

Laudo Arbitral

Clínica Vascular Navarra Ltda.

v.

Medical Systems Finance S.A.

Octubre 23 de 2003

Bogotá, D.C., 23 de octubre de 2003

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias presentadas entre la Clínica Vascular Navarra Ltda., parte convocante, en adelante Clínica Navarra, y Medical Systems Finance S.A., parte convocada, en adelante Medical Systems, respectivamente, profiere por unanimidad el presente laudo arbitral, por el cual se pone fin al proceso que documenta este expediente.

I. Antecedentes

A. Fase prearbitral

1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 2 de agosto de 2002, la Clínica Navarra, sociedad comercial legalmente constituida con domicilio principal en Bogotá, presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, un escrito que contenía la convocatoria arbitral que dio origen al proceso⁽¹⁾, dirigiendo sus pretensiones contra Medical Systems.
2. La demanda fue admitida mediante Auto del 21 de agosto de 2002, proferido por el director del centro de arbitraje⁽²⁾.
3. En razón a lo establecido por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, el representante legal de Medical Systems fue advertido de la solicitud de convocatoria presentada por la Clínica Navarra, mediante aviso fijado el 2 de septiembre de 2002⁽³⁾.
4. La correspondiente notificación personal se surtió el 16 de septiembre del mismo año en las instalaciones de la Cámara de Comercio de Bogotá; en la misma fecha el apoderado de la parte convocada recibió la correspondiente copia del traslado de la demanda⁽⁴⁾.
5. El 30 de septiembre de 2002 la parte convocada dio contestación a la demanda presentada por la Clínica Navarra⁽⁵⁾; del mencionado escrito se corrió traslado el siguiente 25 de octubre a la parte convocante⁽⁶⁾, quien se pronunció al respecto el 30 de octubre del mismo año⁽⁷⁾.
6. Adicionalmente, el 30 de septiembre de 2002 Medical System presentó demanda de reconvenición⁽⁸⁾, la cual fue admitida mediante Auto del 2 de octubre de 2002⁽⁹⁾; en la misma fecha el mencionado auto fue notificado por estado al representante legal de Medical System S.A.⁽¹⁰⁾ y personalmente al representante legal de la Clínica Navarra Ltda. a quien adicionalmente se le corrió traslado de la demanda de reconvenición⁽¹¹⁾.
7. El 21 de octubre de 2002 la parte convocada contestó la demanda de reconvenición⁽¹²⁾.
8. Para llevar a cabo la audiencia de conciliación propia de la, en ese entonces legal, denominada “etapa prearbitral”, por auto del 31 de octubre de 2002⁽¹³⁾, el centro de arbitraje señaló la hora de las 9:30 a.m. del día 14 de septiembre siguiente; en tal fecha y hora, y bajo la coordinación de la Dra. Zulma Yolima Cárdenas, designada para tales efectos por el director del centro de arbitraje y conciliación⁽¹⁴⁾, se llevó a cabo la mencionada audiencia, la cual fue suspendida por mutuo acuerdo de las partes hasta el 5 de diciembre de 2002⁽¹⁵⁾.
9. En esa fecha, en razón de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 121 del la Ley 446 de 1998 no se continuó con la audiencia de conciliación suspendida, procediéndose entonces a celebrar la audiencia de nombramiento de árbitros, la cual fue suspendida por mutuo acuerdo de las partes hasta el 28 de enero de 2003⁽¹⁶⁾.

10. Mediante comunicación de fecha 28 de enero de 2003 el centro de arbitraje, en razón a la inasistencia de la parte convocante, dio por concluida la audiencia de nombramiento de árbitros y en consecuencia procedió a informar la fecha en la cual se surtiría la correspondiente designación mediante sorteo, de conformidad con lo establecido por las partes en la correspondiente cláusula compromisoria⁽¹⁷⁾.

11. Habiéndose llevado a cabo el respectivo sorteo de árbitros y habiendo estos sido oportunamente notificados del nombramiento⁽¹⁸⁾, se procedió a señalar fecha para la audiencia de instalación del tribunal, la cual tuvo lugar el 3 de marzo del mismo año a las 10:00 a.m.⁽¹⁹⁾.

12. En dicha audiencia se profirió el Auto 1⁽²⁰⁾, en el cual se fijaron los gastos del proceso y los honorarios de los integrantes del tribunal. Así mismo, se designó presidente y secretario.

B. Actuación preliminar del tribunal

1. El secretario tomó posesión ante el presidente del tribunal, el 19 de marzo de 2003⁽²¹⁾. En esa misma fecha se profirió el Auto 2⁽²²⁾ mediante el cual se señaló como fecha para llevar a cabo la primera audiencia de trámite el 26 de marzo de 2003 a las 8:30 a.m., adicionalmente se señaló que en esa fecha se concluiría la audiencia de conciliación anteriormente suspendida⁽²³⁾.

2. El 26 de marzo de 2003 el apoderado de la parte convocada, encontrándose dentro del término legal para ello, presentó reforma de la demanda de reconvención⁽²⁴⁾ y de igual forma allegó al proceso la demanda de reconvención debidamente integrada⁽²⁵⁾.

3. En esa misma fecha tuvo lugar la primera audiencia de trámite, la cual se desarrolló así: Primeramente, el tribunal analizó el pacto arbitral, encontrándolo ajustado a las prescripciones legales y en tanto la voluntad de sometimiento a arbitraje en dicho pacto contenida comprendió todas las cuestiones litigiosas concretas materia del presente proceso, se declaró competente para conocer y decidir dichas cuestiones, mediante Auto 4⁽²⁶⁾, que no fue recurrido por las partes, el cual se encuentra en firme.

4. En esa misma oportunidad, y por Auto 5⁽²⁷⁾, se admitió la demanda de reconvención, se corrió traslado de la misma a la parte actora y adicionalmente se ordenó a la secretaría que en caso de existir excepciones se les diera el correspondiente traslado. Por último se decretó la suspensión de la audiencia, señalando como fecha para su continuación el día 21 de abril del 2003 a las 8:30 a.m., fecha esta en la que adicionalmente se llevaría a cabo la conclusión de la audiencia de conciliación. La mencionada providencia quedó notificada en estrados.

5. El 2 de abril la parte convocante, encontrándose dentro del término legal para ello, contestó la reforma de la demanda de reconvención⁽²⁸⁾ y adicionalmente presentó un memorial solicitando que el tribunal asumiese el trámite del proceso ejecutivo que las partes venían adelantando ante la jurisdicción ordinaria⁽²⁹⁾.

6. El 21 de abril de 2003, mediante Auto 6⁽³⁰⁾ se corrió traslado a la reconviniente de las excepciones propuestas a la reforma de la demanda de reconvención y adicionalmente se puso en conocimiento de la parte convocada el memorial del que da cuenta el numeral anterior. Por último se decretó la suspensión de la audiencia y se fijó el 21 de abril de 2003 a las 8:30 a.m. como fecha para su continuación. Adicionalmente, se señaló que en esta nueva fecha se llevaría a cabo la conclusión de la audiencia de conciliación, aclarándose que de llegar esta a fracasar se daría continuación a la primera audiencia de trámite. La mencionada providencia quedó notificada en estrados.

7. El 24 de abril de 2003 la parte convocada, encontrándose dentro del término legal para ello, recorrió el traslado de la excepción de mérito propuesta por la Clínica Navarra en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención⁽³¹⁾. Adicionalmente se pronunció sobre el memorial presentado por la parte actora en el que se solicitaba que el tribunal asumiera el trámite del proceso ejecutivo que entre las partes se adelantaba ante la jurisdicción ordinaria⁽³²⁾.

8. El 30 de abril de 2003 mediante Auto 7⁽³³⁾ y tras las pertinentes consideraciones, el tribunal resolvió negar la mencionada solicitud de la parte demandante, mediante providencia que quedó notificada en estrados y que fue posteriormente confirmada por el tribunal, al resolver el recurso de reposición que contra aquella interpuso la parte convocante.

9. Procedió entonces el tribunal a continuar la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada. Se profirió entonces el Auto 9⁽³⁴⁾ mediante el cual se decretaron en su totalidad las pruebas solicitadas por las partes. La mencionada providencia quedó notificada en estrados.

C. Las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje

1. Los hechos de la demanda.

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la parte convocante, bien pueden compendiarse del siguiente modo:

Antecedentes al contrato internacional de arrendamiento financiero. hechos en relación con el contrato internacional de arrendamiento financiero celebrado entre la sociedad Oferil S.A. y Óscar Enrique Pinzón.

El 26 de noviembre de 1997 Oferil S.A., en calidad de arrendador, y Óscar Enrique Pinzón, en calidad de arrendatario, celebraron contrato internacional de arrendamiento financiero, siendo en virtud de tal contrato entregados unos equipos médicos.

El 1º de octubre de 1998 Oferil S.A., como arrendador, cedió su posición contractual a Medical Systems Finance S.A.

En virtud del citado contrato de arrendamiento los bienes entregados ingresaron al país mediante el régimen de importación temporal largo plazo leasing.

Así las cosas, Óscar Enrique Pinzón, en su calidad de importador, se encontraba en la obligación de cancelar los correspondientes tributos aduaneros, los cuales sin embargo fueron dejados de pagar por este, colocando a las mercancías en estado de contrabando.

El 21 de septiembre de 2001, y como consecuencia de la conducta de Óscar Enrique Pinzón, la DIAN declaró incumplido el régimen de importación temporal a largo plazo leasing y en razón de tal ordenó la efectividad de la garantía de cumplimiento.

De igual forma, Óscar Enrique Pinzón incumplió con sus obligaciones como arrendatario al dejar de pagar los correspondientes cánones, derivando tal conducta en la decisión unilateral de Medical Systems de dar por terminado el contrato internacional de arrendamiento financiero, el día 5 de noviembre de 1999.

Como consecuencia de la referida terminación se celebró un nuevo contrato internacional de arrendamiento financiero entre Medical Systems S.A., como arrendadora, y la Clínica Navarra, como arrendataria.

A pesar de lo anterior, Medical Systems omitió comunicarle a la DIAN, aun cuando existía la obligación legal de hacerlo, la terminación del contrato celebrado con Óscar Enrique Pinzón.

De igual forma, la arrendadora omitió cancelar la totalidad de los tributos aduaneros adeudados hasta la fecha de celebración del segundo contrato internacional de arrendamiento financiero, incumpliendo de tal forma con la obligación de legalizar los equipos.

El 21 de septiembre de 2001 la DIAN expidió un acto administrativo declarando el incumplimiento de las obligaciones aduaneras, en razón de la “negligente conducta de Medical Systems”.

Contenido del segundo contrato internacional de arrendamiento financiero celebrado entre la Clínica Navarra S.A. y Medical Systems S.A.

El objeto del contrato celebrado entre las partes de este proceso era el de otorgar el uso y goce de los equipos, herramientas, instrumentos y accesorios descritos en el anexo 1 del contrato internacional de arrendamiento financiero.

Las partes estipularon que el valor total de los equipos era de USD \$ 3.137.176,73 dólares americanos.

Las partes pactaron que el término de vigencia del contrato iría desde el 8 de marzo del 2000, fecha en la que se realizó la entrega efectiva de los equipos, hasta que aconteciera alguna de las siguientes eventualidades: “i) Al momento del pago total de la deuda por parte del arrendatario o ii) Al recibo por parte del arrendador de la sumatoria de terminación (a no ser que se estipule de manera contraria en este contrato) con sujeción a cualquier terminación bajo las cláusulas de este contrato⁽³⁵⁾”.

Medical Systems, al momento de suscribirse el contrato, no hizo entrega a la Clínica Navarra de los documentos necesarios para que esta cumpliera con la obligación de realizar la sustitución de importador, contenida en la cláusula 6 numeral a. iii del contrato.

Adicionalmente, para la fecha de suscripción del contrato, el régimen de importación temporal se encontraba incumplido por Medical Systems, quien no había cancelado los tributos aduaneros desde el 10 de enero de 1999, hecho este que solo fue conocido por la arrendataria hasta el 27 de agosto de 2001, cuando el grupo de control de garantías de la aduana especial de Bogotá requirió a la Clínica Navarra para que acreditara el pago de los tributos correspondientes a la importación temporal de los equipos objeto del contrato.

Desde el momento en que la arrendataria tuvo conocimiento de tal situación cesó el pago en los cánones y por tal motivo se encuentra en mora desde ese entonces.

La Clínica Navarra dio contestación a los requerimientos de la DIAN el 7 de septiembre de 2001, manifestando para tales efectos que el responsable del pago de dichos tributos era Óscar Enrique Pinzón.

El 1º de marzo de 2002 los equipos fueron aprehendidos por la DIAN en las instalaciones de la Clínica Navarra y posteriormente, ante la negativa de Medical Systems de asumir su responsabilidad, la arrendataria se vio obligada a poner a disposición de la DIAN los equipos objeto del contrato, pues esta era la única forma de evitar la imputación de una responsabilidad de tipo penal aduanero y administrativa.

Medical Systems inició un proceso ejecutivo contra la convocante, con el fin de lograr el pago de los cánones adeudados; el mencionado proceso fue conocido por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá quien resolvió a favor de la ejecutante. Esa sentencia fue apelada y ese recurso aún no ha sido resuelto por el Tribunal Superior de Bogotá.

Cláusulas abusivas estipuladas en el contrato internacional de arrendamiento financiero.

Según el parecer de la parte actora, la cláusula 6 denominada “Condiciones a las cuales están sujetas las obligaciones del acreedor”, la cláusula 8 denominada “Declaraciones y garantías no ofrecidas por el arrendador”, la denominada “opción de compra” y la 17 denominada “casos de incumplimiento” son abusivas.

Finalmente la parte convocante considera que adicionalmente la cláusula de opción de compra es prueba de la simulación del contrato.

2. Las pretensiones de la convocante.

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

“Pretensiones principales

Que se declare nulo el contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos (2) de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., porque de acuerdo con la cláusula 15 del citado contrato se deduce claramente que la intención real de las partes era celebrar un contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio”.

“Que como consecuencia de la declaración de simulación se declare el incumplimiento del vendedor —hoy demandado— de la obligación principal, consistente en hacer la tradición de la cosa, toda vez que los bienes se encontraban en estado de contrabando al momento de la celebración del contrato”.

“Que como consecuencia del incumplimiento se ordene a demandado hacer la restitución del precio pagado a la

tasa representativa del mercado a la fecha que se realice el pago”.

“Que se condene al demandado al pago de la indemnización de perjuicios derivados de la no utilización de los bienes contada desde el momento de la fecha de aprehensión de los equipos y hasta la fecha en que se realice el pago”.

“Que se condene al demandado en el pago de costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Primer grupo de pretensiones subsidiarias”

“En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

Que se declare la nulidad absoluta del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en documento privado suscrito el día dos (2) de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., porque este contrato tiene un objeto ilícito, ya que los bienes objeto del mismo no se encontraban legalizados bajo las leyes de la República de Colombia”.

“Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta se ordene al demandado Medical Systems Finance S.A. la devolución de las sumas de dinero canceladas como parte del precio, esto es la suma de US\$ 794.955.11 a la tasa representativa de cambio a la fecha en que se realice su pago”.

“Que se condene al demandado al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Segundo grupo de pretensiones subsidiarias”

“Que se declare la nulidad absoluta del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en documento privado suscrito el día dos (2) de marzo de dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., por haber nacido a la vida jurídica sin un elemento propio de la esencia como es la opción de compra”.

“Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la esencia por falta de uno de los requisitos de la esencia, se ordene al demandado la devolución de las sumas pagadas a la tasa representativa del mercado en la fecha efectiva del pago”.

“Que se condene al demandado al pago de las costas judiciales, agencias en derecho y honorario del honorable tribunal”.

“Tercer grupo de pretensiones subsidiarias”

“Que se declare ineficaz la cláusula sexta numeral III del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., por ser una obligación imposible de cumplir jurídicamente por parte del arrendatario y por lo tanto el objeto del contrato es imposible de ejecutarse. El texto de la cláusula es el siguiente: “Cláusula 6 condiciones a las cuales están sujetas las obligaciones del arrendador”.

“Las obligaciones de **el arrendador** bajo este **contrato** están sujetas a las siguientes condiciones:

Que **el arrendador** haya recibido, para la fecha efectiva o antes, las siguientes pruebas, las cuales tendrán que ser aceptables para **el arrendador** en cuanto a su forma y esencia, y las cuales estarán en plena validez y vigencia para la fecha efectiva:

iii) Copia certificada de la declaración de importación temporal de los equipos, con el visto bueno necesario de las autoridades competentes, que se requieren bajo la ley aplicable, en la cual el arrendatario figure como importador”.

“Que se declare ineficaz la cláusula octava del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos (2) de marzo de del año dos mil (2000) entre la sociedad

Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., por dejar sin fundamento jurídico la obligación de pagar el canon de arrendamiento ya que esta obligación surge como contraprestación al uso de los equipos y en el caso *sub júdice* al encontrarse los bienes en estado de contrabando era ilegal entregar la tenencia y el uso de los mismos.

La cláusula al tenor dice: “Cláusula 8, Declaraciones y garantías no ofrecidas por el arrendador.

El arrendador, no ofrece ni dan ni ha ofrecido ni dado, y por la presente cláusula expresamente rechaza, cualquier declaración o garantía, explícita o implícita, acerca de la propiedad, valor, condición, comerciabilidad, diseño, operación o idoneidad de uso para cualquier propósito de los equipos, y también cualquier otra declaración o garantía, ya sea explícita o implícita, relacionada con los equipos”.

“Que como consecuencia de la anterior pretensión se ordene a Medical Systems Finance S.A. salir al saneamiento por evicción de los equipos entregados en arrendamiento financiero a la Clínica Vascular Navarra Ltda.”.

“Que como consecuencia de las anteriores pretensiones se ordene a Medical Systems Finance S.A. la devolución de las sumas de dinero pagadas por la Clínica Vascular Navarra Ltda. en virtud del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing objeto del presente litigio, esto es la suma de setecientos noventa y cuatro mil novecientos cincuenta y cinco pesos con once centavos de dólares de Norte América (US\$ 794.955.11) a la tasa representativa del mercado a la fecha en que se realice el pago”.

“Que se condene a la demandad al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

“Cuarto grupo de pretensiones subsidiarias”

“Que se declare resuelto el contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos (2) de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., toda vez que al tenor del contrato, hay incumplimiento cuando cualquier de las obligaciones de las partes sea ilegal bajo las leyes de la República de Colombia y, en el caso *sub litem*, la disposición de las mercancías, está prohibida por ser bienes que se encuentran en estado de contrabando.

La cláusula 17 dice: “Casos de incumplimiento

“Cada uno de los siguientes casos se considerará independiente como un caso de incumplimiento bajo este contrato:

f) El hecho de que sea, o que llegue a ser, ilegal bajo las leyes de la República de Colombia o las de Uruguay o de los Estados Unidos de América, que el arrendador o el arrendatario celebren y/o desempeñen sus obligaciones bajo este contrato”.

“Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene a Medical Systems Finance S.A. la devolución de las sumas de dinero pagadas por la Clínica Vascular Navarra Ltda. en virtud del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing objeto del presente litigio, esto es la suma de setecientos noventa y cuatro mil novecientos cincuenta y cinco mil pesos con once centavos de dólares de Norte América (US\$ 794.955.11), a la tasa representativa de mercado a la fecha en que se realice el pago”.

“Que se condene a la demandada al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

3. La oposición de la parte convocada frente a la demanda principal.

La parte convocada, al contestar la demanda, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Igualmente propuso las siguientes excepciones, fundamentadas en los argumentos de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda:

3.1. Inexistencia de contrabando.

3.2. Existencia de una opción de compra.

3.3. Incumplimiento al contrato y culpa grave de la Clínica Vasculat Navarra Ltda.

4. La demanda de reconvención.

4.1. Los hechos de la demanda de reconvención.

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la parte convocada, bien pueden compendiarse del siguiente modo:

El 26 de noviembre de 1997 se celebró entre Oferil S.A., sociedad legalmente constituida bajo las leyes de la República oriental del Uruguay, y Óscar Enrique Pinzón Jiménez, un contrato internacional de arrendamiento financiero.

El objeto del mencionado contrato recaía sobre unos equipos médicos avaluados en (USD\$ 2.840.000), los cuales, en desarrollo del contrato, fueron importados a Colombia por Óscar Enrique Pinzón Jiménez bajo el régimen de importación temporal a largo plazo leasing.

Dentro de las garantías del contrato se encontraba un pagaré con espacios en blanco y con la respectiva carta de instrucciones, otorgado por el deudor, por la Clínica Vasculat Navarra Ltda. y por Jorge Álvaro Murcia Gómez, como codeudores.

Desde la fecha de importación de los equipos, esto es a comienzos de 1998, estos fueron instalados en las instalaciones de la Clínica Navarra Ltda.

El 1º de octubre de 1998 Oferil S.A. cedió su posición contractual, como arrendadora en el contrato internacional de arrendamiento financiero, a Medical Systems Finance S.A., sociedad legalmente constituida y domiciliada en la República Oriental del Uruguay. Así las cosas, Medical Systems S.A. pasó a ser la legítima propietaria de los equipos dados en arrendamiento financiero; la mencionada cesión fue informada al Banco de la República, quien por su parte procedió a efectuar la correspondiente modificación en el crédito cambiando el nombre del nuevo prestamista.

En razón al incumplimiento en el pago de los cánones presentado por Óscar Enrique Pinzón el 3 de enero de 1999, la arrendadora accedió a otorgar a través de un otrosí una refinanciación, la cual fue nuevamente incumplida por la arrendataria el 3 de octubre de 1999 generándose de esta forma la decisión unilateral de Medical Systems S.A. de dar por terminado el contrato internacional de arrendamiento financiero, a través de carta del 5 de noviembre del mismo año.

Según los términos de la cláusula 17 del contrato, el arrendatario disponía de 30 días de plazo, después de la notificación de la carta antes mencionada, para pagar las sumas adeudadas. El referido término transcurrió sin que Óscar Enrique Pinzón diera cumplimiento a sus obligaciones y por tal razón, el contrato de arrendamiento financiero terminó indefectiblemente el 8 de diciembre de 1999, según había sido establecido por las partes en las cláusulas 17 y 23 (a).

Tras la terminación del contrato, la Clínica Navarra Ltda. manifestó, por conducto de su representante legal, la intención de continuar con el mismo; por esa razón los equipos médicos no fueron retirados de sus instalaciones continuando de esta forma la clínica con la tenencia material y la explotación de aquellos.

Como consecuencia de la situación descrita en el anterior numeral, el 2 de marzo de 2000 se suscribió un nuevo contrato internacional de arrendamiento financiero entre la Clínica Navarra y Medical Systems S.A.

En el mencionado contrato la Clínica Navarra Ltda. figuraba como codeudora de Óscar Enrique Pinzón asumiendo las obligaciones que en virtud del primer contrato de arrendamiento financiero eran adeudadas por él. Fue así como se presentó una asunción de deudas por parte de la ahora arrendataria, quien en adelante quedó obligada no solo a asumir las obligaciones a su cargo como arrendataria, sino también al pago de aquellas obligaciones que en principio se encontraban en cabeza de Óscar Enrique Pinzón.

En cumplimiento de las disposiciones cambiarias colombianas vigentes, se informó al Banco de la República la antes mencionada asunción de deuda y novación.

Además del pago de los cánones, la Clínica Navarra se obligó para con Medical Systems a efectuar la sustitución del importador así como a pagar el arancel de IVA correspondiente, según lo establecido por las cláusulas 6 (a) (iii) y 5, respectivamente.

Para el mes de febrero de 2001 la Clínica Navarra presentaba mora en el pago de más de un canon y de los correspondientes intereses remuneratorios, razón por la cual Medical System procedió a iniciarle un proceso ejecutivo por la suma de USD\$ 764.000 dólares americanos los cuales constaban en los pagarés otorgados por la arrendataria como garantía del contrato internacional de arrendamiento financiero. Sin embargo la iniciación de este proceso no impidió que Medical Systems iniciara negociaciones con la Clínica Navarra en aras de obtener algún tipo arreglo benéfico para ambas partes.

En septiembre de 2001 Medical Systems tuvo conocimiento del incumplimiento de Óscar Enrique Pinzón con respecto al régimen de importación temporal a largo plazo leasing de los equipos, el cual fue declarado por la Administración Especial de Aduana de Bogotá, quien en consecuencia de lo acontecido ordenó hacer efectiva la correspondiente garantía. La mencionada situación impedía la aprehensión de los equipos.

Para la misma época la arrendadora tuvo conocimiento del incumplimiento de la Clínica Navarra Ltda. con respecto a la obligación de sustituir al importador original.

El 4 de febrero de 2002 las negociaciones iniciadas por las partes fueron finiquitadas en razón a la imposibilidad que hubo de llegar a un acuerdo viable.

La mencionada imposibilidad de arreglo con la arrendataria y sus múltiples incumplimientos llevaron a Medical Systems a dar por terminado el contrato internacional de arrendamiento financiero, siendo la citada decisión notificada a la Clínica Navarra por escrito del 5 de febrero de 2002.

Según lo establecido por las partes en la cláusula 17 del contrato, la Clínica Navarra disponía de 30 días para pagar las sumas adeudadas y cumplir con el resto de las obligaciones a su cargo, sin embargo, tal situación no aconteció y por tal motivo el contrato quedó indefectiblemente terminado el 7 de marzo de 2002, según lo establecido en las cláusulas 17 y 23 del referido contrato.

Como consecuencia de la terminación del contrato Medical Systems procedió a efectuar la “sumatoria a la terminación” la cual arrojó un saldo de USD\$ 1.910.338.13, el cual fue notificado a la Clínica Navarra mediante carta con fecha del 18 de marzo de 2002.

En razón a que ya se venía adelantando ante la jurisdicción ordinaria un proceso ejecutivo, Medical Systems decidió reformar la demanda para conseguir ejecutar a través del mismo proceso la cantidad de dinero correspondiente a la “sumatoria a la terminación” del contrato. Sin embargo la mencionada reforma fue rechazada por extemporánea.

El 18 de febrero de 2002 la Clínica Navarra, por medio de su representante legal, dirigió a la Administración Especial de Aduanas de Bogotá un escrito con fecha de 14 de febrero del mismo año y con la siguiente referencia: “puesta a disposición por incumplimiento de régimen de mercancía importada temporalmente en modalidad largo plazo leasing.” A través de la mencionada comunicación la Clínica Navarra puso los equipos a disposición de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, quien, posteriormente, a través de su división de fiscalización, procedió a aprehenderlos.

Según las consideraciones de la parte convocada, la conducta de la clínica constituyó un incumplimiento grave de lo establecido en la cláusula 9, contentiva de las “protecciones de los derechos del arrendador en relación con los equipos”.

El 1º de marzo de 2002 Medical Systems sabiendo que el contrato internacional de arrendamiento financiero terminaría el 7 de marzo de 2002 y que en tal razón le serían devueltos los equipos, se dirigió a la división de

fiscalización de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá con el fin de afrontar la situación de legalización de los mismos. Sin embargo, la arrendadora no pudo ser atendida pues, en ese mismo momento, y sin que esta tuviera conocimiento de aquello, se estaba llevando a cabo la aprehensión de los equipos, la cual conllevaría las consecuencias previstas para tales casos en el artículo 231 del estatuto aduanero.

El 4 de marzo del mismo año, cuando la arrendadora compareció nuevamente ante la división de fiscalización de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, tuvo conocimiento de la anteriormente efectuada aprehensión de los equipos.

El 7 de marzo de 2002, esto es en la fecha prevista para terminación del contrato, Medical Systems S.A. se hizo presente en las instalaciones de la Clínica Navarra Ltda. con el fin de lograr que esta procediera a la restitución de los equipos, la arrendadora exhibió un acta previamente preparada para tales efectos, sin embargo Jorge Álvaro Murcia Sarmiento, funcionario de la Clínica Navarra, solicitó un plazo con el fin de estudiar el contenido de la mencionada acta.

El 11 de marzo del mismo año la arrendadora compareció nuevamente ante las instalaciones de la Clínica Navarra con el fin de insistir en la restitución de los equipos.

No obstante la solicitud de la arrendadora, los equipos no fueron devueltos por la arrendataria, quien justificó su comportamiento en la existencia de “hechos extraordinarios” que impedían la solicitada devolución, información esta que sería posteriormente ampliada a Medical Systems.

En razón de la citada negativa por parte de la arrendataria, Medical Systems procedió a efectuar requerimiento a la Clínica Navarra, a través de escrito con fecha 11 de marzo de 2002.

El 18 de marzo de 2002 Medical Systems se hizo parte en la actuación administrativa llevada a cabo por la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, dentro del mencionado trámite la arrendadora fue notificada, como tercero incidental, del requerimiento aduanero especial fechado el 25 de julio de 2002, conforme el cual se valoraba la mercancía en \$ 4.416.892.000.

La valoración antes citada implica, según las consideraciones de la parte convocada, que el costo de la legalización de los equipos supera la suma de \$ 4.000.000.000.

El 13 de diciembre de 2002 la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, mediante Resolución 03-064-4455, ordenó el decomiso de los equipos a favor de la Nación.

Para el 30 de septiembre de 2002 la Clínica Navarra adeudaba a Medical Systems, por concepto de cánones de arrendamiento causados, la suma de USD\$ 1.409.229.77, de igual forma, adeudaba, por concepto de intereses remuneratorios calculados a la tasa libor más dos puntos, USD\$ 273.305.39. Así las cosas resulta que, según las cuantificaciones efectuadas por la parte convocante, la arrendataria adeuda a favor de la arrendadora por concepto de cánones y de intereses remuneratorios, la suma de USD\$ 1.682.535.16.

Según lo establecido en la cláusula 4 del contrato, “la Clínica Navarra Ltda. reconocería intereses de mora a la tasa moratoria máxima de interés anual efectiva señalada por el Banco de la República como tasa máxima de interés moratoria que puede convertirse en operaciones en dólares de los Estados Unidos de América”.

4.2. Las pretensiones de la demanda de reconvención son las siguientes:

“Se declare que la Clínica Vasculor Navarra Ltda. y Jorge Álvaro Murcia Gómez eran deudores solidarios de Óscar Enrique Pinzón Jiménez conforme a la garantía otorgada bajo el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) celebrado el día 26 de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) entre Oferil S.A. y Óscar Enrique Pinzón Jiménez”.

“Se declare que entre Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vasculor Ltda. existió un contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000).

“Se declare que el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de

marzo de dos mil (2000) contiene una novación al contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) celebrado el veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en los términos del numeral 3° del artículo 1690 del Código Civil, y una asunción de deuda de la Clínica Vasculare Navarra Ltda.”.

“Se declare que la Clínica Vasculare Navarra Ltda. incumplió con el pago de los cánones de arrendamiento pactados bajo el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000), en los términos del literal (a) de la cláusula 17 del contrato, desde el veinte (20) de agosto de dos mil (2000)”.

“Se declare que la Clínica Vasculare Navarra Ltda. incumplió con la obligación de sustituir al importador, en los términos de la cláusula 6 (a) (iii), incumplió con el pago del arancel e IVA que le correspondía en los términos de la cláusula 5, e incumplió con la obligación de asegurar los equipos en los términos de la cláusula 11, configurando varios casos de incumplimiento en los términos de los literales (b), (c) y (d) de la cláusula 17 del contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000)”.

“Se declare que Medical Systems Finance S.A. terminó unilateralmente y con justa causa el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000), por incumplimiento de la Clínica Vasculare Navarra Ltda. a sus obligaciones contractuales en los términos de la cláusula 17 del mismo”.

“Se declare que en la fecha de terminación del contrato, el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), la Clínica Vasculare Navarra Ltda. adeudaba a Medical Systems Finance S.A., por concepto de cánones de arrendamiento financiero causados, la suma de un millón doscientos seis mil doscientos noventa y un dólares con cuarenta y dos centavos de dólar (US\$ 1,206,291.42) de los Estados Unidos de América”.

“Se declare que la fecha de terminación del contrato, el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), la Clínica Vasculare Navarra Ltda. adeudaba a Medical Systems Finance S.A., por concepto de intereses remuneratorios causados y pactados a la tasa libor + 2.5%, la suma de ciento tres mil ciento treinta y un dólares con sesenta y cuatro centavos de dólar (USD\$ 103, 131.64) de los Estados Unidos de América, o aquella suma que resulte probada durante el arbitramento”.

“Se declare que la Clínica Vasculare Navarra Ltda. adeuda a Medical Systems Finance S.A., en los términos de la cláusula 4 del contrato, intereses moratorios liquidados a partir de las siguientes fechas y sobre las siguientes sumas de dinero:

20 ago. 2000 USD\$ 28,014.73

20 dic. 2000 USD\$ 434,548.34

20 mar. 2001 USD\$ 135,238.10

20 jun. 2001 USD\$ 135,238.10

20 sep. 2001 USD\$ 135,238.10

20 dic. 2001 USD\$ 135,238.10

“Se declare que la Clínica Vasculare Navarra Ltda. se encuentra en mora de restituir los equipos médicos arrendados a Medical Systems Finance S.A. desde el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), en los términos de la cláusula 17 del contrato”.

“Se declare que a consecuencia de la mora en la restitución de los equipos médicos arrendados, la Clínica Vasculare Navarra Ltda. adeuda a Medical Systems Finance S.A. los cánones de arrendamiento que se causen hasta la fecha en que quede ejecutoriada la Resolución 03-064-4455 del trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002) la cual la Administración Especial de Aduanas de Bogotá ordenó el decomiso definitivo de los equipos a favor de la Nación, entre ellos, los siguientes:

20 mar. 2002 USD\$ 135,238.10

20 jun. 2002 USD\$ 135,238.10

20 sep. 2002 USD\$ 135,238.10

20 dic. 2002 USD\$ 135,238.10

20 mar. 2003 USD\$ 135,238.10

“Se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. adeuda a Medical Systems Finance S.A. los intereses remuneratorios (Libor + 2.5%) y moratorios que resulten liquidados sobre las sumas de dinero a que hace referencia la anterior pretensión”.

“Se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. incurrió en culpa grave, abuso de sus derechos y violó dolosamente la obligación contenida en la cláusula 9 del contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2009), cuya terminación le fue notificada el cinco (5) de febrero de dos mil dos (2002), al poner los equipos arrendados a disposición de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá el dieciocho (18) de febrero de dos mil dos (2002), y generar su aprehensión de manera unilateral y sin contar con la autorización previa y expresa de la arrendadora y propietaria legítima de los mismos”.

“A consecuencia de las declaraciones proferidas conforme a las pretensiones quinta y décima tercera anteriores, y una vez quede ejecutoriada la Resolución 03-064-4455 del trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002) que ordena el decomiso definitivo de los equipos a favor de la Nación, se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. es responsable de un caso de pérdida en los términos de las cláusulas 12 y 13 del contrato, que debe ser indemnizado conforma a la cláusula 16 del mismo”.

“A consecuencia de la anterior declaración, se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. está obligada indemnizar a Medical Systems Finance S.A. en la suma de dos millones ochocientos cuarenta mil dólares (USD\$ 2.840.000) de los Estados Unidos de América”.

“Se condene a la Clínica Vascular Navarra Ltda. a pagar a Medical Systems Finance S.A. la suma total que resulte de las anteriores pretensiones, deducidos los setecientos sesenta y cuatro mil dólares (USD\$ 764.000) de los Estados Unidos de América que vienen siendo ejecutados ante el Juzgado Treinta y tres (33) Civil del Circuito de Bogotá, así como la suma de un millón ciento cuarenta y seis mil dólares (USD\$ 1.1461.000) de los Estados Unidos de América, obligación contenida en el pagaré número 2000-02”.

“Se condene a la Clínica Vascular Navarra Ltda. al pago de costas, agencias en derecho, gastos y honorarios del tribunal de arbitramento”.

4.3. La oposición de la parte convocante frente a la demanda de reconvención.

La parte convocante, al contestar la demanda de reconvención, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Igualmente propuso las siguientes excepciones, fundamentadas en los argumentos de derecho esgrimidos en la contestación de la demanda de reconvención:

4.3.1. Nulidad absoluta del contrato por objeto ilícito.

4.3.2. Nulidad por falta de un elemento de la esencia en el contrato de leasing.

4.3.3. Cláusula de imposible cumplimiento.

4.3.4. Excepción de contrato no cumplido.

D. La actuación probatoria surtida en el proceso.

Sobre la práctica de las diligencias de pruebas practicadas, cabe señalar lo siguiente:

El 12 de mayo de 2003 se designó y posesionó el perito designado por el tribunal. En la misma fecha se recibió el testimonio de Margot Obando Beltrán y la declaración de Jorge Álvaro Murcia Gómez.

El 13 de junio de 2003 se recibió el testimonio de Óscar Enrique Pinzón, el cual había sido anteriormente postergado por mutua solicitud de las partes.

El 4 de julio de 2003 se corrió traslado a las partes del dictamen pericial, el cual fue rendido oportunamente.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado de la parte convocante presentó escrito mediante el cual solicitó la aclaración y adición del dictamen pericial, las mismas fueron decretadas mediante auto del 10 de julio siguiente.

El 11 de agosto de 2003 se corrió traslado a las partes de las adiciones y aclaraciones al dictamen pericial, las cuales fueron presentadas dentro del término concedido por el tribunal para tales efectos.

Finalmente, cabe decir, que fueron enviados todos los oficios solicitados y decretados, y sus respuestas se encuentran debidamente incorporadas al expediente.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en doce (12) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron las pruebas solicitadas y ambas partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, el 2 de octubre de 2003, hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba que obran en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellas llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente.

Visto lo anterior, y atendiendo a que la primera audiencia de trámite concluyó el 25 de marzo de 2003 y a que las partes solicitaron una suspensión del proceso, a saber, entre el 25 de marzo de 2003 y el 21 de abril del mismo año y entre el 3 y el 22 de octubre, el tribunal se encuentra dentro del término legal previsto para proferir el presente laudo.

II. Consideraciones del tribunal

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, para lo cual se estudiaran en su orden, las pretensiones de la demanda, las excepciones propuestas, la demanda de reconvenición y las excepciones a ella, en orden a lo cual son conducentes las siguientes

CONSIDERACIONES:

A. Reconocimiento de los hechos probados en el proceso.

Sin perjuicio de otros que se mencionan en este escrito, estos son los hechos que el tribunal ha encontrado probados en el proceso, los que se presentan cronológicamente para facilitar la comprensión de la base fáctica del conflicto que se somete a consideración del tribunal de arbitramento.

1. A folio 162 y siguientes del cuaderno uno⁽³⁶⁾ de pruebas, aparecen las declaraciones de importación de los equipos, de fecha 2 de enero de 1998.

2. El 22 de octubre de 1998, Oferil S.A. notificó a Óscar Enrique Pinzón la cesión del contrato a Medical Systems Finance, según consta en la comunicación visible a folio 282 del cuaderno uno de pruebas. En esa comunicación también indicó al arrendatario que el contrato, los pagarés y los equipos fueron dados en prenda a acreedores financieros internacionales que apalancaron la operación de crédito, con la cual Oferil adquirió los equipos que entrego en leasing.

3. El 5 de febrero de 1999, según consta en los folios 191 y siguientes, Óscar Enrique Pinzón (partícipe inactivo) y Clínica Vasculat Navarra Ltda. (partícipe activo) celebraron un contrato de cuentas en participación, que reemplazó otro suscrito en junio de 1997 que había sido modificado en octubre de 1998, del cual se consideran relevantes los siguientes elementos:

- a) Su objeto es la explotación económica y científica del departamento de imágenes diagnósticas de la Clínica Vasculat Navarra Ltda.
- b) La operación cuidado y mantenimiento de los equipos es a cargo del partícipe inactivo.
- c) Los costos administrativos, de personal, suministros con algunas excepciones y el arrendamiento del local son pagados por el partícipe inactivo.
- d) El partícipe activo se obliga a buscar por todos los medios, que el contrato de arrendamiento del local tenga una duración igual a la del período del contrato del partícipe inactivo con MSF Holding Ltd. más tres años.
- e) El partícipe activo suministra una oficina para el partícipe inactivo, quien ejercerá como jefe del departamento de imágenes diagnósticas de la Clínica Vasculat Navarra Ltda.
- f) Los equipos funcionarán como departamento de anestesiología de la Clínica Vasculat Navarra Ltda. y así se dejará conocer en la papelería que se use en este servicio.
- g) El partícipe activo aporta los pacientes requeridos de acuerdo con los puntos de equilibrio previamente establecidos y su mejor esfuerzo en aportar pacientes ambulatorios u hospitalizados en otros centros hospitalarios.
- h) El partícipe activo tiene a su cargo la celebración de los contratos y la facturación de los servicios, en su propia papelería.
- i) El partícipe activo debía pagar los estudios radiológicos y de imágenes diagnósticas realizados por el partícipe inactivo en plazos específicamente pactados en el contrato.
- j) Los dos partícipes se obligaron a permitir que los funcionarios de Medical Systems Finance puedan verificar cómo se está desarrollando el contrato de cuentas en participación.
- k) Se obligó el partícipe activo a girar oportunamente los recursos al partícipe inactivo para que este pudiera pagar los cánones en el contrato de arrendamiento financiero suscrito con Medical Systems Finance.
- l) Las partes previeron que el acuerdo, en lo que se refiere a hemodinamia, debía tener 170 pacientes por mes.
- m) La Clínica Vasculat Navarra Ltda. se obligó a realizar la publicidad y el mercadeo y su mejor esfuerzo para poder lograr el punto de equilibrio del departamento de imágenes diagnósticas de la clínica.
- n) Las partes se obligaron a permitir mutuamente el intercambio de información, vigilancia e inspección con el fin de lograr una imagen conjunta de servicios y así poder evaluar las gestiones.
- o) El contrato prevé que en caso de que el partícipe activo no cumpla con el leasing celebrado con Oferil S.A. posteriormente cedido a Medical Systems Finance, y que según se manifiesta obliga a Jorge Álvaro Murcia Gómez y a Clínica Vasculat Navarra Ltda., el contrato de cuentas en participación terminaría y Clínica Vasculat Navarra Ltda. sería cesionario del contrato de leasing, para seguir pagando a Medical Systems Finance, sin reconocer nada a Óscar Enrique Pinzón por los cánones que hubiera pagado hasta ese momento. En esta hipótesis Clínica Vasculat Navarra Ltda. quedaba obligada en notificar esta cesión y obtenía el derecho de recibir los bienes al final del contrato de arrendamiento.

4. El 26 de marzo de 1999, Óscar Enrique Pinzón y Medical Systems Finance celebraron un otrosí para cambiar las condiciones de pago del contrato de leasing, en vista del incumplimiento en el pago de la primera cuota, y de la difícil situación económica del arrendatario. Este cambio operaba previa aceptación de sus codeudores.

5. A folio 166 y 302 del cuaderno de pruebas uno, están las copias de la comunicación de 5 de noviembre de 1999 que los apoderados de Medical Systems Finance enviaron a Óscar Enrique Pinzón, dando por terminado el contrato y exigiendo el pago de los cánones atrasados, so pena de retirar los equipos. Esta comunicación tiene copia anunciada a la Clínica Vasculat Navarra Ltda. y a su representante legal Álvaro Murcia Gómez como codeudores de Óscar Enrique Pinzón. En ellas hay sello de recibido en el Departamento de Imágenes Diagnósticas y en la Clínica Vasculat Navarra Ltda.

Observa el tribunal de arbitramento cómo desde ese momento la Clínica Vasculat Navarra Ltda. tuvo conocimiento de la situación del incumplimiento en que incurrió Óscar Enrique Pinzón, de sus obligaciones en el contrato de leasing. Esto, sin perjuicio de que la Clínica Vasculat Navarra Ltda. por la facultad de información que tenía en el contrato de cuentas en participación, por la remisión que en este contrato se hace al de leasing, y por ser garante de Óscar Pinzón en el contrato de leasing, conoció o debió conocer la situación de importación del los equipos, y el contrato de leasing y obligaciones que por la importación y por el leasing asumía Óscar Pinzón.

6. A folio 304 del cuaderno uno de pruebas, consta comunicación del 10 de febrero de 2000 en la que los apoderados de Medical Systems Finance, informan a Óscar Enrique Pinzón, que ante el no pago de los cánones y por la falta de colaboración para solucionar el problema “hemos tomado posesión de los equipos en el día de hoy”. Esta carta anuncia copia a Clínica Vasculat Navarra Ltda. y a Álvaro Murcia Gómez, pero no hay constancia de que se hayan entregado las copias.

7. Entre el 2 y el 17 de marzo de 2000 suscribieron Medical Systems Finance y Clínica Vasculat Navarra Ltda. un contrato de leasing, esencialmente igual al suscrito por Óscar Enrique Pinzón. Folio 306 y siguientes del cuaderno de pruebas número uno.

Son elementos relevantes del contrato los siguientes:

a) En la cláusula 1, se encuentra la definición de impuestos, y en ella se incluye entre otros costos el de registro o cualquier otro de naturaleza aduanera, al igual que todas las sanciones multas, impuestos adicionales o intereses cobrados sobre los mismos (fl. 310).

b) En esta misma cláusula (pág. 4) se ha estipulado que **fecha efectiva** es la fecha de entrega de **los equipos** en la **dirección de entregas**; la prueba concluyente de la **fecha efectiva**, es la aceptación por escrito por parte del **arrendatario** del acta de entrega de los equipos objeto del presente contrato.

c) Cláusula segunda. **El arrendador** tendrá todo derecho, propiedad y participación en **los equipos** hasta el momento en que se realice el traspaso del mismo a nombre del **arrendatario**, de acuerdo con los términos y condiciones de este **contrato**.

d) El **canon de arrendamiento** será pagadero en las fechas y sumas estipuladas en el cronograma de pagos anexo 4 de este contrato. Cláusula 4.

e) Cláusula 5. Todos los costos y gastos así como todos los impuestos, tasas y contribuciones causados con ocasión de la celebración y ejecución de este contrato, con la entrega y aceptación de los equipos, así como todos los costos (incluyendo seguros), si los hubiere, correrán por cuenta de el arrendatario.

f) Cláusula 6. Las obligaciones del arrendador bajo este contrato están sujetas a las siguientes condiciones:

Que el arrendador haya recibido, para la fecha efectiva o antes, las siguientes pruebas, las cuales tendrán que ser aceptables para el arrendador en cuanto a su forma y esencia, las cuales estarán en plena validez y vigencia para la fecha efectiva.

(...).

Prueba de que el arrendatario cumplió con el registro ante el Banco de la República de Colombia.

Copia de la declaración de importación temporal de los equipos, en la que el arrendatario figure como importador.

(...)

Que no haya ocurrido incumplimiento ni que exista en la fecha efectiva.

(...)

g) Cláusula 7. “El arrendatario garantiza que a la fecha de firma del contrato no ha ocurrido ningún hecho de los que se describen como incumplimiento en el contrato”. Folio 317.

h) Cláusula 8, a folio 317. El arrendador no garantiza varias cosas entre ellas la comerciabilidad, propiedad y valor de los equipos.

i) En ese mismo folio en la cláusula 9, el arrendatario se obliga a no permitir que ninguno de los equipos sea decomisado ni retirado de su posesión o control.

j) En la cláusula 13 se previó que la pérdida de los equipos no termina las obligaciones del contrato y que el arrendatario responderá de toda pérdida y daño de los equipos, “sin importar como fue causada dicha pérdida o daño, en cualquier momento o momentos, antes y después de que el arrendador tome posesión física de los mismos”.

k) En la cláusula 15, (fl. 321 del cuaderno de pruebas número uno) se pactó la opción de compra, indicando que si la transferencia se produce, se hará en el estado actual de los equipos al momento de realizarse y en donde se encuentren, y así lo acepta anticipadamente el arrendatario.

Observa el tribunal que este numeral no puede interpretarse en el sentido de que la venta esta aceptada anticipadamente. La redacción es clara en indicar que lo que se acepta anticipadamente es la modalidad de la transferencia: “si la propiedad de los equipos va a ser transferida por parte de el arrendador a el arrendatario”.

En la cláusula la transferencia está sujeta a la condición de que se haya pagado la sumatoria de terminación, no haya causales de incumplimiento, se ejerza el último día de la vigencia del contrato y se pague la suma de un dólar de los EUA.

Si el arrendatario no acepta la opción de compra y no paga el saldo del precio, pagará al arrendador cien mil dólares, más todos los perjuicios, gastos, pérdidas, daños de desinstalación, obligaciones, impuestos y reclamos de cualquier naturaleza, que superen los cien mil dólares.

l) De acuerdo con la cláusula 17, folio 322, (se citan los que se consideran relevantes) son casos de incumplimiento:

i. El retardo en más de treinta días en el pago de cánones o cualquier otra suma que el arrendatario deba pagar bajo el contrato, cómo por ejemplo los impuestos.

ii. Cuando el arrendatario deje de cumplir cualquiera otra prestación en el contrato y sus documentos.

iii. Cuando no sea válida alguna certificación, autorización, registro o licencia del gobierno que esté prevista para la ejecución del contrato.

iv. Cuando sea o llegue a ser ilegal bajo las leyes de la República de Colombia, Uruguay o Estados Unidos de América, que el arrendador o arrendatario celebre o ejecuten el contrato.

m) De conformidad con la cláusula 22, el arrendatario debe reembolsar al arrendador todo pago que haga este, en relación con costo y gastos del contrato, de cobro de los cánones o de defensa de los derechos del arrendador en los bienes. Folio 327.

n) A folio 329 está la cláusula 24, que le da derecho al arrendador a desempeñar y cumplir todas las obligaciones que deje de cumplir el arrendatario y a obtener el reembolso de esas sumas con la tasa de interés de mora máxima que permita la ley.

o) En el folio 330, la cláusula 27 prevé que en caso de que alguna cláusula sea nula o ineficaz, ello no implica la nulidad o invalidez de todo el contrato, con la obligación de las partes de remplazarla en términos jurídicamente posibles.

8. A folio 336, están las cartas de instrucciones para llenar los pagarés de garantía, suscritos por varias personas naturales. Observa el tribunal que la instrucción es llenar el pagaré por el valor de las sumas que deba pagar el arrendatario bajo el contrato y hasta concurrencia de la sumatoria de terminación, pactada en el contrato.

9. A folio 174 hay copia de la comunicación que el 8 de marzo de 2001 envió la DIAN a Óscar Enrique Pinzón, donde le pide acreditar al pago de cuotas de impuestos atrasadas, explicar por que realizó pagos extemporáneos y presentar las declaraciones de levante.

10. A folio 108 aparece comunicación de fecha 27 de agosto de 2001, en la que la DIAN requiere a la Clínica Vasculor Navarra, para que acredite el pago de las cuotas correspondientes a los pagos de tributos y para que informe sobre la situación de los equipos.

11. De acuerdo con el fax de fecha septiembre 7 de 2001 que aparece a folio 175, Medical Systems Finance conoció de dicho requerimiento.

12. A folio 109, está la comunicación DC-222-09 del 7 de septiembre de 2001, en la que la Clínica Vasculor Navarra Ltda. da respuesta al requerimiento de la DIAN. En ella informa que: El importador era Óscar Enrique Pinzón, sobre las cesiones del contrato original y sobre el nuevo contrato suscrito por ella con Medical System Finance S.A.; explica que por los incumplimientos de Óscar Enrique Pinzón, a la Clínica Vasculor Navarra “le tocó” asumir las obligaciones de aquel en el contrato de leasing; indica su disposición a asumir lo que le corresponda por el nuevo contrato y pide arreglo de pago; Pide que se ejecute la póliza de garantía.

13. El tribunal observa que la destinataria de esta comunicación es la dirección de control de garantías, de la división de servicio al comercio exterior de la Administración Especial de Aduanas de Santafé de Bogotá, a la atención de la Dra. Margot Obando Beltrán, quien según se desprende de otras pruebas del proceso, fue después buscada como asesora de la Clínica Vasculor Navarra Ltda., y traída al proceso como testigo técnico por está misma parte.

14. Folio 338. Carta de los apoderados de Medical Systems Finance, de 17 de septiembre de 2001, en la que solicitan a Clínica Vasculor Navarra Ltda. que les suministre copia de la respuesta al requerimiento hecho por la DIAN, copia de los documentos que soporten la sustitución de importador hecha por Clínica Vasculor Navarra Ltda., incluida la garantía otorgada y copia de los comprobantes de pago de cuotas que hubiera hecho Clínica Vasculor Navarra Ltda. Solicitan esa información confiando en evitar la aprehensión y decomiso de los equipos.

15. A folios 168 y 340, está una comunicación de 19 de septiembre de 2001 de los apoderados de Medical Systems Finance a Clínica Vasculor Navarra Ltda., en la que se refieren al requerimiento que hizo la DIAN sobre el pago de los impuestos de importación. En está comunicación se expone con indicación de los artículos, la situación de incumplimiento de la obligación tributaria, y se pide que la Clínica Vasculor Navarra Ltda., presente la declaración voluntaria y asuma el pago del 20% del valor de los equipos, antes de que los equipos sean aprehendidos, y deba pagarse un rescate del 50%. Consideran que la clínica es la responsable de pagar dichos impuestos con base en el cláusula 5 del contrato.

16. En el folio 343 se encuentra una comunicación de la Clínica Vasculor Navarra Ltda., dirigida el 19 de septiembre de 2001, en que responde la de solicitud de los documentos e indica que “... los documentos soportes de la sustitución como importadores temporales además de la nueva garantía otorgada por nosotros de los equipos y los comprobantes de pago de las cuotas de tributos aduaneros que han sido pagados por nosotros en calidad de importadores en cumplimiento de las disposiciones aduaneras, se encuentran en poder de Medical System Finance (sic) de la persona Doris Galviz jefe del departamento de cartera”.

17. El mismo 19 de septiembre de 2001, los apoderados de Medical Systems Finance, se dirigen a la Clínica Vasculor Navarra Ltda., para indicarle que no tienen en su poder los documentos, pedirle la constancia de entrega de ellos en sus oficinas y confirman una reunión en la DIAN el día siguiente, a la que piden lleve Clínica Vasculor

Navarra Ltda. los documentos indicados en el numeral precedente.

18. Llama la atención del tribunal el hecho de que solo hasta el 19 de septiembre de 2001, Medical Systems Finance hubiera conocido la situación aduanera de los equipos, no obstante estar enterada del incumplimiento absoluto del primer arrendador. También encuentra peculiar la manifestación del arrendatario en el sentido de que había enviado los documentos que acreditaban su constitución como importador sustituto, cuando a la postre resultó que dicha sustitución nunca se hizo, y aun más, que esta parte contractual, en posterior oportunidad, haya argumentado que no sabía que era su deber hacer dicha gestión.

19. A folio 99 del cuaderno uno de pruebas aparece la Resolución 03-064-216-670 2612 del 21 de septiembre de 2001, en que se declara el incumplimiento del régimen de importación temporal a largo plazo leasing. En esa resolución se ordena hacer efectiva la póliza de cumplimiento. En ella se dice que Óscar Enrique Pinzón fue requerido para el pago, en julio de 1999, marzo y julio de 2000, y que como excusa para atender el requerimiento, expuso, en agosto de 2001, que había sido desalojado por vías de hecho de las instalaciones de la Clínica Vasculan Navarra Ltda., por lo que no poseía ningún documento relacionado con la importación.

20. En los folios 111 y 347 está la respuesta de la Clínica Vasculan Navarra Ltda., de 1º de octubre de 2001, a la comunicación de los apoderados de Medical Systems Finance, de fecha 19 de septiembre de 2001. En ella, contra lo expresado en anterior oportunidad, indica que no se ha sustituido como importador temporal y que si los equipos son aprehendidos será responsabilidad del arrendador, así como que es obligación de este mantenerlos en posibilidad de uso por parte del arrendatario. Argumenta básicamente, que los impuestos y gastos a que se refiere la cláusula quinta del contrato que tienen suscrito, no se refieren a los de importación de los equipos, pues estos fueron los vinculados al contrato celebrado antes, con Óscar Enrique Pinzón, contrato que no tiene ninguna relación con el que ahora une a esas dos partes.

21. En el folio 350 está la contra-respuesta de los apoderados de Medical Systems Finance, a la carta del 1º de octubre, emitida el 26 de octubre de 2001. Argumentan con base en la cláusula 6, que estaba prevista la obligación a cargo de Clínica Vasculan Navarra Ltda. de sustituir al importador temporal. (num. (iii)). Señalan que la indicación de esta entidad contenida en la comunicación del 1º de octubre, en el sentido que no se sustituyó como importador, es confesión de incumplimiento en los términos de la cláusula 17 del contrato. Indica que de acuerdo con las cláusulas 9, 13 y 16, la protección de los equipos corresponde al arrendatario a favor del arrendador. Indican que así como en el primer contrato le correspondía al doctor Pinzón, arrendatario, la calidad de importador, así mismo le corresponde a Clínica Vasculan Navarra Ltda. en el nuevo contrato. Indican que los mayores costos tributarios le corresponden a la Clínica Vasculan Navarra Ltda. como nuevo importador temporal sustituto o como codeudor de Óscar Enrique Pinzón. Indican que la tolerancia al incumplimiento no implica que no se reserven el derecho de terminar el contrato en cualquier momento. Indican que la Clínica Vasculan Navarra Ltda., debe presentar la declaración de sustitución en cero (0) una vez que Seguros Tequendama pague la póliza. Piden que la clínica haga el seguimiento del proceso y ofrecen su colaboración.

22. En el folio 358 del cuaderno uno de pruebas, está la comunicación de fecha 10 de enero de 2002, con la cual los apoderados de Medical Systems Finance responden una propuesta de renegociación del contrato de leasing. Allí Medical Systems Finance, ofrece el 30% de los tributos.; piden garantías adicionales de carácter real y de naturaleza fuente de pago, ofrecen bajar la parte fija del interés que sobrepasa el libor, no acepta prorrogar a 7 años, pide abono de intereses, sugiere que la clínica contrate un crédito para pagar el mayor valor de los impuestos.

23. El 17 de enero, folio 362, está una respuesta parcial de la clínica a la propuesta de que da cuenta el numeral anterior. En ella pide certificación del valor de la deuda. Se remite el acta que se levantó de una reunión realizada entre las partes en torno de la renegociación del contrato.

24. La copia de esta acta está a folio 364 y siguientes, pero sin firma. fecha el 21 de noviembre de 2001, esto es, tres meses antes de la fecha en que es remitida para estudio. No obstante no estar firmada, como es anexa a la comunicación que sí tiene firma, el tribunal de arbitramento la apreciara como un indicio de lo que ocurrió en la reunión⁽³⁷⁾.

25. Se trata de una reunión proactiva y positiva, en torno de la posibilidad de mantener la relación comercial,

modificando las condiciones del contrato. Observa el tribunal de arbitramento, las constancias sobre la intervención de la doctora Margot Obando: Considera ella que MSF incurrió en errores administrativos tales como no informar a la DIAN la terminación unilateral del contrato de arrendamiento financiero suscrito con Óscar Pinzón, no haber hecho efectiva la póliza de cumplimiento otorgada a favor de la DIAN, estar los equipos en estado de ilegalidad en el país para la fecha de la firma del contrato de leasing entre Medical Systems Finance y Clínica Vasculuar Navarra Ltda. También afirma que la póliza podía ser impagada por la compañía de seguros, lo que causaría la aprehensión y comiso de los equipos, por lo que indicó la conveniencia de pagar los impuestos en el menor tiempo posible. Finalmente, indica el acta, que la doctora Obando opina que la importación la debe hacer el propietario de los equipos. Como conclusión, acordaron cruzar propuestas hasta llegar un arreglo. Hay constancia en el acta de un estudio financiero que elaboró un asesor de la Clínica Vasculuar Navarra Ltda., para sustentar la propuesta de renegociación del contrato. Finalmente da cuenta el acta que se planteó la posibilidad de pagar por partes iguales los costos de los impuestos.

26. Con fecha 21 de enero de 2002, los representantes de Medical Systems Finance, folio 376, se dirigen a la Clínica Vasculuar Navarra Ltda., sobre la negociación de la reestructuración del contrato de leasing. Responden la carta de 17 de enero de 2002. Reafirman la suma que les había sido certificada por Medical Systems Finance en esa comunicación. Indican que está vencida la cuota de 3 de enero y ofrecen negociar para arreglar el incumplimiento de Clínica Vasculuar Navarra Ltda. Piden información sobre el resultado de la reunión de socios de la clínica.

27. A folio 379 está la comunicación del 4 de febrero de 2002, de Clínica Vasculuar Navarra Ltda. a los representantes de Medical Systems Finance. Tiene como referencia contrato de leasing, celebrado con Medical Systems Finance. Evidencia colaboración de los apoderados de Medical Systems Finance. Manifiesta que la Clínica Vasculuar Navarra Ltda., tiene capacidad de pago dependiendo de la razonabilidad de la posición asumida por Medical Systems Finance. Propone que los activos sean nacionalizados por Medical Systems Finance. Propone que se cambie el contrato por uno de compraventa con pacto de reserva de dominio u otro que facilite la negociación. Piden determinar cifras que resulten a cargo de Clínica Vasculuar Navarra Ltda. Piden 8 años de plazo con uno de gracia. Indican que los ecógrafos son obsoletos por lo que no están siendo rentables. Negrilla y subrayado fuera del texto.

Llama la atención del tribunal, la expresa petición de la Clínica Vasculuar Navarra Ltda., sobre el cambio de contrato de leasing por uno de compraventa con reserva de dominio, frente a la pretensión de simulación, y petición de declaración de la existencia de un contrato de venta con reserva de dominio que tiene la demanda. Sobre este aspecto se hará un pronunciamiento en la tercera parte de estas consideraciones del tribunal de arbitramento.

28. El 5 de febrero de 2002, los representantes de Medical Systems Finance, escriben a Clínica Vasculuar Navarra Ltda., folio 383, e indican: Que dan por terminado el contrato de manera unilateral por haberse dados varios casos de incumplimiento: Haber dejado de pagar cuotas de arrendamiento, haber dejado de cumplir el arrendatario obligaciones del contrato, diferentes del canon, haber sido incorrecta una declaración del arrendatario en el contrato, el hecho de no ser válida una licencia, autorización o registro ante autoridad gubernamental, todo esto, porque hay una mora de más de un año en varios cánones, por no haber sustituido al importador anterior y no haber pagado los impuestos de importación. Otorga un plazo de 30 días para que pague lo que debe, con intereses, presente legalización de los equipos y haga el pago de todos los impuestos, intereses y sanciones, así como la entrega de la póliza contra todo riesgo con recibo de pago.

29. Indica que si no ha cumplido en ese término, entenderán terminado el contrato, y advierten que entre el 5 y el 12 de febrero de 2002, sacarán los equipos, por lo que les advierten para que se tomen las medidas para tal efecto. Advierten que se reservan el derecho de perseguir judicialmente a la Clínica Vasculuar Navarra Ltda. por todos los perjuicios que ha sufrido Medical Systems Finance. Así mismo se reservan el derecho de perseguir las obligaciones del contrato suscrito con Óscar Enrique Pinzón, que tiene garantía de la clínica y de otros codeudores. Esta comunicación fue enviada por correo certificado según consta en el recibo correspondiente aportado al expediente y visible a folio 387.

30. A folio 388 está la comunicación del 9 de febrero de 2002, en la que la Clínica Vasculuar Navarra Ltda. se dirige a los apoderados de Medical Systems Finance, indicándoles que en referencia a una comunicación del 4 de febrero (hecho 25), no se han pronunciado sobre la propuesta de esa fecha.

31. En el folio 389 está la comunicación de fecha 12 de febrero de 2002, dirigida por los representantes de Medical Systems Finance a la Clínica Vasculuar Navarra Ltda., en la que indican que ya se habían pronunciado el 4 y el 9 de febrero. Indican que la propuesta del 4 de febrero de la clínica, los aleja de las propuestas hechas durante más de un año y medio de negociaciones. La comunicación hace un recuento de las diferencias desfavorables para Medical Systems Finance, entre la propuesta de diciembre de 2001 y la de febrero de 2002. Indican que considera que es una propuesta dilatoria y superficial, por lo que se tomó la decisión de terminar el contrato con fecha 6 de febrero como fue comunicado en anterior oportunidad.

32. A folio 113 del cuaderno uno de pruebas, está la comunicación de febrero 14 de 2002, entregada en la DIAN el 18 de febrero del mismo año, con la que Clínica Vasculuar Navarra, pone a disposición de la DIAN los equipos objeto del contrato de leasing. Indica que desde la importación ella celebró un contrato de cuentas en participación con el importador Óscar Pinzón. También indica que esos equipos fueron prácticamente abandonados por Óscar Pinzón en las instalaciones de la clínica. Indican que celebraron contrato con Medical Systems Finance casi obligados y por las necesidades de la clínica, pero que no fueron advertidos sobre el estado de la importación. Indican que después de haber recibido el requerimiento de la DIAN, intentaron negociar con Medical Systems Finance para legalizar los equipos sin tener colaboración de este. Indica que no puede realizar trámite ante la administración por no tener los documentos necesarios y por eso los pone a disposición de la DIAN.

33. El 28 de febrero y el 1º de marzo de 2002, se realizó la diligencia en que se aprehendieron los bienes objeto del contrato de leasing por la DIAN y se dejaron en custodia en la clínica, como se desprende de las actas correspondientes que aparecen a folios 41 y 54 del cuaderno uno de pruebas.

34. El 11 de marzo de 2002, en comunicación visible a folio 395 del cuaderno uno de pruebas, enviada por fax y por correo certificado, según se desprende del recibo visible a folio 397, los representantes de Medical Systems Finance, se dirigen a Clínica Vasculuar Navarra Ltda., para referirse a las reuniones de 7 y 11 de marzo, en las cuales discutieron el texto del acta de entrega de los equipos de la Clínica Vasculuar Navarra Ltda. a Medical Systems Finance. Piden que la Clínica cumpla con su obligación contractual de suscribir el acta de entrega y permitir el retiro de los equipos de las instalaciones de esta.

35. Observa el tribunal de arbitramento que la Clínica Vasculuar Navarra Ltda., no obstante haber puesto los equipos a disposición de la DIAN, y haberlos entregado y recibido a título de depósito de está desde el 28 de febrero y primero de marzo, no había informado nada de esto a su contraparte contractual, habiendo sido evasiva frente a él en la suscripción de entrega de los equipos, actitud que encuentra reprochable a la luz del mandato del artículo 871 del Código de Comercio.

36. La comunicación de 18 de marzo de 2002, de los representantes de Medical Systems Finance a Clínica Vasculuar Navarra Ltda., aparece a folio 398, fue enviada por fax y por correo certificado, según se desprende del recibo que aparece a folio 400. En ella, Medical Systems Finance informa el valor de la sumatoria a la terminación del contrato, con corte a 7 de marzo, fecha que denomina efectiva de su terminación. Esa suma se fija en US\$ 1.910.338.13. después de describir los diferentes ítems que la conforman.

37. Adicionalmente en carta del mismo 18 de marzo, visible a folio 401, enviada por fax y por correo certificado, según se desprende del recibo que aparece a folio 406, los representantes de Medical Systems Finance, se dirigen a la Clínica Vasculuar Navarra Ltda., para indicarle que han tenido conocimiento por información de funcionarios de la DIAN, que los equipos fueron aprehendidos por la DIAN, por solicitud hecha por la Clínica Vasculuar Navarra Ltda. Imputan a la Clínica Vasculuar Navarra Ltda. haber actuado de mala fe, abusivamente y arbitrariamente al entregar los equipos, y haber incumplido el deber de protección de los derechos que se prevé en la cláusula 9 del contrato. Indican sobre la posible iniciación de procesos penales contra la clínica y contra su asesora, Margoth Obando, ex funcionaria de alto rango de la Dirección de Aduanas de Bogotá, enumerando varios tipos penales. Recriminan que la Clínica Vasculuar Navarra Ltda. haya puesto a disposición de la Aduana los equipos, sin haber terminado el proceso que determinaba el pago de la garantía, lo que supone que no era procedente la aprehensión.

Advierte que sospecha que la acción de la Clínica Vascular Navarra Ltda., al haber puesto a disposición de la aduana los equipos es una reacción a la estrategia de recuperación que había iniciado Medical Systems Finance. Finalmente dan a la carta el alcance de ser aviso de imputación de responsabilidad por la pérdida de los equipos en los términos de la cláusula 13 del contrato.

38. Adicionalmente, el mismo 18 de marzo, según aparece en los folios 424 y siguientes, el apoderado de Medical Systems Finance, presenta derecho de petición y revocatoria directa ante la división de fiscalización de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá. La petición consiste en que se revoque el acta de aprehensión, se reconozca a Medical Systems Finance como propietaria de los equipos y parte interesada en el trámite, se siga con el cobro de la garantía de seguros, expedida por Seguros Tequendama, y se autorice a Medical Systems Finance, para legalizar la importación, con el objeto de terminar la importación temporal.

39. A folio 486 y siguientes del cuaderno uno de pruebas, está la Resolución 03-064-4455, del 13 de diciembre de 2002, del grupo determinación de sanciones, de la división de liquidación de la Administración de Aduanas de Bogotá, en la que indica que no procede el cobro de la garantía, porque, aparentemente, por negligencia de la división de control de garantías, la acción de cobro prescribió. Dice que en virtud de haberse puesto los equipos a disposición de la Administración de Aduanas, es pertinente el decomiso. Negó las petición de Medical Systems Finance sobre revocatoria de la aprehensión. Indica que la Clínica Vascular Navarra Ltda. no contestó el requerimiento que le hizo la DIAN. Finalmente ordena el decomiso de los bienes afectos al contrato de leasing a favor de la nación.

40. A folio 38 y siguientes del cuaderno de pruebas dos, en documento aportado conjuntamente por las dos partes, que el tribunal de arbitramento accede a reconocer como prueba del proceso⁽³⁸⁾, está la Resolución 03-072-193-6010350, del 11 de abril de 2003, emitida por la división jurídica aduanera, de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, que confirma el decomiso de la mercancía (se refiere a los equipos objeto del leasing), con lo cual ellos pasan a la propiedad de la Nación. Está providencia agota la vía gubernativa.

41. Entre los folios 13 y 27 del cuaderno dos de pruebas, está el testimonio de la doctora Margot Obando, citada como testigo técnico por la parte actora. En la evaluación de este testimonio el tribunal de arbitramento, ha tenido en cuenta que ella participó en el proceso como funcionaria de la DIAN, que fue buscada en su nueva actividad e invitada por la Clínica Vascular Navarra Ltda. a participar en reuniones llevadas a cabo por las partes en la etapa de solución directa del litigio, reuniones en las que expresó opiniones y fijo posiciones sobre el asunto y, que fue denunciada penalmente por el representante de Medical Systems Finance, todo lo cual, lleva al Tribunal a considerar que no reviste todas las cualidades que debe tener un testigo, en especial si se trata de un testigo que como testigo técnico, expresó en la mayor parte de su declaración, opiniones y conceptos. Por eso, respecto de este testimonio dará aplicación al artículo 217 del Código de Procedimiento Civil teniéndose como una testigo sospechosa⁽³⁹⁾.

1. 42. En el folio 28 al 36 del cuaderno dos de pruebas está la declaración de parte del doctor Jorge Álvaro Murcia Gómez. Se destacan allí las siguientes afirmaciones del declarante:

- a) La Clínica Vascular Navarra Ltda. celebró el segundo contrato de leasing, porque le estaban cobrando la deuda impagada del señor Óscar Enrique Pinzón.
- b) En agosto o septiembre de 2001, en visita a la DIAN con el doctor Bertoletti, la clínica se enteró del problema del incumplimiento del régimen de importación.
- c) La DIAN les informó que no reconocía el contrato de leasing celebrado con la clínica, por cuanto no se había hecho el trámite de información y sustitución de importador.
- d) La celebración del contrato de leasing por parte de Óscar Pinzón con Oferil, estaba determinada por el negocio de explotación conjunta de los equipos, entre el señor Pinzón y la clínica, que se instrumentó en el contrato de cuentas en participación suscrito entre los dos, que conocían del leasing y del régimen de importación al que estaban sometidos los equipos.
- e) El segundo contrato de leasing que celebró la clínica con la sociedad convocante, fue motivado por la

eventualidad de perder los equipos y tener que asumir las deudas que avalaba de Óscar Pinzón en el primer contrato.

f) El nuevo contrato de leasing incluía las deudas de Óscar Pinzón.

g) La clínica tuvo en cuenta la carga impositiva con que venía el doctor Pinzón, para exigir la celebración de un nuevo contrato.

h) La Clínica Vascular Navarra Ltda. entendió celebrar un contrato de leasing.

i) La suspensión de pagos por parte de la clínica en el contrato de leasing fue provocada por su estado de iliquidez y, posteriormente, por la consideración de que se trataba de un contrato nulo por objeto ilícito.

j) La Clínica Vascular Navarra Ltda., en oportunidad anterior ya había celebrado un contrato de leasing con leasing Bolívar, diferente al que se debate en este proceso.

k) En la administración de la clínica hay personal profesional con experiencia y formación académica en administración de hospitales.

43. A folio 170 del cuaderno uno de pruebas, se encuentra la certificación de la (*) Superintendencia Bancaria sobre el valor de la tasa representativa del mercado durante el mes de julio de 2002.

44. En cuaderno separado, se encuentra la prueba pericial.

B. Análisis jurídico general.

En este capítulo se presentan las consideraciones teóricas que hace el tribunal, sobre las diferentes entidades jurídicas que se involucran en las pretensiones de la demanda y en la demanda de reconvenición y se fija una posición respecto de cada una de ellas, todo ello teniendo en cuenta que, de acuerdo con la cláusula 25 del contrato, la decisión deberá ser tomada con base en las normas del derecho colombiano.

1. La simulación.

La doctrina y la jurisprudencia colombianas han desarrollado la teoría de la simulación, a partir del artículo 1766 del Código Civil⁽⁴⁰⁾. Es ella el desarrollo del principio de la buena fe, en la modalidad de protección al tercero de buena fe, en concordancia con el principio que da a la voluntad de las personas⁽⁴¹⁾ la capacidad de generar normas de carácter particular para regular sus intereses propios no vinculados al interés general.

Una primera observación que surge del estudio de esta figura, es que existen muchas y diferentes definiciones y descripciones que difieren en elementos, efectos y naturaleza⁽⁴²⁾, amén de una abundante literatura nacional⁽⁴³⁾ y extranjera que trata la materia.

Una descripción comprensiva de la simulación es esta:

“En todo acto jurídico existen dos elementos: la voluntad de los agentes (elemento interno) y la declaración o exteriorización de esa voluntad (elemento externo). Pero puede ocurrir que un acto, al exteriorizarse, se bifurque en dos declaraciones distintas (teoría monista de la simulación) o, si se quiere, que los agentes celebren dos actos distintos (teoría dualista). Sea de ello lo que fuere, la simulación consiste en que una de las declaraciones del acto único o uno de los dos actos aparente ante terceros un negocio jurídico, al paso que la otra declaración o acto se dirige a restarle toda eficacia entre las partes a la declaración o acto aparente, o a configurar otro negocio distinto. Si lo primero, o sea, si la declaración o acto oculto hace totalmente ineficaz la declaración o acto aparente, la simulación se dice absoluta. Si lo segundo, la simulación es relativa y entre las partes debe prevalecer la declaración o acto oculto, como cuando una donación se ha disfrazado con el ropaje de la compraventa”⁽⁴⁴⁾.

La H. Corte Suprema de Justicia⁽⁴⁵⁾, entre varias providencias que tratan el tema de la simulación ha dado estos elementos de la figura:

- Un acuerdo sobre la simulación, lo que se traduce en la necesaria voluntad oculta de todas las partes involucradas en el negocio⁽⁴⁶⁾.
- “Con otras palabras: la simulación presupone siempre la connivencia entre quienes han participado en ella”⁽⁴⁷⁾.
- Se requiere además que el acuerdo sobre la simulación esté destinado o tenga como finalidad engañar a terceros⁽⁴⁸⁾.
- Disconformidad intencional entre las partes, entre lo que se expresa en la declaración pública y lo que se quiere real o materialmente como acuerdo vinculante entre los involucrados⁽⁴⁹⁾.

Advierte el máximo tribunal, que el logro o perfeccionamiento del engaño no es elemento esencial de la simulación sino un asunto atinente a sus efectos frente a los terceros que se pretenden engañar.

La simulación no es en sí misma un acto ilícito. Es un acto neutral, que se torna en lícito o ilícito dependiendo de la finalidad o propósito para el que se realiza. Dice la doctrina:

“El fin inmediato de la simulación es, siempre, el engaño, pero su fin mediano puede ser inocuo o puede ser lesivo de la ley o de los derechos de terceros, lo que permite distinguir la simulación en lícita o ilícita. La simulación es lícita cuando no tiene como fin perjudicar a terceros ni violar el ordenamiento jurídico: el fundamento de esta clase de simulación es el derecho a la reserva que tiene toda persona, con la limitación de no dañar a terceros ni vulnerar el orden jurídico. La simulación es ilícita cuando tiene como fin perjudicar a terceros o quebrantar el ordenamiento jurídico. La simulación absoluta puede ser lícita o ilícita, aunque lo habitual es que caiga dentro de esa última categoría. Es lícita (según el clásico ejemplo) cuando una persona, para evitar continuos pedidos de auxilio económico de sus parientes y amigos, aparenta enajenar a otro sujeto una parte o la totalidad de sus bienes. Es ilícita (supuesto por demás frecuente) cuando un individuo que tiene deudas, enajena aparentemente sus bienes a otra persona, para sustraerlos de la ejecución de sus acreedores, o bien cuando, en idéntica situación de endeudamiento, aparenta contraer deudas que en realidad son ficticias, para aumentar su pasivo y, así, en caso de concurso, disminuir su patrimonio ante sus verdaderos acreedores. La simulación relativa también puede ser lícita o ilícita. Es lícita, conforme a un ejemplo clásico, cuando una persona que debe ausentarse de su domicilio por un lapso prolongado aparenta enajenar sus bienes a otra, para que esta, adquirente aparente, los administre sin limitación alguna, caso en que bajo la apariencia de una compraventa se encubre un mandato. Es ilícita, en cambio, cuando una persona a quien la ley prohíbe adquirir determinado bien, adquiere con el enajenante aparentar que lo compra un tercero, que cumple el papel de prestanombre, siendo que en realidad es aquella persona la que adquiere”⁽⁵⁰⁾.

Estos mismos elementos son descritos por varios de los autores de la doctrina⁽⁵¹⁾.

En materia de legitimación para incoar la acción también tiene establecido la H. Corte Suprema de Justicia, que la tienen no solo las partes sino cualquier tercero “cuando el acto fingido le acarrea un perjuicio cierto y actual. En efecto ha sostenido la Corte:

“todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la ley, en que prevalezca el acto oculto sobre lo declarado por las partes en el acto ostensible, está habilitado para demandar la declaración de simulación. Ese interés puede existir lo mismo en las partes que en los terceros extraños al acto, de donde se sigue que tanto aquellas como estos están capacitados para ejercitar la acción... Mas para que en el actor surja el interés que lo habilite para demandar la simulación, es necesario que sea actualmente titular de un derecho cuyo ejercicio se halle impedido o perturbado por el acto ostensible, y que la conservación de ese acto le cause un perjuicio” (G. J. CXIX, pág. 149). A lo cual solo resta agregar, en palabras de la misma Corte, que ese interés, “debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal que se trate, porque es este un conflicto de intereses jurídicamente regulado y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitima su acción” (G.J. LXXIII, pág. 212)”⁽⁵²⁾.

Es también común en los autores y la jurisprudencia la clasificación de la simulación entre absoluta⁽⁵³⁾ y relativa⁽⁵⁴⁾. Según ellos, la simulación es absoluta cuando el acto oculto no existe y cuando el acto aparente no tiene

ningún efecto. En la realidad, no obstante la manifestación aparente de voluntad, la situación jurídica existente entre la partes al momento en que ella se produce no sufre ninguna modificación. Por el contrario, en la llamada simulación relativa, las partes celebran un acto aparente que no produce efectos entre ellos, pero concomitante celebran otro, diferente, oculto, que sí los produce pero que solo rige para las partes. Su situación jurídica se modifica, pero no de acuerdo con el acto aparente sino con el oculto ⁽⁵⁵⁾ .

Otro elemento del análisis que se ha propuesto hacer este tribunal de arbitramento, consiste en determinar cuál es la naturaleza de la acción de simulación ⁽⁵⁶⁾ . Existen dos posiciones sobre la materia:

Una, según la cual la acción de simulación es diferente a la de nulidad, siendo aquella una forma de acción de ineficacia del acto jurídico ⁽⁵⁷⁾ :

Así, es admitida la simulación como acto estructurado en dos declaraciones, a una de las cuales las partes restan eficacia, “en el entendimiento de que, en nuestro ordenamiento jurídico esa dicotomía, en cuanto lícita, está permitida...” (G.J. T. CXXIV, pág. 290); conceptos estos de donde surge nítidamente la diferencia entre la simulación y la nulidad, pues en aquella no se alude en modo alguno a un vicio en los negocios jurídicos, como que por ese medio simplemente las partes persiguen un fin diferente del que aparece en el contrato mismo, mientras que en la nulidad, en cambio, la voluntad de las partes “persigue en todo caso la efectividad del acto, pero este surge viciado radicalmente en su causa o en su objeto, o sin la solemnidad exigida por la ley para que nazca a la vida del derecho” (Sent. 29 de agosto de 1951, LXX, 74) ⁽⁵⁸⁾ .

En contravía de la anterior, está la tesis que indica que la simulación sí es una forma de nulidad. Dice la doctrina:

“La falsa causa se configura en los supuestos de simulación, entendiendo como tal el otorgamiento de un acto jurídico que las partes han querido solamente como apariencia de otro acto u omisión, que también han querido como realidad oculta; en estos casos, la falsedad de la causa resulta de que los otorgantes del negocio exteriorizan una voluntad dirigida a alcanzar determinados fines que no son, en realidad, los que se proponen lograr con el acto jurídico que celebran. Tanto existe causa falsa en la simulación absoluta como en la simulación relativa. El vicio de simulación acarrea la invalidez del acto jurídico, de modo que este resulta nulo o anulable (según la simulación sea o no presumida por la ley) y de nulidad absoluta o relativa, según la simulación sea lícita o ilícita” ⁽⁵⁹⁾ .

También dice la doctrina:

“La acción de simulación es la pretensión judicial tendiente a obtener que el magistrado declare simulado y, por tanto, carente de efectos al acto aparente. Tiene las siguientes características: a) es una acción de invalidez, porque tiende a privar al acto simulado de sus efectos propios en razón, precisamente, del vicio de simulación que lo afecta; b) es una acción personal, porque nace de relaciones personales y no se puede hacer valer *erga omnes* sino contra un número determinado de personas, o sea, contra la otra parte del negocio, o contra ambas partes del acto cuando es un tercero quien la ejerce; c) es una acción declarativa (también llamada de afirmación o de reconocimiento) porque, en sí misma, es ineficaz para obtener la condena del demandado al cumplimiento de la prestación debida, sin perjuicio de su eventual acumulación con una acción de condena. A estos tres caracteres generales se les debe añadir (cuando la acción es ejercida por terceros) el de ser una acción conservatoria o patrimonial” ⁽⁶⁰⁾ .

Es del caso advertir que aun cuando se tratara de una acción de nulidad el tribunal de arbitramento mantiene su competencia para dirimir este conflicto ⁽⁶¹⁾ .

Finalmente, como elemento necesario descriptivo de la simulación es necesario indicar que ella requiere declaración judicial, en especial, en lo que se refiere a los terceros relativos a los que ella pueda afectar: “La simulación en cualquiera de sus dos formas reseñadas debe ser declarada judicialmente, al cabo de un proceso en que se establezca su ocurrencia” ⁽⁶²⁾ .

2. La opción de compra pactada por las partes en el contrato de leasing.

De acuerdo con la pretensión primera, la intención de las partes de celebrar un contrato de compraventa con reserva de dominio y no un contrato de leasing, se deriva de la cláusula 15 del contrato. La cláusula 15 del contrato

regula la opción de compra.

En términos breves la cláusula prevé lo siguiente:

- Si se traspasan los equipos, la transferencia se hará en el estado y lugar en que se encuentren.
- La transferencia de propiedad está sujeta:
 - a) A que se haya pagado en su totalidad la sumatoria de terminación y a que no haya ningún incumplimiento del arrendatario.
 - b) A que el arrendatario ejerza la opción.
 - c) A que se haya cumplido el plazo de vigencia del contrato.
 - d) A que se pague el precio de un dólar.
- Si no hace uso de su opción de compra, deberá pagar el arrendatario al arrendador la suma de cien mil dólares e indemnizar al arrendador de todo perjuicio por daños de desinstalación, obligaciones, impuestos y reclamos o problemas con la propiedad de los equipos después de la terminación del contrato.

La parte actora indicó en el alegato de conclusión sobre su pretensión:

“A pesar que el acuerdo de voluntades se alimentó con una serie de elementos de la naturaleza del contrato de leasing y otros accesorios, al tratar de identificar los elementos de la esencia y no encontrarlos, forzoso es concluir que no se reúnen dos de los presupuestos para predicar la existencia jurídica de dicho contrato, a saber, el canon a favor del arrendador y la opción de compra a favor del arrendatario; lo primero porque se pactó un precio total de las mercancías y su pago en instalamentos, y no un canon por el uso; y lo segundo porque desde un comienzo se exigió hacer uso de la facultad de comprar los equipos so pena de una indemnización millonaria” ⁽⁶³⁾ .

Sea lo primero decir que el tribunal no ha encontrado en las pretensiones alguna referencia al precio total de las mercancías y su pago en instalamentos, como presupuesto de la nulidad deprecada, sino solo la referencia explícita al contenido de la cláusula 15 del contrato que se refiere al precio de la opción. No obstante tribunal abordará estos temas en su análisis subsiguiente.

Deberá, pues, analizar este fallo si el pacto de la indemnización desnaturaliza la opción de compra y si esta es en verdad un elemento esencial del contrato de leasing. También se tratará el tema del efecto de una eventual ineficacia de dicha cláusula, frente a la eficacia del contrato en general ⁽⁶⁴⁾ , teniendo en cuenta lo pactado por las partes en la cláusula 27 del contrato ⁽⁶⁵⁾ y lo previsto en los artículos 902 y 904 del Código de Comercio ⁽⁶⁶⁾ .

Esto porque las partes previeron que el contrato sobreviviera a la nulidad parcial, pacto válido que debe ser admitido en concordancia con las normas citadas, para concluir que la nulidad que da al traste la eficacia de un contrato debe tener la calidad de afectar su esencia. Si el contrato es típico la norma será la referencia; si, por el contrario, es atípico los elementos esenciales se encuentran en la intención o razón de ser del negocio.

Entendido esto, es pertinente entrar al análisis del contenido de la cláusula 15 invocada. En ella se determina la opción de compra al finalizar el leasing y se establece el pago de una suma de dinero en caso de que no se ejerza la opción.

La opción ⁽⁶⁷⁾ es un contrato ⁽⁶⁸⁾ en que una de las partes da a la otra la facultad de decidir sobre la celebración de otro contrato en un plazo determinado, sometiéndose a la decisión de esta.

Dice el artículo 23 de la Ley 51 de 1918.

“ART. 23.—La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviere sometida a un término o a una condición, será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir este plazo ⁽⁶⁹⁾ .

Es elemento característico de la opción que su destinatario no es deudor y, por tanto, que no puede ser obligado a tomarla.

Sentadas estas consideraciones, lo primero que quiere puntualizar el tribunal es que el pacto contenido en la cláusula 15 del contrato constituye una cláusula penal pecuniaria imponible siempre que el arrendatario decida no hacer uso de la opción ⁽⁷⁰⁾. La cláusula penal pecuniaria es por mandato legal, de carácter esencialmente accesorio ⁽⁷¹⁾, esto es, que salvo las excepciones legales, no subsiste sin una obligación principal.

Cabe entonces preguntarse si la cláusula penal, frente al libre ejercicio derivado de la opción, carece de efectos o si, por el contrario, la intención de las partes en el contrato fue la de radicar en cabeza de la sociedad arrendataria la obligación de comprar los bienes a su terminación, lo que supondría la falta de un requisito esencial de la opción.

En opinión de este tribunal, no es esta una pregunta que se pueda absolver de manera general, sino que debe contestarse en el entorno de interpretación del contrato particular, en que la dicotomía se presenta.

En este sentido, se puede apreciar en el texto de la cláusula 15 que la suma pactada como sanción, se causa en uno de dos eventos: si no se toma la opción por parte del arrendatario y si este no paga el precio. Pagar el precio del contrato (canon) es una obligación a cargo del arrendatario. La redacción de la cláusula equipara esta obligación a cargo del arrendatario con el evento de ejercer la opción, para efectos de castigar el incumplimiento, lo que para el tribunal demuestra que el sentido de la cláusula es indicar que la compra es una obligación y no solo una opción no vinculante para el arrendatario.

Por otra parte, además de pagar la suma de dinero, indica la cláusula que debe el arrendatario pagar los perjuicios y mantener indemne al arrendador, por gastos, pérdidas, daños de desinstalación, etc., obligándose a pagar cualquier suma que por encima de los cien mil dólares llegue a causarse, lo cual, en opinión del tribunal, confirma su naturaleza de compeler el pago de una obligación y refuerza la conclusión antes dada. No es aceptable decir que solo se trata aquí de cubrir los costos de desinstalación de los equipos, cómo lo sostuvo la convocada en sus alegatos, sino que resulta evidente que la suma adicional de US\$ 100.000 constituye una indemnización sanción.

En este contexto y no habiendo otras cláusulas que puedan servir de punto de apoyo para una diferente interpretación, concluye el tribunal que la cláusula 15 del contrato es una cláusula penal pecuniaria, para el caso de que el arrendatario no ejerza la mal llamada “opción” de compra con el pago de un dólar de los Estados Unidos de América. Por su parte, el hecho de que la opción no cumpla con uno de sus requisitos esenciales cual es la libertad de elección, deriva en que la estipulación sea en realidad una promesa bilateral de negocio jurídico (siendo que la opción es promesa unilateral), a la luz del artículo 1501 del Código Civil, negocio prometido que consiste en el pago de una suma contra la transferencia de un bien ⁽⁷²⁾.

Ahora bien, es necesario entonces preguntarse si el hecho de que la cláusula 15 del contrato no tenga efectos de opción sino de promesa, afecta la validez total del leasing. Ello es pertinente para entrar en el debate sobre si la ausencia de opción genera la nulidad del contrato, es decir para determinar si, de conformidad con los artículos 902 y 904 del Código de Comercio antes citados y la cláusula 27, esa falta tiene el peso específico para arrastrar todo el contrato hacia un definitivo estado de invalidez.

Considera el tribunal de arbitramento que la circunstancia de que la cláusula 15 no sea una opción de compra, no tiene la entidad suficiente para dejar sin efecto la totalidad del contrato de leasing. Si la opción de compra no es un elemento esencial del leasing, su inexistencia o el carácter irrisorio de la prestación final no lo desvirtúa.

Por eso, en primer lugar, se requiere establecer si la opción de compra es o no un elemento de la esencia del contrato de leasing.

Dice Farina al respecto:

“El leasing financiero tiene por objeto la cesión en uso y goce a un sujeto —por lo general un empresario— de bienes muebles o inmuebles, por parte de otro sujeto —la empresa de leasing (una entidad financiera)— que lo adquiere o lo hace construir por un tercero bajo expresa indicación del primero, con el fin de cederlos en uso. El

usuario se compromete a abonar a la empresa de leasing (entidad financiera) un canon periódico como equivalente de dicho uso y goce. Es facultad del usuario convertirse en propietario de los bienes locados, al vencimiento del período convenido, contra el pago de un precio residual predeterminado, si bien esto no es esencial en el leasing financiero” (73). (subraya fuera del texto).

La convención de Ottawa (74) sobre leasing financiero, instrumento que regula el leasing internacional, esto es, cuando el contrato tiene partes domiciliadas en diferentes países, no consagra la opción de compra (75) como un elemento de la esencia de este negocio (76).

El tribunal de arbitramento asume que el contrato de leasing es un contrato atípico, nominado en algunas normas de carácter reglamentario, que cumple una función, tiene una finalidad y un régimen jurídico diferente de otros contratos típicos de nuestro sistema jurídico, lo que significa que su régimen no se interpreta ni se integra por la acumulación de reglas sobre dos o más contratos (Ej, arrendamiento y compraventa) y que su análisis e interpretación están enmarcadas en su condición de ser un contrato de financiación. Significa esto que lo que caracteriza el leasing, es que con él una empresa obtiene recursos externos que se destinan a su operación, los que deben ser regresados al suministrador, junto con la remuneración por el uso de ese capital, esto es, junto con los intereses correspondientes.

En el entendimiento que el tribunal de arbitramento tiene del leasing, hace suyas las siguientes ideas y referencias del H. Corte Suprema de Justicia:

“El “leasing” (...) es una operación originaria de los Estados Unidos de Norteamérica, que se remonta a los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, específicamente, a comienzos de la década de los cincuenta, prevalentemente como un novísimo modelo de financiación, muy apropiado para adelantar —o apalancar— procesos de reconversión industrial, en cuanto permitía —y permite— el acceso al crédito y, por contera, a bienes de capital o a equipos necesarios para el crecimiento y expansión económica, sin tener que afectar o comprometer, en grado superlativo, el patrimonio del empresario o, en general, del usuario crediticio y, de paso, obtener algunas ventajas de orden fiscal o tributario” (...).

“Es este, entonces [el leasing financiero], un negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad autorizada —por la ley— para celebrar ese tipo de operaciones, primigeniamente le concede a otro la tenencia de un determinado bien corporal —mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, *lato sensu*, necesariamente productivo—, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio pagadero por instalamentos, que sirve, además, al confesado propósito de amortizar la inversión en su momento realizada por ella para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir, *in actus*, la propiedad de la misma, previo desembolso de una suma preestablecida de dinero, inferior —por supuesto— a su costo comercial (valor residual), sin perjuicio de la posibilidad de renovar, in futuro, el contrato pertinente, en caso de que así lo acuerden las partes” (...).

“La sola reseña de la convención materia de exégesis, pone de presente que el leasing es un contrato que reviste ciertas particularidades que, *ab initio*, lo hacen diferente de los distintos negocios jurídicos regulados por la ley. Y esa circunstancia conduce a plantear, delantadamente, que a él no se le ha dispensado —en Colombia y en buena parte de la legislación comparada— una regulación normativa propiamente dicha, vale decir suficiente, en lo estructural y en lo nuclear, sin que por tal, en estricto sentido, se pueda tener la contenida en el Decreto 913 de 1993, cuyas previsiones generales en torno al contrato de leasing, que —en un sentido amplio— también denomina “arrendamiento financiero”, tienen como definido propósito delimitar el ámbito de las operaciones que, in concreto, pueden desarrollar las compañías de financiamiento comercial o las sociedades especializadas en leasing (art. 1º)”.

“(…) La ley, al igual que lo ha hecho con muchas otras actividades, profesiones u oficios, ha intervenido la actividad de las aseguradoras y de sus intermediarios, sin que esto suponga una regulación específica de los contratos que estos celebran” (se subraya; cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp. 5817)” (...).

“De ahí que se trate, en puridad, de un decreto expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades de intervención que le fueron concedidas por la Constitución y la ley “en relación con las entidades financieras” (arts.

189 num. 24 y 335 C.P.; num. 1º, lits. a) y f) art. 48 D. 663/93), lo que devela que esa normatividad, al igual que la precedente (D. 148/79; 2059/81; L. 74/89; D. 3039/89, entre otros), más que disciplinar el negocio jurídico en sí mismo considerado, tiene una finalidad fundamentalmente orgánica, como quiera que se enmarca dentro del régimen de las entidades que —por ley— pueden adelantar este tipo de operaciones” (...).

“es menester considerar, desde la perspectiva en comento, que el leasing es un negocio jurídico atípico, así el decreto aludido, ciertamente, le haya conferido una denominación (*nomen juris*) y se haya ocupado de describir la operación misma, pues la atipicidad no se desdibuja por el simple rótulo que una norma le haya dado a aquel (sea ella tributaria, financiera, contable, societaria, etc.), o por la mera alusión que se haga a algunas de sus características, como tampoco por la calificación que —*expressis verbis*— le otorguen las partes, si se tiene en cuenta que, de antiguo, los contratos se consideran preferentemente por el contenido —prisma cualitativo— que por su nombre (*contractus magis ex partis quam verbis discernuntus*). Incluso, se ha entendido que puede hablarse de contrato atípico, (...) en el entendido, ello es neurálgico, de que no exista una regulación autónoma, propiamente dicha, circunstancia que explica, al amparo de la doctrina moderna, que puedan existir contratos previstos, pero no disciplinados”.

“(…) pues, se sabe, “la apariencia formal de un contrato específicamente regulado en el Código Civil no impide descubrir que por debajo yace un contrato atípico”, categoría dentro de la cual se subsumen, incluso, aquellas operaciones “que implican una combinación de contratos regulados por la ley” (Cfme: G.J. LXXXIV, pág. 317 y cas. civ. de 22 de octubre de 2001; exp. 5817)”. (Aquí la Corte cita a Alberto Spota. Instituciones de Derecho Civil. Contratos. V.1. Buenos Aires. Depalma 1981. p. 199.)

“(…) esta Sala, en reciente oportunidad, puso de presente que existen casos en los que la ausencia de regulación normativa suficiente, puede conducir a catalogar a un contrato como atípico”.

“(…) Bajo este entendimiento, si el contrato de leasing en Colombia no posee una regulación legal propiamente dicha (suficiencia preceptiva), debe aceptarse, por ende, que no puede ser gobernado exclusiva y delantamente por las reglas que le son propias a negocios típicos, por afines que estos realmente sean, entre ellos, por vía de ilustración, el arrendamiento; la compraventa con pacto de reserva de dominio; el mutuo”.

“(…)”.

“No en vano, la disciplina que corresponde a los negocios atípicos está dada, en primer término, por “las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público”; en segundo lugar, por “las normas generales previstas en el ordenamiento como comunes a todas las obligaciones y contratos, (así) como las originadas en los usos y prácticas sociales” y, finalmente, ahí sí, “mediante un proceso de auto integración, (por) las del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante” (cas. civ. de oct. 22/2001; exp. 5817) lo que en últimas exige acudir a la analogía, como prototípico mecanismo de expansión del derecho positivo, todo ello, desde luego, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales, como informadores del sistema jurídico”.

“(…) a la atipicidad del contrato —entendida rigurosamente como se esbozó—, debe agregarse que el leasing es un negocio jurídico consensual; bilateral —o si se prefiere de prestaciones recíprocas—, en cuanto las dos partes que en él intervienen: la compañía de leasing y el usuario o tomador, se obligan recíprocamente (interdependencia prestacional); de tracto o ejecución sucesiva (negocio de duración), por cuanto las obligaciones principales —y originarias— que de él emanan: para el contratante, conceder el uso y goce de la cosa y para el contratista, pagar el precio, no se agotan en un solo momento, sino que se desenvuelven y desdoblán a medida que transcurre el tiempo (*tempus in negotio*); oneroso, toda vez que cada una de las partes busca un beneficio económico que, recta vía, se refleja en la obligación asumida por la parte contraria o cocontratante y, finalmente, las más de las veces, merced a la mecánica negocial imperante en la praxis contractual, por adhesión, como quiera que el usuario debe sujetarse, sin posibilidad real de discutir las, a unas cláusulas previamente establecidas —o fijadas *ex ante*—, con carácter uniforme por la compañía de leasing (condiciones generales dictadas por la entidad predisponente)”.

“(…) el leasing, merced a sus inocultables y crecientes particularidades, amerita un tratamiento genuino, en manera alguna dictado o impuesto por los modelos contractuales perfilados antaño, ahijados para regular o disciplinar

tipos estructuralmente disímiles (dictadura de los "contratos príncipes"). No en vano el derecho en general, pero sobre todo el contractual, signado por su sistemático dinamismo, no es marmóreo y, menos aún, estacionario”.

“(…) En este mismo sentido, no puede afirmarse que el leasing se asimila o se traduce en un mutuo, como quiera que ni es contrato traslativo del dominio, mucho menos de naturaleza real, ni tampoco recae sobre bienes fungibles (Cfme. cas. civ. mar. 22/2000; exp. 5335)”.

“(…) no acoger aquellas posturas que acoplan o engastan en el leasing, a modo de collage, diversos negocios jurídicos (pluralidad negocial, tales como arrendamiento con opción de compra; compraventa con pacto de reserva de dominio, entre otras), habida cuenta que a través de ese expediente, *in radice*, se desdibujan las razones jurídico-económicas que, en la órbita causal, motivan la celebración del contrato (…)”.

“(…) más bien, se ha procurado —en sentido amplio— un mecanismo indirecto de financiación para servirse de la utilidad que le es intrínseca a aquel, sin menoscabo del capital de trabajo que posee, conforme a las circunstancias”.

“(…) la determinación del precio en el contrato de leasing, tiene una fisonomía muy especial, que no responde única y exclusivamente al costo por el uso y goce concedido al arrendatario, sino que obedece, prevalentemente, a criterios financieros que van desde la utilidad propiamente dicha, pasando por la recuperación de la inversión, hasta la eventual transferencia del derecho de propiedad”.

“(…) es preferible respetar la peculiar arquitectura jurídica del apellidado contrato de leasing, antes de distorsionarlo o eclipsarlo a través del encasillamiento en rígidos compartimentos contractuales típicos, se itera, facturados con una finalidad histórica enteramente divergente, propia de las necesidades de la época, muy distintas de las que motivaron, varias centurias después, el surgimiento de este lozano acuerdo negocial” ⁽⁷⁷⁾ .

Destaca el tribunal que, como lo indica la H. Corte Suprema de Justicia, los decretos del Gobierno en desarrollo de la facultad de intervención económica o los actos administrativos reglamentarios como la Circular Básica Jurídica de la (*) Superintendencia Bancaria, que se han referido a las características de las operaciones de leasing, no implican tipificación del contrato en sí, sino de las obligaciones de los intermediarios financieros para ajustar su conducta a las exigencias del orden público económico. Tanto es así que ellas se han provisto en desarrollo de las facultades de vigilancia y control del Presidente de la República ⁽⁷⁸⁾ , por lo que no tienen la entidad suficiente para dar contenido normativo al tipo contractual, esto es, fijar sus reglas y elementos de la naturaleza y de la esencia. Más aun, si se observa que, en este caso, las partes no están sometidas a dichas disposiciones por lo que el contrato sigue siendo atípico.

Lo que pase con el bien después de amortizado su costo de compra, no es parte esencial del propósito o razón de ser del negocio financiero. Puede ser, como en efecto se prevé en contratos de leasing, que el arrendatario decida tomar otro arrendamiento sobre un bien más moderno y con mayor o menor capacidad, según sus requerimientos de producción, puede ser también que, dada la naturaleza y tiempo de obsolescencia de bien, sea económicamente lógico conservar su propiedad, o simplemente dejar que el problema de su destinación final sea del arrendador. Este elemento residual no afecta el fundamento del negocio, por lo que el tribunal de arbitramento considera que no es un elemento de la esencia del contrato de leasing ⁽⁷⁹⁾ .

Por eso considera el tribunal que pactar una opción, una promesa de compra, o pactar una renovación desde el inicio del contrato, solo constituyen elementos accesorios para el cálculo financiero del costo-rentabilidad que es el que mueve a las partes a su celebración.

Cuando los bienes tienen un período útil más largo que el del leasing, teniendo en cuenta que con la terminación del contrato se ha amortizado el capital y pagados los intereses al arrendador, lo natural es que el bien pase a propiedad del arrendatario, pues se colmó satisfactoriamente el interés contractual del arrendador, pero ello no tiene que ser así en todos los contratos, pues la racionalidad económica puede no darse en contratos que tengan por objeto bienes cuya obsolescencia sea igual o inferior al período de pago de cánones, caso en el cual, el arrendatario puede no tener ningún interés en conservar “la chatarra” que sobra a la terminación del contrato.

En un caso como este, bien podrían las partes no pactar nada sobre el destino de los residuos al final del contrato,

caso en el cual, el arrendador dispone del bien a la terminación del mismo.

No hay indicio en la razón económica del contrato, ni en los hechos traídos al proceso, que permita afirmar que para las partes era esencial que la disposición de los bienes al final del contrato dependiera de una opción, que diera libertad al arrendatario para quedarse o no con ellos. Por el contrario, todo indica que la característica de los bienes involucrados, por ser de duración y uso de más tiempo que el pactado para duración del contrato, hacía que fuera del interés del arrendatario conservarlos al final del leasing, lo que es consecuente con el alcance de promesa de compraventa que ha encontrado el tribunal en la cláusula 15.

Por todo lo dicho, el tribunal concluye que la opción de compra no es de la esencia del contrato de leasing y, por tanto, que su ausencia no implica la invalidez de una estipulación de distinta naturaleza y, mucho menos, la del contrato en su totalidad.

3. El valor de los bienes afectos al leasing y el precio del contrato.

Quiere insistir el tribunal de arbitramento en que lo esencial en esta clase de contrato es la equivalencia de prestaciones entre el capital que la arrendadora destina a invertir en el activo y su recuperación y remuneración, mediante los cánones que el arrendatario paga. Lo demás o es de la naturaleza o es accesorio ⁽⁸⁰⁾.

Por esta razón, para interpretar el contrato en su justo sentido, el tribunal recurre a las motivaciones e intereses de las partes al momento de contratar. La esencia del contrato de financiación es el suministro de capital y la obligación de retorno de ese capital con sus rendimientos.

Ya se analizó como, la compra final o no de los bienes, no es de la esencia del contrato, puesto que ella depende de la naturaleza y duración de los bienes y de las políticas de renovación tecnológica que tenga el arrendatario, y por que, determinar el destino final y precio de compra del bien, no es sino un elemento más de la ecuación financiera que tienen en cuenta las partes para establecer la economía del contrato.

En el contrato de leasing que es objeto de análisis en este laudo, el valor de los pagos periódicos a que se comprometió la Clínica Navarra fue pactado como sumatoria a la terminación, y está compuesto por el valor de costo de los equipos más los intereses que remuneran al arrendador ⁽⁸¹⁾ y demás sumas a cargo del arrendatario. Se pactó igualmente, en la cláusula 15, que la “opción”, es decir la compraventa de los bienes, solo podría ejercerse una vez se pagara la “sumatoria a la terminación”, esto es, cuando el arrendador hubiera recuperado el capital y su rentabilidad.

Se pactó también que “para los efectos de este contrato las partes convienen que el precio total de los equipos corresponde a la suma de tres millones ciento treinta y siete mil ciento setenta y seis dólares de los Estados Unidos de América con setenta y tres centavos (US\$ 3.137.176.73) el cual será pagado en los plazos acordados bajo el anexo 4 de este contrato junto con los intereses correspondientes” cláusulas que la parte convocante interpreta como el acuerdo en el precio de una compraventa con pacto de reserva de dominio.

Para el tribunal el contrato es claro, en consecuencia con la naturaleza financiera del leasing, que una cosa es el valor de los bienes que el arrendador entrega a título de tenencia al arrendatario (el capital que destina a obtener renta) y otra muy distinta la suma que este tiene que pagar al arrendador, como contraprestación por la posibilidad de aprovechar el capital y su costo y para remunerar el derecho que adquiere con su tenencia a explotarlos comercial e industrialmente.

Como se ha indicado, la finalidad material del contrato de leasing, su razón de ser, es que el usuario pueda tener bienes de capital, sin afectar su patrimonio ni su pasivo (no capitalizar ni endeudar la empresa). Es de la estructura misma del contrato, como se ha visto en las citas de la H. Corte Suprema de Justicia y de los autores, que el arrendador-financiero compra el bien objeto del contrato, por indicación del arrendatario, solo por la causa y sobre la base de tener acordado el arrendamiento ⁽⁸²⁾, lo que se explica en el hecho de que su comercialización y su explotación no sea parte de la actividad comercial del arrendador.

El arrendador del leasing es un rentista de capital que destina sus recursos económicos a adquirir los bienes que expresa y explícitamente le indica el arrendatario, con el único propósito de que este se obligue a reintegrarle ese

capital con su rentabilidad. Su interés, por consiguiente, es recuperar el capital invertido con la rentabilidad o incremento que remunera el costo de oportunidad de ese dinero. Esto explica la práctica común de exigir un pagaré al arrendatario como garantía, que puede ser llenado por todo el valor de los equipos o por la parte causada y no pagada del arrendamiento.

Por su parte el arrendatario solo tiene interés en utilizar el recurso mecánico o técnico que le implica usar los objetos afectos al leasing, para transformar bienes o prestar servicios. Para lograr este fin, podría optar por destinar capital propio, por tomar un crédito dando en garantía bienes de su propiedad o simplemente por lograr su uso y amortizar su precio con la propia explotación o productividad del bien, amén de lograr un excedente que es su propia utilidad o ingreso. Él no tiene, necesariamente, ánimo de dueño, solo de usuario explotador.

Sobre la preponderancia de la característica financiera del leasing ha dicho Farina:

“(…) la palabra “locación” indica el núcleo base del instituto, o, al menos, la relación jurídica preponderante, mientras que el atributo financiero intenta captar el aspecto teleológico del fenómeno, o bien, si se prefiere, su peculiaridad más aparente: la función de financiación que ciertamente cumple el instrumento en examen” ⁽⁸³⁾ .

Con los elementos del contrato de leasing que se han descrito, junto con la previsión contractual de que el arrendatario debe pagar la sumatoria a la terminación (que implica el costo no pagado más los intereses), resulta explicable la tesis de que pagar el precio de los equipos es parte consustancial de la función de los cánones, pues en la estructura esencial del leasing es necesario que el arrendador-financiero recupere el costo de la inversión que hizo.

Por eso dijo la H. Corte:

“leasing financiero: (...) donde la sociedad, a petición de su cliente, adquiere del proveedor determinados bienes o equipos para dárselos en arrendamiento mediante el pago de una remuneración, en donde el punto de referencia inicial es el período de amortización de los bienes y con la opción a favor del arrendatario de prorrogar el contrato en nuevas condiciones o adquirir el bien a la finalización del contrato” ⁽⁸⁴⁾ . Subraya fuera del texto.

Estos elementos explican por qué la mención del precio de los equipos y la previsión de que este será pagado al arrendador mediante los cánones previstos en el arrendamiento, no indica la intención de celebrar una compraventa sino la de señalar el valor de la inversión que se amortizará con los cánones ⁽⁸⁵⁾ .

4. El valor de un dólar pactado en la cláusula 15.

Queda claro, entonces, de acuerdo con la estructura y el funcionamiento del contrato de leasing, que el valor previsto de un dólar, como precio para ejercer la opción de compra, no es irrisorio.

Ya se explicó como la condición de ser el leasing un contrato atípico, conlleva que no se puede interpretar mediante los contratos típicos que se le parecen ⁽⁸⁶⁾ , sino en su propio contexto. Se explicó también como con el valor de los cánones periódicos el arrendador recupera el capital invertido en el bien que pone a disposición del arrendatario para su explotación, así como la rentabilidad de esa inversión.

Bajo este esquema, en un contrato como el que ocupa a este tribunal en el que se acordó que la compra de los bienes solo procedería una vez pagado todo el capital y su rentabilidad ⁽⁸⁷⁾ , el pacto de una suma equivalente al valor de mercado que puedan tener los equipos, constituiría un desequilibrio evidente en favor del arrendador, pues este recibiría no solo el valor facilitado en la operación financiera sino el pago de una suma adicional sin una causa justa. Ello resulta evidente considerando que el arrendador-financiero solo ha aportado el capital y su costo de oportunidad y que, además, su objeto social restringido le inhibe de realizar operaciones de comercialización. Visto desde la perspectiva financiera, de donde se extrae su verdadero ser, un sobreprecio de los equipos implicaría una rentabilidad abusiva de parte del arrendador que, incluso, podría equipararse con el agiotismo.

Así pues, el tribunal considera que el precio de un dólar, pactado en el contrato que se analiza, no es irrisorio ni desproporcionado y, por ende, tampoco desvirtúa la esencia del contrato.

5. El objeto ilícito y el incumplimiento del régimen de importación temporal.

De acuerdo con una de las pretensiones de la demanda, el contrato de leasing debe ser anulado por cuanto el régimen de importación temporal estaba incumplido en el momento de su perfeccionamiento, lo que hace que, a la sazón, los bienes se encontraran “en estado de ilegalidad” de lo que deriva el demandante un objeto ilícito.

Quedó establecido en el proceso que los bienes objeto del leasing ingresaron al país bajo el régimen de importación temporal, en la modalidad de arrendamiento financiero.

Visto el régimen jurídico aduanero que regula esta hipótesis de importación (cap. 6 del D. 2685/99 y 530 y 531 de la Res. 4240/2000) [CM1](#)

- Los bienes objeto del contrato de leasing fueron importados bajo un régimen que limita su destinación, circulación y enajenación, régimen especial denominado “importación temporal de mercancías en arrendamiento” [\(88\)](#) .
 - Para hacer posible una importación de esta índole es necesario que los bienes sean objeto de un contrato de arrendamiento, ingresen por un plazo superior a 6 meses y liquiden los tributos aduaneros.
 - El pago de dichos tributos se difiere en el mismo plazo de duración de la importación temporal, hasta un plazo máximo de 5 años.
 - Si la mora en el pago de los tributos es de tres meses, el interesado puede ponerse al día cancelando los intereses moratorios. Pero si la mora es superior a ese lapso la autoridad aduanera puede disponer la aprehensión previa una declaración de incumplimiento. Este procedimiento puede llegar a terminar en la pérdida de los bienes a favor de la Nación, con una resolución de decomiso.
 - Para el tribunal la celebración del contrato de leasing entre las partes de este proceso no constituyó infracción a la disposición restringida de la mercancía. Pero aún en esa hipótesis o, incluso, frente al no pago de los tributos, ello no puede configurar el objeto ilícito que obedece a una expresa prohibición legal, de acuerdo con el artículo 1523 del Código Civil [\(89\)](#) .
- En materia de prohibiciones la interpretación de la ley debe ser restrictiva por lo que se requiere en estos casos de la existencia de una explícita norma imperativa.
- Resultaba posible la sustitución del importador [\(90\)](#) , pues la norma así lo prevé [\(91\)](#) , con la previa legalización de la situación aduanera. Sin embargo, el hecho de no hacer la sustitución no conlleva la invalidez del nuevo negocio de leasing, sino que constituye apenas la infracción a una norma aduanera con implicaciones autónomas [\(92\)](#) . En otras palabras, el incumplimiento de la obligación aduanera de información, tiene un régimen sancionatorio propio que no afecta la validez y eficacia del contrato de leasing.
 - Tanto Medical Systems Finance como Clínica Vascular Navarra Ltda., tenían la posibilidad jurídica de pagar los tributos y de legalizar los equipos, en su calidad de terceros interesados con derecho a ser reconocidos en el procedimiento aduanero [\(93\)](#) .
 - La alegada ausencia de documentos para ese logro, no constituye un impedimento serio para adelantar la gestión aduanera, pues siempre es posible obtener la copia en la administración, como de hecho fue obtenida y aportada a este proceso.
 - Medical Systems Finance, si bien tenía la facultad, como tercero, de cancelar los tributos aduaneros dejados de pagar por Óscar Pinzón, no estaba obligado ni legal ni contractualmente a hacerlo por el hecho de ostentar la calidad de propietario de los equipos.
 - Clínica Vascular Navarra Ltda. no estaba obligada, ni activa ni pasivamente, a poner los equipos a disposición de la DIAN. Su omisión no la convertía en infractora de la ley y mucho menos de la ley penal, por ausencia de tipicidad frente al delito de contrabando o de favorecimiento de contrabando.

En conclusión, resulta claro que el incumplimiento del régimen de importación temporal no convierte en ilícito el objeto del contrato de leasing y, por tanto, no genera nulidad alguna.

6. El contrato de cuentas en participación celebrado entre Óscar Enrique Pinzón y Clínica Vascular Navarra Ltda.

De acuerdo con el artículo 507 del Código de Comercio ⁽⁹⁴⁾, este contrato supone una comunidad de intereses entre dos o más personas para el desarrollo del negocio, que genera diferentes efectos entre los partícipes y respecto de terceros.

Los partícipes comparten utilidades y pérdidas arrojadas por la actividad realizada en común ⁽⁹⁵⁾. Respecto de terceros, los actos que se desarrollan en cumplimiento del negocio común solo afectan el patrimonio del partícipe activo o aparente. Los terceros solo pueden demandarle a este el cumplimiento de las obligaciones y el pago de los perjuicios, salvo que la calidad de partícipe inactivo u oculto se revele a esos terceros, caso en el cual serán responsables conjuntos ⁽⁹⁶⁾.

En principio la administración y operación del negocio sujeto a cuentas en participación está a cargo del partícipe activo. La administración y operación supone el acceso o, mejor, implica el deber de conocer las diferentes circunstancias del negocio; por eso el Código de Comercio solo prevé el derecho del partícipe inactivo a ser informado sobre su desarrollo ⁽⁹⁷⁾.

En el contrato de cuentas en participación que se trajo al expediente de este proceso, consta que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad, Clínica Vascular Navarra Ltda. y Oscar Enrique Pinzón, previeron gestiones a cargo de las dos partes. Resulta allí que la explotación del negocio derivado del departamento de imágenes diagnósticas de la clínica, se diseñó sobre la base de una actuación conjunta. El tribunal de arbitramento considera que esta forma de estructuración implica que la responsabilidad y los deberes que de ella se desprenden debe predicarse de los dos socios, dada la remisión que el artículo 514 ⁽⁹⁸⁾ hace a las normas de la sociedad comandita, en cuya regulación se encuentra el artículo 306 ⁽⁹⁹⁾ del Código de Comercio.

La conclusión más relevante que se desprende de lo dicho, es que era obligación de la Clínica Vascular Navarra Ltda. conocer la situación de pago de impuestos de importación y que no haberla conocido y tenido en cuenta, para prevenir sus efectos negativos, es un comportamiento reprochable desde el punto de vista de la diligencia y cuidado que le compete.

7. Las cláusulas abusivas y su eficacia o ineficacia.

Los elementos que distinguen las cláusulas que, por abusivas, deben salir de la condición vinculante del contrato, se derivan de varias fuentes: Son abusivas y deben ser suspendidas las cláusulas que desnaturalizan la esencia del contrato ⁽¹⁰⁰⁾. También aquellas que se pactan sin que haya concurrido una efectiva y libre voluntad ⁽¹⁰¹⁾. Cuando no ha tenido otra opción el contratante ⁽¹⁰²⁾, so pena de perder otras ventajas o efectos del contrato” ⁽¹⁰³⁾. También las que implican un manifiesto desequilibrio ⁽¹⁰⁴⁾, esto es, las que dan a una parte una ventaja excesiva y no justificada respecto de la prestación de la otra ⁽¹⁰⁵⁾.

8. El delito de contrabando.

El tipo penal aplicable a la época de los hechos dice así:

“ART. 15.—Contrabando. Quien introduzca o saque bienes del territorio nacional, sin declararlos o presentarlos ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte de la operación de comercio exterior, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, sin perjuicio del concurso de hechos punibles” (L. 599/2000) ⁽¹⁰⁶⁾.

El tribunal entiende que una cosa es el delito de contrabando y otra distinta el incumplimiento del régimen de importación. El primero tiene una sanción de carácter penal, privativa de la libertad y pecuniaria, cuyo juzgamiento corresponde a la jurisdicción penal. El segundo tiene una sanción administrativa, de carácter pecuniario, que se “juzga” por la administración, con control de la jurisdicción contenciosa administrativa.

La determinación de la existencia de un delito está dada por la adecuación de una conducta humana a la descripción que el supuesto de hecho de la norma hace. En el tipo penal de contrabando que está vigente, la conducta punible es introducir o sacar del territorio nacional bienes y la condición de esa acción para que sea sancionable es que ello se haga sin declararlos o presentarlos ante autoridad aduanera o por un lugar no autorizado o sin los documentos que soporten la operación de comercio exterior.

De acuerdo con los documentos aportados al proceso ⁽¹⁰⁷⁾, no se dio ninguno de los condicionamientos de la acción y, en cambio, según la prueba documental, se sabe que la declaración de importación fue presentada ante la Administración Especial de Aduanas de Bogotá, en el aeropuerto de Bogotá, lugar autorizado.

Así pues, no existe el delito de contrabando con el ingreso al país de los bienes que fueron objeto del contrato de leasing.

9. La novación.

En lo esencial, la novación ⁽¹⁰⁸⁾ es la extinción de una obligación por el surgimiento de una nueva que la reemplaza.

El artículo 1690 que se invoca en la demanda de reconvención dice:

ART. 1690.—La novación puede efectuarse de tres modos:

1. Sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor.
2. Contrayendo el deudor una nueva obligación respecto de un tercero, y declarándole en consecuencia libre de la obligación primitiva el primer acreedor.
3. Sustituyéndose un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia queda libre.

Esta tercera especie de novación puede efectuarse sin el consentimiento del primer deudor. Cuando se efectúa con su consentimiento, el segundo deudor se llama delegado del primero.

En el caso que nos ocupa resulta de interés tener en cuenta el artículo 1693 del Código Civil:

ART. 1693.—Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se mirarán las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera.

Otro elemento importante para considerar dentro del análisis de la novación es que, como es extintiva, todos los pactos accesorios de la obligación inicial terminan y, dentro de ellos, muy especialmente las garantías y los intereses de la deuda extinguida ⁽¹⁰⁹⁾.

Sobre la estructura y alcance de la novación dijo el profesor Ospina Fernández:

“... se tienen como condiciones esenciales de la novación la existencia de dos obligaciones sucesivas, la validez de la causa de ambas obligaciones, diferencia entre ambas obligaciones, capacidad de las partes y la intención de novar.

— la existencia de dos obligaciones sucesivas. El objeto de este acto jurídico consiste en extinguir una obligación preexistente y en crear otra nueva que la sustituya... Entonces si se trata de una obligación contractual o emanada de un acto jurídico unipersonal, es necesario que el acto o contrato reúna las condiciones para su existencia: voluntad o consentimiento de los agentes, y objeto posible y determinado... La obligación que se trata de novar no solo debe haber nacido civil o naturalmente, sino que debe subsistir al momento de la novación... Lo expuesto antes se predica con igual alcance con respecto de la nueva obligación.

— validez de la causa de ambas obligaciones... Así lo requiere el artículo 1689...el requisito en cuestión consiste

en que si la obligación primitiva emana de un acto jurídico, este debe reunir las condiciones para su validez, así como también el acto novatorio. Por tanto, si aquel o este adolecen de incapacidad de los agentes, del vicio del consentimiento de ellos, de ilicitud en el objeto o en la causa, de lesión dirigente, o de inobservancia de formalidades que no excluyan totalmente la solemnidad prescrita, la sustitución novatoria es nula... Fuera de los casos de objeto y causa ilícitos que impiden absolutamente la novación, por no ser saneables, el problema de la nulidad de esta queda reducido a los vicios de que adolezca, excepto en los casos en que la obligación nueva exista naturalmente, pues, salvo los mencionados casos de objeto o causa ilícitos, los vicios que afectaran el acto generalmente de la obligación antigua quedan saneados por la novación válida.

— diferencia entre ambas obligaciones o la causa de ellas según quedó visto, la novación se produce cuando se cambia uno de los elementos estructurales de la obligación primitiva, acreedor, o deudor, u objeto, y también, siguiendo la tradición romana, cuando se modifica el título o causa generandi de dicha obligación. Estos cambios, cuando se hacen con el propósito de dar por extinguida la obligación primitiva, sustituyéndola por otra enteramente nueva, se consideran sustanciales, por oposición a los cambios accidentales que no alteran la estructura del vínculo ni su causa...

— capacidad de las partes...

— la intención de novar... la intención novatoria puede ser expresa, o también tácita cuando aparezca indudable que la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua (art. 1693). Esta restricción legal para la apreciación del ánimo novatorio tácito delimita el campo de acción de las partes para disponer a su arbitrio cuándo hay o no novación, pues si entre la obligación primitiva y la nueva se ofrece manifiesta incompatibilidad, como si aquella tiene por objeto la dación de un caballo y esta la entrega de una suma de dinero, vital incompatibilidad determina una novación, aunque dichas partes equivocadamente declaren lo contrario. De otro lado, la mencionada precisión legal, que reduce la intención novatoria tácita a la incompatibilidad entre la obligación primitiva y la nueva, impide devaneos judiciales al respecto... El caso de la asunción de deuda por un tercero, en el cual, si no se da la intención expresa del acreedor de declarar libre al deudor primitivo, no hay novación, sino coexistencia de las dos obligaciones, vinculadas entre sí como principales o como principal la una y subsidiaria la otra (art. 1694).

Ese contrato cambiario que se perfecciona con la entrega del título valor sí configura una obligación que extingue la obligación originaria, por cuanto dicho contrato reemplaza la causa o fuente de esa obligación originaria, como sería la compraventa, por ejemplo” ⁽¹¹⁰⁾. Las subrayas no son del texto.

10. La terminación unilateral en el derecho privado.

En dos oportunidades, según los hechos traídos al proceso, Medical Systems Finance manifestó terminar unilateralmente el contrato de leasing. Lo hizo inicialmente con el contrato frente a Óscar Enrique Pinzón y después con el celebrado con la Clínica Vascular Navarra Ltda. Para establecer si el segundo contrato de leasing incorporó obligaciones del primero, por asunción o por novación, es necesario estudiar determinar si hubo terminación unilateral.

En principio, cuando los contratos no terminan con el cumplimiento de las prestaciones o con el acaecimiento del plazo previsto para su duración, terminan por resiliación, por resolución o por rescisión. La resolución del contrato es su disolución o terminación anticipada por el evento de una condición resolutoria expresa o tácita. La rescisión de un contrato es la terminación anticipada del mismo, por decisión de un juez que la encuentra fundamentada en una causal de nulidad. La resiliación es la terminación anticipada del contrato por el mutuo acuerdo de las partes ⁽¹¹¹⁾. No obstante advierte Alessandri : “La regla general del artículo 1545 (se refiere al código civil chileno) de que los contratos no pueden dejarse sin efecto sino por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales, (igual al 1602 del Código Colombiano) no es absoluta, por que hay contratos que no pueden ser dejados sin efecto, ni aún por la voluntad de las dos partes, así como hay otros que pueden ser dejados sin efecto aún por la sola voluntad de una de las partes” ⁽¹¹²⁾.

En este mismo sentido el maestro Ospina Fernández escribió:

“El precitado principio general que requiere para la revocación de las convenciones y contratos el acuerdo de todos

los partícipes en la celebración de estos, sufre dos excepciones a saber: a) En consideración a la naturaleza de ciertas convenciones o contratos, como el mandato (arts. 2189 y ss.), la sociedad (arts. 2134 y ss.), el arrendamiento de servicios (arts. 2047 y ss y 2066 y ss.) la confección de obra material (art. 2056) etc., para cuyo normal desarrollo son indispensables la inteligencia y la confianza entre las partes, la ley concede a cada una de estas el derecho potestativo para revocarlas por su sola voluntad; y b) Lo propio sucede cuando una sola de las partes o todas ellas se han reservado el derecho potestativo mencionado, como cuando en el contrato de arrendamiento de cosas se estipula que el arrendador, o el arrendatario, o ambos podrán hacerlo cesar antes del plazo señalado para su vencimiento; y la estipulación de arras también implica, por regla general, el derecho de las partes para retractarse del respectivo contrato, perdiendo el valor de aquellas” ⁽¹¹³⁾. (Todos los artículos citados por el autor son del Código Civil Colombiano).

Sobre la naturaleza de esta modalidad de terminación anticipada de los contratos, vale la pena traer a cuento algunas notas del maestro Renato Scognamiglio.

“La posibilidad de que ocurra la renuncia a pesar de la fuerza vinculante del contrato, es algo que se explica y así de disipa toda sospecha de contradicción, teniendo en cuenta que por medio del desahucio no se disuelve el contrato, no obstante la expresión equívoca de la ley, sino que se extingue la relación. (...) (el desahucio nunca es retroactivo). Pero al propio tiempo aclaramos que un poder de ese orden, que se emplea fuera del contrato y que no encuentra dentro de él su justificación, solamente puede corresponder a uno de los contratantes o a ambos, en casos concretos y en razón de una disposición específica de las partes o a una prescripción de la ley. La explicación de la disponibilidad de los contratantes se explica, además, considerando que si bien el poder de desahucio contradice la naturaleza y la eficacia del contrato, se proyecta siempre en una materia reservada a la autonomía privada ⁽¹¹⁴⁾. Subrayado fuera del texto.

Podemos afirmar que es pacífico en la doctrina ⁽¹¹⁵⁾ que en el derecho privado por ministerio de la ley o por pacto entre las partes, es posible fijar como causal de terminación del contrato, la decisión unilateral de los contratantes.

Para los eventos previstos en la ley, la justificación de la doctrina está dada en la condición particular de los contratantes, frente a la naturaleza de las prestaciones del contrato, condiciones particulares que se reflejan en la confianza, habilidad o conocimiento para cumplir con la prestación. La autorización para el pacto entre las partes está amparada en la autonomía de la voluntad, rescatada del principio según el cual los particulares pueden hacer todo aquello que no contraría el orden público, la moral o las buenas costumbres, cuya versión breve es que pueden hacer lo que la ley no les prohíbe.

Si bien es cierto que el contrato es una ley para las partes, también es cierto que dicha ley puede ser acordada con plena libertad sin más límites que los que se han anotado. Como no existe una norma que prohíba que las partes pacten el derecho a terminar unilateralmente el contrato, hay que concluir que ello es válido y admisible en el mundo del derecho privado.

El pacto y ejercicio de esta cláusula no será en este caso un reflejo del poder de una de las partes, ni de su deber de preservar una finalidad pública o general en la función contractual, como puede ser en la contratación estatal, sino el ejercicio de una facultad que emana de la libertad y la igualdad con que las partes concurren en el derecho privado a expresar su voluntad y a acordar sus contratos.

Obviamente, al igual que sucede con cualquiera otra cláusula contractual, tanto en el derecho privado como en el derecho público su ejecución y ejercicio están enmarcados por el principio de la buena fe y por las limitaciones que la ley ha creado para la protección de los intereses de las partes contractuales débiles, como por ejemplo las normas sobre interpretación de contratos de adhesión, la inoperancia de cláusulas de irresponsabilidad contractual, etc.

De estas posiciones doctrinarias y de las normas que expresamente autorizan la terminación unilateral de los contratos, tenemos que esta cláusula tiene las siguientes características:

1. Cuando proviene del pacto entre las partes, debe ser expresa en el contrato. En los contratos en que la ley la prevé, no se requiere de su inclusión expresa, puesto que la ley suple (normas supletorias de la voluntad) la

mención, pero en este evento se sujeta a las reglas especiales que la ley fija en cada caso.

2. La aplicación de dicha cláusula no produce efectos retroactivos, solo efectos para el futuro. Ello supone que se den todas las contraprestaciones al contratista, esto es el pago de todo lo realizado e invertido en el contrato. En algunos casos específicos que presentamos enseguida, además de la compensación la ley prevé la indemnización.

2. Algunos de los principales efectos que la ley prevé para la terminación unilateral del contrato son:

a) En el artículo 2056 del Código Civil, aplicable al contrato de confección de obra es imperativo que además de la compensación se pague una indemnización tasada en lo que “hubiera podido ganar con la obra”. Hay que advertir que por remisión del artículo 2063 del Código Civil parecería que esta misma regla se aplica a los contratos de arrendamiento de Servicios Inmateriales, además de que el artículo 2066 expresamente indica que cualquiera de las partes puede darlo por terminado en cualquier momento o con una anticipación igual a medio período de pago, si los pagos se hacen periódicamente, o de inmediato si no hay periodicidad en los pagos.

b) En el evento de los numerales 3º y 4º del artículo 2189 Código Civil, aplicable al contrato de mandato, al contrato de encargo fiduciario por remisión del artículo 29 del estatuto orgánico del sistema financiero y a todos los contratos de prestación de servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a los que va unida la facultad de obligar o representar a otra persona, por remisión expresa del artículo 2144 del Código Civil contratante y contratista pueden dar lugar a la terminación del contrato por revocación o por renuncia, respectivamente. Hay que anotar que en este caso la revocación puede ser tácita, al tenor del artículo 2189. En este evento solo habrá lugar a la compensación por lo invertido y ganado por el contratista hasta la terminación del contrato.

c) En el artículo 2134 referente al contrato de sociedad se prevé la renuncia de uno de los socios como causal de “expiración” de la sociedad, siempre y cuando esta causal se haya previsto en los estatutos o cuando tenga causa en circunstancias originadas por otros socios o por el desarrollo del negocio, que la justifiquen.

d) En el artículo 866 del Código de Comercio, (también en el 1859 del C.C.) aplicable a todos los contratos o convenciones del derecho comercial, típicos y atípicos, está prevista la retractación del contrato o convención por una cualquiera de las partes, con el pago de una compensación previamente establecida, facultad conocida desde el derecho romano y que en nuestro medio se denomina el pacto de arras.

En los dos contratos de leasing a los que se ha venido refiriendo este laudo, observa el Tribunal que existió pacto que facultaba al arrendador para terminar el contrato en forma unilateral. Pero además, revisada la declaración de Óscar Enrique Pinzón, (pág. 5 de la transcripción,) se encuentra que sobre la terminación del primer contrato dijo:

“El banco (se refiere a Medical Systems Finance) me comunicó a mi que se terminaba el contrato y yo acepté como no...”.

Concluyendo, los contratos fueron efectivamente terminados por decisión unilateral de la sociedad arrendadora MSF.

Esta afirmación del testigo y el texto del laudo lleva al tribunal a la conclusión de que la manifestación unilateral de Medical Systems Finance de dar por terminado el contrato de manera expresa o tácita, tuvo una aceptación por parte del arrendatario, con lo que se dio lugar a una convención extintiva de las prestaciones a cargo de las partes en el contrato de leasing, y por consiguiente su terminación ⁽¹¹⁶⁾ .

C. El análisis de las pretensiones de la demanda principal.

1. La primera pretensión.

“Que se declare nulo el contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos (2) de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vasculor Navarra Ltda., porque de acuerdo con la cláusula 15 del citado contrato se deduce claramente que la intención real de las partes era celebrar un contrato de compraventa a plazos con reserva de dominio”.

Para efectos de constatar la real intención de las partes, además del contrato mismo y de otros elementos probatorios ⁽¹¹⁷⁾, quiere el tribunal hacer una primera referencia a las manifestaciones hechas por el representante legal de la Clínica Vascular Navarra Ltda. en el interrogatorio de parte absuelto en el proceso. Dentro de lo que resulta relevante dijo que cuando el contrato se formó, él entendió celebrar uno de leasing; que la clínica propuso a Medical Systems Finance, durante la negociación que adelantaron para solucionar las vicisitudes ocurridas en desarrollo de la relación contractual, sustituir el contrato de leasing por uno de compraventa con reserva de dominio. Esto demuestra la claridad de la clínica en cuanto a la naturaleza del contrato y el entendimiento que tuvo sobre el que fue realmente celebrado, pero, particularmente, que no se trató de una compraventa con reserva de dominio porque de otra manera no hubiera sugerido el cambio.

Estos elementos son bastantes para soportar la conclusión expuesta y relevan al Tribunal de referirse a otras varias pruebas que reposan en el expediente y que apoyan la misma conclusión.

El largo período de la relación comercial entre las partes del proceso no dejó evidencia alguna de un equívoco o de la conciencia en los contratantes de estar en presencia de un contrato simulado. Tampoco fue aportada al proceso prueba concluyente sobre la existencia del acto real o sobre la reserva mental conjunta que las partes hubieran hecho al momento de contratar ⁽¹¹⁸⁾. Por eso encuentra el tribunal de arbitramento que dicha pretensión no puede prosperar y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

No prosperando la pretensión primera declarativa tampoco prosperarán las prestaciones consecuenciales de esta primera pretensión principal, que son:

“Que como consecuencia de la declaración de simulación se declare el incumplimiento del vendedor —hoy demandado— de la obligación principal, consistente en hacer la tradición de la cosa, toda vez que los bienes se encontraban en estado de contrabando al momento de la celebración del contrato”.

“Que como consecuencia del incumplimiento se ordene a demandado hacer la restitución del precio pagado a la tasa representativa del mercado a la fecha que se realice el pago”.

“Que se condene al demandado al pago de la indemnización de perjuicios derivados de la no utilización de los bienes contada desde el momento de la fecha de aprehensión de los equipos y hasta la fecha en que se realice el pago”.

“Que se condene al demandado en el pago de costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

2. Primer grupo de pretensiones subsidiarias.

“Primer grupo de pretensiones subsidiarias”

“En el evento de que el honorable tribunal no resuelva favorablemente todas las pretensiones principales solicito se resuelvan las siguientes pretensiones subsidiarias:

“Que se declare la nulidad absoluta del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en documento privado suscrito el día dos (2) de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., porque este contrato tiene un objeto ilícito, ya que los bienes objeto del mismo no se encontraban legalizados bajo las leyes de la República de Colombia”.

Por las razones explicadas en el acápite correspondiente, ha quedado establecido, en primer lugar, que los bienes en cuestión no se encontraban en estado de contrabando al momento de celebrarse el contrato de leasing tal como lo sostuvo el señor apoderado demandante. En efecto, las circunstancias en que fue hecha la importación, el destino que se dio a los bienes y los trámites realizados ante la DIAN, permiten concluir que la conducta del importador no se subsume en la hipótesis de la norma penal. En segundo lugar, se reitera que el estado de incumplimiento en el pago de los tributos aduaneros no impedía la celebración del nuevo contrato de leasing, es decir, no impedía el cambio de tenedor de los equipos. Valga agregar, entonces, que aquí no hubo enajenación alguna porque esta hubiera implicado disposición del derecho de dominio por parte de su titular MSF ⁽¹¹⁹⁾.

El tribunal de arbitramento, conforme con lo expresado en sus consideraciones, parte de que la esencia del contrato de leasing estriba en que los equipos son de propiedad del arrendador durante la vigencia del contrato y hasta su terminación, momento en el cual estos tendrán el destino que se les asigne, en manos suyas o del arrendatario. Esto es concordante con lo establecido en el proceso, según lo cual, durante la vigencia del contrato la propietaria de los equipos fue MSF y solo llegó a perder esa calidad con el decreto del decomiso administrativo.

No existiendo el contrabando ni impedimento alguno, según se dijo, no puede prosperar la pretensión declarativa de la nulidad porque no hay objeto ilícito en la contratación y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Finalmente, sin perjuicio de lo expresado, advierte el tribunal que, cuando el objeto ilícito deriva del incumplimiento de una norma de categoría legal, según el artículo 1525 del Código Civil no hay lugar a restituciones, dado que la ley se supone conocida por todos ⁽¹²⁰⁾.

No prosperando la pretensión declarativa principal, tampoco pueden prosperar las pretensiones secundarias o consecuenciales que son:

“Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta se ordene al demandado Medical Systems Finance S.A. la devolución de las sumas de dinero canceladas como parte del precio, esto es la suma de US\$ 794.955.11 a la tasa representativa de cambio a la fecha en que se realice su pago”.

“Que se condene al demandado al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

3. Segundo grupo de pretensiones subsidiarias.

“Segundo grupo de pretensiones subsidiarias”

“Que se declare la nulidad absoluta del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en documento privado suscrito el día dos (2) de marzo de dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., por haber nacido a la vida jurídica sin un elemento propio de la esencia como es la opción de compra”.

Es cierto que el tribunal llegó a la conclusión de que en el contrato bajo examen no hubo pacto de opción sino promesa de compraventa al final del leasing. Pero reiteremos que, de conformidad con lo dicho en la parte segunda de este laudo, no se trata la opción de un elemento esencial del contrato de leasing y, por ello, la inexistencia de la opción de compra no genera una nulidad del contrato.

Más aun: aunque no existieran ni la opción ni la promesa o aunque esta última fuera nula por defecto en los requisitos de validez consagrados en el artículo 1611 del Código Civil, ello no afectaría en absoluto la validez misma del contrato de leasing porque están dados sus elementos esenciales. El único efecto de la falta de opción estaría en que la tenencia de los bienes tendría que regresar a su propietario.

No prosperando esta pretensión principal, las consecuenciales serán negadas. Estas son:

“Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la esencia por falta de uno de los requisitos de la esencia, se ordene al demandado la devolución de las sumas pagadas a la tasa representativa del mercado en la fecha efectiva del pago”.

“Que se condene al demandado al pago de las costas judiciales, agencias en derecho y honorario del honorable tribunal”.

4. Tercer grupo de pretensiones subsidiarias.

“Tercer grupo de pretensiones subsidiarias”

“Que se declare ineficaz la cláusula sexta numeral III del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., por ser una obligación imposible de cumplir

jurídicamente por parte del arrendatario y por lo tanto el objeto del contrato es imposible de ejecutarse. El texto de la cláusula es el siguiente: “Cláusula 6 condiciones a las cuales están sujetas las obligaciones del arrendador”.

“Las obligaciones de el arrendador bajo este contrato están sujetas a las siguientes condiciones:

Que el arrendador haya recibido, para la fecha efectiva o antes, las siguientes importador pruebas, las cuales tendrán que ser aceptables para el arrendador en cuanto a su forma y esencia, y las cuales estarán en plena validez y vigencia para la fecha efectiva: iii. Copia certificada de la declaración de importación temporal de los equipos, con el visto bueno necesario de las autoridades competentes, que se requieren bajo la ley aplicable, en la cual el arrendatario figure como importador

Encuentra el tribunal que la cláusula en cuestión consagra una condición suspensiva de las obligaciones del arrendador, que consiste en que cuando no se ha entregado al arrendador por parte del arrendatario prueba de la declaración de importación, en la que el arrendatario figure como importador, el arrendador no está obligado a cumplir sus prestaciones en el contrato.

Sea lo primero volver a advertir que las partes del proceso conocían, en la fecha de celebración del contrato de leasing ⁽¹²¹⁾, que la importación de los equipos había sido hecha años antes para efectos de la ejecución del primer contrato y consintieron en ello. Igualmente resulta claro que las dos conocían (o debieron conocer), que el régimen de importación estaba incumplido y, de la misma manera, consintieron en perfeccionar el acuerdo. Es más, según el representante de la clínica, ese antecedente contractual y su imprevisto desarrollo fueron el acicate para llegar a la formación del nuevo contrato de leasing.

En segundo término quiere destacar el tribunal que en esa misma cláusula que invoca, la clínica aceptó asumir la obligación de realizar las gestiones para lograr su calidad de importador cuando ya sabía que el señor Óscar Enrique Pinzón había incumplido sus obligaciones de pago. Al margen de la discusión meramente jurídica, no hay prueba de que la convocante hubiera intentado adecuar su conducta a este compromiso. Sobre la incuria de la arrendataria dan fe varias de las comunicaciones enviadas por esta entidad a su contraparte durante la negociación llevada a cabo en el segundo semestre del año 2001, en especial la que se menciona en el punto 20 del recuento de hechos probados, de la segunda parte de este laudo, donde manifiesta que no se ha sustituido como importador temporal.

Pero, además, todo indica que esta condición suspensiva de las obligaciones del arrendador (también presente en el primer contrato) debe su existencia al hecho de que, en términos generales, el acuerdo está supeditado a la importación de los equipos y el trámite administrativo corre por cuenta del arrendatario. Sin embargo ya se explicó que, por una situación excepcional, en este caso cuando se acordó el arrendamiento los equipos ya se encontraban no solo en el país, sino instalados y en uso de la misma Clínica Vasculor Navarra que era partícipe activo del contrato de cuentas en participación. Si esta es la explicación histórica de la presencia de la condición suspensiva, fuerza concluir que se trata de una cláusula inane para el caso que se juzga porque, como se dijo, la importación fue hecha mucho antes de celebrado el contrato.

El transcurso de la vigencia del contrato de leasing celebrado por quienes ahora son contrapartes en este proceso, Medical Systems Finance nunca recurrió a esta condición para excusarse de cumplir alguna de las obligaciones o para evitar que el arrendatario ejerciera sus derechos; por el contrario, entregó los bienes y permitió a la clínica el uso de ellos sin ninguna solución de continuidad hasta que, por petición de la misma clínica, se produjo el decomiso por parte de al DIAN. Si, en gracia de discusión, fuera aceptada la tesis sobre la existencia de una obligación imposible de cumplir por parte de la clínica, lo verdadero es que MSF asumió plenamente, por su parte, el papel de arrendador y ejecutó todas las prestaciones a su cargo.

En conclusión, con su conducta contractual las partes asumieron que las obligaciones de MSF debían ser cumplidas y por ello fueron ejecutadas.

Pero, además, resulta inaceptable sostener que por la imposibilidad de sustituir al importador resultó igualmente imposible ejecutar el objeto del contrato. Se trata de una afirmación gratuita que el desarrollo mismo de los hechos se ha encargado de desvirtuar: aun cuando no se hizo gestión alguna para obtener la sustitución del importador, de

hecho nunca se llevó a cabo, las partes continuaron desarrollando el contrato, la clínica explotando económicamente los equipos y Medical Systems Finance permitiendo su goce y recibiendo los cánones en la medida en que fueron pagados.

Finalmente recordemos que hay pacto expreso en relación con la hipótesis de ineficacia (nulidad) de una parte del contrato, con el fin de que esta no lo afecte en su totalidad, lo que coincide con el texto de los artículos 902 y 904 del Código de Comercio, transcritos en la nota de pie de página número 66 anterior.

Finalmente debe decirse que no existía una imposibilidad intrínseca de hacer la sustitución del importador, porque de acuerdo con el régimen aduanero vigente, en el momento de firmar el contrato aún hubiera resultado posible sanear la situación de incumplimiento y proceder a la sustitución.

2. “Que se declare ineficaz la cláusula octava del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos (2) de marzo de del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., por dejar sin fundamento jurídico la obligación de pagar el canon de arrendamiento ya que esta obligación surge como contraprestación al uso de los equipos y en el caso *sub júdice* al encontrarse los bienes en estado de contrabando era ilegal entregar la tenencia y el uso de los mismos.

La cláusula al tenor dice: “Cláusula 8, declaraciones y garantías no ofrecidas por el arrendador.

El arrendador, no ofrece ni dan ni ha ofrecido ni dado, y por la presente cláusula expresamente rechaza, cualquier declaración o garantía, explícita o implícita, acerca de la propiedad, valor, condición, comerciabilidad, diseño, operación o idoneidad de uso para cualquier propósito de los equipos, y también cualquier otra declaración o garantía, ya sea explícita o implícita, relacionada con los equipos”.

La base de esta pretensión está en el argumento de que los bienes se encontraban en estado de contrabando en la fecha de celebración del contrato de leasing. Este tema ya ha sido suficientemente analizado y expuesta la posición del tribunal, por lo que no hay lugar a despachar favorablemente esta pretensión.

Sin perjuicio de lo anterior, observa el tribunal que hay plena prueba de que la clínica ha explotado los equipos en su provecho desde la fecha misma de celebración del contrato. En otras palabras si el arrendador garantiza o no la propiedad y comerciabilidad de los equipos, esto no tiene relación con la posibilidad de uso y, por lo tanto, mal podría invocarse como una razón para dejar de pagar los cánones.

Finalmente no es procedente declarar la obligación de saneamiento por evicción, porque esta figura es predicable siempre que exista una venta o una enajenación y en nuestro caso apenas estamos en presencia de un contrato de leasing.

No prosperando las pretensiones principales, no pueden prosperar las secundarias, que son:

3. “Que como consecuencia de la anterior pretensión se ordene a Medical Systems Finance S.A. salir al saneamiento por evicción de los equipos entregados en arrendamiento financiero a LA Clínica Vascular Navarra Ltda.”.

“Que como consecuencia de las anteriores pretensiones se ordene a Medical Systems Finance S.A. la devolución de las sumas de dinero pagadas por la Clínica Vascular Navarra Ltda. en virtud del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing objeto del presente litigio, esto es la suma de setecientos noventa y cuatro mil novecientos cincuenta y cinco pesos con once centavos de dólares de Norte América (US\$ 794.955.11) a la tasa representativa del mercado a la fecha en que se realice el pago”.

“Que se condene a la demandad al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

5. Cuarto grupo de pretensiones subsidiarias.

“Cuarto grupo de pretensiones subsidiarias”

“Que se declare resuelto el contrato internacional de arrendamiento financiero leasing, que consta en el documento privado suscrito el día dos (2) de marzo del año dos mil (2000) entre la sociedad Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., toda vez que al tenor del contrato, hay incumplimiento cuando cualquier de las obligaciones de las partes sea ilegal bajo las leyes de la República de Colombia y, en el caso *sub litem*, la disposición de las mercancías, está prohibida por ser bienes que se encuentran en estado de contrabando.

La cláusula 17 dice: “Casos de incumplimiento

“Cada uno de los siguientes casos se considerará independiente como un caso de incumplimiento bajo este contrato:

f) El hecho de que sea, o que llegue a ser, ilegal bajo las leyes de la República de Colombia o las de Uruguay o de los Estados Unidos de América, que el arrendador o el arrendatario celebren y/o desempeñen sus obligaciones bajo este contrato”.

Ya estableció el tribunal en el literal h) del acápite de análisis jurídico general, cómo no se presentó el delito de contrabando respecto de la importación al país de los bienes objeto del leasing, razón por la cual no puede despacharse favorablemente esta pretensión.

No prosperando ella, no pueden prosperar las pretensiones consecuenciales que son:

“Que como consecuencia de la anterior pretensión, se ordene a Medical System Finance S.A. la devolución de las sumas de dinero pagadas por la Clínica Vascular Navarra Ltda. en virtud del contrato internacional de arrendamiento financiero leasing objeto del presente litigio, esto es la suma de setecientos noventa y cuatro mil novecientos cincuenta y cinco mil pesos con once centavos de dólares de Norte América (US\$ 794.955.11), a la tasa representativa de mercado a la fecha en que se realice el pago”.

“Que se condene a la demandada al pago de las costas, agencias en derecho y honorarios del honorable tribunal”.

D. Análisis de las excepciones a la demanda.

Las excepciones propuestas en la demanda son:

- Inexistencia de contrabando
- Existencia de una opción de compra
- Incumplimiento al contrato y culpa grave de la Clínica Vascular Navarra Ltda.

De acuerdo con lo que se ha expresado hasta ahora y con lo que se agregará en adelante, el tribunal encuentra que debe prosperar la excepción de inexistencia de contrabando, que no prospera la de existencia de opción de compra y que sí prospera la de incumplimiento del contrato.

E. Las pretensiones de la demanda de reconversión.

La primera pretensión pide que “Se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. y Jorge Álvaro Murcia Gómez eran deudores solidarios de Óscar Enrique Pinzón Jiménez conforme a la garantía otorgada bajo el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) celebrado el día 26 de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) entre Oferil S.A. y Óscar Enrique Pinzón Jiménez”.

Como consta en los folios 154 a 161 del cuaderno número uno de pruebas, Clínica Vascular Navarra Ltda. y Álvaro Murcia Gómez suscribieron en calidad de codeudores, un pagaré en blanco con carta de instrucciones para garantizar el pago de las obligaciones dinerarias a cargo de Óscar Enrique Pinzón, pactadas en el contrato de leasing que habían celebrado este último y Oferil S.A.

Esto significa que la Clínica Vascular Navarra Ltda y Jorge Álvaro Murcia Gómez sí fueron deudores solidarios de Óscar Enrique Pinzón en los precisos términos de la garantía, es decir desde la naturaleza cambiaria del título valor

que es un bien autónomo e independiente de las obligaciones derivadas del negocio causal. En otras palabras, el hecho de servir de garantes no los convierte en partes en el contrato.

La siguiente pretensión principal pide que “Se declare que entre Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vasculuar Ltda. existió un contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000).

Esta declaración es procedente, porque la existencia de esa relación contractual es un hecho reconocido, del que da cuenta el numeral 7º de las consideraciones sobre hechos reconocidos en el proceso, y porque ese acto jurídico no adolece de vicios invalidantes.

También pide que “Se declare que el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000) contiene una novación al contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) celebrado el veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en los términos del numeral 3 del artículo 1690 del Código Civil, y una asunción de deuda de la Clínica Vasculuar Navarra Ltda.”.

La asunción de deuda consiste en un acuerdo entre un tercero que se obliga al pago de una deuda ajena y el acreedor. Puede ser liberatoria o acumulativa según si el pacto supone o no la liberación del deudor primitivo y no necesita de la aprobación de este último. La asunción liberatoria implica novación por cambio de deudor, pero esa liberación del primitivo debe ser expresa. En cambio la acumulativa no es novatoria.

La pretensión pide que se declare que el acto jurídico del segundo contrato implicó una novación, porque a través suyo la Clínica asumió las obligaciones insolutas del primer contrato. Por lo tanto esta pretensión se resuelve estableciendo si realmente se dio ese compromiso de la clínica y si MSF liberó con ello al señor Pinzón.

Confrontados los hechos 18 a 21 de la demanda de reconvención y de su contestación y aplicando el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, encuentra el tribunal que las partes concuerdan en que efectivamente en el contrato de leasing celebrado entre ellas, la clínica asumió las obligaciones que Óscar Pinzón dejó sin cancelar en el primer contrato. Por esta razón, el saldo impagado se incorporó al monto total que las partes le asignaron a su nuevo contrato, que fue de \$ 3.137.166, 73 dólares de los Estados Unidos de América.

De los mismos hechos se concluye también que esa asunción devino en una Novación de la deuda del señor Pinzón, lo que indica que MSF aceptó liberar al deudor original y convino en que la deuda quedaba extinguida por efectos de la suscripción del nuevo contrato de leasing.

Estas afirmaciones fueron corroboradas por el doctor Álvaro Murcia, representante de la convocante, cuando en el interrogatorio de parte, respondiendo a la pregunta “5” reconoce de manera expresa la asunción de deuda que hizo la clínica de los pasivos del señor Pinzón y explica muy claramente las razones prácticas que la llevaron a ello. En esa respuesta relata como, viendo la compleja situación en que se encontraban como garantes, dijeron (la clínica) “hagamos un nuevo leasing incluyendo la deuda del doctor Pinzón”.

En suma, las obligaciones de este último fueron extinguidas por virtud de la asunción que se plasmó en la celebración de nuevo y distinto contrato.

Por lo expuesto, esta pretensión será próspera.

Pide la convocante que “Se declare que la Clínica Vasculuar Navarra Ltda. incumplió con el pago de los cánones de arrendamiento pactados bajo el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000), en los términos del literal (a) de la cláusula 17 del contrato, desde el veinte (20) de agosto de dos mil (2000)”.

El contrato de leasing celebrado entre las partes establece la obligación de la clínica de pagar la suma de US\$ 3.137.176.73 por concepto de arrendamiento de los bienes. El doctor Álvaro Murcia confiesa la mora en el pago, pero no precisa ni cuantía ni fecha. Sin embargo, en la página 10 del dictamen pericial que no fue objetado, aparece la relación de cánones en mora. Allí el señor perito, con base en el anexo 4 del contrato que establecía el

plan de pagos, registra las cuotas en mora desde el día 20 de agosto de 2000. Esta evidencia da la convicción al tribunal que desde esa fecha la Clínica Vascular Navarra dejó de pagar los cánones acordados. Por eso el tribunal accederá a hacer esta declaración.

Pide la reconvención que “Se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. incumplió con la obligación de sustituir al importador, en los términos de la cláusula 6 (a) (iii), incumplió con el pago del arancel e IVA que le correspondía en los términos de la cláusula 5, e incumplió con la obligación de asegurar los equipos en los términos de la cláusula 11, configurando varios casos de incumplimiento en los términos de los literales (b), (c) y (d) de la cláusula 17 del contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000)”.

En cuanto a la obligación de sustituir al importador, resulta claro que ella fue asumida por la clínica en la cláusula 6ª, iii., cuya posibilidad consagra el artículo 151 del Decreto 2685 de 1999. Es llamativa para el tribunal la carta que obra a folio 343 del cuaderno de pruebas 1, dirigida por Clínica Vascular Navarra a MSF, donde le dice:

“Los documentos soportes de la sustitución como importadores temporales además de la nueva garantía otorgada por nosotros de los equipos y los comprobantes de pago de las cuotas de tributos aduaneros que han sido pagados por nosotros en calidad de importadores en cumplimiento de las disposiciones aduaneras se encuentran en poder de Medical Sistem Finance (sic) de la persona Doris Galvis jefe del departamento de cartera”.

Esta carta, firmada por Álvaro Murcia, da una idea de la posición inicial de la clínica frente a estas disposiciones y ayuda a encontrar el correcto entendimiento de la cláusula contractual. A esta comunicación siguió la del 1º de octubre 2001 (fl. 347) donde, inexplicablemente, el doctor Murcia se retracta de su posición inicial.

Por otra parte, recordemos que ha sido aceptado el hecho de que la clínica asumió todas las obligaciones derivadas del contrato inicial suscrito por Óscar Enrique Pinzón, dentro de las cuales se encontraba la de figurar como importador y, sobretodo, la de pagar los tributos aduaneros. Si esto fue así, la clínica no solo se obligó a pagar aquellos que se causaran con posterioridad al perfeccionamiento del nuevo contrato sino también los que debieron ser cancelados por Óscar Pinzón.

Este planteamiento resulta lógico, si se tiene en cuenta que, a pesar de haberse creado una nueva relación, la obligación aduanera atinente al régimen de importación temporal no mudó ninguna de sus condiciones, las cuales debían ponerse al día para evitar el estado de ilegalidad y, con ella, el decomiso.

El artículo 153, inciso 1º, Decreto 2658 de 1999, determina la necesidad del pago de los tributos aduaneros en el régimen de importación temporal de mercancías en arrendamiento. La definición de “tributo” que trae el mismo decreto dice que este es el valor de los derechos de aduana y el impuesto sobre las ventas. De acuerdo con la definición que trae el diccionario Larousse, arancel equivale a la “tarifa oficial que determina los derechos de aduana”.

En consecuencia, la cláusula 5ª allí donde se refiere a la obligación, en cabeza del arrendador, del pago de los impuestos relacionados con la ejecución del contrato, involucra los tributos aduaneros. Como la falta de pago constituye una negación indefinida, no requiere prueba en los términos del inciso segundo del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Por su parte la demandada no aportó prueba alguna de haber pagado esos tributos, con el fin de desvirtuar la presunción de la norma.

La misma presunción se aplica a la obligación de asegurar los equipos contra todo riesgo, contenida en la cláusula 11 del contrato.

Por las razones expuestas se accederá a esta pretensión declarativa, en su totalidad.

Pide también la convocada que “Se declare que Medical Systems Finance S.A. terminó unilateralmente y con justa causa el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000), por incumplimiento de la Clínica Vascular Navarra Ltda. a sus obligaciones contractuales en los términos de la cláusula 17 del mismo”.

En efecto, en la cláusula 17 (página 18 del contrato y 24 del cuaderno uno de pruebas) está pactada la facultad del arrendador de declarar unilateralmente la terminación del contrato, mediante aviso escrito al arrendatario. Este pacto es válido, de manera que el ejercicio de la facultad genera como efecto el fin de la relación contractual.

La prueba de la terminación escrita consiste en un documento fax con la constancia electrónica de haber sido enviado a su destinatario (fl. 383) y la certificación del envío postal (fl. 387) que constituye un documento declarativo emanado de terceros. Adicionalmente (fl. 34 vto. Cdno. 2 de pruebas) el doctor Álvaro Murcia confiesa haber sido notificado por MSF de la terminación del contrato.

Por estas razones procede la declaración pedida en esta pretensión.

Pide que “Se declare que en la fecha de terminación del contrato, el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), la Clínica Vascul ar Navarra Ltda. adeudaba a Medical Systems Finance S.A., por concepto de cánones de arrendamiento financieros causados, la suma de un millón doscientos seis mil doscientos noventa y un dólares con cuarenta y dos centavos de dólar (US\$ 1,206,291.42) de los Estados Unidos de América”.

Indica el dictamen pericial en el número 2.2., que al 7 de marzo de 2002, la Clínica Vascul ar Navarra Ltda. le debía a Medical Systems Finance la suma de un millón doscientos diez mil trescientos trece dólares con 67 centavos (US\$ 1.210.313,67) por concepto de cánones de arrendamiento adeudados por la clínica. Por lo tanto esta pretensión debe prosperar por el monto pedido.

Pide la reconvencción que “Se declare que la fecha de terminación del contrato, el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), la Clínica Vascul ar Navarra Ltda. adeudaba a Medical Systems Finance S.A., por concepto de intereses remuneratorios causados y pactados a la tasa Libor + 2.5%, la suma de ciento tres mil ciento treinta y un dólares con sesenta y cuatro centavos de dólar (USD\$ 103, 131.64) de los Estados Unidos de América, o aquella suma que resulte probada durante el arbitramento”.

Estableció el peritaje (que no fue objetado), que los intereses remuneratorios causados al 7 de marzo de 2002 que le adeuda la Clínica Vascul ar Navarra Ltda. a Medical Systems Finance, equivalen a la suma de doscientos noventa y siete mil quinientos dos dólares con dos centavos (US\$297.502.02) y así se declarará en la parte resolutive del laudo.

Pide que “Se declare que la Clínica Vascul ar Navarra Ltda. adeuda a Medical Systems Finance S.A., en los términos de la cláusula 4 del contrato, intereses moratorios liquidados a partir de las siguientes fechas y sobre las siguientes sumas de dinero:

20 ago. 2000 USD\$ 28,014.73

20 dic. 2000 USD\$ 434,548.34

20 mar. 2001 USD\$ 135,238.10

20 jun. 2001 USD\$ 135,238.10

20 sep. 2001 USD\$ 135,238.10

20 dic. 2001 USD\$ 135,238.10

Se declarará que la Clínica Vascul ar Navarra Ltda. le debe a Medical Systems Finance, intereses de mora desde las fechas y sobre las sumas indicadas en la pretensión. Esta decisión se basa en que el contrato contempla la eventualidad de causar una tasa moratoria máxima, de acuerdo con la certificación de la Junta Directiva del Banco de la República (Res. Externa 53/92).

Según el dictamen pericial, el valor de estos intereses moratorios equivale a la suma de trescientos cuarenta y un mil trescientos ochenta y cuatro dólares con ocho centavos de dólar US \$ 341.384,08, los cuales fueron liquidados con base en la regla de los artículos 1653 y siguientes del Código Civil, por expresa disposición contractual.

Pide la reconvencción que “Se declare que la Clínica Vasculat Navarra Ltda. se encuentra en mora de restituir los equipos médicos arrendados a Medical Systems Finance S.A. desde el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), en los términos de la cláusula 17 del contrato”.

Dice el artículo del Código Civil:

1608.—El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En materia de obligaciones se distingue entre el retardo y la mora. El retardo se da cuando la obligación no se cumple dentro del término legal o contractual para ejecutar la prestación. La mora se da cuando se hace constar o se hace evidente el incumplimiento de la obligación ⁽¹²²⁾ .

Entre los varios efectos que tiene la constitución en mora esta que “ produce un efecto capital, en razón a que es necesaria, salvo dispensa legal, para hacer nacer el derecho al pago de los daños y perjuicios en caso de retardo” ⁽¹²³⁾ .

Este efecto está consagrado legislativamente en nuestro Código Civil:

ART. 1615.—Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

La cláusula 17 invocada, sobre el punto de entrega de los equipos expresa:

“Al efectuarse dicha terminación, el arrendatario por la presente otorga a el arrendador cualquiera y toda autorización requerida por el arrendador para retirar los equipos de las instalaciones.

Leído el texto del contrato, no se encuentra otra estipulación que ponga un término o plazo para la entrega de los bienes o que haga presumir un término para ello.

Quedó entonces pactado, como regla a seguir para las partes, que terminado el contrato el arrendador podría retirar los equipos. Hay pruebas en el proceso de que el arrendador solicitó a la Clínica Vasculat Navarra Ltda. la suscripción de un acta de entrega de los equipos, entre febrero y marzo de 2002, pero nunca se suscribió, lo que indica que, en la práctica, no ejerció esa facultad de retirarlos.

No cabe duda al tribunal de arbitramento, que terminado el contrato de leasing sin que se dieran las condiciones para que el arrendatario se hiciera propietario de los equipos, existe la obligación de entregarlos a cargo de la clínica. Pero tampoco le cabe duda al tribunal que esa prestación no tiene un término ni un plazo presunto para cumplirse, por lo que la Clínica Vasculat Navarra Ltda. estuvo retardada pero no está en mora ⁽¹²⁴⁾ .

Ahora bien, no existe en la demanda solicitud de condena a devolver los equipos, por lo que no es del caso dar aplicación al artículo 90 del Código de Procedimiento Civil inciso segundo, para entender que con la notificación del auto admisorio fue constituida la mora del deudor.

Por estas razones, no debe prosperar esta pretensión y así se declarará en la parte resolutive del laudo.

Pide la convocada que “Se declare que a consecuencia de la mora en la restitución de los equipos médicos arrendados, la Clínica Vasculat Navarra Ltda. adeuda a Medical Systems Finance S.A. los cánones de arrendamiento que se causen hasta la fecha en que quede ejecutoriada la Resolución 03-064-4455 del trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002) la cual la Administración Especial de Aduanas de Bogotá ordenó el decomiso

definitivo de los equipos a favor de la Nación, entre ellos, los siguientes:

20 mar. 2002 USD\$ 135,238.10

20 jun. 2002 USD\$ 135,238.10

20 sep. 2002 USD\$ 135,238.10

20 dic. 2002 USD\$ 135,238.10

20 mar. 2003 USD\$ 135,238.10

Como quedó expresado en el numeral anterior, no se ha producido mora por lo que no hay lugar a perjuicios. Téngase en cuenta que se trata esta de una pretensión consecuencial a la declaración de mora en la entrega, luego debe entenderse la solicitud en el sentido de que el pago de esos cánones, terminado como está el contrato, tendría la naturaleza de un pago de perjuicios y que no estaría originado en la obligación contractual de pagar el arriendo, precisamente porque el contrato fue terminado el día 7 de marzo de 2002.

Como quiera que sin mora no hay lugar a condena en perjuicios, no puede prosperar esta pretensión y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Pide también MSF que “Se declare que la Clínica Vasculat Navarra Ltda. adeuda a Medical Systems Finance S.A. los intereses remuneratorios (Libor + 2.5%) y moratorios que resulten liquidados sobre las sumas de dinero a que hace referencia la anterior pretensión”.

No existiendo condena en la suma a que hace referencia la pretensión anterior, ni mora que justifique perjuicios, no se accederá a esta solicitud. Además no es posible cobrar intereses moratorios (que indemnizan perjuicio) sobre sumas que constituyen pago de perjuicio.

Pide la convocada que “Se declare que la Clínica Vasculat Navarra Ltda. incurrió en culpa grave, abuso de sus derechos y violó dolosamente la obligación contenida en la cláusula 9 del contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000), cuya terminación le fue notificada el cinco (5) de febrero de dos mil dos (2002), al poner los equipos arrendados a disposición de la Administración Especial de Aduanas de Bogotá el dieciocho (18) de febrero de dos mil dos (2002), y generar su aprehensión de manera unilateral y sin contar con la autorización previa y expresa de la arrendadora y propietaria legítima de los mismos”.

Resulta claro que una de las obligaciones que el contrato le imponía a la arrendataria, consistía en custodiar y cuidar los activos objeto del contrato e informar al arrendador de cualquier evento que implicara riesgo del ejercicio de su tenencia o de la propiedad. En este orden de ideas el contrato previó expresamente que el arrendatario debía evitar el decomiso de los equipos, traducido en que tenía que realizar los actos necesarios para que el arrendador no perdiera el dominio de estos a favor de la Nación.

Por otra parte ya se ha dejado establecido en este laudo cómo no existían los elementos que configuran el delito de contrabando, por lo que no es de recibo el argumento esbozado por la Clínica según el cual estaba obligada a poner a disposición de la DIAN los equipos so pena de incurrir en el delito de favorecimiento y de hacerse acreedor su representante a una sanción penal.

Resalta el tribunal que, no obstante haber puesto los equipos a disposición de la DIAN desde el 14 de febrero de 2002 y haber mantenido contacto frecuente en esa misma época con MSF, nunca le informó de la circunstancia de inminente aprehensión en que los equipos se encontraban por su petición unilateral, lo que constituye una manifiesta y conciente violación del deber de información que el contrato le imponía.

Por lo dicho, el tribunal considera que ha existido incumplimiento contractual en virtud de culpa grave imputable a la Clínica Vasculat Navarra Ltda. En este sentido se pronunciará en las resoluciones del laudo.

Pide también la convocada lo siguiente: “A consecuencia de las declaraciones proferidas conforme a las

pretensiones quinta y décima tercera anteriores, y una vez quede ejecutoriada la Resolución 03-064-4455 del trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002) que ordena el decomiso definitivo de los equipos a favor de la Nación, se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. es responsable de un caso de pérdida en los términos de las cláusulas 12 y 13 del contrato, que debe ser indemnizado conforme a la cláusula 16 del mismo”.

De los incumplimientos invocados en esta pretensión como causantes de la pérdida de los equipos, solo podría hacerse esa imputación a la falta de pago de los tributos aduaneros a que estaba obligada la clínica y que condujo a su decomiso.

Pidió la convocada en su reconvención que “A consecuencia de la anterior declaración, se declare que la Clínica Vascular Navarra Ltda. está obligada indemnizar a Medical Systems Finance S.A. en la suma de dos millones ochocientos cuarenta mil dólares (USD \$ 2,840.000) de los Estados Unidos de América”.

No obstante todo lo cual no podrá decretarse la condena solicitada, por cuanto no encuentra el Tribunal la valoración del perjuicio. El perito designado y posesionado indicó sobre este punto, que el valor de los equipos solo podría ser determinado después de un estudio de mercado, sin indicar en consecuencia cuál era dicho valor (Cfr. num. 2.7, fl. 12, cuadernillo del peritaje).

En su alegato de conclusión, el apoderado de la parte convocada ha pretendido que se tenga como prueba de la cuantía del perjuicio, un avalúo practicado a instancias de la DIAN, en el curso de su procedimiento administrativo interno.

No puede el tribunal tener como prueba del perjuicio dicho avalúo, en primer término porque no fue decretado como prueba ni técnica ni documental, pero sobretodo porque no estuvo sometido al requisito de la contradicción, indispensable para convertirlo en plena prueba, la única en que puede fundarse una decisión judicial de fondo.

En consecuencia debe darse por no probado el valor del perjuicio y, por lo tanto, desechar la pretensión.

Pide también que “Se condene a la Clínica Vascular Navarra Ltda. a pagar a Medical Systems Finance S.A. la suma total que resulte de las anteriores pretensiones, deducidos los setecientos sesenta y cuatro mil dólares (USD\$ 764,000) de los Estados Unidos de América que vienen siendo ejecutados ante el Juzgado Treinta y tres (33) Civil del Circuito de Bogotá, así como la suma de un millón ciento cuarenta y seis mil dólares (USD\$ 1,146.100) de los Estados Unidos de América, obligación contenida en el pagaré número 2000-02”.

Esta pretensión de condena es múltiple y a ella se accederá en la parte resolutive del laudo, de acuerdo con lo decidido por el tribunal frente a cada declaración de responsabilidad.

F. Análisis de las excepciones a la demanda de reconvención.

Las propuestas fueron:

- Nulidad absoluta por objeto ilícito, que según lo expresado en los capítulos de análisis jurídico y de pretensiones, no prospera.
- Nulidad por falta de un elemento de la esencia en el contrato de leasing, que tampoco prospera con base en lo expuesto.
- Contrato no cumplido, que la hace consistir en la falta de entrega de los equipos. No puede prosperar esta excepción, porque es contraevidente con los hechos probados. Se probó aquí que la clínica ha explotado los bienes desde su condición de partícipe activo en el contrato de cuentas en participación, hasta en su calidad de arrendatario que ha prestado en su propia sede los servicios diagnósticos correspondientes y que, incluso, ha pagado cánones ¿Cómo pudo pagar esos cánones sin ninguna contraprestación? Para el tribunal, la entrega se realizó *brevi manu*, dado que ya la ostentaba la clínica por virtud del contrato de cuentas y porque siempre se hallaron en sus instalaciones.
- En cuanto a la falta de saneamiento de los bienes dada su condición de ilegalidad aduanera, ya el tribunal ha fijado una posición y a ella se remite.

III. Costas

Conforme con lo dispuesto por los artículos 392 —numerales 1° y 5°— y 393 —numeral 3°— del Código de Procedimiento Civil y considerando la resolución de las variadas pretensiones, se condenará a la convocante Clínica Vascular Navarra Ltda. a pagar a la demandada el 75% de las costas en que incurrió según se deja ver en la liquidación.

Fíjase como agencias en derecho la suma de \$51.750.000,00, equivalente también al 75% del valor de las agencias estimadas por el tribunal:

Honorarios y gastos del tribunal a cargo de la convocada

\$ 166.514.000,00

Honorarios del perito

\$ 5.000.000,00

Total costas para la convocada (sin agencias en derecho)

\$ 171.514.000,00

75% de las costas

\$ 128.635.500,00

Más 75% agencias en derecho a favor de la convocada

\$ 51.750.000,00

Total condena a cargo de la Clínica Vascular Navarra

\$ 180.385.500,00

IV. Parte resolutive

En consecuencia con lo expresado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, este tribunal de arbitramento resuelve:

PRIMERO. Se niegan todas las pretensiones de la demanda principal.

SEGUNDO. Se declaran probadas las excepciones de inexistencia de contrabando e incumplimiento de contrato, propuestas por la convocada.

TERCERO. Se declara que Clínica Vascular Navarra Ltda. y Jorge Álvaro Murcia Gómez, fueron deudores solidarios de Óscar Enrique Pinzón, en el pagaré suscrito como garantía del contrato de leasing suscrito entre Oferil Ltda. y Óscar Enrique Pinzón.

CUARTO. Se declara que existió un contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional), entre Medical Systems Finance S.A. y la Clínica Vascular Navarra Ltda., de fecha dos de marzo de 2000.

QUINTO. Se declara que el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000) contiene una novación al contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) celebrado el veintiséis (26) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), en los términos del numeral 3° del artículo 1690 del Código Civil, y una asunción de deuda de la Clínica Vascular Navarra Ltda.

SEXTO. Se declara que la Clínica Vascular Navarra Ltda. incumplió el pago de los cánones de arrendamiento pactados bajo el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de

marzo de dos mil (2000), en los términos del literal (a) de la cláusula 17 del contrato, desde el veinte (20) de agosto de dos mil (2000).

SÉPTIMO. Se declara que la Clínica Vascular Navarra Ltda. incumplió con la obligación de sustituir al importador, en los términos de la cláusula 6 (a) (iii), incumplió con el pago del arancel e IVA que le correspondía en los términos de la cláusula 5, e incumplió con la obligación de asegurar los equipos en los términos de la cláusula 11, configurando varios casos de incumplimiento en los términos de los literales (b), (c) y (d) de la cláusula 17 del contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000).

OCTAVO. Se declara que Medical Systems Finance S.A. terminó unilateralmente y con justa causa el contrato internacional de arrendamiento financiero (leasing internacional) de fecha dos (2) de marzo de dos mil (2000), por incumplimiento de la Clínica Vascular Navarra Ltda. a sus obligaciones contractuales en los términos de la cláusula 17 del mismo.

NOVENO. Se declara que en la fecha de terminación del contrato, el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), la Clínica Vascular Navarra Ltda. adeudaba a Medical Systems Finance S.A., por concepto de cánones de arrendamiento financieros causados, la suma de un millón doscientos seis mil doscientos noventa y un dólares con cuarenta y dos centavos de dólar (US\$ 1,206,291.42) de los Estados Unidos de América.

DÉCIMO. Se declara que a la fecha de terminación del contrato, el siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), la Clínica Vascular Navarra Ltda. adeudaba a Medical Systems Finance S.A., por concepto de intereses remuneratorios causados y pactados la suma de doscientos noventa y siete mil quinientos dos dólares con dos centavos (US\$ 297.502.02) de los Estados Unidos de América, suma que resultó probada durante el proceso.

UNDÉCIMO. Se declara que Clínica Vascular Navarra Ltda., debe a Medical System Financial intereses moratorios equivalentes a la suma de trescientos cuarenta y un mil trescientos ochenta y cuatro dólares con ocho centavos (US \$ 341.384,08).

DUODÉCIMO. Se niegan las pretensiones décima, undécima, y duodécima de la demanda de reconvención.

DÉCIMO TERCERO. Se declara que Clínica Vascular Navarra Ltda. incurrió en culpa grave e incumplió la obligación contenida en la cláusula novena del contrato internacional de arrendamiento financiero, de fecha 2 de marzo de 2000.

DÉCIMO CUARTO. Se declara que Clínica Vascular Navarra Ltda., es responsable de la pérdida de los equipos objeto del contrato de leasing, suscrito entre ella y Medical Systems Finance S.A., por falta de pago de los tributos, según su obligación contractual.

DÉCIMO QUINTO. Se niega la pretensión décima quinta de la demanda de reconvención.

DÉCIMO SEXTO. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por la convocante frente a la demanda de reconvención.

DECIMO SÉPTIMO. Se condena a la Clínica Vascular Navarra Ltda., convocante en este proceso, y demandada en reconvención a pagar a Medical Systems Finance las siguientes sumas:

- Un millón doscientos seis mil doscientos noventa y un dólares con cuarenta y dos centavos de dólar (US\$ 1,206,291.42) de los Estados Unidos de América.
- Doscientos noventa y siete mil quinientos dos dólares con dos centavos (US\$297.502.02) de los Estados Unidos de América.
- Trescientos cuarenta y un mil trescientos ochenta y cuatro dólares con ocho centavos de dólar (US \$ 341.384,08) de los Estados Unidos de América.
- De las sumas anteriores debe deducirse un millón novecientos diez mil dólares (US\$ 1.910.100.00) según lo

solicita el demandante en reconvención.

DÉCIMO OCTAVO. Se condena a la Clínica Vascular Navarra Ltda. a pagar el 75% de las costas y agencias en derecho, de conformidad con la liquidación que se ha hecho en este laudo.

DÉCIMO NOVENO. Se ordena la protocolización del expediente en una notaría del Círculo Notarial de Bogotá, D.C.

VIGÉSIMO. Se ordena rendir cuentas a las partes de la destinación de la suma consignada para gastos del tribunal y protocolización del expediente.

VIGÉSIMO PRIMERO. Por secretaría expídanse copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Carlos E. Manrique Nieto, presidente—*Jaime Cabrera Bedoya*, árbitro—*Miguel Patiño Posse*, árbitro—*Antonio Pabón Santander*, secretario.
