LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a emitir el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **HELMAN S.A.S.**, como parte Convocante y **ALIANZA Y DIRECCIÓN EN VALORES S.A.S-ADV INSOURCING S.A.S**, como parte convocada, relacionadas con el Contrato de Prestación de Servicios de fecha 31 de enero de 2012.

CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES Y SINTESIS DEL PROCESO

1.- El Pacto Arbitral:

En el Cuaderno de Pruebas Nº 1, folio 17, obra el pacto arbitral invocado que hace parte del Contrato de Prestación de Servicios de fecha 31 de enero de 2012, que a la letra señala:

> *"CLÁUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia, diferencia o reclamación relativa a este contrato y que no requiera un proceso ejecutivo, se resolverá por un Tribunal de arbitramento, que se sujetará al reglamento del centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal arbitral estará integrado por un (1) árbitro en el evento en que la cuantía de la controversia sea igual o inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV); en caso contrario, el Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. El árbitro o árbitros, según corresponda, serán designados por las partes de común acuerdo dentro de los (20) días hábiles siguientes a la presentación de la convocatoria arbitral. En caso de que, dentro del término señalado no fuere posible designar de común acuerdo el árbitro único, o la totalidad de los árbitros (en el evento de ser 3), aquél será o estos serán, designados por el centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de la lista "A " de árbitros, especialistas en propiedad industrial o propiedad intelectual. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Bogotá, D.C. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será el castellano. La controversia, diferencia o reclamación se resolverá de conformidad con el derecho de colombiano y se encuentra contenido en el siguiente documento."*

2.- Partes:

2.1.- Parte Convocante:

HELMAN S.A.S., persona jurídica, legalmente constituida, representada legalmente por JOSÉ LUIS PADILLA ROMERO, tal como obra en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.

2.2.- Parte Convocada:

ALIANZA Y DIRECCIÓN EN VALORES S.A.S-ADV INSOURCING S.A.S., persona jurídica, legalmente constituida, representada legalmente por JEAN PAUL BING-ZAREMBA, tal como obra en el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente.

3.- El trámite del proceso arbitral.

El trámite arbitral se desarrolló con apego a las disposiciones legales que rigen el arbitraje nacional, con pleno cumplimiento de los principios y garantías constitucionales, para lo cual fueron practicadas la totalidad de las pruebas solicitadas y no desistidas por las partes. La primera audiencia de trámite se adelantó el día 16 de febrero de 2017 y el proceso estuvo suspendido por el término de 120 días comunes a solicitud de las partes, razón por la cual el presente laudo arbitral es proferido dentro del término establecido al efecto.

4.- Hechos de la demanda:

En la demanda, se incluyeron los hechos que se transcriben a continuación:

*"**1.** El 31 de enero de 2012 MI MANDANTE HELMAN S.A.S. realizo un CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIO con la aquí convocada sociedad ADV S.A.*

2. el OBJETO de dicho contrato fue que la entidad convocada, ADV S.A., se comprometía con MI PROTEGIDA HELMAN S.A.S. a prestar los servicios denominados "SOFTWARE AS A SERVICE" consistentes estos en el arrendamiento a titulo oneroso de licencias de software para la administración de procesos (ERP PRIORITY) y de software para la administración de nomina (SALARIX) y seguido a ello el alojamiento (hosting) de los contenidos e información de MI PROTEGIDO- suministrados por éeste- en los servidores del DEMANDADO.

3. Todo el objeto antes descrito se alindero de acuerdo a la propuesta comercial presentada por el aquí convocado a MI REPRESENTADO.

4. El valor del mentado convenio ascendió a la suma INICIAL de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS ($72.000.000), los cuales se dividían en una cuota inicial de $14.400.000 y 12 cuotas de $4.800.000 cada una, todo esto a partir del mes de febrero de 2012.

5. de lo anotado en numeral anterior MI PROTEGIDO realizo VEINTE (20) pagos a la entidad demandada los cuales alcanzaron la suma de CINCUENTA MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($50.076.150) discriminándose así:

ALIANZA Y DIRECCION EN VALORES				
FECHA	*FRA*	*NUMERO CE*	*DEBIT*	
23/03/2012	*5216*	*38367*	*$*	*15.120.000*
02/03/2012	*5240*	*38296*	*$*	*1.575.000*
30/04/2012	*5316*	*38518*	*$*	*5.040.000*

30/04/2012	*5385*	*38518*	*$ 5.040.000*
21/06/2012	*5508*	*38714*	*$ 5.040.000*
14/01/2013	*5569*	*39713*	*$ 370.440*
03/08/2012	*5603*	*38948*	*$ 5.040.000*
14/01/2013	*5612*	*39713*	*$ 57.190*
23/10/2012	*5786*	*39308*	*$ 5.040.000*
14/01/2013	*5791*	*39713*	*$ 378.000*
14/01/2013	*5852*	*39713*	*$ 400.680*
14/01/2013	*5853*	*39713*	*$ 57.494*
23/10/2012	*5891*	*39308*	*$ 5.040.000*
14/01/2013	*5955*	*39713*	*$ 56.636*
14/01/2013	*5989*	*39713*	*$ 400.680*
14/01/2013	*6303*	*39713*	*$ 442.376*
08/03/2013	*6409*	*40048*	*$ 61.535*
08/03/2013	*6676*	*40048*	*$ 415.800*
08/03/2013	*6677*	*40048*	*$ 61.775*
08/03/2013	*6706*	*40048*	*$ 438.848*
			$ 50.076.453

6. A partir del mes de marzo de 2012 se dio inicio a la implementación del prevista a través del contrato de prestación de servicios rubricado por MI MANDANTE Y LA AQUÍ ENTIDAD CONVOCADA, dándole prioridad a la implementación de la nómina (SALARIX), este cronograma se cumplió parcialmente, pero la implementación realizada por la aquí CONVOCADA nunca fue completada, ya que el programa o software arrojaba errores constantemente, esta situación va en contravía de lo preceptuado en el objeto del genitor contrato ya que la entidad demandada afirmaba que " realizaba un arrendamiento a titulo oneroso de licencias de software para la administración de procesos (ERP PRIORITY) y de software para la administración de nomina (SALARIX) y seguido a ello el alojamiento (hosting) de los contenidos e información" esto significa que ***dentro de la contratación realizada la implementación del software es madurado y no requiere de pruebas de funcionalidad garantizando que este software no debía presentar errores ni inconsistencias como las presentadas durante todas las pruebas realizadas.***

7. En el mes de Abril de 2012 se da inicio a la a implementación del software PRIORITY completo, para Junio de 2012 se decidió suspender la implementación por que el software (SW) era demasiado rígido y no permitía las ediciones de los documentos que se requerían.

8. Las fallas y errores constantes en la implementación de estos dos productos denominados en el objeto del primigenio contrato de prestación de servicios origino una suspensión en el mes de en la implementación de ambos software (PRIORITY Y SALARIX), por cuanto la entidad aquí accionada no podía resolver los problemas que generaba constantemente el SOFTWARE objeto del contrato de prestación de servicios.

9. En Octubre de 2012 se decide reiniciar, implementando sólo los costos de producción, cronograma que tampoco se cumplió por problemas de la entidad aquí CONVOCADA la cual solo aducía que se encontraba buscando la forma de poder implementar el software, objeto del contrato, a las necesidades de MI PROTEGIDO O CONVOCANTE.

10. las inconsistencias y errores técnicos sumados a la falta de experticia y previsibilidad de la entidad aquí convocada generaron una alerta de desconfianza en LA ENTIDAD CONVOCANTE, ya que se podía vislumbrar que el objeto convenido entre partes, no se ajustaba a la realidad, de ello se establece que la entidad convocada dio a entender a MI MANDANTE que dentro de tal

contratación de implementación el software ofrecido era madurado y no requería de pruebas de funcionalidad, como lo establece la convocada a través el contrato, tales pruebas no deberían existir ya que se consideraría que dicho software no estaba desarrollado en su totalidad y con ello se desconocería los alcances de dicha programación y su certeza de funcionamiento, que para el caso de marras nunca se logro establecer.

11. Seguido a ello a través de lo descrito en el parágrafo tercero de la clausula primera del mentado convenio de prestación de servicios:" LOS SERVICIOS INCLUIRAN, ADICIONALMENTE, LA IMPLEMENTACION DEL SOFTWARE PRIORITY Y DEL SOFTWARE SALARIX", los cuales no pudieron realizarse por errores técnicos y de soporte de la entidad convocada además de la pírrica explicación que generaba a través del desarrollo de dicha implementación que a fecha de esta solicitud nunca se materializo, repito, por los constantes desaciertos técnicos y de planeamiento de la entidad aquí convocada.

12. De acuerdo a toda esta suerte de retrasos causados por el inadecuado, inoperante y retraido actuar de la entidad convocada, ya que debía haberse implementado el objeto del contrato en un plazo máximo de CINCO (5) MESES, según lo estipulado en la clausula séptima del mentado, es por ello que MI MANDANTE decide solicitar la suspensión del ejercicio, debido a que todo lo ejecutado por la aquí entidad convocada no salía de acuerdo a lo convenido y es por ello que decide el convocante ofrecer una alternativa al ya mancillado compromiso de servicios, indicándole a la aquí convocada que SI BIEN ES CIERTO ESTA NO PUDO NI PODIA EJECUTAR LO PACTADO Y OBLIGADO INICIALMENTE, SE realizaría UN CAMBIO EN LOS ALCANCES DE LOS SERVICIOS que hacían parte de la clausula segunda de mentado pacto establecido entre las partes.

13. Lo propuesta deprecada por MI MANDANTE pareció interesar a la aquí parte convocada, y decidida a poder dar solución a este impasse contractual, derivado únicamente, repito, del inoperante y mal presupuestado actuar de la aquí accionada, decide la aquí convocada el día 11 de diciembre de 2012, realizar UN (1) OTRO SI NUMERO 1 AL CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS de fecha 31 de enero de 2012, en el cual la ENTIDAD CONVOCADA decide ofrecer una solución a la anomalías que se habían suscitado de manera permanente referentes estas a el desarrollo e implementación de los protocolos de software (PRIORITY Y SALARIX) dentro del mentado primigenio objeto contractual.

14. el acuerdo se consintió por ambas entidades, y en el mismo se estableció la modificación de la clausula segunda del contrato original la cual quedaría de la siguiente manera: "SEGUNDA. ALCANCE DE LOS SERVICIOS. Los servicios tendrán el alcance previsto a continuación, con las siguientes limitaciones: EL E.R.P. PRIORITY será implementado como un CENTRO DE BENEFICIOS al interior del CONTRATANTE, con el fin de ***llevar control sobre la producción.*** *La implementación y desarrollo del E.R.P. PRIORITY no incluirá los módulos de contabilidad, proveedores, ni cartera. Se desarrollaran e implementaran únicamente los módulos de producción e inventarios, manejando un solo proveedor y un solo cliente."*

15. el valor de este otro si a contrato de prestación de servicios se estableció en la suma de CUARENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL PESOS CUARENTA CENTAVOS ($ 47.381.040), modificándose a través de dicho otro si el numeral 9.1 de la clausula novena del contrato de prestación de servicios de fecha enero 31 de 2012.

16. A partir del mes de enero de 2013 se reanudaron las actividades entre las partes aquí ampliamente expuestas en aras de poder garantizarse de parte de la aquí accionada el cumplimiento del mentado convenio de prestación de servicios en favor de MI PROTEGIDO, para lo cual se estableció dicho reinicio a principios del mes de enero de 2013, según un correo electrónico enviado por una persona de la entidad aquí accionada, JAIME GARCIA CASTRO, quien para ese entonces se encargaba como gerente de operaciones de ADV S.A., en el cual informa, ESCUETAMENTE, tal fin a MI PROTEGIDO.

17. con inmediatez a los tramites del otro si se correlacionaron nuevamente una suerte de falencias en la mentada implementación de software de parte de la entidad aquí accionada de las cuales se puede ver reflejado en un (1) correo calendado entre la gerencia de MI PROTEGIDO y la aquí CONVOCADA, de fecha 18 de febrero de 2013 en la cual trascribo literalmente:

De: ***Jose Padilla*** *<jlpadillar@helmanltda.com>*

Fecha: 18 de febrero de 2013, 11:36

Asunto: Continuidad Proyecto

Para: Felipe Vanegas <Felipe.Vanegas@adv.co>, Jaime Garcia <Jaime.Garcia@adv.co>

Cc: Jesus Baron <Jesus.Baron@adv.co>

Con agrado dimos hoy reinicio a la implementación de Priority, espero que el proyecto fluya rápidamente.

Como se lo comente a Jesus la Junta me ha dado hasta el 31 de Marzo para terminar la implementación de los procesos pendientes con ADV que incluye Centro de Beneficios y Nomina. Respecto al Centro de Beneficios estamos claros con Jesus y Alejandro. Con respecto a Nómina estamos quietos ya que la plataforma sigue con problemas, a lo cual solicito una solución pronta ya que el tiempo corre. Si es necesario volver a parametrizar lo hacemos, si es necesario cambiar de plataforma lo hacemos pero no puedo seguir pagando cesantías y nominas con Excel.

Jose Luis Padilla R.

Gerente General

Helman SAS

Acueductos-Ferretería-Grifería
PBX: (57-1) 8400040

jlpadillar@helmanltda.com

En dicha comunicación se establece que la entidad CONVOCADA no ha solucionado temas pendientes con el software de nomina (SALARIX) y es por ello que el gerente para esa época de MI MANDANTE solicita el arreglo inmediato de dichas disparidades, las cuales cabe mencionar nunca se pudieron solucionar por la entidad aquí recurrida aun a la fecha de presentación de este epígrafe arbitral.

18. trascurrido gran parte del año 2013, hacia finales de octubre, la implementación del convenio, OTRO SI, establecido entre CONVOCANTE Y CONVOCADA no se pudo realizar ni arrojo resultado alguno por cuanto los procedimientos realizados por la aquí parte ejecutada no establecían protocolos ni cifras concretas y solo avizoraban errores en la IMPLEMENTACION y MANIPULACION DEL SOFTWARE, a lo cual el convocante solicitaba respuestas por tan deficiente manejo, y la entidad convocada solo informaba que estaba tratando de buscar la solución a dichas anomalías, lo cual controvertía lo estipulado en el objeto del primigenio contrato de prestación de servicios ya que la aquí ACCIONADA ofrecía la implementación de un SOFTWARE ya desarrollado el cual se establecería a través de ALOJAMIENTO (HOSTING), hecho este que generaba aúun máas desconfianza entre el personal adscrito a MI PROTEGIDO, por cuanto ya habían trascurrido alrededor de dos (2) años y aun no se HABIA PODIDO ESTABLECER la IMPLEMENTACION DE LAS LICENCIAS y de esta manera satisfacer la necesidad por la cual MI PROTEGIDO se obligóo a través del mentado convenio de prestación de servicios.

19. El año 2013 termino y la entidad aquí convocada no pudo realizar la implementación de los productos ofrecidos a MI PROTEGIDO a través del contrato de PRESTACION DE SERVICIOS Y EL OTRO SI allegado al mismo, aduciendo siempre que se encontraba buscando una solución al software que se compaginara con las necesidades de MI PROTEGIDO, CONVOCANTE para el caso de marras.

20. Complementando el punto anterior la entidad CONVOCADA surtió una serie de acompañamientos en los cuales tratóo de dar explicaciones sobre el uso y alcances de los mecanismos a implementar los cuales solo asomaron las inconsistencias y falencias propias de un software en desarrollo y NO DE UNO COMPLETAMENTE MADURADO COMO PRETENDIO ESTABLECER LA ENTIDAD CONVOCADA A TRAVES DEL OBJETO DEL CONTRATO signado entre las partes.

21. Para el año 2014 la situación no cambio mucho, solo se puede asomar el predicamento mediante el cual EL CONVOCANTE solicitaba la materialización del objeto contractual o en su defecto la justa devolución de los dineros ya pagados, ante ello LA CONVOCADA solo asentía a informar que estaban trabajando en los problemas causados y que el dinero cancelado no tenia

devolución haciendo la situación un tanto caótica debido a desgaste que padecía MI PROTEGIDO por el inadecuado actuar de la entidad convocada que no quería dar por concluido la realización del mentado convenio aun a sabiendas de que no podía ejecutarlo tal y como se había obligado a través del escrito contractual, de ello me permito acompasar este punto con dos (2) oficios enviados por el aquí CONVOCANTE, para que obren como prueba dentro del expediente, los días 21 de mayo de 2014 y 31 de julio de 2014, donde se establece la falta de compromiso y continuidad de la entidad CONVOCADA en el desarrollo del contrato de prestación de servicios.

22. EL CONVOCANTE por medio de sus profesionales en la materia, ingeniero de sistemas e ingeniero mecánico, le hicieron saber a la entidad CONVOCADA a través de gran parte de 2015 que la revisión de la programación de producción resulto no ser efectiva para el volumen de producción y la diversidad de piezas que se tienen, ya que al parecer este sistema está diseñado para líneas de producción más cortas, aunado a esto para la revisión de la operación de costeo de los productos dentro del software se encontró que no es procedente, de acuerdo a lo estipulado entre las partes a través del mentado convenio, ya que hay que crear varias referencias alternas y movimientos para llegar a un costo con lo cual se definió que ADV revisaría el método de costeo del vaciadero (objeto de contrato) e informaría para concretar una nueva reunión y hacer la revisión del mismo. A la fecha de esta presentación no se ha generado informe de avance en esta actividad.

23. Pese a los requerimientos realizados por el personal adscrito a HELMAN S.A.S., la entidad accionada dio contestación de una manera muy desinteresada y exigua a los planteamientos hechos por mi mandante de los cueles me permito remitir tres (3) correos electrónicos remitidos desde la dirección de correo electrónico del ingeniero EDINSON AREVALO, persona adscrita a HELMAN S.A.S. denominados ACTIVIDADES COSTOS HELMAN calendados los días 9, 24 y 28 de septiembre de 2015 para que la entidad convocada se decidiera de una buena vez a realizar la tarea que tanto tiempo habían dejado procrastinar por deficiencias en el manejo e implementación de un software que no les es propio sino que administran de un tercero.

24. la entidad convocada siempre se excuso de las situaciones sinuosas que se presentaron, prometiendo repararlas, ajustarlas, arreglarlas pero esto nunca sucedió, realmente nunca pudo cumplir con el objeto del contrato en comento, de ello, y solicitando que obre como prueba dentro del presente plenario, me permito trascribir un correo electrónico enviado el día 1 de octubre de 2015 por SANDRA CHAPARRO persona adscrita a LA ENTIDAD CONVOCADA, enviando dicha información a el personal de HELMAN S.A.S. el cual se depreco así:

Buen día Andrés:

En este momento hemos tenido unos cambios en la Compañía, hay una Gerente de Implementación que está liderando todos los proyectos de implementación, y hemos tenido que darle prioridad a unos proyectos pendientes de cierre. Por eso no he realizado las pruebas de costos que hablamos en la última reunión. Considero importante definir un nuevo cronograma para darle continuidad al proyecto.

El avance que se ha tenido es el siguiente:

- *Se cuenta con dos accesos a Priority a una base de datos de Pruebas.*
- *La base de datos actual cuenta con una parametrización básica.*
- *Se han hecho pruebas de correr la Planeación de Compras y producción, se han generado requisiciones de compra y ordenes de producción, las pruebas han sido satisfactorias.*
- *Se han venido registrando productos en el catálogo de partes, con sus respectivas parametrizaciones para producción como rutas y listas de materiales.*
- *Se han realizado pruebas de transacciones de inventario como Recepciones de Compra, Traslados y Embarques, las pruebas son satisfactorias.*
- *Se hizo una prueba de costos creando un producto vaciadero.*

Pendiente:

- *Helman debe enviar el Plan de Cuentas para cargarlo en Priority, esto se requiere puesto que el cálculo y contabilización de los costos se van a llevar en Priority.*
- *ADV hacer prueba de costeo con varias referencias, con el producto vaciadero.*

25. En dicho correo se estableció que la entidad convocada no tenía tiempo de seguir con el ejercicio planteado con el convocante, la implementación del contrato, de esta manera solo demostró su poco interés en el desarrollo y finiquito de este convenio de prestación de servicios, seguido a ello y más importante aun es que la misma entidad aquí accionada reconoce que solo realizo UNA PRUEBA DE COSTEO dentro del referido convenio con lo cual se logra establecer que nunca se logro implementar el software propuesto como objeto del convenio celebrado entre las partes y el cual era demasiado importante para el aquí CONVOCANTE.

26. Posteriormente a lo antes enunciado, y existiendo plena certeza del tajante incumplimiento de parte de la entidad aquí convocada me permito trascribir y solicitar que reposen como pruebas dos (2) correos electrónicos de los cuales uno (1) fue enviado del correo del señor EDINSON AREVALO persona adscrita como ingeniero mecánico de la entidad convocante HELMAN S.A.S. calendado este el día 20 de de octubre de 2015 y fue recibido y contestado, el día 23 de octubre de 2015, desde el correo electrónico de la señora SANDRA CHAPARRO persona adscrita a ADV S.A. entidad aquí convocada, los cuales me permito trascribir a continuación:

(20/10/2015)

Sandra buen día.
Necesito saber cómo esta e proceso de la revisión de los costos del último ejercicio, si ya se ha podido trabajar en estos o hacia qué fecha se retoma con el trabajo, esto para entregar información concreta a la Junta ya que llevamos un tiempo extenso sin generar avances en la implementación del software.

Espero su pronta respuesta.

RESPUESTA ADV:

(23/10/2015)

Buen día Edison:

Estaré retomando la revisión del proceso de costos para la semana del 2 al 6 de noviembre del 2015.

Cordial Saludo,

Esta siempre fue la actitud de la entidad convocada, la cual solo reflejaba su desconocimiento y ligereza en el desarrollo del procedimiento solicitado y lo cual derivo en un incumplimiento total a lo acordado a través del mentado convenio de prestación de servicios y su respectivo otro sí.

27. pasaron dos meses y 26 días de espera sobre la situación referida en el numeral anterior y nunca la entidad convocada decidió dar respuesta de fondo a lo requerido ni continuo con la implementación de lo convenido, es por ello que la entidad convocante requiere nuevamente por medio de un (1) correo electrónico emanado de señor EDINSON AREVALO el día 19 de enero de 2016, el cual aporto para que se tenga como documento de prueba, y de ello se emite respuesta de la entidad convocante a través del correo electrónico de la señorita SANDRA CHAPARRO el día 26 de febrero del año en curso, los cuales me permito transcribir a continuación:

- *(19/01/2016)*

Sandra buen día.

En la última comunicación que tuvimos me informaban que al iniciar el mes de noviembre se retomarían las funciones de revisión de costos, pero en ningún momento me ha informado en qué etapa esta este proceso, si se va a continuar o que acciones se van a tomar.

Necesito lo más pronto posible una respuesta para informarla a la junta de socios.

Gracias.

Respuesta ADV

- *(26/01/2016)*

Buen día Edison:

Desafortunadamente no hemos podido continuar con las pruebas que se venían haciendo del tema de costos de vaciadero, espero para la tercera semana de febrero continuar con las pruebas.

Agradezco la comprensión, estamos en contacto.

Cordial Saludo,

28. Con ello queda claro el flagrante incumplimiento a las obligaciones contraídas a través del convenio de prestación de servicios y su posterior otro si por parte de la entidad aquí convocada la cual a fecha de presentación de este dossier arbitral no ha tenido pronunciamiento alguno respecto del desarrollo del mentado objeto contractual, el cual, repito, nunca se materializo debido a la inoperante y ligera actitud de la entidad aquí convocada.

29. En vista del desproporcionado, inoperante y ligero actuar de la entidad convocada, el cual causo un detrimento patrimonial a los intereses de la entidad convocante, esta ultima decidió ajustar un nuevo convenio de prestación de servicios que garantizara la realización del mismo objeto contractual que se había pactado con la entidad aquí convocada, y es por ello que el día 2 DE NOVIEMBRE DE 2015 SUSCRIBE UN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS DENOMINADO CONTRATO DE VENTA DERECHOS DE USO DEL SISTEMA ADCI ***ENTRE SISTEMAS GENERALES Y SERVICIOS LTDA (ADCI No. 993-15) Y HELMAN S.A.S.****, el cual refiere como objeto contractual: "****Suministrar a título de venta de derechos de uso del Sistema de información ADCI A PERPETUIDAD, para la totalidad de usuarios que el CLIENTE necesite en un único servidor y el proceso de implementación, durante tres meses de los módulos de 1.Contabilidad, 2.Ventas, 3.Compras, 4.Cuentas por Cobrar, 5.Cuentas por Pagar, 6.Inventarios, 7.Nómina, 8.Activos Fijos, 9.Caja y Bancos, 10.Producción, 11.Correspondencia, 12.Correo, 13.Auditoria, 14.Utilitarios y 15.Archivos de Soporte."***

30. LA EJECUTORIA DEL CONVENIO EXPUESTO EN EL NUMERAL ANTERIOR comenzó el 2 de febrero de 2016 y a la fecha de presentación de este escrito DE REFORMA DE DEMANDA ya se encuentra en su total funcionamiento de inmejorable manera, ahora bien el costo de dicho convenio ascendió a la suma de ***CINCUENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS ($54.900.000), los cuales fueron pagados en su totalidad por la entidad CONVOCANTE A LA FIRMA SISTEMAS GENERALES Y SERVICIOS LTDA.***

31. *cabe resaltar a manera de información que el OBJETO DEL CONTRATO pactado con la ENTIDAD CONVOCADA, ADV S.A., tiene los mismos parámetros del OBJETO CONTRACTUAL celebrado entre el aquí CONVOCANTE y SISTEMAS GENERALES Y SERVICIOS LTDA. Con ello se establece que el aquí convocante requirió de un nuevo convenio con tercera persona, jurídica, para poder implementar el objeto contractual que nunca EL AQUÍ CONVOCADO fue capaz de desarrollar, implementar y poner en optimo funcionamiento en las instalaciones de la ENTIDAD CONVOCANTE.*

32. La presente epígrafe arbitral se presenta ante en CENTRO DE CONCILIACION Y ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA de acuerdo a lo descrito a través de la CLAUSULA VIGESIMA del convenio de prestación de servicios la cual se denomino: "VIGESIMA .CLAUSULA COMPROMISORIA toda controversia, diferencia o reclamación relativa a este CONTRATO y que no requiera un proceso ejecutivo, se resolverá por un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO, que se sujetara al reglamento del CENTRO DE CONCILIACION Y ARBITRAJE DE LA CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA. El tribunal arbitral estará integrado por un (1) arbitro en el evento en que la cuantía de la controversia sea igual o inferior a QUINIENTOS (500) SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, en caso contrario, el tribunal estará integrado por tres (3) árbitros. El árbitro o árbitros, según corresponda serán designados por las partes de común acuerdo dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la convocatoria arbitral. En caso de que, dentro del término señalado no fuere posible designar de común acuerdo el árbitro único, o la totalidad de los árbitros (en el evento de ser tres), aquel será o estos serán, designados por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá, de la lista "A" de árbitros, especialistas en propiedad industrial o propiedad intelectual. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de BOGOTA D.C. el

idioma que se utilizara en el procedimiento arbitral será el castellano. La controversia, diferencia o reclamación se resolverá de conformidad con el derecho colombiano." (sic)

5.- Pretensiones:

Con fundamento en los hechos transcritos, se formularon las siguientes:

"**PRETENSIONES:**

1. **Se Declare la Resolución del Contrato de Prestación de servicios celebrado entre HELMAN S.A.S. Y ADV-ALIANZA Y DIRECCION EN VALORES- S.A., por incumplimiento del CONTRATISTA ADV S.A**., dicho contrato fue celebrado en SANTA FE DE BOGOTA el día 31 de enero de 2012.
2. **Se declare la RESOLUCION DEL OTRO SI numero 1 A CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS CELEBRADO ENTRE HELMAN S.A.S. Y ADV-ALIANZA Y DIRECCION EN VALORES- S.A., por incumplimiento del CONTRATISTA ADV S.A**., celebrado este el día 11 de diciembre de 2012.
3. **QUE SE CONDENE A LA AQUÍ CONVOCADA A RESTITUIR AL CONVOCANTE LA SUMA DE CINCUENTA MILLONES SETENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 50.076.150)** producto del PAGO QUE LE HICIERA EL AQUÍ CONVOCANTE POR LA CELEBRACION DEL CONTRATO de fecha 31 de enero de 2012 y el otro si a contrato de prestación de servicios de fecha 11 de diciembre de 2012 establecidos entre las partes, OBLIGACIONES QUE FUERON INCUMPLIDAS EN SU TOTALIDAD POR LA AQUÍ PARTE ACCIONADA. A su vez solicito que dicha cifra de dinero deberá ser indexada desde el 8 de marzo de 2013 a la fecha de proferir el laudo arbitral el honorable tribunal de arbitramento.
4. **QUE SE CONDENE A LA CONVOCADA A EL PAGO DE LA SUMA DE CINCUENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS ($54.900.000)** por concepto de **DAÑO EMERGENTE** que se derivo del incumplimiento del contrato de prestación de servicios y su respectivo otro sí, obligando con ello a EL CONVOCANTE a contratar y pagar a una persona jurídica distinta para la realización de las obligaciones contractuales incumplidas en su totalidad por el aquí CONVOCADO.
5. Que como consecuencia de todo lo anterior se ordene volver las cosas a su estado inicial junto con todas y cada unas de las compensaciones a que haya lugar.
6. Que se condene en costas a LA PARTE CONVOCADA."

6.- Excepciones de mérito formuladas por la Convocada.

La Convocada contestó oportunamente la demanda reformada, y en su contestación propuso las siguientes excepciones de mérito:

"

1. Inexistencia de incumplimiento de obligación por parte de ADV
    a. Culpa exclusiva de EL CONVOCANTE.
    b. Excepción de contrato no cumplido
2. Inexistencia del perjuicio de EL CONVOCANTE
    a. Reconocimiento de daño no sería reparación sino Enriquecimiento sin causa.
3. Novación por convención extintiva.
4. Excepción genérica."

CAPÍTULO SEGUNDO

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. PRESUPUESTOS PROCESALES Y NULIDADES.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral ya que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

Demanda en forma: La demanda cumplió los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

Competencia: Conforme se declaró por Auto de 16 de febrero de 2017, proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes del presente proceso arbitral.

Capacidad: Ambas partes son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal, son disponibles y; además, por tratarse de un laudo en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados judiciales, debidamente constituidos y así reconocidos.

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En ausencia de un marco legal propio y especifico que regule el Contrato, la interpretación, calificación e integración del mismo y de sus modificaciones expresas o por conducta de las partes en la etapa de ejecución se deben llevar a cabo con base en las reglas generales de interpretación de los contratos y tomando en cuenta la función práctica y caracterización propia de este modelo de solución informática en el ámbito empresarial. Por esta razón, aunque las partes no desplegaron un esfuerzo en determinar la naturaleza de los proyectos ERP y de su caracterización, el Tribunal dedicará un capítulo del Laudo para determinar la naturaleza, características, etapas y estructura jurídica que sirve de marco y contexto al Contrato y a su otrosí.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PROYECTOS TECNOLÓGICOS.

Un "proyecto informático" en la industria del software incluye el conjunto de procesos, etapas, metodologías, contratos y documentos necesarios para la puesta en funcionamiento de una solución tecnológica. El objetivo principal es lograr la funcionalidad o propósito con base en la puesta en funcionamiento de una determinada tecnología y así optimizar o mejorar procedimientos al interior de una empresa. Los proyectos informáticos, complejos por naturaleza usualmente adaptan los sistemas de información utilizados, y requieren la integración de herramientas y programas de ordenador. La integración de diversas herramientas y programas permite a los clientes tener un solo canal de

servicios así como un solo responsable. El integrador de manera efectiva debe asumir precisamente las obligaciones derivadas de lograr complementar las herramientas hasta lograr una solución integral y funcional.

Las partes son el proveedor de servicios y el cliente. La colaboración, diligencia y cuidado de las partes es fundamental para el éxito y buen suceso de los proyectos informáticos. Los mejores esfuerzos, la disponibilidad, la capacidad técnica y la organización apropiadas para mitigar los riesgos asociados a la implementación de las soluciones informáticas.

En el software empresarial existe una variedad de opciones: paquetes de programas listos para su uso, soluciones que permiten una adecuación o localización particular y programas hechos a la medida con un grado de personalización que permiten un uso exclusivo y particular por la empresa.

2.1.1. CARACTERÍSTICAS DE LOS PROYECTOS DE SOFTWARE ERP (ENTERPRISE RESOURCE PLANNING).

El proyecto estructurado mediante el contrato de prestación de servicios es un modelo de negocios de software empresarial conocido en la industria informática como ERP, es decir Enterprise Resource Planning, que corresponde a soluciones con distintos módulos correspondientes a las áreas de una empresa: contabilidad, facturación, manejo de recursos humanos, gestión de archivo y documentación, comunicaciones, entre otras. Este tipo de soluciones ha venido cambiando de manera paulatina en cuanto a costos, alcance, tipos de herramientas utilizadas, entre otros.

Los proyectos ERP tienen como características fundamentales: una fase de planeación y determinación del alcance del proyecto con sus respectivas especificaciones; una fase de implementación o puesta en funcionamiento con pruebas y el test o prueba de las funcionalidades de la solución. Finalmente, la puesta en funcionamiento y ajustes a la solución requieren de mantenimiento o asistencia técnica.

El proyecto ERP trae consigo una nueva solución técnica con el respectivo ajuste las diversas áreas de la empresa involucradas. En la práctica, el ERP tiene como elemento característico un análisis conjunto y continúo entre el proveedor y el cliente sobre los cambios y modificaciones que conlleva la solución tecnológica para el proceso empresarial. Es una actividad en la cual la colaboración entre las partes es esencial para el buen suceso del Proyecto y para el cumplimiento debido de los contratos. El cumplimiento e implementación de todos módulos debe apreciarse de manera completa e integra por las funciones que los vinculan y que constituyen una sola solución.

Las soluciones ERP requieren de planeación e implementación así como de etapas para surtir su puesta en marcha y un acompañamiento concomitante y posterior al momento en que se instala en los servidores del cliente. Esto diferencia a los proyectos ERP de los programas de software empaquetados, predefinidos en sus detalles y funciones, listos para ser instalados y funcionar prácticamente de manera automática.

La obligación que caracteriza de manera predominante la implantación de un proyecto ERP es la prestación de servicios profesionales calificados en informática. En ese sentido, esa caracterización predomina respecto de otras

obligaciones complementarias como la licencia de uso o el mantenimiento posterior a la implementación. Estas últimas también son principales son consecuencia de la puesta en funcionamiento correcta de la solución.

La obligación de implementación debe servir para que la solución informática sea conforme en cuanto a eficiencia, capacidad de procesamiento de información y resultados las diferentes áreas de una empresa. El licenciamiento es autorización de uso o explotación de los programas que conforman la solución informática permite su legítima utilización. El mantenimiento como forma de culminar las labores necesarias de la implantación y prestar la asesoría necesaria para la puesta a punto de la solución también aparece como fundamental para lograr los resultados óptimos.

En suma, la integralidad de la solución y su correcta funcionalidad depende del cumplimiento estricto y completo de todas las etapas del proyecto sin excepción alguna y de un trabajo continuo de colaboración de las partes.

2.1.2. FASES DE DESARROLLO DE LOS PROYECTOS TECNOLÓGICOS ERP.

La estructuración de los proyectos comienza con una fase de definición de las características y alcance de los requerimientos de las partes. En esa etapa usualmente se define una propuesta comercial con las especificaciones técnicas, es decir, el contenido tecnológico que las partes consideran relevante, adecuado e idóneo.

Esta fase de estructuración del proyecto tecnológico coincide normalmente con la fase precontractual del negocio jurídico a celebrar. Las partes entran en tratativas, presentan ofertas de servicios, términos de referencia y demás documentación a fin que el sector de la informática y las tecnologías de la información utiliza para tal efecto.

Sin que exista vínculo contractual, las partes actúan, como profesionales, expertos en tecnología y los clientes con la expectativa en la obtención de un servicio. Cada uno con sus cargas y deberes entre los cuales sobresale el de la información mínima o suficiente sobre la tecnología que se va a adquirir. También el deber de proveer información suficiente, clara y veraz que recae sobre el profesional. La información adecuada y completa sobre el proyecto es insumo básico para los contratantes con el fin de perfilar el objeto del contrato así como sus particularidades. Precisamente en el adecuado y concienzudo análisis de los aspectos específicos de la tecnología requerida se puede vislumbrar el éxito de un proyecto tecnológico. Por el contrario, la fuente de desavenencia proviene en muchos casos de un mal "sizing" o medida de la tecnología que se pretende adquirir.

La fase de implementación o implantación corresponde a la ejecución misma del proyecto que trae consigo la instalación de la solución y su puesta en funcionamiento. Esta etapa se cumple de acuerdo con las reglas y cronograma establecido por las partes con el liderazgo de los grupos de trabajo de ambas bajo las reglas específicas del gobierno del proyecto.

Los proyectos ERP culminan con una etapa de mantenimiento y soporte durante la cual se corrigen los errores que aparecen en la fase de implementación y se realiza un ajuste de la solución a los requerimientos y sobre especificaciones y

funcionalidades tanto iniciales como los que han aparecido luego de la implantación o instalación.

2.1.3 ESTRUCTURA JURÍDICA DE LOS PROYECTOS TECNOLÓGICOS ERP.

La naturaleza y características de los proyectos tecnológicos define y determina la manera como se diseña la estructura jurídica utilizada. Los contratos utilizados deben servir como instrumentos para la consecución de los objetivos del proyecto. Así mismo, el contenido del contrato debe corresponder al propósito buscado con la realización del proyecto

La estructura jurídica o mejor contractual que caracteriza un proyecto ERP define sus características y alcances. Las partes deben someterse a los principios contractuales, y particular al que considera que "el contrato es ley para las partes", o "pacta sunt servanda". La interpretación de la relación jurídica entre las partes se deriva de la naturaleza del proyecto ERP y en particular del objeto, alcance y obligaciones pactadas en el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS y en el OTROSÍ No 1.

Cabe resaltar que las partes y las pruebas presentadas en el proceso no atribuyen especial importancia en las pretensiones y excepciones de este caso a la etapa precontractual. Se puede afirmar que la misma cumplió con su cometido en el sentido de ser el escenario para el cumplimiento de los deberes de información precontractual y de la definición de la causa del contrato. Lo ocurrido en la etapa precontractual no fue argumentado por las partes como determinante para la definición de la controversia por este Tribunal. No obstante, un aspecto que se origina en la etapa contractual si va a trascender en la controversia contractual. Si la solución estaba constituida por un software madurado y listo para cumplir todas las funciones ofrecidas o si por el contrario, el contrato era el escenario para ajustar la solución incluso bajo requerimientos muy específicos y propios de la actividad de la Convocante.

3. EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Como punto de partida para el Tribunal se debe estudiar el contrato celebrado entre las partes. La controversia que en este Laudo se resuelve se desenvuelve en relación con el diverso entendimiento que tiene la Convocante y Convocada de su alcance, del cumplimiento del mismo y de la naturaleza de la modificación contractual así como de las conductas de las partes en la ejecución del proyecto.

Determinar la calificación que merece la relación jurídica celebrada es labor que no se agota con el análisis de lo que fue pactado por las partes, sino que debe extenderse a la forma en la que el contrato fue ejecutado por estas en la realidad. Es solo desde el examen del análisis conjunto de tales elementos que puede arribarse a una soportada conclusión sobre el tipo negocial que ató a las partes.

El contrato de prestación de servicios celebrado por las partes el 31 de enero de 2012 entre ALIANZA Y DIRECCIÓN EN VALORES S.A. y HELMAN S.A.S tenía el siguiente OBJETO, definido en su cláusula primera:

El Contratista se compromete con la contratante, de acuerdo con la cláusula primera, a prestar los servicios denominados Software as a Service "Saas" consistentes en (i) el arrendamiento a título oneroso de licencias de software para la administración de procesos (en adelante ERP Priority) y de software para la administración de nómina (en adelante Salarix) y (ii) en el alojamiento (hosting) de los contenidos e información del contratante suministrados por este en los términos y condiciones señalados a continuación y de acuerdo con lo previsto en la propuesta comercial presentada. El alcance de los servicios, estipulado en la cláusula segunda, indica que es el señalado en la propuesta comercial. En el parágrafo primero se establece una liberación de responsabilidad. Así mismo un compromiso de capacitación. La cláusula tercera se refiere a otro elemento esencial del ERP, la licencia de los derechos relativos a la solución informática. Los parágrafos cuarto y quinto de esta cláusula establecen por una parte la declaración y garantía del desempeño funcional de los programas de ordenador y de la plataforma tecnológica y por otra, la eximente de responsabilidad en ciertas circunstancias.

Las obligaciones del contratista se estipulan en la cláusula cuarta entre las cuáles se destacan el cumplir oportunamente con el objeto del contrato, efectuar las pruebas de los programas de ordenador, revisar con el contratante las actividades necesarias para el desarrollo del objeto del contrato y ajustarse a los cronogramas de implementación para llevarla a cabo respecto de todos los programas de ordenador.

En la cláusula quinta se establecen las obligaciones del contratante caracterizadas en lo que concierne directamente a la controversia objeto de este Laudo, por el suministro de la información veraz, exacta y precisa necesaria para la implementación del ERP, pagar al contratista la remuneración y formar parte activa de los procesos de implementación.

El contrato estableció además las reglas de implementación del ERP Priority en la cláusula séptima y del programa de computador Salarix en la octava. También relevantes son las estipulaciones del plazo original del contrato, la remuneración y la estipulación específica en la cláusula décimo novena en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes

En el ordenamiento jurídico colombiano, las condiciones de la prestación del contrato de prestación de servicios se configura a partir de: a) la licencia o autorización de uso de un bien intangible, es decir del programa de ordenador, el contrato de licencia de propiedad intelectual o derechos de autor no está definido ni regido por ley específica alguna por lo cual puede ser reputado como atípico: b) la prestación de servicios como tal puede interpretarse a la luz de los contratos de prestación de servicios profesionales regidos por los artículos 2063, 2069 y 2144 del Código Civil. Para el Código Civil, los servicios profesionales en los cuales no haya de por medio un contrato de mandato se rigen de acuerdo con las normas de arrendamiento de servicios inmateriales, los cuales a su vez se remiten en ciertos aspectos a las normas del contrato de obra.

Por su parte, la interpretación del Contrato de Prestación de Servicios como contrato sin tipicidad legal se rige por el principio de autonomía privada según el cual el contrato corresponde a un acuerdo que refleje la voluntad de los contratantes y solo hay contrato cuando las partes tienen la intención común y la han pactado en forma expresa. Con base en la autonomía privada, los

contratantes, definen los términos, condiciones y contraen las obligaciones recíprocas.

4. EL OTROSÍ CELEBRADO POR LAS PARTES.

El 11 de diciembre de 2012, el alcance original de los servicios fue modificado por mutuo acuerdo mediante la modificación o reforma contractual denominada por las partes como otrosí, en los siguientes términos:

Alcance de los servicios. Los servicios tendrán el alcance previsto a continuación, con las siguientes limitaciones:

"SEGUNDA. ALCANCE DE LOS SERVICIOS: Los SERVICIOS tendrán el alcance previsto a continuación, con las siguientes limitaciones: el ERP Priority será implementado como un centro de beneficios al interior del CONTRATANTE con el fin de llevar control sobre la producción. La implementación y desarrollo del ERP Priority no incluirá los módulos de contabilidad, proveedores, ni cartera. Se desarrollarán e implementarán únicamente los módulos de producción e inventarios, manejando un solo proveedor y un solo cliente. En todo caso, es entendido que el CONTRATISTA no procesará información del CONTRATANTE ni ejecutará ninguno de los servicios de administración de nómina o de administración de procesos, para el CONTRATANTE. Las PARTES acuerdan y entienden que el CONTRATANTE será quien, directamente a través de sus funcionarios, procese la información y desarrolle los servicios de administración mencionados".

En este caso el otrosí constituye una transformación del contenido original del contrato sin que se pueda considerar una extinción de la relación jurídica pero si una modificación sustancial de la misma. Al vínculo inicial, por voluntad de las partes se le limitó el alcance de la obligación, se modificó el plazo y las partes determinaron una nueva ecuación económica al contrato.

En la reforma contractual se plasmó de mutuo acuerdo un *animus novandi* respecto del objeto, plazo y condiciones económicas el contrato. La intención de las partes era replantar de manera sustancial el contrato como quedó dicho en la cláusula segunda:

"Tanto el Contrato como los SERVICIOS y la PROPUESTA COMERCIAL se entenderán modificados para el desarrollo, implementación y ejecución del ERP Priority se perfeccione y desarrolle de acuerdo con lo previsto en la cláusula primera del presente Otrosí, es decir, la cláusula segunda del Contrato de acuerdo con la modificación realizada por este Otrosí".

El tercer pilar de la modificación estructural del contrato fue el económico, las partes cambiaron la cláusula novena en su contenido:

El valor de la implementación del nuevo alcance acordado tiene un valor de $47.381.040.oo para un estimado en horas de consultoría, desarrollo y capacitación de 816 horas, las cuales tiene disponibles 608 para desarrollar el faltante del alcance acordado.

En caso que el alcance acordado requiera más horas de las estimadas, estas se cobrarán a un valor de sesenta dólares de los Estados Unidos (USD $60.oo) a la tasa de cambio de la fecha en que se efectúe la facturación. Al contratante se le reportará semanalmente las horas consumidas con el fin que tenga un control de las mismas.

No cabe duda y así se expresó por los interrogatorios de los representantes legales que las partes celebraron de manera libre y voluntaria el Otrosí del

contrato y que el mismo también se debe regir por el principio de *pacta sunt servanda*.

Tanto el Otrosí fue el contrato original surgieron del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes que permite disponer o no de los intereses mediante un vínculo, atadura u obligación de la cual no podían sustraerse unilateralmente.

Respecto de la intención de las partes en relación con el nuevo alcance del Otrosí, el Representante Legal de la Convocada declaró lo siguiente:

"DR. PEÑA: Analicemos un poco el otrosí, "Alcance de los servicios: los servicios tendrán el alcance previsto a continuación con la siguientes limitaciones: el ERP Priority será implementado como un centro de beneficios." Qué es un centro de beneficios?

SR. BING-ZAREMBA: Básicamente un modelo de producción.

DR. PEÑA: Qué implicaba como cambio del modelo original, de la cláusula segunda original?

SR. BING-ZAREMBA: Que ya no se implementaba todo el modelo financiero, entiéndase contabilidad, tesorería, esa clase de cosas; no se iba a implementar todo el modelo de inventarios, no se iba a dejar el CRM, básicamente se les iba a montar ese modelo de producción para que ellos pudieran controlar su proceso productivo.

DR. PEÑA: Pero no era precisamente el modelo inicial que era muy paulatino, muy modular, no era lo que originalmente se había pensado?

SR. BING-ZAREMBA: Discúlpeme.

DR. PEÑA: Es decir, al principio lo que veíamos es que precisamente usted había dicho, no, es que el cliente iba poco a poco, entonces ahora usted dice, no, pues se limitó pero en el fondo también es que va poco a poco, no es muy claro de cuál es el cambio en esencia o sí?

SR. BING-ZAREMBA: Yo creo que sí.

DR. PEÑA: Cuál era?

SR. BING-ZAREMBA: Estamos hablando de no implementar la totalidad del documento de alcance que ellos inicialmente expusieron con todas sus necesidades administrativas, se deja de lado, nuevamente, todo ese modelo financiero, todo ese modelo de inventarios, todo ese modelo de mercadeo y nos concentramos únicamente en el control del proceso productivo.

DR. PEÑA: Un cambio sustancial?

SR. BING-ZAREMBA: Sí.

DR. PEÑA: De alcance.

SR. BING-ZAREMBA: Sí.

DR. PEÑA: Que usted entendería como un límite a todas las actividades que habían normalmente pactado?

SR. BING-ZAREMBA: Así es.

DR. PEÑA: "Con el fin de llevar control sobre la producción, la implementación y desarrollo el ERP Priority no incluirá los módulos de contabilidad, proveedores ni cartera", esa es la exclusión?

SR. BING-ZAREMBA: Sí.

DR. PEÑA: "Se desarrollarán e implementarán únicamente los módulos de producción e inventarios manejando un solo proveedor y un solo cliente", ahí quedó limitado, eso ya estaba?

SR. BING-ZAREMBA: Eso estaba incluido.

DR. PEÑA: No, pero originalmente dentro de ese proceso inicial, esto no estaba?

SR. BING-ZAREMBA: Estaba.

DR. PEÑA: No, pero no está desarrollado, no estaba implementado?

SR. BING-ZAREMBA: No, no se terminó de implementar, se arranca por la parte financiera.

DR. PEÑA: Pero entendiendo un poco, a ver, está salarios, la parte de nómina, eso se implementa en esa fase inicial antes de la suspensión del contrato y funciona?

SR. BING-ZAREMBA: Sí.

DR. PEÑA: Y después tenían que pasar a qué etapa?

SR. BING-ZAREMBA: Paralelamente se iba implementando el ERP.

DR. PEÑA: Y eso no funciona?

SR. BING-ZAREMBA: Empezó a funcionar hasta que llegamos al tema este.

DR. PEÑA: Cuando se decide el otrosí, entonces se dice, sí vamos a implementar el ERP pero limitado al control del tema de manufactura?

SR. BING-ZAREMBA: Sí.

DR. PEÑA: O sea Salarix seguía funcionando para el tema de nómina.

SR. BING-ZAREMBA: Ellos tomaron la decisión de no seguir con Salarix en ese momento.

DR. PEÑA: Tampoco?

SR. BING-ZAREMBA: Tampoco.

DR. PEÑA: Por qué?

SR. BING-ZAREMBA: No estaban contentos con el software.

DR. PEÑA: No funcionaba?

SR. BING-ZAREMBA: No, sí funciona, pero la persona que tenían en nómina no tenía el conocimiento adecuado.

DR. PEÑA: Salarix no funciona, se pacta entre las partes a decir, vamos a limitar la ERP solamente a la parte de control de manufactura?

SR. BING-ZAREMBA: Así es.

DR. PEÑA: "Tanto con contrato, como los servicios y la propuesta comercial se entenderán modificados para que el desarrollo, implementación y ejecución del ERP Priority se perfeccione y desarrolle de acuerdo con lo previsto en la cláusula primera del presente otrosí, es decir, la cláusula segunda del contrato de acuerdo con la modificación realizada por ese otrosí." Ratificación de que estamos limitando tanto la propuesta original como la propuesta de servicios?

SR. BING-ZAREMBA: Sí.

DR. PEÑA: El valor, cómo se pensó el tema del valor para el otrosí, cómo se hizo el nuevo equilibrio económico del contrato a partir de todos esos problemas que había?

SR. BING-ZAREMBA: Con las horas que había que invertir del equipo de consultoría y demás.

DR. PEÑA: Pero para ese momento, recuérdeme, qué había pagado ya el cliente, qué había cancelado?

SR. BING-ZAREMBA: Los datos no los tengo, lo recojo de lo que me decía el doctor, debían llevar como 50 millones de pesos.

DR. PEÑA: Para ustedes esa era una satisfacción en qué porcentaje del valor del contrato?

SR. BING-ZAREMBA: Si no me equivoco el contrato era como de 76 millones de pesos o algo por estilo.

DR. PEÑA: Y ahora se limita el contrato en su alcance, y entonces qué se hace desde el punto de vista de ese nuevo valor, porque dice, el valor de la implementación del nuevo alcance aprobado tiene un valor de 47 millones para un estimado en horas de consultoría, desarrollo y capacitación de 816 horas, las cuales tiene disponibles 608 para desarrollar el faltante del alcance acordado." O sea que se transa por un número restante de horas?

SR. BING-ZAREMBA: Sí.

DR. PEÑA: Con qué lógica comercial de parte de ustedes, cuál era la lógica?

SR. BING-ZAREMBA: Ayudar al cliente a que hiciera un buen uso de Priority.

DR. PEÑA: "Las partes acuerdan que en el evento en que el contratante requiera y/o solicite los servicios del contratista para efectos de desarrollar e implementar otros módulos del ERP Priority en general para cualquier otro servicio, estas actividades serán objeto de una oferta de servicio diferente."

O sea se dejó abierta la puerta para que se pudiera desarrollar los siguientes módulos del ERP?

SR. BING-ZAREMBA: Sí, es que nuevamente lo que marca la pauta es el deseo de Helman de no terminar de implementar el modelo financiero, en ese sentido ADV no tenía un incumplimiento, cómo lo ayudo, pues entonces solamente quiero implementar producción que es lo que le está doliendo, entonces venga y le implemento producción.

DR. PEÑA: O sea lo que se tenía en mente era que el valor que había pagado Helman le iba a permitir terminar el proceso de implementación del control de producción?

SR. BING-ZAREMBA: Así es."

4.1. EFECTOS DEL OTROSÍ.

Las partes limitaron de manera significativa el alcance del contrato original al darle al Otrosí un efecto novatorio tal como lo dispone el artículo 1687 del Código Civil que establece la novación como la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.

En el caso que se analiza se presentan los elementos de la novación: a) el Contrato de Prestación de servicios representa un conjunto de obligaciones surgidas a la vida jurídica que produjo plenos efectos, b) en el Otrosí aparece una *nova obligatio,* la limitación del alcance y la nueva ecuación económica que tiene los requisitos de existencia, validez y eficacia, c) existe una diferencia entre las obligaciones del Contrato original y las de la reforma del contrato y d) las partes expresaron su intención de novar, *animus novandi*, con la consecuencia de la extinción de las obligaciones distintas a las establecidas en el Otrosí.

El efecto novatorio trae consigo que el Contrato y el Otrosí se separen o escindan en cuanto a las prestaciones debidas ya que las partes pactaron continuar su relación con unas nuevas obligaciones. El primer contenido obligacional existió durante un período de tiempo determinado y a partir de la suscripción libre y voluntaria de la reforma contractual, el nuevo acuerdo sustituyó en lo pertinente al anterior. Para efectos del incumplimiento alegado por la Convocante, el Otrosí aceptado libremente por la misma tiene como resultado que todas las obligaciones originales quedan limitadas a las nuevas y se debe descartar que pueda subsistir el contenido obligacional primigenio.

Cabe resaltar que en el Otrosí, la Convocante no realizó ninguna salvedad o reclamo sobre un incumplimiento existente o persistente por parte de la Convocada sino que simplemente aceptó reconducir la relación contractual con otro contenido y alcance. Lo que estima pertinente resaltar el Tribunal para

resolver el punto que aquí se debate es que, según se desprende del material probatorio que obra en el expediente, la voluntad de las partes se encaminó a la limitación del alcance del contrato original.

En ese sentido, el Representante Legal de la Convocante en el interrogatorio de Parte declaró lo siguiente:

"*DR. PEÑA: ¿Por qué no solicitar incumplimiento y por qué no demandarlos?*

SR. PADILLA: Porque no es nuestra política, si usted mira la historia de nuestra empresa, a excepción de la demanda a una empleada por el robo que le comenté, no somos empresa de estar demandando contratos.

DR. PEÑA: Pero ustedes en ese momento pareciera ser que el clima era que tenía una expectativa fundada que el contrato se iba a llevar acabo a pesar de todo ese incumplimiento, ustedes ya habían pagado todo ese dinero, dice usted no se ha cumplido nada y se firma un otrosí.

SR. PADILLA: Sí, porque el otrosí incluye costos y producción que era mi gran necesidad.

DR. PEÑA: Pero no entiendo la ecuación económica del otrosí.

SR. PADILLA: La ecuación económica del otrosí es muy simple y le cuento en mis palabras.

DR. PEÑA: Porque usted sí, usted de la parte de Helman usted fue uno de los que diseñó y pensó el otrosí, estaba dentro del otrosí.

SR. PADILLA: Más que diseño fue, yo me senté en su momento con Jaime creo que fue y me senté a decirle, oiga, ya le he pagado, ya nos hemos desgastados 6 meses, yo necesito un software arrancando en enero el próximo año, busquemos una solución; no podemos implementar los módulos financieros y demás, implementemos el módulo que más me interesa que es el de producción.

Listo, nos reunimos en la 72, yo les expuse la solución, que la solución fue manejar ADV como el centro de beneficio, entonces ADV solamente se dedica como si fuera una maquila a recibir materia prima, a transformar el producto, a ponerle los costos que son, a manejar el inventario y usted me devuelve a mí el producto; y yo lo único que hago desde el otro lado es recibir el producto y facturarlo al costo que usted me diga.

Ese fue el modelo del otrosí, por eso lo firmamos con toda tranquilidad, si usted se da cuenta en el cruce de correos ahí no hubo ninguna enemistad, estuvo todo dentro de los términos cordiales, ADV dijo perfecto, tanto que ADV hizo en algún momento un análisis de obras, y en nuestra buena fe de querer porque nosotros sí queríamos un software que nos solucionara el problema, yo tenía un problema de costos – inventarios que vine a solucionar hasta este año, yo duré todo este tiempo sin costos e inventarios reales esperando alguna solución de ADV.

DR. PEÑA: Una de las razones por la cuales usted suscribe o ustedes suscriben el otrosí, es porque para ese momento eran conscientes que el ERP era cerrado y que no había mucho que hacer y que de pronto todas las particularidades.

SR. PADILLA: No, para nosotros eso vino hacer evidente el 2015, con los correos de Sandra donde dice, no puedo.

DR. PEÑA: Entonces, ¿lo que los lleva a firmar el otrosí es una mera liberalidad?, una, oiga, nosotros buena gente en los negocios, nosotros no queremos pelear.

SR. PADILLA: Nosotros queremos una solución, lo que nos lleva, lo que personalmente me lleva a mí a firmar eso es buscar una solución, yo necesito una solución.

DR. PEÑA: Y, la ven viable, por eso firma el otrosí.

SR. PADILLA: Claro, porque además ADV dice sí, sí es viable.

DR. PEÑA: Por qué, además coinciden muchas versiones en los textos de la demanda y contestación en que 2013, 2014 va hacer una zona ahí como que de todo el mundo se aparece.

SR. PADILLA: 2013.

DR. PEÑA: Después del otrosí cuando todo el mundo tiene la expectativa, ustedes dicen eso va a funcionar, ¿qué pasó 2013 – 2014?

SR. PADILLA: ADV desapareció, ADV empezó a tener problemas, no sé qué tipo de problemas, pero empezó a cambiar la gente.

DR. PEÑA: ¿Y, ustedes qué hicieron?

SR. PADILLA: Nosotros dijimos, oiga, implementemos, ya sabíamos que para el 2013 no íbamos arrancar, dijimos, okey, perfecto, yo tenía un atraso de contabilidad de 6 meses sin balances y sin estado de resultados, entonces me tocó a mí empezar a reconstruir información con el viejo software para poder tener información contable de alguna manera.

DR. PEÑA: Pero no viene el otrosí plazo, ni cronograma nuevo.

SR. PADILLA: No porque el otrosí fue, implementemos esto y de ahí para allá todo se volvió un lapso,

DR. PEÑA: pero desde el propio otrosí no había término ya, o sea, era una cosa en que, digamos se dejaba casi como a la voluntad, a ver, cuándo aparecerá esta gente o cómo se pensó.

SR. PADILLA: Se pensó, a ver, cómo se pensó y yo creo que la mejor palabra es de buena voluntad, de buena voluntad de las partes, oiga, encontremos una solución, la solución es, solamente ese módulo, listo, implementémoslo, implementémoslo fue que, realmente no tengo la fecha acá pero mire la salida de cuándo renunció, echaron, no supe cómo fue, al gerente de proyecto que tenían, el tipo desapareció y aquí nunca volvió a conocer un solo director de proyectos; dije, okey, ya ADV que es una empresa seria, es una empresa que tiene una sede aquí en la 72, una empresa que tiene aquí en X sitio; yo creo que estamos trabajando en una empresa seria, no estoy hablando con una empresa de software de garaje, tal vez se toma un poco más de seguridad, de decir, no, estamos hablando con una empresa seria y un contrato por medio, hay que cumplirlo, ya está pago y por eso a la final nunca se… un cronograma ni algo similar a decir, el plazo es tal día o me devuelve el dinero, ya fue cuando al final."

Para el Tribunal, la resolución del contrato original (pretensión primera), como consecuencia del efecto novatorio del Otrosí, sin salvedad alguna de la Convocante, solo se podría declarar si existiera la responsabilidad contractual atribuible a la Convocada en relación con el nuevo alcance del contrato que reemplaza en lo pertinente al contenido original a partir de la suscripción del Otrosí. La resolución del Otrosí (pretensión segunda) solo se podría declarar si se encontraran probados los elementos integrantes de la responsabilidad contractual atribuible a la Convocada.

5. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.

La demanda reformada y sus pretensiones se ubican dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual que propende por el resarcimiento de los perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato (con su modificación) consistente en la prestación de un servicio informático a cambio de un precio.

De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil: todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y que por tanto, mientras el negocio jurídico no sea invalidado por causas legales o por la mutua voluntad de los contratantes se impone para ellos el deber de cumplimiento, lo que deberán hacer de buena fe quedando obligados no solo a lo que establece el contrato sino también, según el artículo 1603, a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación o que se declare como perteneciente a ella. Esta fuerza normativa del contrato encuentra también sustento en el artículo 871 del Código de Comercio.

De estas normas se deduce que la prosperidad de ambas pretensiones de la Convocante encaminadas a la resolución contractual y del Otrosí requieren la

presencia y comprobación plena de los siguientes elementos: a) la existencia de un vínculo jurídico válido y concreto, b) que la conducta imputada al contratante incumplido sea de inejecución o de la ejecución retardada o defectuosa de la obligación pactada y c) que el daño cuya reparación económica se exige consista en la injusta privación de una ventaja a la cual el demandante hubiera tenido derecho como consecuencia de la relación negocial incumplida. Para que haya lugar a responsabilidad contractual, es necesario que el deudor se encuentre en mora y la antijuridicidad de su conducta.

En el derecho de daños actual, el sujeto que ha transgredido la prohibición de dañar o el derecho del otro contratante a no experimentar un daño, es obligado a compensar el perjuicio para retornar el estado de cosas en que se encontraría, de no mediar el hecho antijurídico de incumplimiento culpable. La rectificación corresponde al contratante gestor de la transgresión del estado de juridicidad de cumplimiento del deber como contratante.

La responsabilidad contractual parte de la base de un contrato existente y válido. En este caso el contrato que debe servir de fundamento para determinar el cumplimiento de las partes es el contrato de prestación de servicios modificado por el Otrosí. Ninguna de las partes a puesto en duda ni ha pretendido ni antes ni durante este proceso arbitral desconocer la validez y existencia de la relación contractual así descrita.

Este Tribunal no puede reconocer una responsabilidad contractual objetiva porque la misma no tiene una aplicación generalizada en el campo del derecho privado sino excepcional. La interpretación sobre el cumplimiento del contrato trae consigo determinar, la naturaleza del proyecto ERP, el texto del contrato de prestación de servicios, el Otrosí, las ofertas comerciales de servicios que hicieron parte de los textos contractuales, la forma como se desarrolló la ejecución de la relación contractual por las partes y las conductas de las mismas. También es fundamental tener en cuenta que la Convocante consideró libremente que el ERP Priority era la solución más adecuada para las necesidades de la empresa. De lo contrario, se hubiera optado por un modelo de ERP a la medida, lo que no ocurrió y seguramente hubiera tenido un impacto respecto del costo del contrato.

No habiendo discusión sobre al alcance del contrato modificado mediante el Otrosi como base de la controversia, el Tribunal considera que la base de la discusión es la conducta de las partes durante la ejecución y su valoración como culpa contractual imputable a la Convocada frente a las obligaciones pactadas por mutuo acuerdo.

En ese sentido es ilustrativo lo mencionado por el Representante Legal de la Convocante:

"DR. PEÑA: ¿Usted no recuerda básicamente que a partir del otrosí, cuando ya habían pasado sin duda los 5 meses del contrato inicial, el plazo del contrato inicial, usted no recuerda que se haya establecido o comunicación o contrato o documento alguno en el cual se establezca un plazo, un nuevo plazo?

SR. PADILLA: No, no.

DR. PEÑA: No volvió a ver entre las partes esa discusión de tiempo.

SR. PADILLA: No, además ahí ocurrió algo también en nuestra compañía, yo ya tenía el viaje planeado para España; yo me desconecté durante ese año; pero de parte de ADV tampoco hubo interés de ponerle fechas.

DR. PEÑA: Dice, obligación del contratante, cláusula quinta del contrato numeral tercero: Durante los procesos de implementación al contratante, se encuentra obligado a formar parte activa de los mismos, entregando la información en los formatos requeridos por el contratista y en los tiempos estipulados, en los cronogramas de implementación y deberá revisar labores de validación de datos, de homologación de conceptos propios versus los utilizados por el contratista y de revisión y aprobación de los paralelos. ¿Cómo ve de acuerdo a su conocimiento del tiempo del contrato, cómo ve su obligación por parte de ustedes?

SR. PADILLA: Nosotros siempre tuvimos la voluntad de buscar una solución, entonces año 2012 no se pudo, voluntad de buscar una solución el otrosí,

DR. PEÑA: pero más que, fíjese que acá dice: formar parte activa, entregar información o formatos, realiza labores de validación de datos, o sea, son específicas labores dentro del contrato que deberían cumplir ustedes, a eso me quiero referir, veo la voluntad, todo eso, quiero la visión suya de esa obligación.

SR. PADILLA: Toda la información que se pidió la entregamos, a hoy ADV, a hoy ADV tiene toda la información para hacer todas las pruebas posibles, Andrés Arévalo, que es una persona con lo cual, tengo entendido que viene más tarde, él había salido de la empresa y volvió exclusivamente para este proyecto, él entró, él retomó con nuestra empresa para el año 2014, si no me equivoco, sí para el año 2014, para decirle, siéntese a implementar con ellos y por eso fue el interlocutor, siempre con Sandra, siempre lo fue, porque es una persona que tiene mucho conocimiento con el tema de costos".

La descripción de la manera como se desarrolló la relación contractual luego del Otrosí fue descrita por la testigo Sandra Chaparro:

"*En ese orden de ideas, usted explica aquí de una manera bastante contundente y lo tengo que decir así, que el tema se estandarizó de parte de ustedes y se generó de una manera viable, los costos del famoso vaciadero, mi representado nunca estuvo de acuerdo según usted misma lo informa, según las preguntas que le hace el apoderado de la parte convocada, pero si bien es cierto dentro de toda la información que se le colige acá el tema de vaciadero nunca estuvo de acuerdo y se debió echar mano de parte de ustedes para preguntar cómo poder implementarlo en algo tan contundente dentro de costos y producción de Helman S.A.S, prueba de ello es el correo que Stell le envía a ustedes y que desafortunadamente si ustedes no quieren ventilarlo dice claramente que le es imposible poder hacer los costos de ese vaciadero.*

Entonces si usted ha tenido tanta experticia en el tema y creo que la tuvo porque usted todo el año 2015 habló Andrés fluido porque Andrés aquí dijo lo mismo, se hablaron todo el año, cuéntele a este Tribunal por qué no se podía implementar el tema del vaciadero máxime cuando usted dice que le hizo cinco pruebas?

SRA. CHAPARRO: Sí se podía implementar pero no como esperaba el ingeniero José Luis Padilla que fuera automático, él quería que el sistema le calculara automáticamente, cuál era la propuesta, usted puede hacer un ingreso del vaciadero, usted puede definir un costo estándar, un costo promedio, él no lo quería de esa manera.

DR. GÓMEZ: Esa es la respuesta que…

SRA. CHAPARRO: Sin embargo, usted puede notar en mis correos, nunca hubo un incumplimiento, siempre se tuvo toda la disposición de atenderlo, decirle: claro que sí y todos los recursos, insisto, estuvieron planteados para cinco meses, se van a siete meses, o sea realmente a nivel de cronograma incluso le propongo: hagamos un nuevo cronograma, la pregunta es por qué no tuve eco tampoco de eso, por supuesto entonces coordinemos unas nuevas fechas, volvamos y nos sentamos a reunirnos, por qué siempre tenía que ser yo la que tomara la iniciativa para reunirnos, para hacer los seguimientos, dónde estaba el líder de proyecto de Helman.

DR. GÓMEZ: Hubo acta de entrega del producto denominado ERP Priority funcionando completamente a Helman S.A.S.?

SRA. CHAPARRO: No, completamente no porque estábamos en etapa de pruebas y dependía de la información que me suministrara Helman para poder hacer entrega final.

DR. GÓMEZ: Ese requerimiento que le hizo Helman S.A.S diciéndole que tenía que hacer una producción automática dentro de un software que me imagino que para eso se implementa, para que lo haga automáticamente, de alguna manera se logró solventar eso o no se pudo hacer… dentro del ERP Priority de ADV?

SRA. CHAPARRO: Se hubiera podido solventar por supuesto, si lo hubiera aceptado el cliente como se le propuso, pero nunca me dijo si estaba de acuerdo con las tres alternativas que le di, por eso fue que yo lo escalé a Stell para preguntarle de qué otra manera lo podíamos hacer.

DR. GÓMEZ: Y si Stell dice que no tenía cómo solventar esa información porque eso fue lo que contestó Stell, qué podía hacer ERP Priority directamente desde ADV cuando el generador o desarrollador de esa plataforma eran ellos y no ustedes?

SRA. CHAPARRO: Qué hubiéramos podido hacer, si se hubiera creado una orden de producción de vaciadero, se le propuso crear dos productos, un vaciadero producido, un vaciadero comprado donde el comprador siempre iba a ser costeado manualmente por decirlo así, con un ingreso de mercancía, se hubiera podido manejar… (Interpelado)

Del anterior testimonio como de los documentos que reposan en el expediente, el Tribunal interpreta que la situación de hecho del cumplimiento del contrato estuvo rodeada de una errática conducta de ambas partes no pudiéndose imputar necesariamente a la Convocada. La colaboración mutua de las partes para lograr los objetivos del proyecto fue malentendida o minusvalorada por las mismas".

6. DE LAS PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA.

Las pretensiones principales (primera y segunda) tienen como objeto la resolución del Contrato y del Otrosí, respectivamente. Por eso el Tribunal se refiere de manera general a la resolución del contrato.

6.1. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.

La resolución del contrato es una anomalía en la función del contracto que sobreviene de manera patológica. En el artículo 1546 del Código Civil se estable ***"Condición resolutoria tácita.*** *En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. …"*. El contrato es aniquilado porque una de las partes incurre en incumplimiento grave de las obligaciones a su cargo.

En este caso, la Convocante, por mano propia y sin aviso expreso a la Convocada decidió de manera unilateral terminar la relación contractual, avanzar con una nueva solución informática y demandar ante la justicia arbitral la resolución contractual.

Es menester del Tribunal Arbitral tener en cuenta que los contratantes establecieron de manera voluntaria un mecanismo en caso de presentarse el incumplimiento de una de ellas. En la cláusula 19 del contrato de prestación de servicios se incluyó la facultad de exigir por escrito el cumplimiento, la corrección o la conducta que lo solucione, otorgando el plazo de 15 días como periodo de cura y finalmente en caso de que perseverara la falla o falta, la parte agraviada debía declarar terminado el contrato con justa causa mediante una comunicación escrita.

La cláusula décimo novena del Contrato de Prestación de Servicios reza así:

"*DECIMA NOVENA INCUMPLIMIENTO En caso de que cualquiera de las PARTES incumpla con sus obligaciones de conformidad con el presente CONTRATO, la otra PARTE podrá exigir por escrito el cumplimiento, la corrección o la conducta a que haya lugar para suplir la falla, enmendar la falta o cumplir la obligación. De no hacerlo satisfactoriamente en el término de quince (15) días corrientes a partir de la notificación escrita a que se ha hecho referencia (en adelante el Periodo de Cura), se entenderá que el CONTRATO ha sido incumplido y podrá la PARTE a quien afecta el incumplimiento declarar terminado el CONTRATO de manera inmediata, con justa causa, por incumplimiento de la otra, para lo cual deberá dirigir una comunicación escrita en ese sentido.*"

En esta cláusula, las partes establecieron una cláusula resolutoria expresa que concierne a la culpa contractual condicionada al incumplimiento de las obligaciones y confiere a la parte cumplida o presta al cumplimiento el derecho a terminarlo por decisión autónoma y potestativa en cuanto su ejercicio depende de la exclusiva decisión de la parte interesada cuando se verifica.

Examinadas las pruebas, ninguna de las partes utilizó el mecanismo contractual para dar por terminado el contrato. La Convocante presentó la demanda y de tal manera, con la notificación de la misma, comunicó judicialmente la terminación del mismo.

Si bien es cierto las desavenencias, los reclamos y la falta de conformidad de las partes con el proyecto y en concreto con la ejecución del contrato, se acreditan en las pruebas documentales aportadas y en los testimonios, ni la demandante ni la demandada invocaron la terminación de manera expresa y específica. En el presente caso, por el contrario, la parte Convocante no ejerció cabalmente la prerrogativa de terminación unilateral anticipada de acuerdo la cláusula 19 del contrato. Por lo que no parece entonces razonable que la Convocada se enterara de la terminación del contrato por su incumplimiento por la notificación de la demanda.

Esta disposición contractual pactada por ambas partes se ajusta a las reglas que el derecho privado colombiano comprende respecto de la ocurrencia de la condición resolutoria tácita. Tal es así que el artículo 1546 del Código Civil la establece y la entiende incorporada en todos los contratos, siendo el sentido y finalidad de dicha disposición facultar al contratante cumplido, ante el incumplimiento de las obligaciones de su contraparte, a demandar la ejecución del negocio jurídico o su resolución; el artículo 870 del Código de Comercio contiene esta misma regla tanto para los contratos de ejecución instantánea como para los de tracto o ejecución sucesiva, en este último caso se denomina terminación. La diferencia entre estas dos figuras es determinante para la parte resolutiva de esta Laudo: mientras que en los contratos bilaterales de ejecución instantánea, la resolución impone retrotraer las cosas al estado original, en los contratos de tracto sucesivo la terminación únicamente produce efectos para el futuro.

Con sus pretensiones principales, la Convocante solicita como consecuencia de la infracción al contrato por el supuesto incumplimiento que la Convocada retorne las cosas al estado de juridicidad, el cual en materia de daños, es la ausencia de daño. Sin embargo, la obligación de indemnizar no puede estar enfocada a la rectificación de cualquier falta de conformidad de la prestación debida sino solo si es atribuible por la conducta contractual del contratante.

La resolución del contrato trae consigo la extinción del contrato y como efecto el volver el estado de cosas al estado anterior a la celebración del negocio jurídico. Para el Tribunal no puede atribuirse a cualquier incumplimiento el efecto

devastador de la resolución, sino que está sujeto a la existencia de graves fallas y deficiencias en el logro del contenido de las prestaciones a las que originalmente se obligó que puedan ser atribuidas –imputadas de manera íntegra- al contratante culpable, como consecuencia de la falta a sus deberes de primarios y secundarios de conducta.

El hecho de que el ordenamiento jurídico aceptara cualquier incumplimiento simple y sin relevancia como fundamento para la resolución de un contrato menoscabaría la confianza y seguridad jurídica. Por lo cual, más bien ha primado que la resolución contractual depende del incumplimiento esencial o grave. Es decir, aquel que recae respecto de la prestación principal y cuyos efectos deben repercutir de manera sustancial en el cumplimiento íntegro del propósito principal del negocio jurídico en su totalidad y de las mínimas expectativas de las partes contratantes respecto del mismo. En general, la gravedad del incumplimiento contractual está asociada a la proporción significativa del contenido obligacional insatisfecho que produce una afectación sin razonabilidad, relevante y desproporcionada al otro contratante.

La teoría del contrato precisa el concepto de culpabilidad para dar paso a calificar con mayor objetividad el incumplimiento que habilita a la resolución contractual. La búsqueda de objetividad en la conducta de las partes se asocia al incumplimiento grave atribuido al contratante culpable. La aceptación de cualquier incumplimiento como base de la resolución de los contratos sin calificación alguna afecta la estabilidad y la seguridad jurídica que exige el tráfico actual de los negocios con entre partes profesionales. El incumplimiento debe recaer respecto de las prestaciones principales y sus consecuencias deben afectar sustancialmente el desarrollo y resultado esperado de la relación contractual o los intereses de las partes. El artículo 1604 del Código Civil respecto de la culpa contractual acogió el sistema de graduación de raigambre romana con base en el interés del contrato. En el presente caso, teniendo en cuenta que el contrato de prestación de servicios y su reforma fue celebrado en interés exclusivo de la Convocante solo se podrá declarar el incumplimiento de la Convocada en caso de culpa grave o lata es decir, en aquella que consiste en no poner en un asunto ajeno el cuidado que las personas menos cuidadosas y más necias no dejan de poner en sus propios asuntos.

Del material probatorio se evidencia que ambas partes cumplieron parcialmente sus obligaciones, la Convocante, teniendo la carga de la prueba del perjuicio, no aporta prueba razonable sobre la atribución de responsabilidad contractual y el nexo de causalidad con las conductas de la Convocada. La Convocante teniendo también la carga de presentar los medios probatorios idóneos no desplegó el esfuerzo a su alcance para acreditar la culpa grave de la Convocada como estándar de incumplimiento contractual. No bastaba afirmar el incumplimiento parcial del contrato ya que esta argumentación encontró respuesta en la Convocada respecto del empleo de los medios necesarios, la actividad encaminada al cumplimiento, la atención constante a los requerimientos, la planeación errática el proyecto y falta de una colaboración eficaz entre las partes. En cuanto a los medios probatorios, los testimonios y los interrogatorios así como las pruebas documentales lo que denotan es que precisamente el proyecto y el posterior contrato y sus reformas no eran el marco adecuado para lograr los objetivos contribuyendo a que las partes fracasaran conjuntamente.

La falta de solidaridad contractual y de la colaboración mutua se evidencia de la declaración rendida al Tribunal por los Representantes Legales de las partes, en este caso en los términos expresados por la Convocante:

"*DR. PEÑA: Ahora volveremos a un tema, pero indago sobre la obligación dos del contratante en el contrato. Dice: Pagar al contratista la remuneración correspondiente en los términos estipulados. Hemos visto que hubo un pago bastante a cumplir por parte de ustedes. ¿Se interrumpe en algún momento ese pago?*

SR. PADILLA: Sí, cuando no avanzamos, ya íbamos a llegar, el contrato inicial eran 72 millones, llegamos a 50 millones, estamos hablando del 70% del contrato, habíamos pagado el 70% del contrato y no habíamos implementado, no habíamos empezado nada, más allá de las primeras reuniones del levantamiento de información, no había un solo dato, no había licencias, por más que fuera un software como servicio en la nube no había nada más allá que un levantamiento de información, entonces por un momento quisimos, un momento, porque el cronograma inicial son 6 meses, han pasado casi el 80% del tiempo y no hemos avanzado donde deberíamos estar avanzando; nosotros ya deberíamos estar a uno o dos meses de las pruebas, del mes de prueba y no estamos llegando, pare, porque no vamos a seguir pagando algo que nosotros no estamos viendo avance y ahí fue cuando hicimos un alto en el camino, cuando empezamos a parar, cuando paramos los pagos, cuando ya dijimos no más pagamos, fue que firmamos el otrosí."

Por la Convocada su representante legal expresó que:

"*SR. BING-ZAREMBA: El objeto del contrato sí se cumplió por parte de ADV.*

DR. PEÑA: Proceda a explicar.

SR. BING-ZAREMBA: Se cumplió en la medida en que iniciamos un proceso de implementación, hicimos todos los pasos necesarios para poner a disposición de nuestro cliente el sistema, hubo una serie de contratiempos por parte del cliente en entregar de manera oportuna y con la calidad necesaria la información para poder seguir adelante, en medio de todo ADV hizo lo que tenía que hacer.

DR. GÓMEZ: ***Pregunta No. 2:*** *Dígale a este despacho, sí o no, si el objeto contractual convenido en el contrato de otrosí, adicional al primigenio contrato de prestación de servicios de fecha 12 de diciembre de 2012, se cumplió por parte de la convocada ADV, de ser afirmativa su respuesta explíqueme por qué?*

SR. BING-ZAREMBA: Me presta el expediente con ese otrosí?. La respuesta es que también, con la misma explicación anterior.

DR. GÓMEZ: Nos la puede ventilar y especificar?

SR. BING-ZAREMBA: Con mucho gusto, ADV hizo lo que tenía que hacer para poner a disposición de Helman una aplicación mediante la cual pudiera controlar sus sistemas, nuevamente, por falta de oportunidad y de calidad en la entrega de la información, por falta de ejecución de pruebas por parte del cliente el proyecto no pudo llegar a un feliz término.

DR. GÓMEZ: ***Pregunta No. 3****: En algún momento de la relación contractual, establecida por medio de los 2 convenios surtida entre la convocante y la convocada, hizo entrega material la convocada del producto solicitado por la convocante a total satisfacción de ésta?*

SR. BING-ZAREMBA: Sí se hizo entrega, no le puedo decir si a total satisfacción de ellos, me imagino que no porque por eso estamos acá, por ejemplo a decir que ADV sí hizo entrega de la aplicación, la puso a disposición del cliente pero nunca la utilizó, nunca hizo las pruebas y hay una adición a eso que acabo de decir, el cliente no terminó de entregar la información necesaria para poder hacer pleno uso de la aplicación, algo tan sencillo como el plan de cuentas contables nunca se entregó"

En concordancia con lo ya dicho, la relevancia del plazo para poder predicar un incumplimiento es fundamental en el contrato de prestación de servicios informáticos naturalmente vinculado a tiempos específicos determinados para entregables en el cronograma del proyecto y del contrato. En este caso, a partir del Otrosí las partes no determinaron un cronograma ni plazos para cumplir cada una de obligaciones; un plazo entendido como hecho futuro y cierto del cual pende la exigibilidad de una obligación (art. 1551 C.C.) En el documento Proyecto de Adquisición e implementación el ERP Priority en Helman S.A.S. de septiembre 18 de 2014 tampoco aparece cronograma de cumplimiento temporal del contrato. Esta falta en la planeación de los tiempos de proyecto que hace parte del contenido contractual obligatorio para las partes contraviene letalmente las pretensiones de la Convocante y sus intereses de lograr la resolución culpable del mismo.

De manera relevante aparecen conductas de la Convocante que afectan el cumplimiento íntegro del contrato cumplidos por la Convocada, la testigo Sandra Chaparro afirmó lo siguiente en su testimonio:

"*DR. PEÑA: Ya en esa etapa específica uno diría que los riesgos y los problemas hubieran sido mayores por el hecho de que era un ERP tan integral pero solamente asociado a producción, usted ya recalificaría lo que nos había dicho hace un rato de más riesgos o considera que seguía siendo mismo en cuanto a los posibles problemas.*

SRA. CHAPARRO: No, iba a seguir siendo lo mismo, qué me preocupaba, insisto, que todo lo que hay en el software o su resultado depende de lo que le ingresemos, entonces ahí iba a tener otra variable, que iba a depender de la información que suministrara otro software sobre las materias primas entonces si ese otro software no entregaba la información al tiempo qué iba a pasar Priority no iba a estar seguramente actualizado.

DR. PEÑA: Y ese otro software cuál era?

SRA. CHAPARRO: El software contable que ellos manejaban, realmente no sé cuál era su nombre.

DR. PEÑA: Compatible con el ERP o no?

SRA. CHAPARRO: No, totalmente no era compatible, ahí estábamos dividiendo la función, iba a depender de las compras que hicieran allá para poder las subir aquí al sistema.

DR. PEÑA: Entonces pasan los cinco meses, este según entiendo era el segundo cronograma del proyecto, el primer cronograma había sido fijado en el contrato inicial, en la modificación hubo un cronograma, después aparece la nueva propuesta comercial, ahí sí finan el cronograma de cinco meses, termina ese cronograma de cinco meses y qué ocurre?

SRA. CHAPARRO: Termina el cronograma, ya estamos entre junio y julio entonces seguíamos en pruebas, se extendió la etapa de pruebas, como seguíamos en pruebas igual yo le decía a Andrés, por favor reunámonos, entonces ahí es cuando dos veces me cancela, en junio dos veces me canceló, es que yo estoy en cierre de producción, en julio volvemos y nos sentamos.

Sin embargo, en ese tiempo yo seguía trabajando, muestra de eso es que le envío el 4 de junio 3 ejercicios, le dije: mire aquí el ejercicio que hice.

DR. PEÑA: Y se cambia el cronograma, las partes los cambian de alguna manera o no?

SRA. CHAPARRO: No, no se cambia, es que no hubo ningún tipo de retroalimentación del líder de proyecto de Helman, hagamos un nuevo cronograma, definamos unas nuevas fechas, no, simplemente yo siempre decía: se canceló la cita, después la replanteamos para julio, el 2 de julio y se hizo la reunión pero no se volvió a replantear otro cronograma, o sea, sigamos en julio trabajando en base al mismo cronograma.

DR. PEÑA: Y ustedes continúan trabajando así hasta el momento de la demanda.

SRA. CHAPARRO: Sí señor, nos dieron la sorpresa que entonces nos habían demandado, cuando yo todo el tiempo tuve toda la disposición, qué dudas tienen, les preguntaba en todos los correos, díganme qué dudas, inquietudes, voy y los visito, por favor. Y si se dan cuenta nunca dije: no, es que no los vamos a atender, no, por favor, agradezco su comprensión, en este momento de pronto no podemos atenderlos porque ya se habían extendido demasiado los tiempos de la implementación, pero en ningún momento dije: estamos incumpliendo, no lo vamos a hacer, no vamos a seguir.

DR. PEÑA: Qué plazo usted tenía establecido interno dentro de su proyecto para terminarlo?

SRA. CHAPARRO: Esos cinco meses.

DR. PEÑA: Pero sabemos que ya había pasado mucho tiempo. El panorama que usted pinta es: en el momento estamos allí y nos llega la demanda, qué pasa si no hubiera llegado la demanda, cuál era el plazo que usted tenía pensado para que esto tuviera un término final, lo tenía planeado, me imagino que usted tenía una bitácora, algo, independientemente que no hubiera cronograma, usted tendría alguna?

SRA. CHAPARRO: Claro, igual recordemos que yo dependía de una gerencia de implementación donde dependía de la directriz que me diera ella y de la prioridad de los proyectos que tuviéramos que atender, por eso yo oportunamente le informé a ella el estatus de Helman, le solicité su apoyo entonces dependía de qué directriz me iba a dar esa persona.

DR. PEÑA: En su cabeza cuánto faltaba de proyecto cuando llegó la demanda?

SRA. CHAPARRO: En mi cabeza faltaba el 50% del proyecto, porque estábamos en etapa de pruebas. Y la información que se les había solicitado realmente no la habían entregado completa, tanto que tenían que entregar todos los maestros que al final se le dijo: por lo menos entreguen dos productos completos para hacer un ejercicio porque la información no estaba completa, igual tarde o temprano ellos no iban a entregar la información completa, había mucho retraso, seguramente si no hubiera sido ahora cuando hubiéramos salido en vivo ya se veía venir que tenían problemas en la codificación de las partes y se les dijo: dónde están los tiempos estándar para poder planear la producción con los tiempos estándar, no estaba, la información no estaba."

En el presente caso, si bien es cierto que la Convocada no logró el cumplimiento íntegro de las prestaciones a su cargo, la Convocante no logró probar que se atribuya a la primera la culpa grave contractual caracterizada por incuria y negligencia y tampoco la imputabilidad que le haría corresponder la carga del incumplimiento a la Convocada.

Así las cosas, el Tribunal, encuentra establecido lo siguiente:

1. La Convocante tenía la carga de la prueba respecto del incumplimiento contractual que imputa a la conducta de la Convocante. Esta carga probatoria no fue cumplida.
2. La Convocante estaba obligada en caso de pretender ejercer la prerrogativa de terminación unilateral del contrato de prestación de servicios a cumplir lo pactado en la cláusula 19 del mismo. Esta obligación no fue cumplida salvo cuando fue notificada la demanda a la Convocada lo cual no permitió que la Convocada pudiera tomar las medidas de corrección respecto del incumplimiento imputado. En otras palabras, la terminación del contrato por parte de la Convocante no siguió los parámetros y condiciones establecidos por las partes.
3. La Convocante para invocar válidamente la resolución contractual como efecto excepcional de la responsabilidad contractual por incumplimiento debía probar la existencia de graves fallas y deficiencias en el logro del contenido de las prestaciones atribuibles de manera íntegra a la

Convocada. La Convocante no probó estos supuestos sustanciales esenciales de procedencia de la resolución contractual.

4. Se reitera que la carga de la prueba del incumplimiento contractual, de los supuestos que configuran la resolución contractual y en particular de la imputabilidad de los efectos dañosos con la conducta nociva correspondían a la Convocante. Esas cargas probatorias no fueron satisfechas en este procedimiento.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal denegará las pretensiones de la demanda reformada

7.EXCEPCIÓNES DE MÉRITO PRESENTADAS POR ALIANZA Y DIRECCIÓN EN VALORES S.A.S-ADV INSOURCING S.A.S.

El objeto de las excepciones de mérito presentadas por la Convocada según su planteamiento en la contestación de la reforma de la demanda, es enervar, desde diversos puntos de vista, las pretensiones de la Convocante.

El alcance de los medios exceptivos debe entenderse bajo el supuesto de que hubieran prosperado las pretensiones de la demanda relacionadas con la resolución del Contrato de Prestación de Servicios y del Otrosí y, en particular, con las condenas que se derivan de esas declaraciones. Sin embargo, al no haber prosperado ninguna de las pretensiones, no es necesario resolver acerca del mérito de las excepciones.

En ese orden de ideas, por las razones expuestas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 280 del Código General del Proceso, el Tribunal estima que no procede resolver sobre los medios exceptivos.

8. COSTAS.

En el presente caso, al haberse negado la totalidad de las pretensiones de la Demanda, el Tribunal procederá a condenar a la Convocante a pagar a la Convocada el 100% de las costas del presente trámite arbitral.

Las costas se encuentran compuestas por: las expensas, que son los gastos judiciales en que las partes incurrieron para la tramitación del proceso, y las agencias en derecho, que son "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso" (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico de costas, que debe tener en cuenta el juez para calcular la respectiva condena.

Para efectos de la fijación de las agencias en derecho el Tribunal tendrá en cuenta para su fijación, la suma correspondiente a los honorarios del árbitro único que ascienden a $6.000.000.oo

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

Agencias en Derecho	$6.000.000.oo
Honorarios del árbitro único (50%)	$3.000.000.oo
Honorarios del Secretario (50%)	$1.500.000.oo

Gastos de funcionamiento del Centro de Arbitraje y otros gastos (50%)	$2.000.000.oo
Total de la Liquidación:	$12.500.000.oo

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Otros gastos", se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre **HELMAN S.A.S y ALIANZA** y **DIRECCIÓN DE VALORES S.A.S. ADVINSOURCING S.A.S,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Denegar todas las pretensiones principales y consecuenciales de la demanda, tal como obra en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Por las razones expuestas en la parte motiva, no es procedente resolver sobre las excepciones de mérito presentadas por la Convocada.

Tercero. Condenar, por concepto de costas, a la parte convocante **HELMAN S.A.S.** a pagar a favor de la parte convocada **ALIANZA Y DIRECCIÓN EN VALORES S.A.S-ADVINSOURCING S.A.S**, la suma de DOCE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($12.500.000.oo), de conformidad con la liquidación realizada en la parte motiva de este laudo.

Cuarto. Declarar causados los honorarios del árbitro único y del secretario, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder del árbitro único, quien deberá proceder a rendir las cuentas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

Quinto. Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas de este Laudo con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una vez se encuentre en firme este laudo.

Esta providencia queda notificada en estrados.

DANIEL PEÑA VALENZUELA	**CARLOS MAYORCA ESCOBAR**
Árbitro Único	Secretario del Tribunal