales celebrado con Laboratorios California S.A., el día 5 de octubre de 1995, antes mencionado.

1.2.3. Tercera: Que, en consecuencia, se declare terminado el contrato al que hace referencia la pretensión anterior, y se condene a las sociedades demandadas al pago en favor de Laboratorios California S.A. de los perjuicios – daño emergente y lucro cesante – irrogados como consecuencia del incumplimiento mencionado, cuyo monto será acreditado dentro del proceso.

1.2.4. Cuarta: Que se condene a las sociedades demandadas a pagar a Laboratorios California S.A. las sumas que corresponden a los perjuicios causados a que se ha hecho mención, debidamente actualizadas teniendo en cuenta la pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano, desde el momento en que tales perjuicios fueron irrogados hasta la fecha en que se realice su pago.

1.2.5. Quinta: Que se condene a las sociedades demandadas a pagar a Laboratorios California S.A., como parte del daño causado, los intereses

de mora, a la tasa máxima permitida por ley, sobre las sumas a que ascienden los perjuicios derivados del incumplimiento de aquéllas, a los que se hace referencia en la pretensión tercera de esta demanda, desde la fecha en que tales perjuicios se causaron, hasta que se verifique su pago.

1.2.6. Quinta subsidiaria: Que se condene a las sociedades demandadas a pagar a Laboratorios California S.A., como parte del daño causado, los intereses corrientes sobre las sumas a que ascienden los perjuicios derivados del incumplimiento de aquéllas, a los que se hace referencia en la pretensión tercera de esta demanda, desde la fecha en que tales perjuicios se causaron, hasta que se verifique su pago.

1.2.7. Sexta: Que se condene a las sociedades demandadas al pago de las costas causadas con ocasión del presente proceso.

2. Contestación de la demanda por parte de S.S.A. COLOMBIA S.A.

2.1. Respecto de los hechos

El apoderado de la convocada, al contestar la demanda negó algunos hechos, reconoció otros como ciertos o como parcialmente ciertos, y frente a otros manifestó no constarle.

2.2. Respecto a las pretensiones

Las rechaza todas y cada una ellas y solicita se condene en costas y perjuicios a la parte actora.

2.3. Excepciones

Con la contestación de la demanda, el apoderado de S.S.A. COLOMBIA S.A. propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se

esgrimieron:

2.3.1. *Excepción de contrato no cumplido*

2.3.2. *Cumplimiento de las obligaciones por parte de S.S.A. COLOMBIA S.A.*

2.3.3. *Ausencia de elementos pactados en el contrato como generadores de responsabilidad*

2.3.4. *Acuerdos sucesivos entre las partes que purgan las consecuencias derivadas de los inconvenientes surgidos en desarrollo del contrato*

2.3.5. *Renuncia de la convocante a exigir la reclamación de perjuicios en pro de la in natura*

2.3.6. *Limitación de responsabilidad*

3. Contestación de la demanda por parte de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC

3.1. *Respecto de los hechos*

El apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, al contestar la demanda negó algunos hechos, reconoció otros como ciertos o como parcialmente ciertos, y frente a otros manifestó no constarle.

3.2. *Respecto a las pretensiones*

Las rechaza todas y cada una ellas y solicita se condene en costas y perjuicios a la parte actora.

3.3. *Excepciones*

Con la contestación de la demanda, el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron:

3.3.1. *Inoponibilidad a SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC del contrato de servicios profesionales celebrado el 5 de octubre de 1995, por ausencia total de poder o facultad conferida por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC a favor de S.S.A. COLOMBIA S.A. o a HERMANN BALLESTEROS LUNA para representarla en la celebración de contratos de “Convenio de servicios profesionales”*

3.3.2. *Falta de legitimación en la causa de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, para ser sujeto de una acción fundada en el contrato denominado “Convenio de servicios profesionales”*

3.3.3. *Excepciones subsidiarias.*

III. CAPITULO TERCERO: DESARROLLO DEL TRAMITE ARBITRAL

1. Instalación

Una vez contestada la demanda por las sociedades convocadas, se procedió a la realización de la audiencia de conciliación el 6 de agosto de 1999. En desarrollo de esa diligencia, las partes expusieron sus puntos de vista sin llegar a acuerdo alguno y por el contrario reiteraron cada una los puntos de vista contenidos en sus escritos de demanda y contestaciones.

Cumplidos los trámites de nombramientos de árbitros y de los recursos de reposición mencionados en el primer capítulo de esta providencia, el 15 de mayo de 2000 se profirió el auto mediante el cual se fijó como fecha para la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento el 30 del mismo mes y año.

El Tribunal fue debidamente integrado por los doctores LUIS FERNANDO SALAZAR LOPEZ, LUIS FERNANDO ALVARADO y GUILLERMO ZEA FERNANDEZ y en la instalación, elegido como

Presidente LUIS FERNANDO SALAZAR LOPEZ. A su turno, los emolumentos fijados en el acta de instalación fueron oportunamente consignados por la parte convocante en su totalidad.

La primera audiencia de trámite se celebró el 31 de julio de 2000, fecha en la cual el Tribunal asumió competencia y decretó pruebas.

En consecuencia, por encontrarse reunidos los presupuestos procesales, el Tribunal entra a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para lo cual se encuentra en término, conforme al artículo 19 del decreto 2279 de 1989, habida cuenta que la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 31 de julio de 2000 y el término fue suspendido de común acuerdo por las partes entre el 4 y el 11 de agosto de 2000, ambas fechas inclusive.

2. Pruebas

Mediante auto No. 5 de fecha 9 de febrero de 2000, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que cumplían con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

El 3 de agosto de 2000 tuvo lugar la posesión de los peritos ingenieros así como de los peritos contadores y se recibió el testimonio de AMPARO PARDO MORA.

17 de agosto siguiente se llevó a cabo la inspección judicial a las oficinas de LABORATORIOS CALIFORNIA S.A.

El 8 de septiembre de 2000 se recibieron las declaraciones de HENRY PACHAMORO ALFARO y de RENE ALEJANDRO PUENTES CASTILLO.

El 14 de septiembre siguiente tuvo lugar el interrogatorio de parte de la representante legal de LABORATORIOS CALIFORNIA S.A., el del

representante legal de S.S.A. COLOMBIA S.A. y el testimonio de MIGUEL HUGO CAMARGO SARMIENTO.

El 3 de octubre de 2000 se corrió traslado a las partes del dictamen pericial rendido por los ingenieros de sistemas. En esta misma fecha se terminó el interrogatorio de parte del doctor JAIRO ORLANDO VILLABONA ROBAYO y se llevó a cabo la exhibición de documentos por parte de S.S.A. COLOMBIA S.A. Por último, se recibieron los testimonios de JOSE ZADI HENAO RAMIREZ y de MARY JULIA DE BUSTOS.

El 8 de noviembre de 2000 se corrió traslado a las partes del dictamen pericial rendido por los economistas.

Por último, fueron enviados todos y cada uno de los oficios que fueran solicitados como pruebas, y sus respuestas se encuentran incorporadas al expediente.

3. Audiencia de alegatos

Una vez concluido el período probatorio, se llevó a cabo la audiencia de alegatos finales, la cual tuvo lugar el 5 de diciembre de 2000.

IV. CAPITULO CUARTO: CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. INTRODUCCIÓN

La tecnología nos está acostumbrando, desde la infancia, con una sucesión de inventos, anteriormente insospechados, que hacen que vaya perdiendo su dimensión sobrehumana la realización de actividades inalcanzables para todas las generaciones precedentes. Pero la secuencia del cambio tecnológico es tan rápida que el hombre común, e incluso el experto, tienen que hacer un esfuerzo

constante de adaptación ante esta avalancha de innovaciones. De ahí que el ciudadano de las sociedades tecnológicamente avanzadas se sienta sobrecogido ante ese ambiente artificial cuyas reglas de funcionamiento generalmente desconoce.

Este cúmulo de transformaciones ha propiciado actitudes individuales y colectivas de recelo, e incluso de hostilidad, hacia la revolución de las nuevas tecnologías. Desde estas premisas se ha juzgado al cambio tecnológico como una experiencia perturbadora que tiende a degradar la calidad de vida humana. Se insiste, desde esta óptica pesimista, en que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación tienden a fomentar la centralización de los núcleos de poder y la uniformidad de los comportamientos.

El cambio, las transformaciones y en general el devenir de las cosas, que habían sido reconocidos con antelación desde los inicios de la modernidad, en el siglo XX se presentaron vertiginosos e inatajables. A pesar de ello, el hombre con la razón y los conceptos como estandartes, continuo intentando amainar el devenir frenético, anhelando la efectiva sobrevivencia que estos no han dejado de otorgarle.

El derecho, construcción racional humana, al igual que todas las demás áreas del conocimiento, percibió, palpó y sufrió cercanamente la rapidez de los cambios tecnológicos durante y a partir del siglo XX, ante lo cual adoptó a veces posiciones relativistas y en ocasiones mantuvo su rigidez, pero por sobre todo, en esa misión por controlar la conducta humana, la conducta social, se vio en la imperiosa y difícil tarea de explicar e intentar controlar fenómenos nuevos y veloces, o fenómenos ya conocidos que cambiaron abruptamente.

Nuevas cosas, nuevos conceptos, nuevas materias, nuevas relaciones y nuevos problemas, emergieron en el último siglo en medida inconmensurable y

difícilmente controlable. Siendo para el derecho lo más dificultoso de estos surgimientos la rapidez de sus apariciones y el cambio instantáneo que los caracteriza.

Uno de los aspectos novedosos que arremetió en la realidad del hombre, determinando sustancialmente su existencia social, fue la informática, que surgió, se expandió con velocidad y terminó reinando de forma inapelable.

Los desarrollos computacionales, las nuevas tecnologías informáticas y los adelantos en la ingeniería de sistemas, acapararon la atención de la humanidad y determinaron la realidad del hombre, hasta convertirse en uno de sus más importantes íconos. La existencia humana parece no poderse concebir ahora sin el computador y la informática, consideradas actualmente como las formas adecuadas de abordar la realidad.

La informática claramente se presenta en la actualidad como uno de esos movimientos de la realidad que con más intensidad determina a los seres y en general al todo social. Las relaciones humanas y las relaciones del hombre como género con lo externo, se presentan como relaciones trastocadas, dirigidas y determinadas por la informática. Por lo mismo, el derecho como principal técnica de control de las relaciones en el ámbito social, se ha dado a la tarea de entenderlas y abarcarlas, para dictaminar la forma y contenido de la conducta del hombre con respecto a ellas, buscando encauzar su movimiento y hacerlo previsible a pesar de que esta labor sea menesterosa por los cambios continuos que caracterizan estas materias.

Los programas de ordenador comúnmente conocidos como soportes lógicos o software, hacen precisamente parte de la informática, recibiendo del derecho una atención especial, fundamentalmente por sus repercusiones e incidencias económicas.

El debate a resolver por este Tribunal se haya relacionado, directa e indirectamente, con el área de la informática, los programas de ordenador o software y los pormenores contractuales que de estos se derivan, pues el acuerdo de voluntades generador de obligaciones, sobre el que se examinan jurídicamente las pretensiones de incumplimiento, daño e indemnización, es un contrato de prestación de servicios profesionales para la instalación, manejo, consultoría y optimización de productos software, otorgados para su uso mediante un contrato de licencia.

Debido a que el problema central de la presente controversia no refiere su cometido a la dilucidación de las obligaciones del contrato de licencia de software, éste no será objeto de decisión en la parte resolutoria del presente Laudo. Lo cierto es que las raíces de fondo que subyacen los problemas jurídicos del contrato de prestación de servicios profesionales objeto de las pretensiones de la demanda que convocó a este arbitramento, tienen una relación de causalidad directa con el tema del software y el contrato de licencia expedido para su uso. Por esto, en concepto del Tribunal, no puede desestimarse que el contrato de prestación de servicios surgió como un contrato necesario para el desarrollo y cumplimiento de las finalidades del contrato de licencia de uso de software celebrado entre las empresas convocadas con LABORATORIOS CALIFORNIA S.A., el día cinco de octubre de 1995.

A continuación, entonces, buscando un acercamiento teórico, a riesgo de ser prolijos en tan especializado tema, se planteará un marco conceptual que trata de otorgar claridad sobre el contrato específico de prestación de servicios profesionales para la implementación de programas de ordenador, se estudiará como punto de partida la naturaleza jurídica del soporte lógico o software y el contrato de licencia de uso del mismo, pues fueron estos los elementos motores para la posterior celebración del

contrato de prestación de servicios profesionales. Agotada esta parte inicial se entrará en el análisis concreto de la naturaleza jurídica de los contratos de prestación de servicios profesionales, para de esta forma examinar el contrato específico conforme a las pretensiones de la demanda y a las excepciones de fondo de sus respuestas.

2. EL SOPORTE LOGICO, PROGRAMA DE ORDENADOR O SOFTWARE

Naturaleza Jurídica

Si lo que se está examinando es directamente el elemento de la informática que ha sido conceptualizado como soporte lógico, programa de ordenador o software, el primer paso para su comprensión será el entendimiento del concepto mismo. Habrá entonces que introducirse en el tema estudiando la forma y el contenido del concepto software en el presente instante. Yes “en el presente instante” porque la velocidad del movimiento a la cual se hacía referencia hace unas líneas, puede posteriormente metamorfosear la realidad de este concepto y consiguientemente teñir de error las conclusiones a las que aquí se lleguen.

Definiciones del concepto de soporte lógico o software.

Ha sido definido como “un conjunto de instrucciones expresadas mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma, que al ser incorporados en un dispositivo de lectura automatizado y traducidos en impulsos electrónicos, pueden hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado.”¹

¹ LIPSZYC DELIA, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO /CERLALC/ ZAVALIA, Buenos Aires, 1993, pag 104.

Similares a esta definición son las siguientes expresiones: El software “es una serie de instrucciones escritas, que traducidas en impulsos electrónicos interpretables por los circuitos de un computador, que indican a este las funciones que debe cumplir procesando informaciones.”² También se denota como “el conjunto de datos e instrucciones destinados a producir información, que permiten controlar el funcionamiento del hardware y lo habilitan para cumplir determinados resultados.”³

Instancias legislativas extranjeras han denotado que el software es “toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera fuera su forma de expresión y fijación.”⁴

La elaboración del soporte lógico o software.

Se plantearon en el anterior acápite definiciones del soporte lógico o software que permiten concretar una generalización conceptual. Sin embargo, antes de este paso es adecuado entender el proceso de creación del software. Este acercamiento permitirá escudriñar no solo el concepto del elemento sino el concepto en su movimiento.

El programa de ordenador o software es, como lo señala Bertrand, el resultado de una secuencia que comprende seis pasos:

- la idea para la solución de un problema;
- el algoritmo o método a seguir, generalmente

expresado en fórmulas matemáticas;

- el organigrama o plan de solución;
- un texto en lenguaje de programación evolucionado que retoma directamente los elementos del organigrama y se llama programa fuente o código fuente;
- un texto en lenguaje intermedio, compilador o ensamblaje; y
- un texto directamente legible por el equipo, expresado en lenguaje binario, llamado programa objeto o código.

Conclusiones con respecto a la conceptualización, forma y contenido del software o programa de ordenador.

En conclusión, el software es una construcción racional del hombre, que busca dar solución a un problema racional pero aplicable a la realidad material, compuesto de movimientos causales de lenguaje, denominados informaciones o instrucciones, exteriorizados en impulsos electrónicos, que después de un recorrido secuencial y con la utilización de un hardware ocasionan efectos y consecuencias deseadas.

3. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL SOFTWARE.

Los posibles caminos jurídicos para enmarcar el software.

Al examinar el cuestionamiento sobre la titularidad y el sujeto que debe ejercer el poder sobre el software se presenta como primera opción y fundamentalmente como opción emanada del sentido común moderno, la de otorgar el derecho sobre el objeto al sujeto que lo elaboró. El poder sobre la creación esta en cabeza de su creador.

La institución clásica del derecho de propiedad.

La remisión instantánea antes de cualquier juicio es aquella que indica la utilización de las normas del derecho de propiedad común. Sin embargo,

2 RENGIFO ERNESTO GARCÍA, *Propiedad Intelectual*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1996, pag 191.

3 BATTO HILDA, *Protección Jurídica del Software*, Derecho y tecnología Informática, No 2, septiembre, Bogotá, 1989, pag 52.

4 Legislación España, Ley 22 del 11 noviembre de 1987.

ante esta solución prosperan de inmediato las oposiciones cimentadas en la intangibilidad del objeto. El software es una construcción intelectual, es una elaboración conceptual que no se confunde con el soporte material en el cual alberga su existencia espacial. Por el contrario, el derecho de propiedad común se ejerce y predica sobre las cosas sensibles, de ahí que se instituyan para él los llamados bienes muebles e inmuebles. El software no es un bien tangible y material y por lo mismo las normas del derecho de propiedad común no le resultan lógicamente ajustables.

Pero además de su intangibilidad, el software es una elaboración o construcción que no emana de nada material y que por lo mismo surge y se constituye de elementos, de ideas generales, sobre los que no existe propiedad. Es una verdadera creación conceptual, no una adaptación de elementos materiales como lo sería la elaboración misma del objeto, y por lo tanto no pueden aplicársele las formas tradicionales de adquirir el dominio, establecidas por el derecho de propiedad clásico.

Por estos argumentos, el derecho de propiedad común, sus caracteres y disposiciones no aparecen como lógicas aplicaciones para bienes diferentes a los objetos comunes que regulan y para los cuales surgió.

Las instituciones jurídicas relativas a derechos sobre bienes intelectuales.

Al igual que con los demás bienes intelectuales, el software, por sus elementos esenciales, no encuadra dentro de los lineamientos de la propiedad común. Ese carácter inmaterial, intangible y por sobre todo intelectual que lo determina, hace que al momento de buscar su ubicación precisa dentro del ámbito jurídico, en un área que lógicamente corresponda para su protección, se tenga necesariamente que recurrir a dicho sector o materia del derecho que ha

sido desarrollada para proteger, enmarcar, explicar y encauzar las relaciones sociales referentes a los bienes inmateriales e intangibles. Dicha área puede conceptualizarse como el área de los derechos sobre creaciones intelectuales, que ha sido dificultosamente denominada como propiedad intelectual o derechos intelectuales.

Al concluir, después de la conceptualización y definición planteada anteriormente, que el programa de ordenador o software es una elaboración intelectual e intangible de la razón humana, resulta consistente escudriñar su ámbito de protección en aquellas áreas del derecho instituidas para proteger las relaciones en torno a bienes semejantes. Dichas áreas configuran los derechos conocidos como “propiedad Intelectual”, en forma genérica, que no es más que el gran río que conforman sus dos afluentes: la propiedad industrial y los derechos de autor.

Los dos regímenes mencionados se conceptualizan y ubican dentro de la propiedad intelectual, por ser esta el área jurídica destinada a otorgarle protección a ciertas manifestaciones del intelecto, independientemente de si está dirigida a la cultura o al entretenimiento (creación literaria o artística), de si tiene aplicación industrial (patente o modelo de utilidad) o de si se configura como un instrumento competitivo dentro del mercado (signos distintivos del comerciante).

El debate con respecto a la naturaleza jurídica del software se ha centrado precisamente en determinar por cual de estos dos caminos debe encausarse su protección; si por el área de los derechos de autor o por el área de los bienes sujetos a la propiedad industrial. Aparejadamente se ha examinado si lo adecuado, en virtud de las características especiales del software, es la apertura de un tercer espacio diferente a los mencionados, en el cual el software y las creaciones intelectuales similares se acomoden en un término justo sin forzar la naturaleza misma

del área del derecho donde sean ubicadas.

Las necesidades de tipo económico suscitadas externamente

Previamente a examinar en concreto la naturaleza jurídica del software con respecto a los derechos sobre creaciones intelectuales, habrá que realizar una serie de importantes aclaraciones. Las modernas legislaciones, tendencias jurisprudenciales, y en general, la actual realidad jurídica del software ubica su protección y en especial la protección de las relaciones y derechos que en torno a él se desarrollan, dentro del ámbito de los derechos de autor. Dicha ubicación se ha presentando más que por un desarrollo coherente y lógico de carácter jurídico, en virtud a inevitables determinantes externos de tipo económico.

El señalamiento de estos determinantes de ninguna forma corresponde un juicio valorativo, pues se entiende que el derecho es simplemente un medio y no un fin en si mismo, una construcción que hace parte de un todo relacional dependiente de las demás circunstancias que lo rodean y adaptable a ella.

Lo cierto es que en el examen y la reflexión sobre la naturaleza jurídica del software y el ámbito jurídico que debe protegerlo, pesaron de forma significativa los intereses económicos que detrás de esta importante materia se encuentran en el mundo globalizado de hoy.

Varios tratadistas de la materia señalan este punto a pesar de no ahondar en él, como a continuación se explicita:

“...nuevos bienes inmateriales, producto de la tecnología informática. Sus productores se empeñaron en reclamar protección no sólo nacional sino internacional..... “En 1984 un informe

elaborado por el Departamento de Comercio e los Estados Unidos titulado Competitive assessment of the U.S. software sugería que le país promoviera a nivel internacional el régimen del Copyright o del derecho de autor para proteger los programas de computación y que protestara por la adopción de regímenes especiales. Además se recomendaba la adopción de sanciones comerciales para aquellos países que no aceptaran la protección establecida por los Estados Unidos.”⁵

“A la pregunta de si es deseable la protección jurídica (del software) la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI) concluyó en 1978 que la protección es deseable en la medida en que los ordenadores adquieren cada vez más importancia en la esfera científica, tecnológica y comercial, así como en otros sectores de la actividad humana y que el soporte lógico representa la mayor parte de inversiones en informática y su elaboración exige un esfuerzo de alto nivel. En consecuencia, parece útil y necesario que se asegure su protección jurídica, con lo cual se alentarían las inversiones y el comercio en materia de soporte lógico.”⁶

“Luego de que las oficinas de patentamiento del mundo comenzaron a negar la posibilidad de inscripción del software, sus productores empezaron a buscar otros medios de defensa para sus mercancías...”⁷

La conclusión principal de las acotaciones anteriores es que “las construcciones de la humanidad brotan como ideologías e intuiciones, para luego ser

⁵ RENGIFO ERNESTO GARCÍA, *Propiedad Intelectual*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1996, págs 191 y 196.

⁶ VILLALBA CARLOS, *La protección jurídica del software y de las bases de datos*, InversoSoft, Venezuela, 1990, pag 12.

⁷ ALVAREZ MARÍA –RESTREPO LUZ MARÍA, *El derecho de autor y el software*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1997, pag 227.

justificadas racional y lógicamente, y convertirse en verdades científicas.”⁸

No se pretende afirmar que la ubicación dentro de los derechos de autor de la protección del software y las relaciones que vienen aparejadas con él, sea totalmente prejuiciosa y alejada del sentido jurídico y de la lógica del derecho. Efectivamente, existen muchas razones eminentemente jurídicas que sustentan de forma coherente esta posición, de la misma manera que existen razones valederas que rebaten estos argumentos. Lo único que pretende dejarse planteado es que la protección del software por el derecho de autor que en la actualidad se tiene como norma en la mayoría de países, en gran medida fue determinada por los importantes intereses económicos que esta materia reviste. Si no se podía proteger el software mediante el régimen de patentes, invenciones y modelos de utilidad, lo más adecuado era ajustar, así fuese apretadamente, el software al derecho de autor. De lo contrario se hubiera tenido que plantear una nueva disciplina jurídica, con lo que las medidas prontas, eficaces e inmediatas necesitadas en dicho instante hubieran tenido que esperar un lapso insostenible. Sin embargo, sería conveniente que paralelamente con la protección otorgada, desde el punto de vista de la lógica jurídica que se le viene otorgando al software mediante las normas del derecho de autor, se elaborara un régimen acorde y ajustado con lógica a la realidad de un objeto novedoso y particular como lo es el software. Al igual que este, muchos otros bienes de similar naturaleza irán surgiendo de forma incesante en los próximos pasos que recorra la humanidad en esta época informática, y por lo tanto es vital adelantar concienzudamente el área jurídica de estas materias.

La posible ubicación en el área de la propiedad industrial.

Por su carácter utilitario, por sus aplicaciones comerciales y empresariales, por su alejamiento de lo que ha sido considerado como el arte y la expresión de lo estético por el espíritu humano, y debido a su relación directa con las máquinas, con las que, en la etapa inicial de su evolución tecnológica estuvo indisolublemente incorporado, el software, en principio y después de una mirada superflua, parecería que debería ubicarse dentro de los objetos protegidos por la propiedad industrial. “Por estar el software asociado tan íntimamente con elementos de alta tecnología se piensa de inmediato que es un tipo de creación protegible por el régimen de la propiedad industrial”⁹

Los objetos protegidos por las normas de propiedad industrial se han relacionado siempre con la tecnología, las utilidades prácticas, la materialidad, las herramientas, los instrumentos y en general con los elementos novedosos que tienen una utilidad pragmática. Por el contrario, la clásica teoría del derecho de autor fue inspirada por la expresión del espíritu humano hacia las artes y la literatura. Por lo mismo, un concepto como el software, a pesar de su intelectualidad, parecería mayormente asociado con la propiedad industrial por su alejamiento de los fines espirituales, especulativos o artísticos y su cercanía con las metas utilitarias, materiales y económicas.

Sin embargo, la cercanía que parece existir con la propiedad industrial no se ve realizada por argumentos relacionados con la normatividad y definiciones ya existentes en el régimen de propiedad industrial, tales como:

⁸ ALVAREZ RUTTER, Genealogía del Alma, Editorial Zalto, 1976, pag 6.

⁹ ALVAREZ MARÍA –RESTREPO LUZ MARÍA, *El derecho de autor y el software*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 1997, pag 223.

- Ser susceptible de aplicación industrial,
- Dirigirse a solucionar problemas técnicos y
- Caracterizarse en las reivindicaciones por involucrar un paso inventivo nuevo.

Un programa o software no es patentable porque no es un producto. Como se ha afirmado es inmaterial en su existencia y por ello no puede identificarse con objetos tangibles como sustancias, aparatos o herramientas. Pero además, porque generalmente no tienen un alto grado de invención y novedad.

Debido a estos requerimientos, la ubicación del software dentro del régimen de la propiedad industrial pierde fuerza. Elementos como la materialidad (producto), la novedad y el carácter inventivo que se requieren para obtener la patente, son confusos en el software e incluso inexistentes.

En cuanto a la materialidad debe reafirmarse que bajo ninguna circunstancia puede considerarse dentro de la esencia del software la tangibilidad y espacialidad, por ser eminentemente su existencia intelectual, a pesar de poder expresarse materialmente.

En conclusión, el régimen de propiedad industrial no parece tener cabida para la protección del software.

La postura que niega la posibilidad de proteger el software mediante el régimen de patentes es reconocida a escala mundial y ha sido adoptada por la mayoría de Estados. Como ejemplo de ello debe mencionarse el numeral 2 del artículo 52 de la Convención Europea de Patentes (CEP) en la cual se enumeran los objetos patentables y las actividades que no se contemplan como invenciones, entre ellas puede mencionarse:

“Esquemas, reglas y métodos para llevar a cabo actos mentales, juegos y programas para computadores”.

La misma prohibición se establece en la Decisión

andina 344 de 1993, que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano y a la cual se hará referencia posteriormente.

La ubicación dentro del ámbito de los derechos de autor.

El derecho de autor es la institucionalización de la relación que existe entre un sujeto de derecho llamado creador o autor con su obra resultante del esfuerzo y la labor de la razón, y de esta con su sociedad necesitada de conocimiento.

“Es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de una actividad intelectual.”¹⁰ Es una moderna disciplina jurídica que regula la particular relación del autor con su creación intelectual y de esta con la sociedad.”¹¹

Al examinar teóricamente el software como objeto del derecho de autor se tendrá que estudiar si a la luz de la lógica jurídica es una obra protegible por este tipo de normatividad.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) a conceptualizado la obra como “toda creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible.”

Al revisar los elementos fundamentales de existencia de la obra consagrados por la teoría clásica del derecho de autor, se encuentran como los principales: que sea una creación intelectual; que haya sido expresada en forma idónea a otras personas; que sea susceptible de plasmarse en un soporte material; que sea original; y que pertenezca al campo literario, al campo artístico o al campo

¹⁰ LIPSZYC DELIA, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO / CERLALC/ ZAVALIA, Buenos Aires, 1993, pag 11.

¹¹ RENGIFO ERNESTO GARCÍA, *Propiedad Intelectual*, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1996, pag 47.

científico.

Realizando el ejercicio de cotejo del software con estos elementos se obtiene que efectivamente el software es una creación intelectual producto del ingenio y del talento humano, que ha sido expresada a otras personas, que se plasma en soportes materiales como diskettes y cintas, y que proviene de la producción individual del autor, teniendo el sello propio de su personalidad, lo cual significa desde el punto de vista del derecho de autor que es original, no copia de otro, diferente en este caso al concepto de originalidad como novedad e ingeniosidad utilizado para la propiedad industrial.

No es necesario desde el punto de vista práctico que se justifique la protección del software como si fuera una obra autoral, basta con saber que esta disposición es una norma de obligatorio cumplimiento, para que adquiera todo el sentido jurídico.

Los argumentos que equiparan al software con la obra literaria se impusieron y actualmente se ha reconocido “que el programa de ordenador constituye una obra del intelecto resultante de un proceso creativo similar al que demanda una obra literaria o un libro cinematográfico.”¹²

Hasta 1993 casi todos los derechos del mundo se adecuaron de un modo u otro a proteger los programas de ordenador a través de la ley de derechos de autor. Con o sin justificación racional y lógica, lo único verdaderamente importante es que las legislaciones y ordenamientos jurídicos de los países del mundo aceptaron que el software se protegiera mediante la normatividad del derecho de autor, asimilándolo a una obra literaria. Y al decir asimilándolo se quiere dejar también en claro que

en la mayoría de estas normatividades no se afirmó que el software fuera una obra literaria, sino que sería protegido como si así lo fuese.

“Se puede afirmar que la mayoría de juristas, han admitido que los programas se encuentran tutelados por el derecho de autor y la jurisprudencia ha convalidado esta opinión.”¹³ El 14 de mayo de 1991 el Consejo de la Comunidad Europea adoptó una Directiva sobre la protección legal de los programas de ordenador por el derecho de autor en cuyo artículo 1 parágrafo 1 se dispone que los Estados miembros protegerán estos programas mediante el derecho de autor como obras literarias tal como se definieron en el Convenio de Berna.” En la misma directriz se pronunció el Acta Final de la Ronda Uruguay de la OMC firmada el 14 de mayo de 1991.

Disposiciones conceptualmente cercanas a estas fueron establecidas para los miembros del Grupo Andino por la decisión 351 de 1993, la cual se estudiara en el próximo acápite cuando se indague sobre la normatividad vigente y aplicable en Colombia.

El tratamiento jurídico del software en la legislación colombiana de derechos de autor.

La prohibición expresa de la protección mediante las normas de propiedad industrial.

De acuerdo con el imperativo del artículo 6 de la Decisión 344 de 1993 de la Comunidad del Acuerdo de Cartagena, los programas de computador no pueden patentarse en Colombia. “No se consideran invenciones:...d) los planes, reglas, métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores o el soporte lógico.”

12 LIPSZYC DELIA, *Derecho de autor y derechos conexos*, Ediciones UNESCO /CERLALC/ ZAVALIA, Buenos Aires, 1993, pag 107.

13 VILLALBA CARLOS, *La protección jurídica del software y de las bases de datos*, Inversoft, Venezuela, 1990, pag 1.

Así las cosas, por medio de la legislación de propiedad industrial no pueden protegerse los programas de computador o software. La naturaleza jurídica del software en Colombia no se equipara a la de un invento o propiedad industrial, como ha sido reconocido de forma generalizada en el mundo y como es lógico que sea concluido, pues los elementos esenciales requeridos para ubicarse como objeto de propiedad industrial no son abarcados por el software.

La protección del software en Colombia mediante la normatividad del derecho de autor.

- La ley 23 de 1982.

Después de la expedición y puesta en vigencia de esta ley, y a partir del instante en el que brotó en los debates jurídicos la necesidad de la protección de los programas de computador, los estudiosos del derecho de autor concluyeron que la amplitud conceptual de la ley 23 de 1982 permitía incluir dentro de los objetos protegibles por la normatividad de derechos de autor a los programas de software.

Se afirmó que en Colombia no había necesidad de modificar la ley 23 de 1982 porque su artículo 2º está redactado en términos tan amplios que permite enmarcar dentro de su contenido a los programas de computador.

Artículo 2 ley 23 de 1982: “Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas en las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo y forma de expresión y cualquiera sea su destinación.”

Guiados e inspirados por las tendencias y estudios internacionales que pretendían asimilar e identificar los programas de ordenador o software a obras literarias o a obras científicas, los estudiosos del derecho de autor, los jueces y los organismos

gubernamentales concluyeron que la ley 23 de 1982, cuando dejaba un amplio margen dentro de sus objetos protegibles, incluyendo en ellos toda obra literaria o científica, producto del intelecto humano cualquiera sea su forma, contenido, forma de expresión y destinación, estaba determinando que el programa de ordenador o software, para unos un tipo de obra literaria expresada de forma diferente a la clásica y para otros una obra científica, era una obra autoral protegida por la legislación de derechos de autor y por los disposiciones de esta ley, pues así lo establece el artículo 1º de la misma cuando reza: “Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozaran de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente Ley.”

- El decreto 1360 de 1989

El decreto 1360 de 1989 busco describir de forma más completa la materia de los programas de computador. Sin embargo no puede afirmarse que mediante este decreto se estaba determinado que se estaba ordenando su protección mediante legislación de derechos de autor. El decreto 1360 de 1989 simplemente fue una norma reglamentaria que pretendió establecer los mecanismos para la inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor. No podía entonces modificar conceptos de una ley superior como la ley 23 de 1982 y así pretendiera hacer claridades conceptuales esta no era su finalidad.

Lo importante de esta ley, de la cual a continuación se citan algunos artículos, es que muestra el contenido de la conciencia jurídica que para el principio de la década del noventa prevalencia en cuanto a la protección del software. El decreto 1360 de 1989 a pesar de su ineficacia coercitiva perfiló las tendencias que luego serían adoptadas por leyes posteriores.

Artículo 1º del decreto 1360 de 1989: “De

conformidad con lo previsto en la ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (software) se considera como una creación propia del dominio literario.”

La posición consistente en asimilar el software a una obra autoral puede verse afianzada en la jurisprudencia de esta época como la sentencia de Diciembre 14 de 1990 de la Sección I de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en la cual se concluye: “Colofón de las anteriores aserciones es la natural deducción de que el soporte lógico o software, si es una creación del espíritu en el campo científico y es por lo tanto objeto protegible por la ley de derechos de autor.”

¹⁴ En este caso se pretende ubicar la protección del software mediante el derecho de autor por su supuesto carácter científico.

En conclusión durante la década del ochenta, la protección del software a través del derecho de autor no estaba legislativamente adoptada, lo cual resulta coherente y lógico teniendo en cuenta la verdadera naturaleza del software y las disposiciones del derecho de autor. Sin embargo se intentó por muchos proteger este producto del intelecto humano a través la ley 23 de 1982 y en cierta medida lo lograron, a pesar de los opositores.

▪ *Decisión 351 de 1993 adoptada dentro del marco del Acuerdo de Cartagena*

Mediante las normas del capítulo VII de esta Decisión se llenaron los vacíos normativos relativos a la protección del software.

Quedo establecido y plasmado en el ordenamiento jurídico Andino y consecuentemente y de manera privilegiada en el Colombiano, que los programas de ordenador o software son obras del ingenio

humano protegidas por la normatividad de derechos de autor como si fueran obras de carácter literario, incluyendo dicha protección a todos los programas de ordenador creados antes y después de la entrada en vigencia de la Decisión 351 de 1993. Los programas de ordenador se entenderán como la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporados en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.

A partir de la entrada en vigencia de la Decisión 351 de 1993, quedó claramente delimitado el terreno jurídico de los programas de ordenador. Antes, la protección de los programas mediante la normatividad de derechos de autor podía ser argumentada con dificultad y con opositores. A partir de la normatividad de la Decisión 351 de 1993 los programas de software obligatoriamente deberán ser protegidos por los derechos de autor, por expresa disposición legal, independientemente del debate teórico que pueda suscitarse en cuanto a la verdadera naturaleza y características del software, que como se afirmó anteriormente es un estudio que necesariamente debe irse adelantado.

Conclusiones con respecto a la naturaleza jurídica del software en Colombia.

En conclusión, la respuesta sobre la naturaleza jurídica real de los derechos sobre el software dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, consiste en que dichos bienes inmateriales están protegidos por los derechos de autor.

Los derechos sobre los programas de ordenador en Colombia son derechos de autor, asimilables a los derechos de autor que se otorgan y mediante los

¹⁴ Consejo de Estado, la Sección I de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de Diciembre 1990.

cuales se protegen las obras literarias.

Al determinarse que la protección del software y los derechos que sobre él recaen están sometidos a la legislación de derechos de autor, se concluye que en lo relativo a la transferencia de los derechos del software y en lo referente a los contratos que tengan por objeto los derechos del software se acogerán los imperativos y las normas que sobre contratos y transmisión de derechos de autor existen en el ordenamiento jurídico.

4. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE LICENCIA DE USO DE SOFTWARE.

ASPECTOS GENERALES.

La contratación en materia de derechos de autor.

Ha de entenderse que el derecho de autor, a diferencia de los demás derechos tradicionales, tiene dos características fundamentales: De un lado está la característica conocida como “derecho moral”, la que por su misma naturaleza e importancia dentro del funcionamiento social se protege como derecho inalienable, inembargable, imprescriptible, irrenunciable y perpetuo (artículo 11 Decisión 351 de 1993 y artículo 30 ley 23 de 1982), sobre el cual el autor no puede realizar transferencias o contratos.

Al serle reconocida al software o programa de ordenador la misma protección otorgada a la obra literaria, se le está también reconociendo que posee dentro del núcleo esencial de sus derechos un segmento moral del cual será titular el autor.

La otra característica de los derechos de autor que complementa al segmento moral, es el relacionado con la explotación de la obra, conocido como “derechos patrimoniales”. El autor está facultado para hacer pública su obra, pero además está facultado para obtener de ella medios de subsistencia y en especial beneficios económicos.

Lo obra tiene un valor de intercambio y dicho valor se determina fundamentalmente por la cantidad de trabajo que en la misma se haya invertido. Cuantificar el trabajo de una obra intelectual resulta imposible y por ello el precio de la misma depende del azar del mercado y al arbitrio de la voluntad. Sin embargo, lo que resulta indudable es que en la obra hay un esfuerzo intelectual, un trabajo y por lo mismo un valor patrimonial, independientemente de su valor moral y espiritual. En virtud de esto, las legislaciones que protegen los derechos intelectuales han reconocido a este tipo de bienes un carácter patrimonial, que podrá ser explotado por aquel que invirtió directamente (autor o coautor) o indirectamente (empleador o contratante) su trabajo en la misma.

Desde este punto de vista los derechos exclusivos de explotación patrimonial de la obra en cabeza del autor y reconocidos por la legislación Colombiana serán los establecidos tanto en la Decisión 351 de 1993 como los que ya figuraban en la ley 23 de 1982, puesto que la Decisión no derogó de forma absoluta esta ley.

Facultades exclusivas de explotación patrimonial del autor.

Aunque la ley las define pormenorizadamente, estas facultades del autor o del titular respectivo se resumen en el derecho de disponer y de utilizar la obra conforme a su libre criterio. Dichas facultades exclusivas de explotación de la obra para el autor pueden ser desarrolladas por él mismo o por los terceros a los cuales el autor haya autorizado expresamente, a título de simple autorización o licencia, o por cesión parcial o total de esos derechos patrimoniales.

El autor o su causahabiente, podrá: a) realizar contratos y en general acuerdos de voluntades generadores de obligaciones que tengan por objeto el desarrollo de las facultades de explotación patrimonial de su obra, b) realizar contratos y

acuerdos de voluntades generadores de obligaciones mediante los cuales autorice a otras personas para que desarrollen las facultades de explotación mencionadas y c) realizar contratos o acuerdos de voluntades generadores de obligaciones mediante los cuales ceda total o parcialmente sus derechos de explotación patrimonial de la obra.

EXAMEN ESPECÍFICO SOBRE EL CONTRATO DE LICENCIA DE SOFTWARE.

Se ha concluido que el software es una obra fruto del intelecto humano protegida por la legislación de derechos de autor. Si sobre la utilización de esta singular obra se realizan contratos y en general acuerdos de voluntades generadores de obligaciones, el objeto del contrato versará precisamente sobre tales usos, en desarrollo de la facultad legal de “autorizar o prohibir” las diversas utilidades de ese software que tiene el respectivo titular.

Conceptualización del contrato de licencia de uso de software.

Es un contrato mediante el cual el titular de los derechos de explotación patrimonial de un programa de ordenador autoriza a otro a utilizar este programa a cambio de una retribución, conservando el licenciante la propiedad del mismo.

Tipos de licencias comúnmente otorgadas en el mercado.

Las licencias de uso de software generalmente se otorgan sobre programas estándar o masivos. Esto quiere decir que se crea un programa de ordenador puesto al comercio y se otorga licencia de usos a cuantas personas quieran adquirirla. Diferente a cuando se contrata a una empresa creadora de programas de ordenador para que elabore un software especial. Más adelante en este Laudo, este punto se ampliará adecuadamente.

Teniendo en cuenta el uso comercial, dichas licencias otorgadas sobre software estándar pueden clasificarse en los siguientes grupos:

- **Licencia de uso individual:** Son aquellas que se aplican a un solo usuario en una sola computadora. En general este tipo de licencia es adecuada para el consumidor minoritario.
- **Licencias de uso por volumen:** Son aquellas licencias en las cuales se otorga autorización de uso a uno o varios programas de software para varios usuarios y computadores.
- **Licencias de uso para redes:** Son aquellas mediante las que se autoriza el uso de un paquete de software a todos los usuarios conectados a la Red de uso Local (LAN)
- **Licencia de uso concurrente:** Son aquellas que posibilitan a un número establecido de usuarios acceder al programa al mismo tiempo.

Esta es simplemente una enumeración aleatoria y no taxativa de los tipos de licencias de uso de software utilizados. La autonomía de la voluntad permite que su gama se extienda indefinidamente, hasta los límites del orden público, el interés general y las buenas costumbres.

Elementos de existencia del contrato de licencia de uso de software.

Después de haber realizado el estudio general sobre la normatividad aplicable a los contratos de licencia de uso de software y de haber planteado una definición del mismo, pueden nombrarse los elementos genéricos de la esencia de este tipo de contratos. Con los mismos no se estarán estableciendo unos parámetros rígidos, pues la autonomía de la voluntad juega un papel vital en este tipo de contratos.

Para que exista un contrato de licencia de uso de software se requiere fundamentalmente:

- Un acuerdo de voluntades generador de

obligaciones.

- Una autorización de uso del software, otorgada por el titular de sus derechos.
- El pago de la retribución por dicha autorización, cancelado por la parte contratante a la cual se ha autorizado a usar el software.

Llenos estos requisitos se deberá entender que el contrato de licencia de uso de software ha nacido a la vida jurídica.

Conclusiones con respecto a la naturaleza jurídica del contrato de uso de licencia.

El objeto de cualquier contrato de licencia de uso de software es la creación intelectual misma sobre la cual recaen los derechos. Por ello, al concluir que la naturaleza jurídica de los derechos sobre el software se ubica materialmente dentro de los derechos de autor, se puede deducir que los contratos de licencia de uso de software que tienen por objeto una de las facultades de explotación del autor, son contratos con una naturaleza jurídica también enmarcada en el área de los derechos de autor. Por todo esto los contratos de licencia de uso de software estarán sujetos a la legislación de derechos de autor, presentando las características mencionadas en este capítulo.

5. EL SOFTWARE B.P.C.S. OBJETO DEL CONTRATO DE LICENCIA DE SOFTWARE CELBRADO ENTRE LAS EMPRESAS CONVOCADAS y LABORATORIOS CALIFORNIA S.A.

Como quedó establecido en el aparte anterior que se refiere a “La elaboración del software”, la creación de un programa de ordenador o software es el resultado de una secuencia que comprende seis pasos:

- la idea para la solución de un problema;
- el algoritmo o método a seguir, generalmente expresado en formulas matemáticas;

- el organigrama o plan de solución;
- un texto en lenguaje de programación evolucionado que retoma directamente los elementos del organigrama y se llama programa fuente o código fuente;
- un texto en lenguaje intermedio, compilador o ensamblaje; y
- un texto directamente legible por el equipo, expresado en lenguaje binario, llamando programa objeto o código.

Por ahora nos detendremos en el primero de los seis pasos, génesis que determina al software, consistente en: la idea para la solución de un problema.

El software es entonces, producto de una estrategia para satisfacer necesidades o para la solución de problemas determinados. Ahora bien, un software puede estar dirigido a intereses generales o masivos, a intereses estrictamente particulares, o a intereses de un número limitado y especial de personas.

Cuando el software responde a necesidades o problemas masivos, lo normal es que las personas que adquieren dicho software se tengan que adaptar a éste. En éstos casos, basta obtener el software con su respectiva licencia de uso y con su respectivo manual de funcionamiento, para que el usuario aproveche legalmente sus bondades de acuerdo a sus habilidades y necesidades. Un ejemplo típico de éste tipo de software, al que denominamos masivos, son aquellos sistemas de uso general entre los que podemos nombrar los más comunes como lo son WORD, POWER POINT, etc.

Estos programas de ordenador masivos no buscan adaptarse a las necesidades particulares de cada persona individualmente considerada, sino que por el contrario, ofrecen aplicaciones que pretenden satisfacer algunas necesidades comunes de un grupo masivo e indeterminado de personas. En todos los casos, lo importante a señalar en este

punto es que las relaciones contractuales que vinculan a los autores o productores del software y a los usuarios de sus productos, se rigen y se agotan con la sola licencia de uso acompañada de un manual de instalación y de funciones y de unas garantías mínimas de calidad del producto.

Por otra parte, cuando el software tiene como fin satisfacer las necesidades específicas o solucionar problemas únicos de una persona en particular, lo normal es que dicha persona le encargue directamente a un diseñador o productor de sistemas la elaboración del software correspondiente. En éstos casos, las relaciones contractuales que se suscitan se rigen conforme al acuerdo que entre las partes se haya estipulado. Por ejemplo, y siguiendo la legislación Colombiana, lo más aconsejable es establecer, entre otros, un contrato de obra por encargo en virtud del cual una persona natural o jurídica le encarga a otra, bajo su cuenta y riesgo, la elaboración de un software conforme a un plan de su diseño, obteniendo el encargante mediante éste único acto la titularidad de los derechos patrimoniales que sobre el software resultante lleguen a surgir. En todos los casos, es claro que éste tipo de relaciones necesitan que las partes estén permanentemente en contacto, colaborándose mutuamente y estableciendo los mecanismos y procedimientos adecuados encaminados a la efectiva satisfacción de unas necesidades únicas y particulares. En este orden de ideas, las relaciones contractuales que aquí surgen se pueden regir mediante contratos de obra por encargo, acompañados de contratos de prestación de servicios, de consultoría o de asesoría profesional.

Finalmente, tenemos aquellos softwares que están dirigidos a un número limitado y especial de personas que comparten entre sí unas necesidades comunes, específicas y de cierta manera especializadas. Estos softwares, a diferencia de aquellos que como el WORD o el POWER POINT pretenden llegar a un número indeterminado de personas que

finalmente se deben adaptar a sus prestaciones y que se rigen suficientemente mediante un contrato de licencia de uso acompañado de unos manuales de instrucciones y una mínimas garantías, son realizados partiendo de las necesidades comunes de un grupo limitado de personas (Ej.: Abogados, diseñadores industriales, arquitectos, etc.), para posteriormente adaptarse a las necesidades concretas y particulares que dentro de ese grupo limitado, tenga cada uno de sus usuarios. Así mismo, éstos softwares, a diferencia de aquellos que están dirigidos a satisfacer intereses estrictamente únicos de un y solo un particular y cuyo diseño y elaboración dependen de una estrecha relación de colaboración mutua entre el autor o productor del soporte lógico y el encargante, parten de un programa de ordenador o software previamente elaborado y cuyo titular es el diseñador o productor de sistemas, quien licencia su uso, y donde necesariamente se debe recurrir a mecanismos alternos y complementarios que permitan la adaptación y puesta en funcionamiento del software licenciado conforme a las necesidades particulares de cada usuario.

El software B.P.C.S. cuyos créditos constatados en uno de los dictámenes periciales indican que es propiedad de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, es un soporte lógico que pertenece a la última clasificación de softwares señalados anteriormente, por las siguientes razones:

- (i) Ofrece una solución integral para el manejo de información que permite tecnificar los procedimientos informáticos de finanzas, manufactura y distribución al interior de una empresa, se puede deducir que está diseñado para satisfacer las necesidades de un grupo especial y limitado de personas.
- (ii) No es un software elaborado mediante un encargo previo, sino que es un software creado bajo la libre iniciativa de la empresa SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, conforme a las necesidades comunes, específicas y especializadas que comparten algunas empresas con determinados

procedimientos similares.

Como ha quedado establecido, dada la naturaleza del software B.P.C.S., es claro que para que la empresa LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. obtenga su uso, y posteriormente lo implemente o lo ponga en pleno funcionamiento al interior de su organización, no basta únicamente con obtener su licencia de uso, sino que además es necesario recurrir a otros mecanismos alternos y complementarios que garanticen los fines y objetivos mismos perseguidos al momento de obtener dicha licencia, que no son otros que utilizar eficientemente las aplicaciones de éste software en su propio beneficio.

Por esto, CALIFORNIA S.A. suscribió diferentes contratos con el fin de utilizar legalmente el software B.P.C.S. y de implementarlo eficientemente en su empresa, entre los cuales y para efectos enunciativos de este arbitramento, se destacan:

- El contrato de Licencia de Uso del software B.P.C.S. celebrado con la compañía SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC el cinco de octubre de 1995.
- El contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el cinco de octubre de 1995. La calidad de “partes” de las empresas convocadas en la celebración de éste contrato, es uno de los asuntos a resolver en otro acápite de la parte motiva que más adelante se expondrá en este mismo Laudo Arbitral.
- Los contratos de compraventa de hardware o computadores y otros accesorios.

Del contrato de licencia de uso.

Debido a que el contrato de Licencia de Uso celebrado el cinco de octubre de 1995 que vincula a las empresas convocadas y a CALIFORNIA S.A. no es tema de discusión en el presente proceso arbitral, no se profundizará en su análisis jurídico. Sin embargo, este Tribunal considera importante señalar algunos aspectos que de él se derivan.

Establece dicho contrato en su cláusula sexta que: “6. **SERVICIOS EXCLUIDOS:** Este Convenio contempla sólo el derecho de uso de Software y de Soporte Continuo. En caso de que el CLIENTE requiera cualquier otro servicio relacionado que no esté específicamente mencionado en este Convenio (ej., instalación de software, programación adaptada, entrenamiento, integración de Actualizaciones y Ampliaciones), el CLIENTE podrá obtener dichos servicios (que prestará S.S.A., Licenciante de S.S.A., Afiliada de S.S.A., o un tercero, según corresponda) por medio de un contrato aparte. El CLIENTE conviene en que S.S.A. no será responsable de los resultados de cualquiera de esos servicios que un Licenciante de S.S.A., una Afiliada de S.S.A., o una tercera parte no relacionada con S.S.A. le proporcione al CLIENTE en forma directa.”

De ésta cláusula se deduce la independencia jurídica existente entre este contrato de Licencia de Software y los demás contratos que CALIFORNIA S.A. celebró con motivo de la implementación en su empresa del sistema Licenciado a su favor. La importancia de ésta cláusula radica precisamente en que conserva la independencia jurídica del contrato de Licencia de Software respecto de otros contratos celebrados por CALIFORNIA S.A., y deja claro que la sociedad SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC no podrá ser responsable, con base en este contrato de Licencia de Software, por los resultados de cualquiera de los servicios que no están expresamente mencionados en dicho contrato de Licencia de Software, y que le sean proporcionados a CALIFORNIA S.A. por un licenciante de S.S.A., una Afiliada de S.S.A., o una tercera parte no relacionada con S.S.A..

En resumen, el contrato de Licencia de Software celebrado entre CALIFORNIA S.A. y las empresas convocadas, con fecha del cinco de octubre de 1995, no representa ni origina conflictos jurídicos directos que deban ser considerados en el presente Proceso Arbitral.

Del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el cinco de octubre de 1995 por laboratorios CALIFORNIA S.A. y las empresas convocadas.

Dejando a salvo el acápite de este mismo laudo que examinará lo concerniente a la intervención como “partes” de las empresas convocadas, se hará un breve análisis del objeto de dicho contrato para luego entrar a determinar la naturaleza jurídica del mismo.

El objeto de dicho contrato es el de establecer los términos y las condiciones bajo las cuales las empresas convocadas a este Tribunal le debían prestar a CALIFORNIA S.A. los servicios profesionales de educación y consultoría en el manejo, parametrización, instalación, optimización y control de proyectos para el uso del software B.P.C.S.

Es decir, que una vez que CALIFORNIA S.A. obtenía la licencia de software del programa B.P.C.S. por parte de su titular, las empresas convocadas celebraban con ella otro contrato diferente e independiente de servicios profesionales, el cual tenía por objeto general la IMPLEMENTACIÓN de dicho software en su organización empresarial.

La importancia de éste contrato es indiscutible para este Tribunal, toda vez que los posibles perjuicios reclamados en sus pretensiones por CALIFORNIA S.A. se derivan de la no- implementación del software B.P.C.S., en desarrollo de ese acuerdo.

Por este motivo, este Tribunal considera pertinente y oportuno realizar un breve análisis teórico del contrato de prestación de servicios profesionales, con el fin de establecer elementos de juicio que le ayuden a determinar jurídicamente las responsabilidades a que haya lugar.

6. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

PROFESIONALES.

¿En qué consiste el estudio sobre la naturaleza jurídica de un concepto o institución?.

La respuesta al cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales apunta a encontrar la esencia jurídica de este tipo de convenio generador de obligaciones.

Hallar la esencia jurídica de un concepto es determinar cual o cuales son aquellos elementos vitales para la existencia del concepto mismo.

Una vez encontrada la composición esencial vital del concepto se podrá ubicarlo dentro de alguno de los segmentos, casillas o estantes del orden jurídico establecido. La construcción racional del derecho se constituye como un orden preciso en el que cada concepto, institución y norma se encuentra clasificada y ubicada de forma lógica. Clasificación y ubicación se basan principal y precisamente en la definición de los elementos vitales y esenciales de cada concepto, es decir, en su naturaleza jurídica.

Las circunstancias que determinan la constitución del ordenamiento jurídico en ocasiones conllevan necesariamente al desligamiento de la lógica jurídica cimentada en la construcción teórica y las normas de la realidad material. Por lo mismo, en ocasiones la naturaleza jurídica teórica lógica de una institución se verá contrapuesta a su ubicación real dentro del marco legal.

Cuando se estudia la naturaleza jurídica de un concepto y por consiguiente se estudian los elementos vitales y esenciales para su existencia y ubicación en el ordenamiento jurídico, lo fundamental será el análisis de lo jurídico real y de la lógica teórica, que generalmente van aparejados y yuxtapuestos, pero en caso de que estos elementos transiten por senderos diferentes, lo principal desde el punto eminentemente jurídico será la reflexión

sobre lo jurídico real, sobre las disposiciones normativas impuestas por el legislador.

En los siguientes apartes se analizará la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales, teniendo en cuenta su realidad jurídica, tanto en el aspecto lógico teórico como en el aspecto legal fáctico. Concluyendo al final si existe concordancia entre ambos y determinando entonces cual es la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales.

Análisis lógico teórico sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios profesionales.

Mediante este análisis se emprenderá la tarea consistente en determinar teóricamente cual o cuales son los elementos esenciales y vitales para la existencia de la institución del contrato de prestación de servicios profesionales.

Inicialmente resulta importante plantear el contenido de cada uno de los conceptos que constituyen la unidad de la institución.

Examen sobre el concepto de prestación de servicios profesionales.

▪ **Prestación de servicios**

Cuando se hace referencia a “prestar”, se está indicando que un sujeto poseedor de algo le otorga a otro sujeto ese algo por un tiempo determinado. El verbo prestar viene del latín praestare que significa sobresalir, distinguirse, responder, proporcionar. En el caso en cuestión prestar se utilizaría en su acepción de proporcionar.

Por otro lado, el término servicio se entiende según el Diccionario de la Real Academia Española como la acción o efecto de servir, que no es otro que el verbo mediante el cual se expresa la acción de valer, ser útil para determinado fin o para determinada función. La palabra servir etimológicamente encuentra su

raíz en el latín servire que significa ser esclavo, hacer de esclavo. Si se recuerda que el esclavo no era considerado una persona en la antigüedad, sino que era otro más de los objetos sobre los cuales el sujeto podía ejercer poder y propiedad, y teniendo en cuenta que los objetos siempre han tenido un valor, y que el valor de un esclavo está en su capacidad de hacer y trabajar, deberá afirmarse que cuando en la antigüedad se decía servire se estaba haciendo referencia a un objeto con un valor especial consistente en su capacidad de hacer cosas y realizar acciones. Así pues, un servicio puede ser considerado conceptualmente como la realización de una acción con un valor, utilidad y funcionalidad.

En conclusión la prestación de un servicio deberá considerarse como proporcionar u otorgar, un sujeto a otro, una acción propia que tiene un valor, utilidad y funcionalidad.

▪ **Profesionales**

Los términos profesión y profesionales, existen hace bastante tiempo pero han adquirido su relevancia actual tan sólo a partir del siglo XVIII, cuando el afianzamiento del capitalismo y la división del trabajo, convirtieron la realidad humana en una realidad especialista. En el mundo actual cada ser humano debe cumplir una función especialísima para hacer parte útil del flujo social. El ejercicio de dicha función, se hace luego de una instrucción en el área determinada en la cual la persona ejercerá su vitalidad.

Para las diversas funciones se han establecido diferentes modos, maneras y métodos de instrucción y enseñanza, de acuerdo al contenido y las características de cada una de las actividades.

Algunas de estas funciones requieren de un mayor grado cuantitativo y cualitativo de conocimientos y conceptos, por lo cual su instrucción y enseñanza

se ha conferido a centros especializados para la transmisión de este tipo de herencia educativa.

Las universidades se instituyen en la modernidad, como los centros de enseñanza determinados para capacitar a las personas que cumplirán funciones acordes con un alto grado de conocimientos racionales y conceptuales.

El término profesión es definido por el Diccionario de la Real Academia Española como perteneciente a la profesión o magisterio de artes y ciencias. Por su parte, el término “profesión” se conceptualiza como el empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente.

Entonces profesional será algo que exista por la realización de un empleo u oficio con un carácter de alta grado cualitativo y cuantitativos de conocimientos conceptuales e intelectuales.

Hoy en día se habla de carreras profesionales y es profesional el trabajo de una persona que se considera socialmente un profesional, o sea el trabajo de esas personas que han estudiado carreras y obteniendo un título que los acredite como tales.

▪ Prestación de servicios profesionales.

Después de las reflexiones anteriores y recogiendo las conclusiones allí consignadas, deberá afirmarse que la prestación de servicios profesionales consiste en proporcionar u otorgar, un sujeto a otro, una acción propia que tiene un valor, utilidad y funcionalidad, y que está precedida y necesitada de un alto grado de cualitativo y cuantitativo de conocimientos intelectuales y conceptuales. Diferenciándose esta prestación de servicios a aquella en la cual se otorga, proporciona o realiza un acción con valor, utilidad y funcionalidad, que no se desarrolla en virtud de amplios conocimientos intelectuales y conceptuales, adquiridos después

de largos estudios.

El contrato de prestación de servicios profesionales.

Utilizando como base las conclusiones anteriores y teniendo presente que el contrato es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones, deberá decirse que el contrato de prestación de servicios profesionales es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones en el que un sujeto con un alto grado cualitativo y cuantitativo de conocimientos conceptuales e intelectuales, adquiridos luego de largo estudio, se compromete a proporcionar otorgar y realizar acciones con un valor, utilidad y funcionalidad, en las que despliega su alto grado de conocimientos, a favor de otra persona, por un tiempo determinado, a cambio de una remuneración.

Conclusiones sobre la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales desde el punto de vista lógico teórico.

Al estudiar la anterior conceptualización teórica, se pueden extraer los elementos esenciales y vitales para la existencia del contrato de prestación de servicios profesionales.

- *Un número plural de sujetos, siendo uno de ellos necesariamente un profesional.*
- *Acuerdo de voluntades entre los sujetos.*
- *La generación o creación de obligaciones como consecuencia directa del acuerdo de voluntades.*
- *El compromiso del sujeto profesional a proporcionar, otorgar o realizar, por un tiempo determinado, acciones mediante las cuales despliegue su alto grado cualitativo y cuantitativo de conocimientos conceptuales e intelectuales.*
- *El compromiso del sujeto beneficiario de la acción del profesional de pagar una remuneración por la misma.*

Desde una perspectiva netamente teórica y lógica en estos elementos se encontrará la naturaleza

jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales.

Se procederá entonces ahora a estudiar la legislación y normatividad que sobre estas materias pueda estar consagrada, para determinar si las conclusiones logradas mediante el anterior estudio se ven reflejadas en la realidad jurídica y de no ser de esta manera se examinará cual es la naturaleza jurídica real y normativa de este tipo de convenio generador de obligaciones.

7. ESTUDIO SOBRE LA POSIBLE CONSAGRACIÓN NORMATIVA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

Al indagar en la legislación colombiana los contratos nominados en ella consagrados, se encuentra que las únicas referencias a contratos que podrían asimilarse a contratos de prestación de servicios profesionales, son los artículos 2063, 2069 y 2144 del código civil.

Los artículos 2069, 2063 y 2144 del código civil establecen que:

Artículo 2069: “Los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2144 se sujetan las reglas del mandato, en lo que no tuvieran de contrario a ellas.”

Artículo 2144: “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato.” (Negrilla fuera de texto).

La interpretación de los dos artículos mencionados consiste en que los servicios profesionales, que no estén sujetos, aparejados y determinados por un contrato de mandato se considerarán servicios de aquellos establecidos y protegidos por las normas

del Título XXV y Capítulo IX denominado “Del arrendamiento de servicios inmateriales”. Con respecto a estos servicios deberá afirmarse que el artículo 2063 afirma:

Artículo 2063: “Las obras inmateriales o en que predominan la inteligencia sobre la obra de mano, como la composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan alas disposiciones especiales de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059, en los cuales se hacen referencias especiales a la forma de abordar los contratos de obra”.

Las conclusiones de esta revisión normativa conducen a expresar:

Los servicios profesionales en los cuales no haya de por medio un contrato de mandato se sujetaran a las normas del arrendamiento de servicios inmateriales, las cuales a su vez se remiten en ciertos aspectos a las normas del contrato de obra.

El contrato de servicios profesionales, de no existir un contrato de mandato, se tomará como un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

Como este contrato no esta expresamente definido se deberá recurrir a la definición general del contrato de arrendamiento establecida por el artículo 1973 del código civil el cual reza: “El arrendamiento es un contrato en que dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o a prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado.” (Negrilla fuera de texto).

Entonces desde el punto de vista legal el contrato de prestación de servicios es un contrato mediante el cual una persona se compromete a prestar un servicio profesional para otra y esta última se compromete a pagar un precio por dicho servicio. El punto ahora está en la determinación legal del

carácter del servicio profesional.

Revisando el artículo 2144 del código civil se deberá entender que los servicios profesionales son aquellos que “suponen largos estudios”. Por otro lado, se establece legalmente que al estar estos servicios separados de un contrato de mandato se entenderán y tratarán como servicios inmateriales. (artículo 2069 del C.C.)

Por lo anterior deberá aseverarse que a pesar de que no se define expresamente ¿qué es un servicio profesional? puede deducirse, de acuerdo al espíritu de la ley, que este es aquel que esta precedido, depende y se desarrolla en virtud a amplios conocimientos conceptuales e intelectuales adquiridos por largos estudios.

En conclusión, el contrato de servicios profesionales es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones en el que una parte profesional, otorga, proporciona y realiza una acción para otra, en virtud y con base en sus amplios conocimientos conceptuales e intelectuales adquiridos por largos años de estudio, mientras que la parte beneficiaria del servicio profesional prestado paga un precio en retribución del mismo.

Así pues, al referirnos a la naturaleza jurídica real consagrada en la legislación del contrato de prestación de servicios profesionales, deberá decirse que es un contrato que tiene por esencia vital los siguientes elementos:

- *Un número plural de sujetos, siendo uno de ellos necesariamente un profesional.*
- *Acuerdo de voluntades entre los sujetos.*
- *La generación o creación de obligaciones como consecuencia directa del acuerdo de voluntades.*
- *El compromiso del sujeto profesional a proporcionar, otorgar o realizar, por un tiempo*

determinado, acciones, mediante las cuales despliegue su alto grado cualitativo y cuantitativo de conocimientos conceptuales e intelectuales, total o prioritariamente por encima de cualquier obra o acción material.

- *El compromiso del sujeto beneficiario de la acción del profesional de pagar una remuneración por la misma, consistente en un precio.*

Quedando de esta manera corroborado que en lo relativo a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales la realidad normativa corresponde a los desarrollos lógicos y teóricos.

Aclaración con respecto al contrato de trabajo.

Como puede observarse, luego de haber llegado a las anteriores conclusiones existe una cercanía indudable con el contrato de trabajo consignado en el Código Sustantivo de Trabajo, el cual en su artículo 22 reza:

“Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”

Si se tiene en cuenta que este servicio laboral puede tener un carácter profesional, el contrato de trabajo, al igual que el contrato de prestación de servicios profesionales, tendría como elementos vitales y esenciales, la prestación de un servicio profesional y el pago de un precio en retribución de dicho servicio.

El punto de diferenciación entre ambos contratos se cimienta en la subordinación y dependencia presentes en el contrato de trabajo y en la completa ausencia de estos elementos en el contrato de prestación de servicios profesionales.

En este sentido se ha pronunciado la continuada jurisprudencia, de la que se citan algunos apartes:

“Dentro de clasificación, ya en vía de abandono por las legislaciones modernas, del arrendamiento señala el artículo 1973 del C.C. que, cuando una parte se obliga a realizar gestiones inmateriales, de índole intelectual, a cambio de un precio determinado, el contrato es de prestación de servicios. Es la llamada Locatio Conductio Operarum del derecho romano. Se caracteriza este negocio en que una parte se compromete fundamentalmente a prestar servicios sin que exista dependencia, porque de ocurrir esto último se estaría en la esfera del contrato de trabajo.”

Luego de haber respondido el cuestionamiento sobre la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales y habiéndolo separado del contrato de trabajo suscrito con profesionales, se entrará a examinar las normas aplicables a este acuerdo de voluntades y sus principales repercusiones.

Estudio sobre las normas aplicables:

El precio

En este tipo de contratos se fijará el precio de acuerdo al principio de la autonomía de la voluntad privada, pero en caso de no ser establecido por las partes se presumirá que ellas han convenido el precio que ordinariamente es pagado por este tipo de servicios. (Artículo 2054 del C.C.).

La indemnización de perjuicios por incumplimiento o cumplimiento retardado.

Se aplicarán las reglas generales de responsabilidad contractual y reclamación de perjuicios, cuando no se haya ejecutado el servicio convenido o se haya retardado su ejecución. (2056 del C.C.). Se trata, entonces, de una acción de reclamación

de perjuicios autónoma y principal, y no de una accesoria o subsidiaria.

El cumplimiento defectuoso o imperfecto del servicio.

Cuando la persona que contrató el servicio considere que este no fue ejecutado debidamente, previa avalúo de peritos, podrá solicitar la indemnización de los perjuicios ocasionados por este cumplimiento defectuoso o a la prestación del servicio nuevamente, para que se cumpla con el cometido que del mismo. (2059 del C.C.).

Terminación del contrato.

Unilateralmente las partes podrán dar por terminado el contrato de prestación de servicios profesionales cuando quieran notificando a la otra parte o de acuerdo a las normas de desahucio establecidas contractualmente. (2066)

No siendo más las normas dispositivas relativas al contrato de prestación de servicios profesionales, se entenderá que se aplican las demás normas generales aplicables a la contratación privada y los principios generales establecidos para esta área del derecho como lo son la autonomía de la voluntad, la consensualidad y la buena fe contractual. Bajo tales luces normativas este Tribunal continuará con la fundamentación que conducirá a la parte resolutive del presente laudo.

8. DE LA REPRESENTACIÓN DE SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC

Con la contestación de la demanda el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC plantea la excepción de Inoponibilidad a su representada del contrato de prestación de servicios suscrito el 5 de octubre de 1.995 con CALIFORNIA, aduciendo al efecto que el señor Hermann Ballesteros Luna carecía de poder para representarla en la

celebración de dicho convenio, excepción que ratifica a continuación mediante la proposición de falta de legitimación en la causa de esa sociedad para ser parte en el presente proceso.

Conviene distinguir entre la representación que Herman Ballesteros ejerció de S.S.A. COLOMBIA S.A. de la que S.S.A. COLOMBIA S.A. pudo ejercer de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC toda vez que la misma ha sido objeto de planteamiento tanto por la parte convocante como por la parte convocada a este Tribunal.

En el expediente se encuentra plenamente demostrado en los folios 13 a 17 del cuaderno de pruebas número 1, y como lo reconoce el apoderado de dicha compañía al contestar la demanda, que innegablemente ha existido una relación contractual entre S.S.A., S.S.A. INC y CALIFORNIA S.A. En los folios mencionados, obra el Convenio de Licencia de Software en los que además se menciona el B.P.C.S. que es precisamente su implementación y aplicación lo que da lugar a la controversia que debe resolver este Tribunal.

Se destaca que el día 5 de octubre de 1.995, las partes suscribieron dos convenios: el de licencia de software antes mencionado y el de prestación de servicios profesionales objeto del presente proceso arbitral.

Las convocadas admiten sin hesitación alguna la existencia del contrato de licencia de software respecto del cual no tiene reparo alguno, pues tanto el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC como el apoderado de S.S.A. Colombia, en sus escritos de contestación de la demanda así lo aceptan.

Lo que resulta curioso de esta situación es que ese contrato – el de licencia de software – también se encuentra suscrito por el señor Hermann Ballesteros Luna, gerente de operaciones de S.S.A. Colombia,

y quien dio a entender que en la celebración de dicho contrato también obraba en su condición de representante legal de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC

De esta forma y frente a dos contratos distintos celebrados entre las mismas partes el mismo día pero con objetos diferentes, aparece que para los efectos del presente proceso arbitral las convocadas admiten, ratifican y no tienen ninguna duda acerca de que el señor Ballesteros Luna representó a las dos compañías en cuanto al contrato de licencia de software; pero, respecto del contrato de prestación de servicios niegan esa representación.

Sin embargo, del comportamiento contractual de las partes se infiere que, SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC también ejecutó el contrato de prestación de servicios profesionales, sin observación o reparo alguno respecto de la capacidad que tenía el señor Ballesteros para representarla al momento de su celebración.

Esta de conducta de aceptar el contrato y ejecutarlo es indicativa de que SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC reconocía que el señor Ballesteros Luna sí la representaba.

Resulta ingenuo, por decir lo menos, el sostener que en frente a dos contratos celebrados entre las mismas partes el mismo día, las convocadas admitan haber celebrado validamente uno de ellos, el de licencia de software, y le nieguen validez al otro, el de prestación de servicios, porque quien lo celebró carecía de poder para representar a SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, máxime cuando éste último estaba estrechamente ligado a aquel.

Son numerosos los documentos que aclaran cualquier duda acerca de la relación existente entre S.S.A. Colombia y S.S.A. INC así como que todo el acervo probatorio aportado indica que la sociedad

la sociedad S.S.A. Colombia era una sociedad filial de la S.S.A. INC y que la relación entre ellas era tan estrecha como que en todo caso las pruebas aportadas y practicadas demuestran que en la ejecución del contrato demandado indistintamente actuaban tanto la sociedad colombiana como la domiciliada en los Estados Unidos.

La papelería utilizada por los contratistas en su gran mayoría indican tanto el nombre de la sociedad colombiana como la norteamericana, lo mismo que hay testimonios como el de Alejandro Puentes quien reconoció ante el Tribunal haber tenido vinculaciones con S.S.A. COLOMBIA S.A. como gerente de Consultoría, que S.S.A. INC era responsable de la operación de la empresa colombiana; al mismo tiempo que S.S.A. Colombia concluía negocios para S.S.A. INC Del mismo modo en el testimonio recibido por el Tribunal de Miguel Hugo Camargo Sarmiento socio de la sociedad A&H, empresa que estuvo vinculada como consultora en la ejecución del contrato objeto de controversia, manifestó que la sociedad últimamente citada y SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC trabajaban en implementaciones de software en diferentes proyectos suministrando apoyo a SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC en las labores de preventa y prestar consultoría a quienes adquirieran de S.S.A. INC productos como el B.P.C.S.

En el mismo testimonio del señor Camargo Sarmiento se aprecia la forma como operaban la compañía estadounidense junto con su filial colombiana, de modo que la cinta o medio magnético suministrado por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC Inc era instalado en la Unidad Central de Proceso del cliente por técnicos de la filial colombiana. La cinta, los documentos y las claves correspondientes los recibe la sociedad colombiana para que sus técnicos instalen el software en coordinación con los técnicos del cliente que en este caso era CALIFORNIA S.A..

De igual modo en la declaración del señor Camargo

Sarmiento ante una pregunta de la apoderada de la parte convocante reconoce que las facturas por servicios prestados a clientes como en el caso de CALIFORNIA A&H le facturaba a S.S.A. y este pagaba dichas cuentas.

En todo caso el Sr. Herman Ballesteros actuó como representante legal de S.S.A. Colombia y S.S.A. INC en la medida en que bajo dicha calidad suscribe el contrato de prestación de servicios el 5 de octubre de 1995 como se aprecia en el expediente.

*En Memorial de contestación de demanda que obra en el cuaderno de actuación No. 1 Folio 93 al 105, radicado en el Centro de Conciliación y Arbitraje se observa que en la respuesta al Hecho 12 de la demanda se reconoce en forma expresa “que **SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC Associates, Inc** únicamente celebró con Laboratorios California S.A. un contrato de LICENCIA DE SOFTWARE ...”*

Si bien se debe distinguir entre el contrato de licencia de software y el contrato de prestación de servicios profesionales de educación y consultoría en manejo parametrización, instalación, optimización y control de proyectos, que es al que se refiere la parte convocante en el petitum, ello de todos modos constituye una prueba de que SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC celebró contratos con LABORATORIOS CALIFORNIA S.A., admitiendo la representación de S.S.A. COLOMBIA S.A. utilizaran su nombre y la participación que indistintamente tuvieron las dos compañías en la ejecución del contrato objeto de controversia.

Dentro de los múltiples documentos apreciados para proferir el laudo se resalta el correspondiente al folio 133 del cuaderno de pruebas No. 1 de fecha 13 de noviembre de 1996, en el que el Dr. Eugenio J. Caldelare en su calidad de Presidente de S.S.A. para Latinoamérica manifiesta la preocupación de esa entidad por los inconvenientes presentados

en la prestación del servicio prometido indicando claramente que S.S.A. Colombia “.....esta trabajando con S.S.A. Chicago en la solución de los incidentes reportados por ustedes aún pendientes de resolución.” En este documento se indica que S.S.A. estaba dispuesta a realizar esfuerzos para el cumplimiento de sus obligaciones de modo que a California no se le generen gastos por instalación de versiones, conversión de base de datos o desarrollo ya realizados para “poner en producción la solución de manufactura y distribución del BPCS”, Como presidente de S.S.A. para Latinoamérica el señor Calderale reitera la importancia que California tiene para S.S.A..

De igual modo a folio 185 del mismo cuaderno de pruebas No. 1 Luz Miriam Pinzón B. a nombre de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. Colombia S.A. remite al ingeniero Juan Carlos Fernández funcionario de CALIFORNIA S.A. las cintas de la versión 6.0.0.2 PLC enviada por S.S.A. Chicago.

El mismo Alejandro Puentes como gerente de C/S en papelería de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y S.S.A. Colombia S.A. indica que toda la instalación y conversión de información será efectuad por personal de soporte técnico de Colombia y Argentina cuando se adjunta el plan de emigración de la versión 6.0.0.1. PLC a la 6.0.0.2 PLD MM.

Tampoco escapa al Tribunal el contenido de la comunicación que obra a folio 196 del mismo cuaderno de pruebas No. 1 en el que el señor Hermann Ballesteros en comunicación del 4 de junio de 1997 dirigida a Luz Marina Bustos en su calidad de Líder del Proyecto BPCS de CALIFORNIA S.A., le propone un nuevo plan de cambio de versión y para el efecto manifiesta su disposición de atender los compromisos establecidos en la reunión efectuada con el señor Eugenio Caldearle presidente de la S.S.A. para Latinoamérica.

A diferencia de Colombia la S.S.A. Inc ejerce actividades permanentes en Argentina a través de una sucursal de la cual como consta en los folios 609 a 613 actúa como apoderado el citado señor Eugenio Calderale del mismo modo como efectivamente en la información obtenida en la traducción oficial en los catálogos o presentaciones del S.S.A. INC se aprecia el anuncio de que SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC tiene su casa Matriz en Chicago Illinois y la sede regional de América Latina funciona en la ciudad de Buenos Aires, razón por la cual resulta perfectamente entendible que las incidencias del contrato cuya ejecución es materia de controversia se debían reportar de la filial colombiana al Señor Calderale a Buenos Aires Argentina.

Resulta importante resaltar que el mismo señor Calderale, quien se identifica ante CALIFORNIA S.A. como Presidente para Latinoamérica de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC Inc, figura además como miembro principal de la Junta Directiva de la sociedad S.S.A. Colombia S.A., en certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 3 de agosto de 1.998, lo que sirve para demostrar la estrecha relación o subordinación que por esa época mantenía de sociedad colombiana con su matriz del exterior.

Son numerosísimas las comunicaciones de carácter técnico transmitidas por los distintos ejecutivos de S.S.A. Colombia donde tratan todos los incidentes relacionados con la ejecución del contrato algunos de los cuales como es el caso del reseñado bajo el folio 198 del cuaderno de pruebas No. 1 que es suscrito por Alejandro Puentes como gerente de C/S y por Sandra L Méndez – ejecutiva de cuenta con copias para Nito Calderale, Hugo Rabinovich y Hermann Ballesteros siendo los dos primeros ejecutivos para la S.S.A. Inc para Latinoamérica. De igual modo, en la ejecución del contrato cuya ejecución originó el conflicto, Alejandro Puentes en su calidad de Gerente de Servicios de la sociedad

S.S.A. Colombia S.A., en comunicación dirigida a CALIFORNIA S.A. que obra a folios 179 y 180 del cuaderno de pruebas número 1, indica que “ Para la agilización en el trámite de los incidentes, y de acuerdo a la conversación sostenida en la visita del Señor Sergio Bustos, todos los incidentes deben ser reportados directamente al Help Line S.S.A. Chicago”, y para ello se indica el procedimiento para utilizar el Help Line para efectuar las modificaciones de acuerdo a las necesidades de CALIFORNIA.

Los documentos identificados como Help Line Incident Report a folios 537 al 546 del Cuaderno de pruebas número 2, incluyen reportes de S.S.A. Colombia a S.S.A. International acerca de las incidencias técnicas en la ejecución del contrato con CALIFORNIA S.A., objeto de análisis en este proveído.

Con relación a la representación se debe reconocer que a la luz de la figura de la contemplatio domine, S.S.A. Colombia hizo saber a varios terceros fundamentalmente a CALIFORNIA S.A. y a A&H que contrató y actuó por cuenta propia y también a nombre de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC

En el cúmulo de pruebas que forma parte de la actuación en este proceso no se demostró independencia o desvinculación entre los actos realizados por S.S.A. Colombia S.A. y S.S.A. Inc, y por el contrario si resultan abundantes los documentos, testimonios que constituyen indicio y llevan al Tribunal al convencimiento de que la S.S.A. COLOMBIA a través de su representante legal también actuó por lo menos en virtud de una representación aparente consentida por S.S.A. INC y por tanto la vinculó al contrato y a su ejecución lo que incluye la cláusula compromisoria que se está aplicando en este caso.

De igual modo, el Tribunal también tiene en cuenta lo señalado por el Art. 1622 del Código Civil en el que en materia de interpretación sistemática de

los contratos al mismo tiempos como las cláusulas de un contrato pueden interpretarse unas por otros también es admisible la interpretación de las cláusulas contenidas en otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia y por su fuera poco también constituye fuente para la interpretación de los contratos la aplicación practica que hayan hecho de ellas ambas partes o la adoptada por alguna de las partes con aprobación de la otra. En este caso resulta claro que en la aplicación practica de los contratos la S.S.A. INC actuó con el convencimiento de que además de las obligaciones que pudiera tener en virtud del contrato o licencia de software también tenía claras y precisas obligaciones derivadas del contrato de servicios al que se refiere el petitum de la demanda y por ello no cabe duda de la aplicabilidad de todas cláusulas de este ultimo contrato a S.S.A. INC.

Gabriel Escobar Sanín¹⁵ señala que, en casos como el planteado, se debe determinar entre las partes si existe mandato tácito, agencia o usurpación, por cuanto no es común que una persona extraña al dueño se preocupe de los bienes de éste para administrarlos en interés suyo y no en los propios del agente.

Se debe indagar si se ha configurado el consentimiento tácito o la conducta concluyente.

Las aplicaciones de la teoría del mandato aparente suponen que las personas que contratan con el presunto mandatario obren de buena fe, porque si éstas han conocido la falta o la deficiencia del poder, es obvio que no pueden prevalerse de la pretendida representación.

En el expediente se aprecia que S.S.A. INC dio suficientes motivos para que la parte convocante creyera, de buena fe, conforme a los

15 En su obra Negocios Civiles y Comerciales – Ediciones Universidad Externado de Colombia 1985, Pág. 221.

comportamientos observados en la ejecución del contrato, que en el cumplimiento del mismo estaban igualmente comprometidas ambas sociedades, por lo que resulta aplicable para este caso lo dispuesto en el artículo 842 del Código de Comercio que dispone que “quien de motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa.”

La teoría del mandato aparente supone que “...las personas que contratan con el presunto mandatario obran de buena fe, porque si éstas han conocido la falta o deficiencia de poder es obvio que no pueden prevalerse de la pretendida representación.”¹⁶ En este caso se aprecia que el señor Hermann Ballesteros suscribió el mismo día dos contratos con el mismo contratista, CALIFORNIA, lo que demuestra que, para esta última, era perfectamente factible la representación del señor Ballesteros para suscribir a nombre de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC los dos negocios jurídicos, uno de los cuales corresponde precisamente al contrato objeto de esta controversia.

Analizados los argumentos expuestos por la parte convocante así como los que en su momento aportó la parte convocada, encuentra el Tribunal que no existe duda de la representación ejercida a nombre de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC al suscribir el contrato de prestación de servicios profesionales con CALIFORNIA el día 5 de Octubre de 1995 así como de los derechos y obligaciones contractuales derivadas de dicho negocio jurídico.

Por consiguiente, el Tribunal tiene la convicción de que el señor Ballesteros Luna sí representó válidamente a las convocadas en la celebración del convenio de prestación de servicios profesionales

por lo que, en la parte resolutive de este laudo declarará no probadas las excepciones principales propuestas por el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC.

9. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DE S.S.A. ¿OBLIGACIONES DE MEDIO U OBLIGACIONES DE RESULTADO?

Dan cuenta los autos que entre CALIFORNIA S.A. (En adelante y para los efectos del presente laudo se denominará “CALIFORNIA”) y las sociedades demandadas SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES, INC y S.S.A. COLOMBIA S.A. (En adelante y para los efectos del presente laudo se denominarán conjuntamente como “S.S.A.”), se celebraron, el día cinco (5) de Octubre de 1.995, dos contratos, a saber: uno, relativo a la licencia y soporte continuo del Software desarrollado por esta y conocido como BPCS¹⁷; y otro, denominado Convenio de Servicios Profesionales¹⁸, en virtud del cual S.S.A. se comprometió a prestar a CALIFORNIA “...servicios profesionales de Educación y Consultoría en manejo, parametrización, instalación, optimización y control de proyectos al CLIENTE para los productos de software dados en licencia, vendidos o entregados por cualquier otro método CLIENTE por S.S.A. (...)”

De esta manera, el contrato de prestación de servicios tendría como único objeto el montaje e instalación del software BPCS adquirido por CALIFORNIA a S.S.A. bajo la modalidad de licencia perpetua, que fuera descrito en sus distintos productos, componentes y módulos en el “Formulario Suplementario A”, del contrato de licencia, también suscrito por los contratantes en esa misma fecha.¹⁹

¹⁶ Teoría General de los Actos y Negocios Jurídicos, G. Ospina F. Y E. Ospina A., Editorial Temis, Bogotá, 1.983, pag. 351.

¹⁷ El contrato respectivo puede leerse a los folios 13, 14 y 15 del Cuaderno de pruebas N° 1.

¹⁸ Folios 8 a 12 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

¹⁹ Folio 16 del Cuaderno de Pruebas N° 1

Es importante precisar, desde ahora, tal como lo sostiene el apoderado de S.S.A. COLOMBIA en su defensa²⁰, que el Tribunal únicamente se ocupará del análisis del segundo de tales contratos, esto es, del de prestación de servicios profesionales, por cuanto la parte convocante así lo solicita expresamente en sus escritos de convocatoria²¹ y de reforma de la demanda²², para cuyo efecto hará abstracción total del contrato de licencia de software en el laudo, el cual no es objeto de controversia en el presente proceso arbitral, estándole vedado, en consecuencia, al Tribunal hacer cualquier pronunciamiento respecto del mismo, por carecer de competencia para ello.

Ya se pronunció el Tribunal en otros apartes de este laudo respecto de la legitimación en la causa de las partes y de la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios profesionales, por lo cual se ocupará a continuación de analizar el sentido y alcance de las distintas obligaciones asumidas por los contratantes en forma recíproca en virtud de ese contrato.

El contrato de prestación de servicios profesionales fue complementado por los representantes de las partes, el mismo día cinco (5) de octubre de 1.995, mediante un escrito que denominaron “Autorización de Contratación”²³

En ese escrito los contratantes describieron los alcances de los servicios que se prestarían por S.S.A. a CALIFORNIA y establecieron conjuntamente las distintas fases en que se desarrollaría el proyecto, también estimaron los términos mínimo y máximo que duraría la implementación del proyecto y se fijaron la lista y duración de los cursos de

capacitación a cargo de S.S.A..

También en esa autorización de contratación S.S.A. y CALIFORNIA acordaron en forma conjunta el valor de los servicios que aquella prestaría a esta, así como su forma de pago.

El Tribunal quiere destacar desde ahora que tanto en el contrato de prestación de servicios profesionales como en la autorización de contratación que lo desarrolló e implementó, los contratantes pactaron, en forma clara y expresa lo siguiente:

“..EL CLIENTE admite haber leído este convenio, haberlo comprendido y estar obligado a él...”²⁴, y

“...EL CLIENTE admite haber leído esta autorización de contratación, haberla comprendido y estar obligado a ella...”²⁵

Así las cosas, no resulta difícil concluir que tanto el contrato de prestación de servicios profesionales como la autorización de contratación no fueron objeto de una de libre discusión entre los contratantes sino que, por el contrario, ellos fueron redactados e impuestos unilateralmente por S.S.A., tipificando así un contrato de adhesión para CALIFORNIA.

Por lo tanto y de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos y, especialmente, por la contenida en el artículo 1.624 del Código Civil, el Tribunal interpretará las cláusulas ambiguas o confusas en contra de quien las propuso, o sea, S.S.A., tal como lo ha reconocido reiteradamente la Jurisprudencia Nacional.²⁶

En la Cláusula 1. del contrato S.S.A. se obligó para con CALIFORNIA realizar los servicios profesionales

20 Hecho 6 de la contestación de la demanda, Folio 41 del Cuaderno de Pruebas N° 1

21 Folios 1 a 28 del Cuaderno Principal

22 Folios 86 y 87 del Cuaderno Principal

23 Folios 22 a 24 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

24 Folio 12 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

25 Folio 24 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

26 Sentencia de 9 de septiembre de 1.977, proferida por la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Aurelio Camacho Rueda, publicada en la GACETA JUDICIAL, Tomo CLV, páginas 237 a 247

en el objeto del convenio “ ... de Educación y Consultoría en manejo, parametrización, instalación, optimización y control de proyectos al CLIENTE para los productos de software dados en licencia, vendidos o entregados por cualquier otro método al CLIENTE por S.S.A....”, que se identificarían en una o más autorizaciones del compromiso firmado por las partes y se realizarían en las instalaciones de CALIFORNIA.

Para la adecuada prestación de tales servicios S.S.A. se reservó el derecho de utilizar los programas de Software y/o dispositivos de Hardware de CALIFORNIA que se identificaron en la autorización de contratación, aclarando expresamente que haría todos los esfuerzos necesarios para asegurar que los productos no contuviesen ni ningún “virus” que pudiese afectar negativamente el entorno operativo de procesamiento de datos de CALIFORNIA, quien sería el único responsable de realizar todas las verificaciones y revisiones razonables de cada producto para evitar esa situación.²⁷

En la cláusula 2. del contrato también previeron los contratantes que CALIFORNIA pagaría los servicios de acuerdo con los cargos establecidos por S.S.A. y con las tarifas establecidas en la autorización de contratación, los cuales se facturarían mensualmente sin deducciones o impuestos de ninguna naturaleza, incluidos los de valor agregado, y retención en la fuente, los cuales, siempre deberían ser asumidos por CALIFORNIA.²⁸

En la cláusula 3. establecieron el que denominaron “estimado de servicio” y se reservaron la facultad de dar por terminado el contrato cuando dicho estimado se excediere o prorrogarlo conforme a lo previsto en la cláusula 10. siguiente, en cuyo caso CALIFORNIA se obligó a pagar el valor de los servicios adicionales a las tarifas vigentes

en el momento de la prestación de los servicios, aclarando, además, que la terminación de los servicios no implicaba la terminación del contrato, a menos que CALIFORNIA así lo especificare.²⁹

En la cláusula 4. establecieron los horarios de trabajo del personal que deberían corresponder a los establecidos por los contratantes en la autorización de contratación para la prestación de los servicios por S.S.A..³⁰

En la Cláusula 5. previeron los contratantes la forma de supervisar y controlar la ejecución de los trabajos, gestión que estaría a cargo de un gerente designado por cada uno de ellos con autoridad suficiente para representarlo en todos los asuntos técnicos, administrativos y de supervisión que pudiesen surgir en conexión con el desempeño de los servicios, pudiendo cada parte reemplazar su representante notificando a la otra y reservándose cada una de ellas la facultad de pedir a la otra su cambio cuando a su juicio no se satisficieren los requerimientos mínimos planteados para el trabajo.³¹

En la cláusula 6. los contratantes se obligaron a guardar la más absoluta confidencialidad respecto de toda la información revelada bajo el contrato o una autorización de compromiso, siempre y cuando dicha información fuese identificada claramente como confidencial.³²

En la cláusula 7. establecieron que todos los materiales impresos o registrados por escrito, las ideas, los conceptos, las capacidades o las técnicas relacionadas con el procedimiento que se desarrollase durante la vigencia del convenio por el personal de S.S.A., en todo o en parte, serían de su propiedad, salvo que CALIFORNIA fuese autorizado

27 Folio 8 del Cuaderno de Pruebas N° 1.

28 Folio 8 del Cuaderno de Pruebas N° 1

29 Folio 9 del Cuaderno de Pruebas N° 1

30 Folio 9 del Cuaderno de Pruebas N° 1

31 Folio 9 del Cuaderno de Pruebas N° 1

32 Folio 9 del Cuaderno de Pruebas N° 1

en forma no exclusiva a usarlos tanto tiempo como tuviese en su poder el software con el cual estuvieren relacionados, no pudiendo venderlos, revelarlos o sublicenciarlos sin autorización previa y escrita de S.S.A., la cual esta sociedad podría no otorgar según su criterio. En todo caso, precisaron que los desarrollos tecnológicos que se realizasen durante la vigencia del contrato pertenecerían a CALIFORNIA respecto de los cuales S.S.A. no tendría ningún derecho.³³

En la cláusula 8. previeron los contratantes que durante los doce (12) meses siguientes a la terminación de su empleo, ninguno de ellos tendría derecho a efectuar oferta laboral a ninguno de los empleados del otro, salvo consentimiento escrito del otro contratante.³⁴

En la cláusula 9. otorgó S.S.A. a CALIFORNIA una garantía en virtud de la cual garantizó que los servicios los realizaría en forma profesional, expresando, además, que, en caso de violación de la garantía, "... S.S.A. deberá lograr que los servicios cuya garantía se ha violado se realicen correctamente...", garantía que, por cierto, tiene el carácter de ser exclusiva y excluyente.³⁵

En dicha cláusula previeron, igualmente, los contratantes que en caso de violación de la garantía, S.S.A. y su licenciante y afiliada, en ningún caso serían responsables de daños o perjuicios económicos indirectos (incluidas las pérdidas de ganancias y ahorros), lucro cesante o daños incidentales o potenciales, aun cuando S.S.A. hubiese sido informada de esa posibilidad. También aclararon los contratantes, en esta cláusula, que S.S.A. en ningún caso sería responsable de la pérdida de registros, bases de datos o información de CALIFORNIA o del daño a cualquiera de ellos.³⁶

Convinieron finalmente los contratantes que la responsabilidad de S.S.A., su licenciante o afiliada, por cualquier otro daño o perjuicio directo y cierto, por el cual se les pudiese atribuir responsabilidad, quedaría limitada, en todos los casos, al valor de los derechos de licencia de software y a las cuotas de soporte continuo que se pagasen en virtud del convenio de prestación de servicios.³⁷

En la cláusula 10 previeron los contratantes las causales de terminación del contrato, en caso de incumplimientos justificados, especialmente la que se reservaban los contratantes de darlo por terminado mediante notificación escrita con 30 días de anticipación o, en caso de quiebra de la otra parte; o por cualquiera de las partes en caso de incumplimiento reiterativo de acuerdos referentes al plan del proyecto, demoras reiteradas en los pagos acordados, desconocimiento reiterado de las recomendaciones de S.S.A. o de las solicitudes de CALIFORNIA.³⁸

También establecieron los derechos de cada una de ellas en el evento de la terminación anticipada del contrato, especialmente sobre la vigencia de las garantías y derechos establecidos en las cláusulas 6, 7 y 8, haciendo la salvedad expresa de que en caso de disolución, escisión o fusión de "**S.S.A. COLOMBIA**" se garantizaría a CALIFORNIA la prestación de los servicios pactados, salvo convenio escrito en contrario.³⁹

En la cláusula 11. previeron los contratantes que ninguno de ellos podía ceder ni transferir, de modo

y afiliada, S.S.A. ratifica inequívocamente que S.S.A. COLOMBIA si representaba a la sociedad SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES, INC

37 Folio 11 del Cuaderno de Pruebas N° 1

38 Folio 11 del Cuaderno de Pruebas N° 1

39 Negrillas y subrayas del Tribunal para destacar cómo S.S.A. COLOMBIA, al menos para estos efectos, si formó parte del contrato de prestación de servicios, a pesar de que el mismo fue suscrito por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES, INC

33 Folio 10 del Cuaderno de Pruebas N° 1

34 Folio 10 del Cuaderno de Pruebas N° 1

35 Folios 10 y 11 del Cuaderno de Pruebas N° 1

36 En esta cláusula, al extender la garantía a la licenciante

alguna, el convenio ni ninguno de sus derechos u obligaciones sin el consentimiento previo y escrito de la parte cedida.⁴⁰

En las cláusulas 12 y 13 establecieron la legislación y jurisdicción aplicables, así como una cláusula compromisoria que les obliga a someter todas sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.⁴¹

De esta manera han quedado descritas las distintas obligaciones asumidas por las partes, destacando el Tribunal, como principales a cargo de S.S.A., las de prestar sus servicios para instalar y optimizar, a satisfacción de CALIFORNIA, el paquete integral de software conocido como BPCS, en sus distintas versiones, adquirido por ella bajo licencia exclusiva y perpetua de S.S.A..⁴²

Por su parte CALIFORNIA se obligó a pagar a S.S.A. los mencionados servicios en los términos y condiciones acordados por ellos en la mencionada Autorización de Contratación.⁴³

Tanto en el escrito de convocatoria arbitral,⁴⁴ como en el de reforma de la demanda,⁴⁵ la apoderada de CALIFORNIA estima que S.S.A. incumplió el contrato de prestación de servicios toda vez que no logró ni instalar ni optimizar el paquete integral de software BPCS, en sus diferentes versiones, dentro de los plazos establecidos en el contrato ni dentro de los sucesivos plazos adicionales que fueron acordados por las partes en desarrollo del contrato.

40 Folio 11 del Cuaderno de pruebas N° 1

41 Folios 11 y 12 del Cuaderno de Pruebas N° 1

42 El contrato de Licencia de Software, a pesar de no debatirse en el presente proceso, si se incorporó como prueba de su adquisición por parte de CALIFORNIA (Folios 13 a 17 del Cuaderno de Pruebas N° 1).

43 Folios 22, 23 y 24 del Cuaderno de Pruebas N° 1

44 citar la convocatoria

45 Citar el escrito de reforma

A su turno, el apoderado de S.S.A. COLOMBIA, al dar contestación a la demanda⁴⁶ manifestó que su representada si dio cumplimiento al contrato de prestación de servicios profesionales y, por el contrario, estima que fue CALIFORNIA la que lo incumplió, a cuyo efecto propuso varias excepciones tendientes a justificar la posición de su representada.

Y el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC, al contestar la demanda⁴⁷ desconoció que su representada hubiese celebrado el contrato de prestación de servicios profesionales objeto del presente proceso, manifestando al efecto que en el negocio adelantado con CALIFORNIA su representada se limitó a venderle el contrato de licencia exclusiva y perpetua del paquete integral de software conocido como BPCS; que conocía que el señor Hermann Ballesteros si era el representante legal de S.S.A. COLOMBIA pero que desconocía que él estuviese autorizado por su representada para celebrar ningún contrato en su nombre, propuso varias excepciones de fondo y, en subsidio, se acogió, coadyuvándolas, a la totalidad de las excepciones propuestas por el apoderado de S.S.A. COLOMBIA.

Ante todo, el Tribunal precisa que, contrario a lo sostenido por los apoderados de las sociedades convocadas, en sus escritos de contestación de la demanda, el contrato debatido si se encuentra suscrito por la sociedad SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES, INC, pues en su encabezamiento los contratantes hicieron constar lo siguiente: "... Convenio de Servicios Profesionales celebrado entre SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC (S.S.A.) y LABORATORIOS CALIFORNIA S.A."⁴⁸, hecho que no le deja ninguna duda sobre el verdadero suscriptor del contrato, aclarando que

46 Folios 40 a 56 del Cuaderno Principal

47 Folios 86 a 109 del Cuaderno principal

48 Folio 8 del Cuaderno de Pruebas N° 1

el tema de la representación del señor Hermann Ballesteros para suscribirlo en su nombre ya fue dilucidado plenamente en otro aparte de este laudo.

Planteadas así las cosas, el Tribunal estima que para determinar la responsabilidad que le incumbe a S.S.A. en el incumplimiento de las obligaciones que asumió frente a CALIFORNIA, en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales y la consecuente obligación de indemnizar los perjuicios reclamados, deberá precisar la naturaleza jurídica de las obligaciones que asumió S.S.A. frente a CALIFORNIA, para dilucidar si tales obligaciones resultan ser de medio o de resultado.

Esta distinción entre obligaciones de medio y de resultado es de la mayor importancia para la solución del presente proceso arbitral, en cuanto al régimen de responsabilidad que cada una de ellas impone al deudor pues, como lo han reconocido la jurisprudencia nacional y la doctrina, cuando se trata de obligaciones de medio, la responsabilidad del deudor siempre queda sujeta a la plena prueba de un comportamiento culposo suyo por parte del acreedor; al paso que, en las de resultado, la culpa del deudor se presume por el solo hecho del incumplimiento de la obligación, responsabilidad de la cual sólo se puede liberar el deudor comprobando la existencia de un caso fortuito, una fuerza mayor o una causa extraña que no le sea imputable, no admitiéndose la prueba de la ausencia de culpa.

Sobre este último punto la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de noviembre de 1.935, con ponencia del magistrado Eduardo Zuleta Angel, dijo:⁴⁹

«... La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente

posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado.

Cuando se trata de la ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque cuando es conocida no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza. Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a la duda un cierto campo; demostrar que tales o cuales culpas no han sido cometidas no prueba que tal otra, en la cual no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, por paradójico que ello parezca, la prueba llamada de ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta: imperfecta porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta, pues sin precisar la causa del daño tiende a certificar por eliminación que no es una culpa...»

Y en sentencia de mayo 31 de 1.938, con ponencia del magistrado Juan Francisco Mújica, al referirse sobre el tema de la responsabilidad contractual, manifestó la Corte lo siguiente en relación con la distinción entre las obligaciones de medio y las de resultado⁵⁰:

49 Gaceta Judicial, Números 1.905 y 1.906, Tomo XLIII, página 182

50 Gaceta Judicial, Tomo XLVI, Número 1936, páginas 571, 572 y 573

«... En materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer, o de no hacer, y la posterior a esta, en obligaciones positivas o negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de la prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue en obligaciones de resultados y en obligaciones de medios (sentencia del 30 de noviembre de 1.935, Gaceta Judicial número doble 1905 y 1906) el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse.

«El contenido de cualquiera obligación consiste en la prestación que el acreedor puede reclamar al deudor y que éste debe suministrar. La prestación, pues, o bien es una conducta del deudor en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor. Dicho con otras palabras. La obligación puede tener por objeto un hecho o un resultado determinado y entonces obliga al deudor a realizar ese hecho o a obtener ese resultado deseado por el acreedor. El hecho prometido por el deudor o la abstención a que él se ha comprometido tienen las características de ser claros, preciso y de contornos definidos. Es deber del deudor obtener con su actividad ese hecho, tal resultado. En cambio, en las obligaciones de medios, el deudor únicamente consiente en aportar toda la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor solo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzos y su diligencia, pero no a que éste se alcance.

«La culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base para la responsabilidad civil. Acontece que en materia contractual, cuando se trata de obligaciones de resultado, la noción de culpa es, si se quiere, menos importante que en el terreno de la responsabilidad delictual, porque es suficiente comprobar el incumplimiento de la obligación, que el resultado no ha sido obtenido por

parte del deudor, para por esa misma circunstancia connotar la existencia de la culpa contractual: faltar a sus compromisos no es conducta propia de un hombre juicioso, diligente y avisado.

«En las obligaciones de medios, el trabajo de apreciación por parte del juzgador es a menudo delicado, porque aquí no hay lugar a confundir el incumplimiento con la culpa. No basta para deducir la responsabilidad del deudor comprobar la existencia de una inejecución sino que se hace indispensable estimar si ella es culposa, para lo cual debe compararse la conducta del deudor con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual colocado en la misma situación objetiva de aquel. Si el resultado de la comparación es desfavorable al deudor, surge entonces la responsabilidad.

«En la aplicación de este método el Juez goza de una gran libertad, y su severidad para con el deudor de una obligación de medios debe inspirarse en la utilidad social, sin traspasar los límites generales señalados por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, de que en materia de actos ilícitos, como en materia de violación de un contrato, toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña, en principio, la responsabilidad del autor.

«El artículo 1757 del C.C. exige en principio a la persona que alega el derecho de la prueba de que se hallan reunidas todas las condiciones a las cuales subordina el ordenamiento jurídico la existencia de una obligación.

«Cuando se pretende en juicio por el acreedor que el deudor ejecute su obligación, basta a aquél probar la existencia del contrato. No así cuando se demanda la reparación del daño ocasionado por la inejecución consumada de la obligación o por el rehusamiento a ejecutarla que sea equivalente a aquello otro. Es de la presencia de cualquiera de estas dos circunstancias de donde nace la

obligación de resarcir el daño, pero no, como erróneamente se sostenía, del contrato. Ello es muy claro: La responsabilidad civil sólo nace de la culpa. Esta, que en materia contractual consiste en la violación de la prestación convenida, origina la obligación de reparar el perjuicio, motivo por el cual la última no existe antes de la culpa. La prestación primitiva queda sustituida por esta otra obligación que surge de la culpa, sin que por ello sea dable confundirlas. Cuestión muy distinta es la de que la obligación contractual suela aparecer como una condición previa para la culpa y la obligación de reparar como consecuencia de la culpa. De ahí que para la procedencia de la acción encaminada a indemnizar perjuicios contractuales, se requiera, además de la prueba de la obligación contraída, acreditar la violación de esta, porque en esta forma se demuestra al mismo tiempo la existencia de la obligación de indemnizar, cuyo cumplimiento se persigue. Las dos obligaciones son diferentes: La una nace del contrato, la otra de su violación. Esto mismo también se piensa al decir que sus causas son distintas: la de la una, la convención misma; de la otra, la culpa.

«La distinta naturaleza por su contenido y origen de los dos géneros dichos de obligaciones, informa el principio jurisprudencial que niega la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios cuando se ejercita como principal y no como accesoria del incumplimiento o de la resolución del contrato, en todos los casos en que la ejecución de la obligación convencional no se haya hecho jurídicamente imposible. Principio cuya única excepción se halla en la regla del ordinal 3° del art. 1610 del C.C.

«Sentado que al acreedor incumbe en términos generales la prueba de la culpa contractual, se distingue para los efectos de su rigor entre las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios. Siendo el incumplimiento del contrato un hecho, todos los medios de prueba son hábiles para establecerlo. Por lo tanto, cuando la obligación es resultado, es suficiente la prueba del contrato,

no por lo ya explicado, debido a que ella para ese caso sea completa, sino porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. La prueba de lo contrario en esta clase de obligaciones no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable. Como se ha visto, las obligaciones de resultado y las obligaciones de medios son diferentes en cuanto a su contenido...»

En cuanto al régimen probatorio a que se encuentran sometidas las obligaciones de medio y de resultado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de abril de 1.993, con ponencia del magistrado Pedro Lafont Pianeta, dijo⁵¹:

«... En materia probatoria, se distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado que pueda conllevar la responsabilidad contractual, para determinar conforme a la misma a quién corresponde la carga de la prueba en cada caso particular...»

«... Si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado ella se presume, de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Entonces, si se trata de responsabilidad contractual que implique al propio tiempo ejercicio de actividad peligrosa, la exoneración de la carga de probar la culpa depende no de la presunción prevista en el artículo 2356 del C.C., sino de que la obligación allí asumida sea de resultado, tal como lo dispone el artículo 1604 ibídem, que es norma de interpretación cabal se deduce que cuando la obligación es de medio sigue gravitando sobre el demandante la carga de probar

⁵¹ Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXII, N° 258, Legis, Bogotá, 1993, página 532

la culpa del demandado...»

El profesor Antonio Rocha, en su obra “De la Prueba en Derecho”, expresó lo siguiente sobre la teoría de la responsabilidad contractual y las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado, esbozada por la Corte en la sentencia de 31 de mayo de 1938⁵²:

«...Reafirma la Corte que la culpa, tanto en materia contractual como delictual, continúa siendo la base para deducir la responsabilidad civil. Pero que en esta materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, dice la corte, y la posterior a ésta en obligaciones positivas y negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de su prueba; que las dificultades que suele presentar esa clasificación se resuelven mejor adoptando la famosa clasificación de Demogue en obligaciones de medios y de resultado.

«Toda prestación a que se obligue el deudor, o bien es una conducta suya en provecho del acreedor, o bien es un resultado externo que con su actividad debe producir el deudor a favor del acreedor.

«Aquella es de resultado, y se caracteriza por ser el hecho prometido, claro, preciso y de contornos definidos. Esta es de medio, y la naturaleza de la prestación es de lineamientos esfumados (éstos son los términos de la sentencia, que empleamos al resumir la doctrina).

«En las obligaciones de resultado, el mero incumplimiento equivale a la culpa o es la misma culpa, por lo cual el papel del juez es sencillo, debido a que no tiene que analizar la conducta

del deudor, puesto que la responsabilidad resulta del mero incumplimiento. Probado por el acreedor el derecho y afirmado (afirmación sin prueba) el incumplimiento, el deudor no se exime de responsabilidad sino demostrando el caso fortuito, fuerza mayor o la intervención de una causa extraña que no le sea imputable.

«En las de medio, el juez tiene una grave tarea que llenar, estudiando la conducta del deudor para ver si no es culposa, para lo cual debe comparar la conducta observada con la que hubiera observado un hombre de prudencia ordinaria, normal y usual, colocado en la misma situación objetiva del deudor; y toda negligencia, cualquiera que sea su gravedad, entraña en principio su responsabilidad. En estas obligaciones de medios, el demandante (acreedor) debe acreditar no solamente la existencia del contrato, sino afirmar también cuáles fueron los actos de inejecución, porque el demandado (deudor) no podría de otra manera contrarrestar los ataques que le dirige el actor-acreedor, debido precisamente a la naturaleza de la prestación del deudor, “que es de lineamientos esfumados”. Probado el contrato y afirmado por el acreedor el acto de inejecución, incumbe al demandado la prueba de su diligencia y cuidado, conforme al inciso 3° del artículo 1.604. La prueba de la ausencia de culpa que da o suministra el deudor es suficiente para liberarlo de responsabilidad. Aquí no se necesita la del caso fortuito, fuerza mayor o causa extraña que debe dar el deudor en obligaciones de resultado...»

Ricardo Uribe Holguín manifestó lo siguiente en relación con las obligaciones de medio y las de resultado⁵³:

«... Para la satisfacción de sus múltiples necesidades, en aumento constante debido a los descubrimientos e invenciones de la ciencia y de la técnica, los

52 Antonio Rocha Alvira, “De la Prueba en Derecho”, Conferencias de clase para alumnos de 5° año de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Sección de Extensión Cultural, Bogotá, 1.949, páginas 343 y 344.

53 Ricardo Uribe Holguín, De las Obligaciones y Del Contrato en General”, Ediciones Rosaristas, Bogotá, 1980, página 15

miembros de la comunidad social se valen los unos de los otros, mediante un instrumento jurídico de probada eficacia: la obligación. Empero, si en la generalidad de los casos el pago de ésta satisface directamente la necesidad de la parte acreedora, en algunos otros el deudor no se compromete a realizar u obtener ese resultado, sino a poner los medios que de ordinario conducen a ello. Véanse algunos ejemplos aclaratorios: a) El comerciante que necesita proveer de mercancías su almacén, el hacendado que requiere una acequia para abreviar su ganados, el industrial a quien interesa que determinado rival no le haga competencia dentro del sector donde actúa, celebran contratos por los cuales la otra parte se obliga a entregar las mercancías, o a construir y poner en funcionamiento la acequia o a abstenerse de competir, respectivamente, b) Mas el que por hallarse enfermo necesita superar su salud, o el que habiendo sido demandado pretende obtener sentencia absolutoria, no encontrarán contratante que se obligue a satisfacer directamente estas necesidades, sino a ejecutar apenas el acto o la serie de actos que, según su profesión u oficio, de ordinario hay que ejecutar para conseguir tales resultados. Cuando el objeto de la obligación se identifica con el fin que persigue el acreedor, ésta se llama **de resultado**; cuando no hay esa identidad, de modo que dicho fin queda fuera del contenido del objeto, la obligación se denomina **de medio**...»

Y al referirse Uribe Holguín a la sentencia de la Corte del 31 de mayo de 1938, expresó lo siguiente, precisando en qué consisten y cómo se distinguen las obligaciones de medio de las de resultado⁵⁴:

«...cuando la obligación es **de resultado**, o sea, cuando tiene por objeto un hecho “claro, preciso y de contornos definidos”, el acreedor tendrá que probar (o simplemente afirmar, si se trata de una negación indefinida) que el deudor no realizó el resultado prometido, sin que sea necesario que el Juez

examine y estime la conducta que aquel observó. Si el deudor pretende exonerarse de responsabilidad, tendrá que demostrar **fuerza mayor, caso fortuito o intervención de elemento extraño**.

No así cuando la obligación es **de medio**, es decir, cuando su objeto consiste en un hecho “de lineamientos esfumados”. La prueba de la inejecución o culpa consiste aquí en establecer que el deudor no obró con la prudencia y la diligencia debidas, a efecto de que el Juez pueda comparar esta conducta con la que persona prudente y diligente, colocada en iguales circunstancias externas, hubiera observado, Si el deudor pretende eximirse de responsabilidad, será suficiente que demuestre que puso los medios pactados, puesto que su conducta se ajustó a la de este tipo abstracto de persona juiciosa. Esta prueba liberatoria, más benigna que la otra, es la que se denomina “ausencia de culpa”...»

Y el tratadista Francés Christian Larroumet se refirió igualmente a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, de la siguiente manera⁵⁵:

«... La distinción entre las dos clases de obligaciones depende de su contenido. El deudor está obligado a procurar un resultado determinado al acreedor o esta obligado simplemente a hacer todo lo que tenga derecho de esperarse de un deudor normalmente diligente para procurarle satisfacción al acreedor, sin que esté obligado a garantizar esa satisfacción.

«En otras palabras, si la obligación es de resultado, por el simple hecho de que ese resultado no se ha alcanzado, se podrá suponer que las condiciones de la responsabilidad del deudor están cumplidas, salvo prueba en contrario de un hecho que no le es imputable. Si la obligación no es sino de medios, ya que el deudor no se compromete sino a hacer

54 Ricardo Uribe Holguín, Op. Cit., página 15

55 Christian Larroumet, Teoría General del Contrato, Volumen II, Editorial Temis, Bogotá, 1.993, páginas 20 y 21.

lo posible para que el deudor obtenga satisfacción, corresponde a este probar que el deudor no hizo lo que debía hacer, lo cual corresponde a la prueba de que incurrió en culpa. Lo cierto es que la distinción de las dos clases de obligaciones, como lo veremos, es más compleja por cuanto ciertas obligaciones de resultado son más estrictas que otras y porque las obligaciones de medios a veces deben combinarse con una presunción de culpa en contra del deudor. Sin embargo, esta distinción corresponde a una realidad que es indiscutible, aun cuando se haya llegado a criticarla. En realidad, estas críticas se refieren sobre todo a la dificultad de encontrar un criterio satisfactorio entre las dos categorías de obligaciones y no el principio de la distinción propiamente dicho. Esta distinción tiene el gran mérito de explicar lo que se hubiera podido considerar como una incoherencia del derecho en cuanto a la dualidad de los regímenes de la responsabilidad contractual. Además, fue incorporada por la jurisprudencia al derecho positivo francés y ha sido aceptada, ya sea expresamente por las jurisprudencias extranjeras (por ejemplo, en el derecho de Québec y en el derecho Belga), ya sea por la doctrina por darles coherencia a las soluciones del derecho positivo (Por ejemplo, en Italia).

«En su origen, la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, tuvo simplemente por objeto explicar las diferencias de tratamiento del deudor contractual de quien se creía que no era responsable sino cuando había incurrido en culpa, sin importar que la obligación fuera de resultados o de medios. Si la obligación es de resultado, la culpa consiste en no procurar el resultado prometido, puesto que el daño es imputable a la actividad del deudor. En otros términos, la inejecución de una obligación de resultado imputable a la actividad del deudor constituye una culpa. En cambio, si la obligación es de medios, el simple hecho de la inejecución, o sea, la no satisfacción del acreedor, no basta para declarar culpable al deudor. Es

menester que el acreedor pruebe que el deudor no hizo todo lo que él tenía derecho a esperar que hiciera un deudor diligente. Por lo tanto, en ambos casos la responsabilidad del deudor se fundamenta en la culpa. En realidad, nos podemos preguntar si la distinción de las dos clases de obligaciones no corresponde, en las aplicaciones de la jurisprudencia, a la distinción entre responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva, y la respuesta parece ser bastante afirmativa...»

Ahora bien, en tratándose de obligaciones que emanan de un contrato informático y que corresponden a la instalación de un programa integral de software, como lo admiten las convocadas, S.S.A. se encontraba en la obligación de instalarlo a satisfacción de CALIFORNIA, por haberlo así convenido y aceptado expresamente, tal como fluye del texto de la cláusula 9. del mencionado contrato de prestación de servicios profesionales ya que, en ella, le garantizó a CALIFORNIA que los servicios respectivos los prestaría en forma profesional y que, en caso de violación de esa garantía, se obligaba a lograr que los servicios a su cargo se realizaran correctamente, no tiene ninguna duda el Tribunal acerca de que las obligaciones que asumió S.S.A. frente a CALIFORNIA, resultan ser típicas obligaciones de resultado.

El otorgamiento de la garantía de correcta instalación del programa integral BPCS en sus diferentes versiones hace más riguroso el régimen de responsabilidad contractual a cargo de S.S.A. pues en virtud de la misma siempre estaba obligada a la obtención del resultado prometido sin que le fuese permitido invocar ninguna causal de exoneración de su responsabilidad por el hecho de la inejecución de la obligación, y si se considera, además, que fue esa misma sociedad la que vendió el software a CALIFORNIA bajo la modalidad de licencia exclusiva y perpetua.

Sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones de

garantía resulta interesante el siguiente párrafo de la obra de Christian Larroumet⁵⁶:

«... Obligación de garantía: En ciertos contratos, sea en virtud del régimen imperativo de la obligación admitido por la ley o la jurisprudencia, sea en virtud de la voluntad de las partes, el deudor tiene una obligación de garantía. La obligación de garantía es una obligación de resultado cuya inejecución debe dar lugar a la responsabilidad del deudor sin permitirle escapar a ella mediante la prueba de una causa extraña que, en derecho común, lo exoneraría de responsabilidad. De esta manera el deudor puede aceptar tomar a su cargo casos de fuerza mayor. Sin embargo, la obligación de garantía no llega hasta obligar a reparar el daño que resulte de una culpable acreedor que origine el daño. En este caso, habrá lugar a exoneración total o parcial de su responsabilidad, según los casos...»

No se debe olvidar que en materia de interpretación de los contratos informáticos, las obligaciones a cargo del productor de un software, sea software a la medida, preparado específicamente teniendo en cuenta las características especiales o necesidades del usuario, o sea software standard, destinado para ser comercializado en masa y utilizado en distinto hardware, las obligaciones a cargo del productor del software serán, por lo general, obligaciones de resultado.

Para el productor de software standard resulta aun mas rigurosa su obligación por virtud de la legislación protectora del consumidor que le impone el deber de satisfacer las necesidades del consumidor final.⁵⁷

Lo mismo se puede predicar de quien garantiza instalar un software a satisfacción del comprador, como lo hizo en este caso S.S.A. en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales.

Lo anterior se corrobora, además, con la tesis sostenida por el tratadista argentino Juan M. Farina, en su obra “Los Contratos Comerciales Modernos”, quien expresó lo siguiente:⁵⁸

« ...REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS: Al interpretar un contrato informático, el Juzgador debe tener en cuenta las siguientes pautas y circunstancias:

a. Aunque el adquirente o usuario sea una persona avezada en el ramo comercial de su actividad, generalmente carece de suficientes conocimientos y experiencia en materia de utilización de estos equipos. Como hemos visto, hay entre los contratantes una gran “brecha tecnológica” que se advierte hasta en la terminología empleada, poco comprensible para el hombre medio. El usuario, normalmente la mediana empresa, no conoce “ni el vocabulario informático ni las características de las computadoras, ni la forma o mecanismos para adecuarla a sus necesidades. La realidad de los hechos –expresa Flora de Katz- es que el futuro usuario no adquirirá lo que necesita sino lo que venden, ya que el asesoramiento para su adquisición no emana de consultores imparciales sino de vendedores

El usuario y el suministrador del servicio o equipo informático celebran el contrato guiados por fines diferentes: el usuario espera una solución práctica adecuada a su problema; el proveedor, en cambio, tiende a prometer una simple correspondencia del sistema conforme a determinadas características y especificaciones técnicas sin tener muy en cuenta la particular expectativa del cliente. Dice **Gustavino** que se produce una verdadera dicotomía entre una contratación centrada sobre características y

56 Christian Larroumet, op. cit., página 33

57 Ley 73 de 1.981 y decreto 3466 de 1.982.

58 Juan M. Farina, Contratos Comerciales Modernos, 2ª. Edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Palma, Buenos Aires, Argentina, 1.997, páginas 705 y 706

especificaciones técnicas (contracting for resources) y una contratación que, por el contrario, esta más atenta a la obtención de determinados resultados (contracting for results). Dicho en otros términos: el adquirente pretende del proveedor una verdadera obligación de resultado; en tanto que el proveedor cree estar obligado a una obligación de medio.

b. Frente a los dos aspectos señalados precedentemente, no hay dudas de que el principio de la buena fe propio de todos los contratos en general adquiere en estos contratos sobre informática especial relevancia, no solo en la etapa de celebración y ejecución, sino igualmente en la previa a su formación.

«Esta situación de desigualdad hace aplicable, sin lugar a hesitación, el principio según el cual en caso de duda, el contrato debe interpretarse en contra del proveedor del servicio o equipo, quien debe utilizar una terminología suficientemente clara, para no confundir al adquirente. Por ello, si cabe alguna duda, debe resolverse a favor del usuario, pues la terminología equívoca utilizada (p. ej., "para implementar los sistemas de contabilidad, sueldos y gestión de ventas"), es expresada en documentos emanados de la parte prestataria del servicio informático que, como se ha visto, se encuentra en condiciones de superioridad técnica...»

En este orden de ideas el Tribunal estima que las obligaciones que asumió S.S.A. frente a CALIFORNIA, en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado el día 5 de octubre de 1.995, son verdaderas y legítimas obligaciones de resultado y de garantía, que le obligaban a la instalación del software BPCS, en sus diferentes versiones, a satisfacción de CALIFORNIA.

No habiéndose obtenido el resultado previsto en las obligaciones que asumió S.S.A. frente a CALIFORNIA, como se demostró en el proceso y lo afirmó CALIFORNIA, y no mediando ninguna

prueba que conduzca a demostrar que su no instalación obedeció a una fuerza extraña o a una causa imputable a CALIFORNIA, estima el Tribunal que S.S.A. debe ser declarada responsable por la inejecución de la obligación, tal como lo hará en la parte resolutive del presente laudo arbitral.

10. DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL INCUMPLIMIENTO DE S.S.A.

Como quedó establecido que S.S.A. no instaló correctamente el software BPCS a satisfacción de CALIFORNIA, resulta evidente que incurrió en el incumplimiento a que se hace referencia en la demanda, por lo que corresponde al Tribunal analizar las consecuencias jurídicas de ese incumplimiento.

Para ello, considerará y decidirá la petición Tercera de la demanda, por medio de la cual se pide declarar resuelto el contrato de prestación de servicios profesionales, así como decidirá las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, por medio de las cuales se solicita el resarcimiento de los perjuicios que se causaron a CALIFORNIA.

Estando plenamente acreditados los elementos esenciales de la acción resolutoria, el Tribunal, en la parte resolutive de este laudo arbitral accederá a la petición tercera de la demanda, y ordenará, en consecuencia, el resarcimiento de los perjuicios causados, tal como se pide en las pretensiones cuarta y quinta.

11. DE LAS CLAUSULAS EXONERATIVAS O LIMITATIVAS DE RESPONSABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

Universalmente es aceptado el principio de la autonomía de la voluntad, conforme al cual los contratantes, para regular sus recíprocas relaciones comerciales o económicas, gozan de plena y total autonomía y son libres para pactar todo lo que no

les esté expresamente prohibido por la ley, el orden público o las buenas costumbres.

En uso de esa autonomía, los contratantes tienen plena libertad para regular libremente sus relaciones estableciendo las reglas contractuales que quieran, para lo cual pueden adoptar someterse o no a un contrato tipo de los previstos en la ley, o modificarlo, cambiarlo o ajustarlo, según sus necesidades; también pueden distribuirse las cargas que de él deriven; de igual manera pueden reglamentar el contenido y las modalidades de las obligaciones a su favor o a su cargo, agravando o limitando las responsabilidades que asumen y, en fin, pueden ellos fijar las reglas que estimen necesarias para regular la terminación y extinción de las obligaciones que en él consten.

También pueden fijar libremente las garantías y penas que quieran establecer para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que asumen y convenir que las controversias que surjan entre ellos con ocasión de la ejecución, desarrollo, cumplimiento o liquidación del contrato sean sustraídas de la jurisdicción ordinaria para ser sometidas a decisión Arbitral.

Todo contrato, siempre, debe corresponder a un acuerdo que debe contener la manifestación de la voluntad real de los contratantes y solo hay contrato cuando las partes así lo han querido y pactado en forma expresa.

Los contratantes, una vez hayan acordado sus términos, quedan obligados a ejecutarlo y cumplirlo conforme a lo que han querido, aceptado y pactado, pues es por virtud de ese acuerdo que el contrato adquiere entre ellos fuerza obligatoria, por aplicación del principio del respeto recíproco a la palabra dada (PACTA SUNT SERVANDA).

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de la autonomía de la voluntad se encuentra consagrado

en el artículo 1602 del Código Civil.⁵⁹

De esta norma fluyen inequívocamente, al sentir del Tribunal, los siguientes principios:

- 1) El de la autonomía de la voluntad o libertad contractual que le permite a los contratantes pactar todo aquello que sea lícito y no resulte contrario a las leyes, al orden público o a las buenas costumbres;*
- 2) El de la intangibilidad o fuerza obligatoria que adquieren para los contratantes las estipulaciones contenidas en un contrato válidamente celebrado entre ellos; y*
- 3) El del mutuo disenso o desistimiento, que le permite a los contratantes mediante una simple convención o acuerdo de voluntades, declarar nulas o desistir en todo o en parte de las obligaciones que asumieron.*

Por ello es que todo contrato válidamente celebrado, que contenga los elementos esenciales previstos en la ley para su existencia y validez para generar obligaciones entre los contratantes (capacidad, consentimiento exento de vicio, y objeto y causa lícitos), deviene necesariamente en una ley para ellos y solo producirá efecto entre ellos por virtud del principio de la relatividad de los contratos.

De esa fuerza obligatoria que le dan los contratantes al aceptarlo libremente es que deriva el principio de su intangibilidad, conforme al cual ninguno de ellos puede alterarlo o modificar unilateralmente las obligaciones que adquirió para con el otro, ni el Juez puede alterarlas bajo ningún pretexto, por más estrictas que ellas sean, pues el Juez al interpretarlo estará siempre obligado a indagar, en primer lugar y como ámbito de búsqueda de su finalidad jurídica, cual fue la real voluntad y la verdadera intención de los contratantes al celebrarlo.

⁵⁹ El artículo 1.602 del CCC, establece que «*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*»

En uso de esa autonomía los contratantes pueden, igualmente, limitar o agravar sus responsabilidades y pactar garantías o penas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

También pueden pactar las denominadas cláusulas exonerativas o limitativas de su responsabilidad a condición de que con ellas no se permita al deudor incumplir con las obligaciones a su cargo por culpa grave o dolo, o por su mera voluntad o potestad, ya que conforme a los artículos 1522⁶⁰ y 1535⁶¹ del Código Civil, estas estipulaciones serían nulas.

Resulta claro, entonces, que, en uso de su autonomía contractual, también pueden los contratantes pactar lícitamente cláusulas penales para estimar anticipadamente el valor de los perjuicios que se les llegue a causar por el incumplimiento de las obligaciones que asumen en forma recíproca según se lo permiten los artículos 1592⁶² y 1600⁶³ del Código Civil y que pueden, en fin, hasta pactar la renuncia al cobro de esos perjuicios.

En efecto, de acuerdo con las reglas contenidas en

60 El artículo 1.522 del CCC, establece que “...El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale...”

61 El artículo 1535 del CCC, establece que “...Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga. Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá...”

62 El artículo 1.592 del CCC establece que “... La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal...”

63 El artículo 1.600 del CCC establece que “...No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena...”

los artículos 15⁶⁴ y 1616⁶⁵, inciso final del Código Civil, los contratantes pueden renunciar válidamente a sus derechos y graduar el grado de culpa del deudor por el incumplimiento que se le impute.

La indemnización de los daños y perjuicios, por ser una cuestión de interés particular, bien puede ser regulada convencionalmente por los contratantes, pues conforme al inciso final del artículo 1616 del Código Civil, “Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas...”, norma esta que les permite establecer que su responsabilidad por los perjuicios pueda comprender aquellos de que no es responsable de acuerdo con la ley o exonerase de pagarlos.

Si la norma en cuestión permite a los contratantes modificar las reglas sobre estimación de perjuicios resulta apenas obvio que los contratantes puedan igualmente renunciar a su cobro pues afectando únicamente su interés individual y no siendo prohibida por la ley, esa renuncia resulta válida.

Hechas las anteriores precisiones y frente al caso controvertido encuentra el Tribunal que S.S.A. y CALIFORNIA previeron, en la cláusula 9. del contrato de prestación de servicios profesionales, lo siguiente:⁶⁶

«... S.S.A. (y el licenciante de S.S.A. y la afiliada de S.S.A.) en ningún caso será responsable de daños o perjuicios económicos indirectos (incluidas las pérdidas de ganancias y ahorros), lucro cesante o daños incidentales o potenciales, aun cuando S.S.A. haya sido informada de esa posibilidad.

64 El artículo 15 del CCC establece que “...Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia...”

65 El inciso final del artículo 1.616 del CCC establece que “... Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas...”

66 Folio 11 del Cuaderno de Pruebas N° 1

En ningún caso será S.S.A. responsable de la pérdida de registros, bases de datos o información del CLIENTE o el daño a cualquiera de ellos. El CLIENTE conviene que la responsabilidad de S.S.A. (del licenciante de S.S.A. y de la afiliada de S.S.A.) por cualquier otro daño o perjuicio directo y cierto, por el cual sea posible atribuirle responsabilidad legal a S.S.A. quedará en todos los casos limitado a los derechos de licencia de software y a las cuotas de soporte continuo pagadas por el CLIENTE en virtud del presente contrato...»

En virtud de esta estipulación los contratantes convinieron y aceptaron plenamente la exoneración y limitación de la responsabilidad a cargo de S.S.A., que estaría limitada, en caso de incumplimiento de las obligaciones a su cargo, al resarcimiento de los perjuicios correspondientes a los derechos de licencia de software y a los pagos de soporte continuo que CALIFORNIA hubiese efectuado en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales, descartando expresamente el pago de cualquier clase de perjuicio indirecto, lucro cesante o daños incidentales o potenciales, estipulación esta que resulta válida y oponible entre ellos en virtud del principio de PACTA SUNT SERVANDA.

Ahora bien, habiendo asumido S.S.A. una obligación de resultado que no ejecutó a satisfacción de CALIFORNIA, como era su deber, su inejecución la obliga a la reparación integral del daño que causó.⁶⁷

No obstante lo anteriormente expuesto, estima el Tribunal que, precisamente, una de las grandes limitantes del principio de la autonomía de la voluntad es la misma ley que, en el caso de la evaluación de los daños y perjuicios impone al juez el de ordenar su reparación en forma integral de manera tal el daño causado por el acreedor al deudor quede reparado en su totalidad observando

al efecto criterios técnicos actuariales.⁶⁸

Para que el daño sufrido por el acreedor sea reparable se ha requerido que el perjuicio correspondiente, además de previsible, sea real, cierto y directo.

Tratándose de reparación por equivalente, esto es, habiéndose solicitado la condena de S.S.A. a pagar una suma de dinero a CALIFORNIA, en reemplazo de la obligación incumplida, se hace imperioso evaluar y determinar con absoluta claridad y precisión los daños y perjuicios reclamados con miras a que la indemnización reclamada por CALIFORNIA no sea fuente de enriquecimiento.

En el presente proceso no tiene ninguna duda el Tribunal acerca de que los contratantes en virtud de la cláusula 9. del contrato de prestación de servicios profesionales, hicieron una clara estipulación sobre la clase de perjuicios que se repararían por S.S.A. en caso de inejecución de las obligaciones a cargo, limitando esa reparación a la de los perjuicios que entonces consideraron como previsibles.

Siendo esta estipulación una estipulación válida y oponible entre los contratantes, a ella se atenderá el Tribunal y, en consecuencia, en la parte resolutive del laudo ordenará la reparación integral de los daños causados a CALIFORNIA por la inejecución de las obligaciones a cargo de S.S.A., pero limitándola al reembolso de todas las sumas que le pagó por los derechos de licencia de software así como de todos los pagos que le efectuó por virtud del contrato de prestación de servicios profesionales, tal como lo acordaron los contratantes en esta cláusula, la cual se actualizará a su valor presente atendiendo los criterios técnicos señalados por los peritos Enrique Luque Carulla y Álvaro Cabrera Galvis, en su

67 Artículo 1616 del Código civil

68
Artículo 16 de la Ley 446 de 1.998.

experticio.⁶⁹

De esta manera, la excepción propuesta por el apoderado de S.S.A. COLOMBIA y coadyuvada por el apoderado de SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES, INC, denominada LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD, se abre paso, prosperará parcialmente y así se dispondrá en la parte resolutive del laudo.

12. DEL RESARCIMIENTO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A CALIFORNIA

Para acceder parcialmente a las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, el Tribunal recurrirá al dictamen pericial antes mencionado para establecer los valores correspondientes, a cuyo efecto acoge íntegramente sus fundamentos técnicos y científicos, así como las conclusiones de los expertos.

En primer lugar, condenará a S.S.A. a reembolsar a CALIFORNIA el valor de los derechos de licencia del software BPCS, que los peritos valoraron en la suma de \$485.121.578,00

De igual manera, condenará a S.S.A. a reembolsarle, igualmente, el valor de la licencia del módulo AXI, que los peritos valoraron en la suma de \$ 12.801.819,00

También condenará a S.S.A. a reembolsar a CALIFORNIA el valor de las cuotas de soporte continuo que le canceló en desarrollo del contrato de prestación de servicios profesionales y que los peritos valoraron en la cantidad de \$ 217.665.851,00 Se absolverá, a S.S.A. de pagar a CALIFORNIA el valor de todos los costos directos en que tuvo que incurrir con ocasión de la implementación del paquete integral BPCS, así: inversiones en

hardware \$214.737.228,00; seguros \$3.816.860,00; reuniones \$8.550.364,00; energía \$4.811.605,00, y otros gastos menores por valor de \$3.416.546,00, así como del lucro cesante reclamado, por las razones anteriormente expuestas al haber aceptado CALIFORNIA la cláusula 9. que limitaba la responsabilidad de S.S.A. en estos rubros.

Las sumas decretadas a favor de CALIFORNIA y a cargo de las demandadas devengarán intereses corrientes desde la fecha de presentación de la demanda e intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida a partir de la ejecutoria del laudo arbitral.

13. DE LA CONDUCTA PROCESAL DE LAS SOCIEDADES DEMANDADAS

Merece una evaluación especial la conducta procesal asumida por las sociedades demandadas a lo largo de este proceso. En efecto, mientras en la etapa prearbitral participaron activamente con múltiples recursos, escritos y solicitudes de suspensión, en la parte arbitral, una vez asumida la competencia por este Tribunal, abandonaron la actuación procesal.

Por otro lado, resulta reprochable desde todo punto de vista la actuación del representante legal de S.S.A. COLOMBIA S.A. en la diligencia de interrogatorio de parte, quien a sabiendas de la calidad con que actuaba y de la finalidad de la prueba, no se preparó – como era su deber – para absolver las preguntas del Tribunal y de la parte actora, limitándose a eludir, sin fundamento alguno, los cuestionarios que le fueron propuestos.

Evidentemente para el Tribunal es un comportamiento que constituye un indicio grave en contra de esa sociedad y que en esos términos ha sido tenido en cuenta en este laudo, conforme a lo dispuesto por el artículo 210 del Código de Procedimiento Civil. No pueden olvidar las sociedades demandadas

69 Folios 407 a 421 del Cuaderno Principal No.2

que es su obligación, en todo momento, cumplir los deberes previstos en el artículo 71 del Código de Procedimiento Civil, algunos de los cuales fueron desatendidos por ellas en claro desacato a la ley y evidente irrespeto hacia este Tribunal de Justicia.

14. DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR S.S.A.

Por las razones expuestas a lo largo de este laudo arbitral el Tribunal únicamente declarará como probada parcialmente la que se denominó “LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD”, denegándose todas las demás.

15. DE LAS COSTAS Y DE LAS AGENCIAS EN DERECHO

Por haber prosperado casi la totalidad de las pretensiones de la demanda, y por la conducta procesal asumida por las convocadas, serán de cargo de ellas en su totalidad.

Como agencias en derecho, se señala la suma de CIENTO MILLONES DE PESOS (\$100.000.000,00) a cargo de las convocadas y a favor de CALIFORNIA.

16. LIQUIDACIÓN DE LAS COSTAS

Las convocadas reembolsarán conjuntamente a California las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de honorarios y gastos del Tribunal	\$ 140'000.000,00
Por concepto de honorarios de los peritos ingenieros	12'000.000,00
Por concepto de gastos de los peritos ingenieros	5'000.000,00
Por concepto de honorarios de los peritos economistas	12'000.000,00
Por concepto de gastos de los peritos economistas	3'000.000,00
Por concepto de agencias en derecho	100'000.000,00

Total costas \$ 272'000.000,00

V. CAPITULO QUINTO: PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias existentes entre LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. de una parte y SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC y SSA COLOMBIA S.A. de la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

A. A. RESUELVE

Primero: Declarar probada la excepción denominada “Limitación de responsabilidad” propuesta por S.S.A. Colombia S.A. y coadyuvada por SYSTEM SOFTWARE ASSOCIATES INC

Segundo: Denegar las demás excepciones principales y subsidiarias propuestas por las convocadas.

Tercero: Denegar la pretensión primera de la demanda por cuanto el contrato a que en ella se alude se demostró y no requería de pretensión declarativa alguna.

Cuarto: Declarar que las sociedades convocadas incumplieron las obligaciones derivadas del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado con LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. el día 5 de octubre de 1.995, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

Quinto: Declarar, como consecuencia de lo anterior, resuelto el contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre las convocadas y LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. S.A., el día 5 de octubre de 1.995.

Sexto: Condenar a las convocadas a pagar a LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. S.A., dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, la suma de \$715.589.248,00, discriminados así:

- a. Por el valor de los derechos de licencia del software BPCS, la suma de \$485.121.578,00*
- b. Por el valor de la licencia del módulo AXI, la suma de \$ 12.801.819,00*
- c. Por el valor de las cuotas de soporte continuo que le canceló en desarrollo del contrato de prestación de servicios profesionales, la suma de \$ 217.665.851,00*

Séptimo: Condenar a las convocadas a pagar a LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. la suma de \$ 371'295.189,58 por concepto de intereses corrientes tal como se dispuso en la parte motiva de este laudo.

Octavo: obre las sumas a que se refiere el punto sexto de esta parte resolutive, se causarán intereses moratorios, a la tasa máxima legal permitida, a partir del quinto día siguiente a la ejecutoria de esta providencia.

Noveno: Absolver a las sociedades convocadas de las pretensiones económicas de LABORATORIOS CALIFORNIA S.A. S.A. relativas al resarcimiento de perjuicios directos e indirectos distintos de los derechos de licencia de software y pagos de soporte continuo, así como del lucro cesante reclamados.

Décimo: Condenar a las sociedades convocadas al pago de \$ 272'000.000,00, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral, por concepto de costas del presente proceso arbitral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

Undécimo: Ordenar que por el Presidente del

Tribunal se protocolice del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá.

Duodécimo: Expedir copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

Esta providencia quedó notificada en estrados.

*LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ
Presidente*

*GUILLERMO ZEA FERNANDEZ
Árbitro*

*LUIS FERNANDO ALVARADO ORTIZ
Árbitro*

*ANTONIO PABON SANTANDER
Secretario*