

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., octubre veintidós (22) de dos mil nueve (2009)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **OPEN CARD S.A.**, de una parte, y **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.**, de la otra, respecto de las controversias derivadas del "*Acuerdo de Transacción de fecha veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003)*", previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del "*Acuerdo de Transacción de fecha veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003)*".

2. El Pacto Arbitral.

En el Contrato de Transacción antes mencionado las partes pactaron arbitraje en la cláusula Séptima (folios 375 a 382 del Cuaderno de pruebas No. 1), en los siguientes términos:

*"**Séptima:** Este Acuerdo de Transacción se regirá por las leyes de la República de Colombia. Cualquier controversia o diferencia que surja entre las Partes en razón de este Acuerdo, su interpretación y ejecución será resuelta por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros que serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quienes serán abogados titulados y actuarán en derecho. La sede del Tribunal es la ciudad de Bogotá y se regirá por las normas legales vigentes al momento de su integración. "*

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La Solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral: El veinte (20) de noviembre de dos mil siete (2007), la sociedad **OPEN CARD S.A.**, en adelante **OPEN CARD**, solicitó a través de apoderado judicial, la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias surgidas con la sociedad **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.**, en adelante **EDS**, con ocasión del "*Acuerdo de Transacción de fecha veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003)*".

3.2. Designación de los Árbitros: Los apoderados de las partes en ejercicio de las amplias facultades conferidas, designaron de común acuerdo mediante documento de fecha diecinueve (19) de mayo de dos mil ocho (2008) (folio 52 del Cuaderno Principal No. 1), radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el veintitrés (23) de mayo de dos mil ocho (2008); a los doctores **MARIA CRISTINA MORALES DE BARRIOS, PATRICIA MIER BARROS** y **ERNESTO RENGIFO GARCIA** como árbitros para integrar este Tribunal; las partes en el escrito referido manifestaron contar con la aceptación de los árbitros designados.

3.3. Instalación: Previa las citaciones surtidas de conformidad con lo establecido en la ley, el Tribunal de Arbitramento se instaló el dieciocho (18) de julio de dos mil ocho (2008) en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijó su sede (Acta N° 1, folios 62 a 65 Cuaderno Principal No. 1). Como Presidente fue designado el doctor **ERNESTO RENGIFO GARCIA** y como Secretario el doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**, quien aceptó el cargo y tomó posesión ante el Presidente del Tribunal (Acta de Posesión, folio 121 del Cuaderno Principal No.1).

3.4. Admisión de la demanda y notificación: Por auto No. 1 de dieciocho (18) de julio de dos mil (2008), el Tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella en los términos de los artículos 428 y concordantes del C. de P.C. (Acta No. 1, folios 62 a 65 del Cuaderno Principal No. 1), decisión que en la misma fecha fue confirmada mediante auto No. 2, ante la solicitud de aclaración o complementación presentada por el apoderado de la parte Convocada. La admisión de la demanda fue notificada en la misma fecha al apoderado de la Convocada, a quien se le entregó de una copia de la demanda con sus respectivos anexos.

3.5. Contestación de la demanda y presentación de la demanda de reconvencción: El día primero (1) de agosto siguiente, dentro del término de ley, la sociedad Convocada, a través de su apoderada judicial, contestó la demanda, propuso excepciones de mérito, solicitó pruebas y presentó demanda de reconvencción (folios 67 a 120 del Cuaderno Principal No. 1).

3.6. Inadmisión y admisión de la demanda de reconvencción: El Tribunal de Arbitramento mediante auto de fecha doce (12) de agosto del presente año (Auto No. 4, obra a folios 122 y 123 del Cuaderno Principal No. 1), dio por contestada en tiempo la demanda, e inadmitió la demanda de reconvencción para que diera cumplimiento al numeral 8º del artículo 75 del C. de P. C. Dentro del término establecido en el artículo 85 del C. de P. C., ésta providencia fue notificada personalmente a los apoderados de las partes. Mediante escrito de fecha veinte (20) de agosto de dos mil ocho (2008), se dio cumplimiento en tiempo a lo requerido por el Tribunal y por auto de veinticinco (25) de agosto siguiente (Auto No. 5 obra a folios 128 y 129 del Cuaderno Principal No. 1) se admitió la demanda de reconvencción ordenándose correr traslado por el término establecido en el artículo 428 del C. de P. C.; ésta providencia se notificó personalmente a la apoderada de la demandada en reconvencción el día veintiséis (26) de agosto de dos mil ocho (2008) y al mismo tiempo se le realizó la entrega de una copia de ésta con sus respectivos anexos (Informe de notificación, folio 131 del Cuaderno Principal No. 1).

3.8. Contestación de la demanda de reconvencción: El día nueve (9) de septiembre, encontrándose dentro del término establecido en la ley, **OPEN CARD S.A.** a través de su apoderada judicial, contestó la demanda, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas (folios 132 a 148 del Cuaderno Principal No. 1).

3.9. Traslado de las excepciones: Por Auto No. 6 de fecha dieciocho (18) de septiembre de dos mil ocho (2008), el Tribunal tuvo por contestada en tiempo la demanda de reconvencción, ordenó el traslado conjunto de las excepciones propuestas, y como fecha para realizar la audiencia de conciliación fijó el veintiséis (26) de septiembre de dos mil ocho (2008) a las nueve de la mañana (9:00 a.m.) (folios 150 y 152 Cdo. Ppal. No. 1). El día veinticuatro (24) de septiembre de dos mil ocho (2008) las partes recorrieron el traslado de las excepciones y solicitaron pruebas (folios 153 a 156 y 158 a 160 del Cuaderno Principal).

3.10. Audiencia de conciliación: Por Auto No. 7 del veinticinco (25) de septiembre, el Tribunal fijó, por solicitud de los apoderados de las partes, como nueva fecha para la audiencia de conciliación el día quince (15) de octubre de dos

mil ocho (2008), oportunidad en la que se abrió la correspondiente diligencia; las partes solicitaron suspenderla y fijar como nueva fecha para su continuación el día veintidós (22) de octubre siguiente, lo cual fue atendido por el Tribunal mediante Auto No. 8. En la fecha fijada para continuar la audiencia de conciliación se declaró fallida y se ordenó continuar con el trámite arbitral; El Tribunal fijó las sumas de gastos y honorarios a cargo de las partes (Acta No. 3, folios 171 a 175 Cdo. Ppal.).

3.11. Honorarios y gastos del proceso: Tal como se estableció anterior, estos fueron fijados en audiencia de fecha veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009), siendo cancelados por ambas partes en la proporción que a cada una le correspondía.

3.12. Primera audiencia de trámite: El catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008), se surtió la primera audiencia de trámite, en la que se dio cumplimiento a las formalidades previstas en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998; en ella el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre **OPEN CARD S.A.**, de una parte, y **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.**, de la otra, respecto de las controversias derivadas del "*Acuerdo de Transacción de fecha veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003)*", con fundamento en la Cláusula Compromisoria contenida en el mismo. Respecto del auto de la declaratoria de competencia se interpuso recurso de reposición por la parte Convocada, el mismo fue confirmado en audiencia por el Tribunal. Igualmente el Tribunal fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses, profiriendo a continuación el auto de decreto de pruebas, señaló fechas para la práctica de las diligencias y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite

3.13. Instrucción del proceso:

3.13.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte Convocante relacionados: i) en la demanda original a folios 2 a 24 del Cdo. Ppal., ii) en el escrito mediante el cual descurre el traslado de las excepciones de mérito contra la demanda inicial, relacionadas a folios 158 a 160 del Cdo. Ppal y iii) en la contestación de la demanda de reconvenición, relacionadas a folios 138 a 148 del Cuaderno Principal. Respecto de los documentos aportados por la parte se tuvieron como aportados, los documentos aportados por esta parte al proceso que se relacionan: i) en la contestación de la demanda a folios 67 a 103 del Cdo. Ppal., ii) al presentar

demanda de reconvención, relacionadas a folios 104 a 120 del Cdno. Ppal. En el escrito mediante el cual se describió el traslado de las excepciones de merito de la demanda de reconvención no se aportaron documentos.

3.13.2 Testimonios: Fueron recibidos los testimonios de los señores **JENNY ACOSTA CAMPO** (Acta No. 7, dos (2) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 251 a 257 del Cuaderno Principal No. 1), **BRIGIT SIERRA** (Acta No. 7, dos (2) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 251 a 257 del Cuaderno Principal No. 1), **GERMAN POLO FAJARDO**(Acta No. 7 dos (2) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 251 a 257 del Cuaderno Principal No. 1), **JORGE IVAN TORO VILLEGAS** (Acta No. 8, cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 267 a 270 del Cuaderno Principal No. 1), **JOHN JAIRO SERRATO** (Acta No. 8, cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 267 a 270 del Cuaderno Principal No. 1), **EFRAIN MONDRAGON** (Acta No. 9, diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 273 a 276 del Cuaderno Principal No. 1), **RODULFO MARTINEZ** (Acta No. 9, diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 273 a 276 del Cuaderno Principal No. 1), **CARLOS EDUARDO VARGAS**(Acta No. 9, diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 273 a 276 del Cuaderno Principal No. 1), **JUAN ERNESTO LANDAETA** (Acta No. 10, doce (12) de marzo de dos mil nueve (2009) folios 277 a 280 del Cuaderno Principal No. 1), y **ALVARO ORTEGA MEJÍA** (Acta No. 11, primero (1) de julio de dos mil nueve (2009) folios 405 a 408 del Cuaderno Principal No. 1),.

La apoderada de la parte Convocante desistió de la práctica de los testimonios de los señores **OSCAR ARANGO, NANCY MOTA, CLARA MEJIA, LILIANA MONROY, VALENTIN ECHEVERRY** y **MARTHA ARDILA**, de igual forma la apoderada de la parte Convocada desistió de la práctica de los testimonios de los señores **CESAR ARIAS, GABRIEL ARIAS, LUIS FERNANDO DIAZ, CRISTINA GÓMEZ** y **JOSE LUIS ORTEGA**, los anteriores desistimientos fueron aceptados en su debida oportunidad por el Tribunal de Arbitramento.

En el desarrollo de la audiencia de práctica de testimonios del señor **ALVARO ORTEGA**, éste fue tachado por la apoderada de la parte Convocada como sospechoso y el testigo en desarrollo de la diligencia presentó un documento, del cual se corrió traslado a las partes pronunciándose sobre el mismo la apoderada de la parte Convocada en escrito de fecha seis (6) de julio, tal como obra a folios 414 y 415 del Cuaderno Principal No. 1.

3.13.3 Dictámenes Periciales.

3.13.3.1 Dictamen Pericial Financiero y Contable, El dictamen pericial fue rendido por la perito Contadora **ANA MATILDE CEPEDA MANCILLA**, el día tres (3) de marzo de dos mil nueve (2009) (folios 1 a 177 del Cuaderno de Pruebas No. 7), y del cual se corrió traslado a las partes mediante auto de fecha diez (10) de marzo de dos mil nueve (2009) (Acta No. 10 folios 277 a 280 del Cuaderno Principal No. 1), y dentro de este término las apoderadas de las partes el día diecisiete (17) de marzo siguiente solicitaron que se aclarara y complementara el dictamen pericial rendido, el Tribunal procedió a ordenar la aclaración y complementación mediante auto de fecha nueve (9) de junio de dos mil nueve (2009) (folio 371 a 373 del Cuaderno de Pruebas No. 1), la perito el día veintiséis (26) de junio siguiente presentó su escrito de aclaraciones y complementaciones (folios 190 a 383 del Cuaderno de Pruebas No. 7), y del mismo se dio traslado a las partes. El día seis (6) de julio las apoderadas de las partes presentaron los escritos mediante los cuales recorrían el traslado a ellas realizado.

3.13.3.2. Dictamen Pericial Experta en Sistemas, El dictamen pericial fue rendido por la perito Ingeniera de Sistemas **MARIA ESTHER ORDOÑEZ ORDOÑEZ**, el día veintidós (22) de mayo de dos mil nueve (2009) (folios 1 a 231 del Cuaderno de pruebas No. 8) ,y del cual se corrió traslado a las partes mediante auto de fecha nueve (9) de junio de dos mil nueve (2009) (folio 371 y 373 del Cuaderno Principal No. 1), y dentro de este término las apoderadas de las partes el día doce (12) de junio siguiente solicitaron su aclaración y complementación, en atención a lo anterior el Tribunal procedió a ordenar las aclaraciones y complementaciones requeridas y ordenó de oficio la complementación de algunas de las respuestas dadas mediante auto de fecha nueve (9) de junio de dos mil nueve (2009) (folio 371 a 373 del Cuaderno de Pruebas No. 1), la perito el día diez (10) de julio siguiente presentó su escrito de aclaraciones (folios 241 a 509 del Cuaderno de Pruebas No. 8) y del mismo se dio traslado a las partes, dentro del término de traslado conferido la apoderada de la parte Convocada objetó por error grave el dictamen pericial, de la objeción en cumplimiento del trámite establecido en la ley se corrió traslado a la parte Convocante quien presentó el día treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009) un escrito refiriéndose a la objeción presentada por su contraparte, de igual forma la apoderada de la Convocada en el escrito de objeción solicitó el decreto de un oficio al BANCO DAVIVIENDA S.A., cuyo decreto fue negado por el Tribunal de Arbitramento, contra dicha decisión fue interpuesto recurso de reposición el cual fue negado por el Tribunal, mediante decisión de fecha doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009) folios 494 a 496 del Cuaderno Principal No. 1.

3.13.4 Inspecciones Judiciales.

3.13.4.1. Inspección Judicial en las instalaciones de Open Card S.A.

Se práctico la diligencia en fecha primero (1) de diciembre de dos mil ocho (2008) (folio 208 a 214 del Cuaderno Principal No. 1). En relación con los documentos solicitados, estos fueron incorporados por el Tribunal mediante auto de fecha dos (2) de marzo de dos mil nueve (2009) (folios 256 y 257 del Cuaderno Principal No. 1). Mediante auto de fecha tres (3) de julio de dos mil nueve (2009) (Acta No. 12, Folios 410 a 413 del Cuaderno Principal No. 1), el Tribunal procedió a realizar el cierre de ésta inspección judicial.

3.13.4.2. Inspección Judicial en las instalaciones de ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.

Se práctico la diligencia en fecha primero (1) de diciembre de dos mil ocho (2008) (folio 208 a 214 del Cuaderno Principal No. 1), en el desarrollo de la misma la apoderada de la parte Convocante, En relación con los documentos solicitados, estos fueron incorporados por el Tribunal mediante auto de fecha dos (2) de marzo de dos mil nueve (2009) (folios 256 y 257 del Cuaderno Principal No. 1). Mediante auto de fecha tres (3) de julio de dos mil nueve (2009) (Acta No. 12, Folios 410 a 413 del Cuaderno Principal No. 1), el Tribunal procedió a realizar el cierre de ésta inspección judicial.

3.13.4.3. Inspección Judicial en las instalaciones de BANCO DAVIVIENDA S.A.

En relación con la Inspección judicial previa exhibición de documentos ordenada en el auto de decreto de pruebas de fecha catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008), se práctico la diligencia en fecha primero (1) de diciembre de dos mil ocho (2008) (folio 213 a 214 del Cuaderno Principal No. 1), en esta fecha la persona que atendió la diligencia en representación del BANCO DAVIVIENDA S.A., solicitó que se fijara una nueva fecha para aportar los documentos relacionados con la correspondencia requerida, para lo cual requirió de un plazo adicional para aportarlos, en atención a lo anterior el Tribunal dispuso como fecha límite el día diecinueve (19) de diciembre de dos mil ocho (2008). En la medida que estos no fueron aportados por parte del BANCO DAVIVIENDA S.A., se fijó fecha mediante auto de fecha dos (2) de marzo de dos mil nueve (2009) para que el representante legal de ésta sociedad, exhibiera la totalidad los documentos cuya exhibición había

sido decretada previamente por el Tribunal. En fecha doce (12) de marzo siguiente se realizó la correspondiente diligencia de exhibición, a la cual asistió el representante legal del BANCO DAVIVIENDA S.A. en el cual solicitó la ampliación de un plazo hasta el día tres (3) de abril, el Tribunal admitió dicha petición y en la fecha limite otorgada se radicó un escrito en el cual se manifestó que no fue posible ubicar documentación adicional sobre este asunto en particular. Mediante auto de fecha tres (3) de julio de dos mil nueve (2009) el Tribunal procedió a realizar el cierre de ésta inspección judicial.

3.13.5. Interrogatorio de Parte

El día tres (3) de julio de dos mil nueve, fue practicado el correspondiente interrogatorio de parte del representante legal de la parte Convocante doctor **FRANCISCO DUARTE**, Acta No. 12, folios 410 a 413 del Cuaderno Principal No. 1).

3.14. Alegatos de Conclusión.

Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal en sesión del once (11) de septiembre de dos mil nueve 2009 realizó la audiencia de alegaciones, en la que cada uno de los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos que forma parte del expediente (Acta N° 14, folios 6 a 220 del Cuaderno Principal N° 2). Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en tal oportunidad.

4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se inició y finalizó el catorce (14) de noviembre de 2008 (Acta No. 4). Por solicitud de las partes el proceso se suspendió durante las siguientes fechas:

Del dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008) al ocho (8) de febrero de dos mil nueve (2009), ambas fechas inclusive (69 días).

Del nueve (9) de febrero de dos mil nueve (2009) al veintidós (22) de febrero de dos mil nueve (2009), ambas fechas inclusive (14 días).

Del primero (1) de abril de dos mil nueve al veintidós (22) de mayo de dos mil nueve, ambas fechas inclusive (52 días).

Del trece (13) de junio del dos mil nueve al veintinueve (29) de junio siguiente, ambas fechas inclusive (17 días).

Del siete (7) de julio de dos mil nueve (2009) al veintiuno (21) de julio siguiente, ambas fechas inclusive (15 días).

Del trece (13) de agosto de dos mil nueve al diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009), ambas fechas inclusive (29 días).

Del doce (12) de septiembre de dos mil nueve al veintiuno de octubre siguiente, ambas fechas inclusive (40 días).

En total el proceso se ha suspendido durante 236 días, con lo cual el término va hasta el día cinco (5) de enero de dos mil diez (2010), por tanto el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

5. Presupuestos Procesales y nulidades sustanciales.

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

5.1. Demanda en forma: Tanto la demanda inicial como la demanda en reconvencción cumplieron los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal las sometió a trámite.

5.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto de catorce (14) de noviembre de dos mil ocho (2008) proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las

sociedades **OPEN CARD S.A.**, de una parte, y la **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.**, de la otra, cuyo sustento es la cláusula séptima del "*Acuerdo de Transacción de fecha veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003)*", lo cual fue confirmado mediante el recurso de reposición

5.3. Capacidad: Tanto la parte Convocante como la Convocada son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos en el curso del presente trámite.

5.4 Nulidades sustanciales: El Tribunal tampoco encuentra ninguna causal para decretar la nulidad del "*Acuerdo de Transacción de fecha veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003)*" y lo encuentra ajustado a las previsiones legales, a propósito de su validez y eficacia jurídica.

6. Partes Procesales.

6.1. Convocante: OPEN CARD S.A., sociedad colombiana que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el veintitrés (23) de agosto de dos mil siete (2007) por la Cámara de Comercio de Bogotá, agregado al expediente a folios 26 a 27 del Cuaderno Principal No. 1, es una sociedad mercantil de la especie de las anónimas. Esta persona jurídica fue constituida mediante Escritura Pública N° 0.292 del seis (6) de enero de mil novecientos noventa y siete (1997) de la Notaría Once del Círculo de Bogotá. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y su representante legal es el Gerente General, cargo que a la fecha de la certificación ejerce la doctora **MARCELA GARCIA PELAEZ.**

6.2. Convocada: ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A. y su sigla comercial es **EDS COLOMBIA S.A.**, en adelante **EDS**, sociedad colombiana que de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el catorce (14) de octubre de dos mil ocho (2008) por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual fue agregado al expediente a folios 168 a 170 del Cuaderno Principal; es una sociedad mercantil de la especie de las anónimas. Esta empresa se constituyó mediante Escritura Pública N° 2404 del trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) de la Notaría Dieciséis del Círculo de Bogotá.

Su domicilio se encuentra ubicado en la ciudad de Bogotá D.C. y su representante legal es el Gerente General, cargo que a la fecha de la certificación ejerce el doctor **EDUARDO ESTEBAN RUEDA ARMELLA**.

7. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la parte Convocante por la doctora **ANNE MARIE MÜRRLÉ ROJAS**, y la parte Convocada por el doctor **LUIS ALFREDO BARRAGAN ARANGO**, quien posteriormente sustituyó el poder a la doctora **IRMA ISABEL RIVERA**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

8. Pretensiones de la parte Convocante.

La parte Convocante en la demanda a folio 17 a 18 del Cuaderno Principal formuló las siguientes pretensiones:

“Primera: Que se declare que EDS incumplió el Acuerdo de Transacción celebrado con Open Card S.A. el día 23 de julio de 2003.

Segunda: Que se condene a EDS a indemnizarle a Open Card S.A. todos los perjuicios que le ha causado con ocasión o como consecuencia del incumplimiento del Acuerdo de Transacción, tanto por concepto de daño emergente como de lucro cesante y en la cuantía que se demuestre dentro del proceso.

Dichos perjuicios podrán tasarse teniendo en cuenta:

a. Por razón de la modificación no autorizada del software Open Card S.A., el perjuicio puede tasarse teniendo en cuenta el valor de la licencia Open Card S.A. Actualmente el valor de la licencia del software Open Card S.A. para las funcionalidades adquiridas por EDS corresponde a la suma de doscientos noventa y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos (US\$292.500) que deberá pagarse en pesos colombianos a la tasa de cambio representativa del mercado vigente en la fecha en la que se realizó la primera modificación no autorizada al programa.

b. Por razón de la cesión no autorizada en el Acuerdo de Transacción, de la

licencia Open Card S.A. al Banco Superior S.A. hoy Davivienda S.A., el perjuicio puede tasarse teniendo en cuenta el valor correspondiente a dicha licencia que, como ha quedado dicho asciende a la suma de doscientos noventa y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos (US\$292.500), que deberá pagarse en pesos colombianos a la tasa de cambio vigente en la fecha en que se realizó la cesión no autorizada de la licencia.

c. Los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de solicitar cotización a Open Card para los desarrollos, o de pronunciarse sobre tales cotizaciones en caso de haber sido solicitadas, corresponden a la utilidad dejada de percibir o a la pérdida de oportunidad de haber sido contratada para realizar los trabajos de implementación para tarjeta de crédito del Banco Superior, cifra que será deducida del dictamen pericial y que anticipadamente se estima en un valor superior a los mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00)

Por concepto de lucro cesante, el perjuicio podrá tasarse teniendo en cuenta los intereses de mora a la tasa máxima permitida por la ley, causados sobre las sumas que integran el daño emergente, desde el incumplimiento alegado hasta la fecha en que se verifique el pago. En forma subsidiaria podrá tasarse teniendo en cuenta los intereses corrientes causados desde el incumplimiento hasta que se verifique el pago. Por último, y en subsidio de la condena al pago de intereses de mora, o de intereses corrientes, se solicita la condena al pago de la actualización de las sumas que integran el daño emergente irrogado a mi mandante.

Tercera: Que se condene a EDS al pago de las costas causadas dentro del presente proceso.”

9. Hechos de la demanda.

La parte Convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relacionan en la demanda, a folios 2 a 17 del Cuaderno Principal No. 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión

10. Excepciones de mérito formuladas por la parte Convocada contra la demanda.

La apoderada de la sociedad Convocada en la contestación de la demanda, a folios

77 a 97 del Cuaderno Principal No. 1, formuló las siguientes excepciones de mérito:

"

- 1. FALTA DE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA**
- 2. INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES**
- 3. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE EDS**
- 4. HECHO DE UN TERCERO**
- 5. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**
- 6. COBRO DE LO NO DEBIDO**
- 7. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA**
- 8. MALA FE DE LA DEMANDANTE**
- 9. LA DEMANDANTE ALEGA SU PROPIA CULPA**
- 10. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD**
- 11. COMPENSACIÓN".**

11. Pretensiones de la parte Convocada contenidas en la demanda de reconvencción.

La parte Convocada en la demanda de reconvencción que obra a folios 114 a 116 del Cuaderno Principal No. formuló en su demanda de reconvencción las siguientes pretensiones:

"Con base en los hechos expuesto y obrando en mi condición de apoderada de la parte convocante en reconvencción, respetuosamente solicito a los señores Árbítrós que efectúen las siguientes o similares declaraciones y condenas en contra de Open Card.

A. Pretensiones declarativas relativas a los incumplimientos de Open Card

Primera: *Que se declare que Open Card incumplió el Acuerdo de Transacción suscrito por las Partes el 23 de julio de 2003.*

Segunda: *Que se declare que Open Card incumplió el Acuerdo de Transacción suscrito por las Partes el 23 de julio de 2003, al no haber puesto a disposición de EDS, por un periodo de cuatro meses/hombre, técnicos para prestar soporte a las implementaciones de Master Card y Visa que EDS procesaba para Bansuperior.*

Tercera: *Que se declare que Open Card incumplió el Acuerdo de Transacción suscrita por las Partes el 23 de julio de 2003, al no haber prestado la garantía a la que se había obligado respecto de la implantación del Software desarrollado para la tarjeta Visa Platinum para Bansuperior.*

Cuarta: *Que se declare que Open Card incumplió el Acuerdo de Transacción suscrita por las Partes el 23 de julio de 2003, al no haber realizado el proceso único de prueba para detectar las inconsistencias del Software desarrollado para la tarjeta Visa Platinum para Bansuperior.*

Quinta: *Que se declare que Open Card incumplió el Acuerdo de Transacción suscrita por las Partes el 23 de julio de 2003, al no haber corregido las inconsistencias que presentaba el Software desarrollado para la tarjeta Visa Platinum para Bansuperior.*

Sexta: *Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las pretensiones anteriores, se declare que Open Card está obligada a pagar a EDS la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere causado con los incumplimientos del Acuerdo de Transacción, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.*

B. Pretensiones declarativas relativas al abuso del derecho a litigar de Open Card

Primera: *Que se declare que Open Card abusó de su derecho a litigar, al presentar una demanda arbitral que carece de fundamento fáctico y jurídico y se sustenta en hechos contrarios a la realidad.*

Segunda: *Que, como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión anterior, se declare que Open Card está obligada a pagar a EDS la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere causado por el abuso del derecho a litigar, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.*

Tercera: *Que se declare que Open Card ha afectado el buen nombre de EDS, al presentar una demanda que carece de fundamento y que transmite al mercado de compañías que requieren los servicios de compañías de tecnología que EDS está incumpliendo sus obligaciones contractuales.*

Cuarta: Que se declare que Open Card ha afectado el buen nombre de EDS, al presentar una demanda que carece de fundamento y que genera desconfianza en los clientes de EDS y altera el desarrollo normal de su operación.

Quinta: Que, como consecuencia de las declaraciones contenidas en las pretensiones tercera y cuarta anteriores, se declare que Open Card está obligada a pagar a EDS la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere causado por el daño al buen nombre, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.

C. Pretensiones de condena

Que como consecuencia del reconocimiento de cualquier pretensión declarativa se proceda a efectuar las siguientes condenas:

Primera: Que se condene a Open Card a pagar a EDS la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado por el incumplimiento del Acuerdo de Transacción, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.

Segunda: Que se condene a Open Card a pagar a EDS la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado por el abuso del derecho a litigar, al haber presentado la demanda inicial en contra de EDS, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.

Tercera: Que se condene a Open Card a pagar a EDS la indemnización plena de los perjuicios que le hubiere ocasionado por el daño al buen nombre de EDS, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante.

Cuarta: Que se condene a Open Card a pagar a EDS la actualización monetaria de las sumas a que se refieren las pretensiones anteriores utilizando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Tribunal considere aplicable sobre las condenas que se impongan a Open Card desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones o la que el Tribunal considere y hasta la fecha de su pago efectivo.

En subsidio de la anterior pretensión, solicito que, sobre estas sumas, se calculen intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida desde la fecha en que se generaron (sic) cada una de las obligaciones o la que el Tribunal considere y hasta la fecha de su pago efectivo.

Quinta: Que se condene a Open Card a pagar a EDS la totalidad de los costos y gastos del proceso."

12. Hechos de la demanda de reconvención.

La parte Convocada fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a folios 107 a 114 del Cuaderno Principal No. 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

13. Excepciones de mérito formuladas por la parte Convocante contra la demanda de reconvención.

Solo se propuso una excepción la cual aparece a folios 145 a 146 del Cuaderno Principal No. 2. "***Open Card S.A. no incumplió ninguna de las obligaciones a su cargo, derivadas del Acuerdo de Transacción suscrito el 23 de julio 2003 y del Acta integrada al mismo.***

14. Audiencia de Laudo.

La audiencia de laudo se fijó mediante auto proferido en la audiencia de septiembre once (11) de septiembre de dos mil nueve (2009), para el día veintidós (22) de octubre de dos mil nueve (2009).

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

Considera el Tribunal necesario volverse a referir a este asunto, por ser de vital importancia para la legitimidad del proceso y la validez del laudo arbitral que se pronuncia.

Desde la contestación de la demanda, así como en otras actuaciones posteriores, la apoderada de **EDS** formuló reparos al Tribunal frente a su competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, por considerar que ellas se referían a controversias derivadas del Contrato de Licencia de Uso del sistema **OPEN**

CARD, suscrito entre las mismas partes convocadas a este arbitramento, el cual no es objeto de este proceso. Enfáticamente ha reiterado que este Tribunal sólo podrá pronunciarse respecto de los conflictos entre **OPEN CARD** y **EDS** relativos al Acuerdo de Transacción, suscrito por ellas el 23 de julio de 2003, pues el de Licencia – suscrito el 18 de mayo de 2001- , no está cobijado por la cláusula arbitral invocada, además de no tener pacto arbitral previsto para resolver sus propias controversias.

Al asumir competencia el Tribunal, durante la primera audiencia de trámite (Acta No.4, folios 176 a 191 del Cuaderno Principal No. 1), advirtió que ésta se derivaba del examen formal de las Pretensiones de la demanda de **OPEN CARD**, las cuales contienen solicitudes orientadas únicamente a la declaración de incumplimiento del Acuerdo de Transacción, no siendo viable, en tal momento procesal determinar la relación de causalidad de los perjuicios solicitados en la Pretensiones de Condena correspondientes. No obstante lo anterior, el Tribunal tomó nota, desde esa oportunidad, de la existencia de otros contratos suscritos entre las mismas partes - relacionados entre sí -, según los hechos afirmados en las mutuas demandas y en la formulación recíproca de las excepciones de mérito.

Antes de dar comienzo a la elaboración de la parte motiva de este laudo arbitral, en la cual la labor del Tribunal se orientará al examen crítico de las pruebas y a la exposición de los razonamientos jurídicos necesarios para las decisiones que habrán de adoptarse, es procedente, especialmente por estar agotado el período probatorio, analizar individualmente cada una de las pretensiones de la demanda de **OPEN CARD**, de frente al ámbito de la cláusula compromisoria contenida en el Acuerdo de Transacción, la cual - sin duda alguna - es la fuente de la jurisdicción y competencia de este Tribunal¹.

La Primera Pretensión solicita la declaración de incumplimiento del Acuerdo de Transacción, del cual deriva los perjuicios que solicita le sean reconocidos en la Pretensión Segunda, donde puntualiza las fuentes de éstos, señalando tres eventos específicos, en donde ubica los hechos constitutivos de incumplimiento por parte de **EDS** y consecuentemente la causación de los perjuicios reclamados a favor de

¹ "**Séptima:** Este Acuerdo de Transacción se regirá por las leyes de la República de Colombia. Cualquier controversia o diferencia que surja entre las Partes en razón de este Acuerdo, su interpretación y ejecución será resuelta por un Tribunal de Arbitramento integrado por tres árbitros que serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quienes serán abogados titulados y actuarán en derecho. La sede del Tribunal es la ciudad de Bogotá y se regirá por las normas legales vigentes al momento de su integración." (Contrato de Transacción, fls 375 a 382 C. Pruebas 1)

OPEN CARD.

El primero de tales eventos (Segunda a.), se refiere a las modificaciones no autorizadas del software de **OPEN CARD** realizadas con posterioridad al Acuerdo de Transacción por los propios técnicos de **EDS**, y advertidas por los funcionarios de **OPEN CARD** durante el tiempo que trabajaron en equipo para cumplir con la corrección de los errores identificados en la implementación software en las dependencias del Banco Superior.

Como se verá en el estudio detallado de estos hechos y de su demostración, todos se refieren a sucesos relativos al cumplimiento de lo establecido en la Cláusula Primera del Acuerdo de Transacción, la cual creó una prestación a cargo de **EDS**, de índole totalmente diferente a las contenidas en el Contrato de Licencia. Por tanto, las decisiones que de esos hechos se deriven, están claramente comprendidas dentro del pacto arbitral invocado.

El segundo evento generador de perjuicios (Segunda b.), se refiere a la cesión llevada a cabo por **EDS** al Banco Superior de la Licencia de Uso del sistema **OPEN CARD**, la cual, a voces de la Pretensión, no estaba autorizada en el Acuerdo de Transacción, hasta que se hubiese modificado el condicionamiento de la existencia de un contrato de mantenimiento. Como se verá en el análisis del Tribunal respecto de los hechos ocurridos, así como en la labor interpretativa sobre la voluntad de las partes al asumir sus obligaciones por el Acuerdo de Transacción, la conducta desplegada por **EDS** al ceder al Banco Superior la Licencia de Uso del sistema **OPEN CARD**, el 27 de abril de 2006, contrarió el propósito económico de **OPEN CARD** consistente en impedir la cesión de la licencia al Banco Superior, sin costo, hasta tanto no se le generaran nuevos proyectos de implementación del software y posiblemente un contrato de mantenimiento del mismo.

Es forzoso concluir que la fuente de los perjuicios reclamados por este concepto corresponde al incumplimiento del Acuerdo de Transacción por parte de **EDS**.

El tercero de los eventos alegados por **OPEN CARD** (Segunda c.), se refiere a los hechos atinentes a las prestaciones asumidas por las dos partes en la Cláusula Quinta del mismo, novedosas dentro de la relación ya existente, y ajenas al Contrato de Licencia de Uso, de cuya intención y propósito da cuenta el Tribunal en el juicioso estudio que acomete a continuación. En efecto, con el fin de generar negocios a **OPEN CARD**, **EDS** se comprometió, en su función de implementador del sistema, a dar la primera opción al dueño del mismo, lo que no cumplió, como se verá.

Así las cosas, es evidente que la competencia del Tribunal recae sobre las controversias generadas en el Acuerdo de Transacción.

2. DECISIONES SOBRE ALGUNAS PRUEBAS.

Por ser esta la oportunidad legal correspondiente, procede el Tribunal a decidir sobre la eficacia probatoria del dictamen pericial técnico, la conducta asumida por las partes durante las exhibiciones de documentos y, la tacha formulada a uno de los testigos.

2.1. Objeción por Error Grave contra el dictamen rendido por la ingeniera MARIA ESTHER ORDÓÑEZ.

En memorial presentado dentro del término legal conferido por el Tribunal de Arbitramento, la apoderada de **EDS** formuló objeción por error grave contra el dictamen pericial rendido a solicitud de las dos partes, dentro del proceso arbitral y señala como errores graves los siguientes:

- a. Error por transcribir en el dictamen manifestaciones de las partes, que no fueron comprobadas técnicamente. Según la objetante, este error afecta específicamente las respuestas referidas a las preguntas del Tribunal referidas a los temas de las precauciones adoptadas por **EDS** para no interferir el sistema Open Card para las tarjetas Visa y Master Card; a la existencia de tarjetas de crédito manejadas por el Banco Superior con anterioridad y con posterioridad al Acuerdo de Transacción. Así mismo, el error se repite en la conclusión pericial acerca de que las modificaciones al software de Open Card fueron desarrolladas por personal de **EDS**.
- b. Error al emitir conceptos jurídicos sobre las obligaciones contenidas en el Acuerdo de Transacción suscrito entre las partes.
- c. Error grave al emitir conceptos y opiniones que no le fueron solicitadas por el Tribunal ni por las partes.

Adicionalmente, llama la atención al Tribunal sobre la falta de valor probatorio de los documentos aportados por la perito como soporte del dictamen, aspecto que incluye dentro del listado de los errores graves formulados.

Para demostrar los errores alegados, la apoderada invoca como medios probatorios, el contenido del dictamen junto con sus aclaraciones y complementaciones, así como información proveniente de Davivienda, la cual solicitó recaudar mediante Oficio del Tribunal, con cuatro preguntas para ser respondidas por dicha entidad. Este oficio fue negado en audiencia por el Tribunal mediante auto de 13 de agosto del presente año - (Acta No. 13, folios 443 a 446 del Cuaderno Principal No. 1), por las razones allí expresadas.

La apoderada de **OPEN CARD**, al recorrer el traslado de la objeción, se opuso a todos los argumentos anteriores, por considerar inexactas e inconsistentes las afirmaciones que sustentan los señalados errores, así como carentes de entidad para configurar aquellos defectos que la ley determina para restar eficacia probatoria a los dictámenes periciales.

2.1.1. Consideraciones del Tribunal:

Dada la importancia del tema en cuestión, pues los señalamientos de la parte Convocada tienden a eliminar la eficacia del dictamen técnico en temas de especial importancia para la decisión que habrá de tomarse en este laudo arbitral, procede el Tribunal a analizarlos, siguiendo el orden indicado por la objetante:

El error identificado como A., afecta tres aspectos diferentes de la controversia, de los cuales, los dos primeros responden a preguntas formuladas oficiosamente por el Tribunal, y que fueron respondidas por la experta en el documento denominado Aclaraciones a Dictamen Pericial Ingeniera de Sistemas (presentado el 10 de julio de 2009, folios 1 al 232 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Advierte el Tribunal, que el dictamen presentado inicialmente junto con las respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes y por el Tribunal, conforman un solo medio probatorio, por tanto el análisis de los errores debe cobijar las respuestas afectadas en su integridad.

El error bajo estudio, se sustenta en la inconducencia de las declaraciones de los funcionarios de **EDS** para demostrar las conclusiones periciales sobre los dos asuntos preguntados por el Tribunal. Al respecto, es evidente, que del objeto general del dictamen, así como del mismo texto de las preguntas, en cuyas respuestas ubica el error la objetante, es clara la naturaleza técnica de los hechos que ésta pretende demostrar. No obstante, ello no condiciona los métodos de investigación o de verificación del

experto, quien es el que tiene el criterio profesional para aplicar los métodos que considere para obtener las conclusiones solicitadas. La ley es clara respecto del amplio campo de acción de los peritos en su labor de conseguir la información que requieren durante la práctica de la peritación. Basta con recordar el deber de colaboración de las partes con los expertos, según el cual, aquéllas deben poner a su disposición todos los elementos que posean a su disposición (art. 242 C de P.C.), así como la específica mención de la utilización de información proveniente de terceros, cuando lo consideren útil para el cumplimiento de su encargo (art. 237,2 C de P.C.).

Bastaría lo anterior para descartar el error así fundamentado, anotando el Tribunal adicionalmente, la inconsistencia del planteamiento, frente a la petición de la objetante, negada por el Tribunal, de obtener declaraciones del personal de Davivienda para su demostración. No obstante, se reitera la importancia de la demostración de los hechos afectados por el supuesto error que se analiza, razón por la cual agrega:

Sobre el tema de las precauciones tomadas por **EDS** para no interferir con el sistema **OPEN CARD** al realizar las modificaciones de que tratan las respuestas 2.5.1/2 del dictamen inicial, se advierte que en su documento de Aclaraciones, la ingeniera da alcance a sus indagaciones iniciales, las cuales son de carácter eminentemente técnico, como allí se establece, razón por la que la información obtenida de los funcionarios de **EDS**, con ocasión de las preguntas del Tribunal, no es más que un complemento de su primera investigación. Por ello además de no ser exacto que la respuesta objetada se fundamenta solamente en declaraciones, de así serlo, no se configuraría error grave.

Con relación al segundo aspecto sobre el que recae el error grave alegado, referido a la existencia de tarjetas de crédito marca Banco Superior, antes y después del Acuerdo de Transacción, además de serle igualmente aplicable la libre actividad de la perito para la obtención de la información, lo que no configura error alguno, advierte el Tribunal, con fundamento en hechos demostrados en el proceso, a los que se hará referencia en el laudo, que el Sistema Open Card actualmente está en poder de Davivienda, entidad que no prestó una abierta colaboración a la experta, por lo que su respuesta se fundamenta en los medios de información a su alcance, los que, proporcionarán al Tribunal certeza, en la medida en que no haya pruebas en contrario de las conclusiones periciales.

El tercer tema cobijado por el error, a juicio de la objetante, recae sobre la conclusión pericial de que las modificaciones al software Open Card fueron realizadas por personal de **EDS**. Al igual que en los análisis anteriores, el método por sí mismo no configura error; de otra parte, tampoco en este tema es exacto el sustento del error, pues en varias partes de los documentos que integran la prueba pericial se hace un amplio

estudio técnico sobre la identificación de los técnicos que realizaron modificaciones². Todo lo anterior conduce al Tribunal a desechar la existencia del error grave planteado.

Los “errores graves” identificados como B y C no requieren de análisis alguno, puesto que sus fundamentos no corresponden a los elementos determinados en la ley para su constitución. De contener el dictamen conceptos jurídicos o de exceder el tema sobre el cual fue decretado, se estaría frente a una inexistencia probatoria en el primer caso, y en el segundo, frente a una ineficacia probatoria, por no tratarse de prueba recaudada conforme a los requisitos legales de petición, decreto y práctica, lo que impediría su valoración por el Tribunal.

Así las cosas, no prosperan las objeciones formuladas.

En cuanto al valor probatorio de la prueba pericial técnica, ésta se apreciará en conjunto con los demás medios que conforman el acervo de este proceso arbitral, por reunir condiciones de precisión y calidad sus fundamentos y conclusiones, al tenor de lo dispuesto en el art. 241 del C de P.C.

Le resta al Tribunal referirse a la posición de la apoderada de **EDS** sobre el alcance probatorio de los comprobantes o soportes del dictamen anexados por la perito, los que, en criterio de la objetante, no pueden ser tenidos como prueba documental por no haberse aportado en las oportunidades legalmente previstas para ello.

Al efecto debe señalarse que no puede confundirse la naturaleza de los medios probatorios al sugerir que tales soportes obran en el expediente como pruebas documentales, pues ello no corresponde a la realidad procesal. Los anexos a que hace mención, además de haberlos aportado la perito como soportes de su dictamen, solicitado por la parte objetante al formular aclaraciones y complementaciones al dictamen técnico, son fundamentos de algunos conceptos y conclusiones del dictamen y servirán al Tribunal en su labor de apreciación de este medio probatorio³, en la medida en que no obre prueba en contrario de su contenido.

2.2. La Renuencia a Exhibir Documentos

Por petición de las partes se practicaron en cada una de sus oficinas, sendas

² Ver páginas 17 y ss. del dictamen, Folios 22 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 8

³ Art. 241 C de P.C.

diligencias de exhibición de documentos, de acuerdo con las solicitudes correspondientes; en ambas ocasiones las apoderadas de las partes acordaron términos para determinar aquéllos que posteriormente aportarían al proceso al proceso (Actas Nos. 5 y 6, folios 208 a 214 y 225 a 227 del Cuaderno Principal No. 1).

Una vez surtido el trámite anterior, la apoderada de **OPEN CARD** en memorial de 23 de febrero de 2009 (folios 239 a 243 del Cuaderno Principal No. 1), advirtió al Tribunal sobre la omisión de **EDS** de aportar aquellos documentos relacionados con las cotizaciones que esta empresa debió enviar a **OPEN CARD** para dar cumplimiento a la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción y solicitó dar aplicación a los efectos del art. 285 del C. de P.C. en cuanto a su renuencia a exhibir.

En el memorial por medio del cual la apoderada de **EDS** descurre el traslado de la solicitud anterior (3 de marzo de 2009, folios 260 a 263 del Cuaderno Principal No. 1), se opuso a la aplicación de la sanción con los mismos argumentos que expresa en sus alegatos de conclusión, por razón de no disponer de información adicional de la exhibida, lo cual, de corresponder a ocultamiento, ha debido ser demostrado por **OPEN CARD**

La disposición cuya aplicación se solicita por **OPEN CARD**, está instituida como un mecanismo de sanción a la conducta de las partes que faltan con su deber de lealtad probatoria entre ellas y frente a la administración de justicia. Por eso el juez puede calificar la renuencia a exhibir documentos como confesión de aquellos hechos que se hubieran demostrado de haberse aportado al proceso en legal forma, para el caso de que sean susceptibles de la prueba de confesión, o de indicio, de no serlo.

Los presupuestos de aplicación de la norma son:

1. La renuencia o la omisión de exhibir el documento que – sin duda - está en poder de la parte o del tercero.
2. La claridad de su contenido y de la relación con los hechos que se pretenden probar.
3. La naturaleza de los hechos para determinar si la valoración de la conducta será como prueba de confesión o de indicio en contra.

En el presente caso, el Tribunal considera que no se configuran ninguno de los tres presupuestos, dado que al no precisarse exactamente con fecha y contenido

específico los documentos objeto de la queja, pues se generaliza en cuanto a su propósito probatorio, sin proporcionar elementos determinados que permitan identificar los hechos sobre los cuales la confesión o los indicios surtirán su efecto probatorio, no es posible imponer la sanción legalmente establecida.

Lo anterior no obsta para que el Tribunal deje constancia de la dificultad advertida dentro del proceso para aportar documentos y obtener colaboración en cuanto a proporcionar información a la perito técnica por parte de Davivienda, entidad que si bien no es parte en este proceso arbitral, sí tiene una estrecha relación con **EDS**, aquí demostrada plenamente por ser la usuaria actual del sistema **OPEN CARD**.

También la apoderada de **EDS** solicita (en los alegatos) la aplicación de la misma norma a **OPEN CARD**, por la omisión en la exhibición de las Actas de Junta Directiva de esta empresa. Al respecto su apoderada manifestó que durante la inspección, estuvieron los libros puestos a disposición del proceso sin haberse realizado por parte de **EDS** una petición concreta al respecto, pese a lo cual manifestó dejarlos a disposición del proceso para lo que se considerara pertinente.

Tampoco aplicará en este caso la consecuencia prevista, por cuanto, ni siquiera se estableció en la petición de exhibición de tales Actas, el hecho o hechos que se pretendían probar mediante su aporte al proceso.

2.3. La tacha del testigo ALVARO ORTEGA MEJÍA.

Por solicitud de **OPEN CARD** fue decretado el testimonio del señor **ALVARO ORTEGA MEJÍA**, el cual fue rendido en audiencia celebrada el 1º de julio de 2009 (Acta 11). La declaración fue grabada y de su versión escrita se corrió traslado a las partes el día 3 de agosto de 2009. Sobre esta transcripción se formularon observaciones por la apoderada de **EDS**, el día seis 6 de agosto de 2009 (folio 423 del Cuaderno Principal No. 1) y fueron agregadas al expediente mediante auto de fecha doce 12 de agosto del presente año (Acta No. 13, Folios 443 a 446 del Cuaderno Principal No. 1)

Durante la declaración, la apoderada de **EDS** formuló tacha de sospecha al testigo, al tenor de lo dispuesto en el art. 218 del C. de P.C. Los motivos fueron la relación del testigo con **OPEN CARD** por ser miembro de la Junta Directiva de **OPEN CARD**, así como accionista de la misma, según sus propias respuestas. También en los alegatos de conclusión, la apoderada reiteró las circunstancias mencionadas, sobre

las cuales el Tribunal procede a decidir la eficacia del testimonio en este proceso:

Como aplicación del principio de imparcialidad que debe presidir la producción de las pruebas en el proceso, está consignado legalmente el mecanismo de la tacha de los testigos citados por la otra parte o por el juez de oficio, en los casos en que la declaración ofrezca verdaderas dudas sobre su veracidad. Por tanto la ley, por motivos de relación de toda índole del testigo con alguna de las partes, permite al juez, de estar demostrada su intención de favorecerla, al valorar el testimonio, eliminar su alcance probatorio.

En el presente caso, está demostrada la vinculación con **OPEN CARD** del señor Ortega, mediante sus propias afirmaciones no desvirtuadas de otra manera en el expediente, lo cual, de por sí, no es suficiente para condicionar la imparcialidad del testigo, y menos aún presumir su intención de favorecer a dicha empresa.

Revisada la transcripción de su declaración, encuentra el Tribunal que en ella se refirió el testigo a todos los aspectos debatidos en este proceso, por haberlos conocido directamente y haber participado en ellos como director del proyecto Open Card- Banco Superior. En su relato acerca de la integración de las bases de datos para la implantación de la tarjeta Visa Platinum se refirió a las reuniones y acuerdos con funcionarios de **EDS** y con técnicos de **OPEN CARD** para establecer los cronogramas del trabajo realizados, todo lo cual fue confirmado mediante las declaraciones de algunas de tales personas, sin encontrarse contradicciones o discordancias que indiquen desviación de los hechos sucedidos en el relato del señor Ortega.

De la misma manera se refirió al asunto de las cotizaciones que las partes se cruzaban entre sí para los nuevos proyectos, de las modificaciones encontradas en el software y de la labor realizada por los funcionarios de **OPEN CARD** asignados al proyecto, que bajo su supervisión, trabajaron en la corrección de errores para la implantación de la Visa Platinum, todo lo cual aparece corroborado en el dictamen pericial técnico.

Es por tanto, que el Tribunal, dentro de su apreciación en conjunto de las pruebas recaudadas en el proceso, concluye que la declaración rendida por el señor **ALVARO ORTEGA MEJÍA** es objetiva, y no se aparta de la veracidad de los hechos, pues no obra prueba en contra de su relato, por lo cual es eficaz para ser tenida como fundamento de las decisiones que se tomarán en este laudo arbitral. Su alcance probatorio se derivará de la pertinencia del contenido del testimonio, así

como de la conducencia de éste medio para la demostración de los hechos debatidos. Así las cosas, no prospera la tacha formulada.

3. LAS OBLIGACIONES QUE OPEN CARD AFIRMA FUERON INCUMPLIDAS POR EDS.

La Primera Pretensión de la demanda presentada por **OPEN CARD**, de naturaleza declarativa, solicita del Tribunal de Arbitramento pronunciamiento sobre el incumplimiento de **EDS** del Acuerdo de Transacción celebrado entre dichas sociedades el 23 de julio del año 2003.

Los perjuicios derivados del incumplimiento afirmado, de acuerdo con las consecuenciales Pretensiones de Condena se generan en las modificaciones no autorizadas del software Open Card elaboradas por **EDS**, así como en la cesión no autorizada de la licencia Open Card al Banco Superior-hoy Davivienda- por parte de **EDS**, todo lo cual es contrario a lo pactado en la Cláusula Primera del Acuerdo de Transacción.

Como otra fuente de perjuicios ocasionados por el incumplimiento contractual, señala la demandante, el hecho de que **EDS** no solicitó a **OPEN CARD** cotizaciones ni pronunciamiento alguno sobre ofertas formuladas por otros proveedores para los desarrollos del software requeridos para la implementación de la tarjeta de crédito del Banco Superior, tal como lo previeron las partes en el Acuerdo de Transacción.

Los hechos 24. a 30. de la demanda, se ocupan de señalar la fuente contractual de la obligación asumida por **EDS** de abstenerse de realizar modificaciones al sistema Open Card; también exponen la causa técnica y convencional de esta disposición y en ellos se expresa que las únicas modificaciones permitidas a **EDS** eran las relacionadas con el procesamiento de la tarjeta Diners y de las tarjetas de marca Banco Superior. Por su parte el hecho 56. del mismo escrito, relata la visita de inspección al software llevada a cabo por funcionarios de **OPEN CARD**, el 6 de diciembre de 2004, durante la cual esta empresa encontró "*múltiples modificaciones no autorizadas, realizadas por EDS al software de su propiedad*".

El hecho 31. de la demanda refiere los eventos, que a su juicio, configuran el incumplimiento de **EDS** respecto de la obligación asumida contractualmente de informar a **OPEN CARD** sobre todos los proyectos nuevos de implementación de tarjeta de crédito que adelantaría esta empresa para el Banco Superior. Señala, que

el propósito de este acuerdo era el de contratarlos con la propietaria del software por razones técnicas, agregando, que al llevarlas a cabo sin autorización, tampoco tomó las precauciones debidas para tal intervención.

Los hechos 66. y siguientes se refieren a la cesión de la licencia de uso del software de propiedad de **OPEN CARD** por parte del **EDS** al Banco Superior, cesión no permitida, según la interpretación que **OPEN CARD** realiza de varias de las cláusulas contractuales; así mismo fundamenta su afirmación en hechos sobre los cuales invoca como prueba documentos cruzados entre las partes con relación al tema en cuestión.

Al contestar la demanda, **EDS** se opuso enfáticamente a las pretensiones formuladas por **OPEN CARD** por carecer de sustento fáctico y jurídico, según expresa, alegando el cabal cumplimiento de sus obligaciones. Además, mediante el planteamiento de excepciones de mérito, advierte al Tribunal sobre la estricta separación que debe hacerse, en cualquier análisis, de las disposiciones propias del Contrato de Licencia sobre el cual no tiene jurisdicción ni competencia por carecer de cláusula compromisoria, y las del Acuerdo de Transacción, que es la única fuente de su jurisdicción y competencia para resolver las controversias que aquí han de decidirse.

En respuesta a los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, **EDS** reitera su oposición a la declaratoria de incumplimiento de **OPEN CARD**, anotando que se trata de interpretaciones jurídicas erróneas del Acuerdo de Transacción, así como de los documentos cruzados entre las partes de que dan cuenta los hechos de la demanda.

Procede el Tribunal a estudiar el alcance de las tres obligaciones a cargo de **EDS** cuyo incumplimiento alega **OPEN CARD** a la luz del ámbito contractual en que están contenidas, previa la exposición de los planteamientos de las partes junto con los medios probatorios producidos en el proceso y la prueba documental aportada.

3.1. La obligación de abstenerse de realizar modificaciones al sistema Open Card diferentes a los referidos a la implantación para la tarjeta Diners y las tarjetas de marca Banco Superior.

La Cláusula Primera del Acuerdo de Transacción sobre la terminación del contrato de Implementación suscrito entre ellas mismas, es del siguiente tenor:

"Primera: Las partes acuerdan dar por terminado el contrato, quedando liberadas las Partes de sus obligaciones bajo el Contrato, excepto de aquellas que por su naturaleza deben estar vigentes: Exclusividad (Anexo1 del Contrato), Décima Cuarta, Décima Octava; Open Card reconoce y acepta que EDS podrá implantar por su cuenta el sistema Open Card para la tarjeta Diners y tarjetas de marca de Banco Superior, pudiendo utilizar sin costo el sistema Open Card y sus manuales de procedimiento, técnico y de usuario en línea, así como cualquier otro proceso o metodología relacionada al Sistema Open Card necesario para tal fin. Las Partes acuerdan que toda modificación hecha por EDS al Sistema Open Card para la tarjeta Diners de Banco Superior, quedará como de propiedad de EDS para uso exclusivo de Banco Superior. (...)"

3.1.1. Pruebas del incumplimiento de EDS invocadas por OPEN CARD.

Como demostración de las variaciones realizadas por **EDS** al Sistema Open Card, la parte Convocante aportó un experticio técnico, en los términos del art. 183 del C. de P.C., el cual será valorado por el Tribunal, esto es, en conjunto con el dictamen pericial rendido dentro del proceso.

En tal experticio suscrito por el ingeniero **JORGE IVÁN TORO**, quien también rindió testimonio en el proceso a solicitud de **OPEN CARD** se lee respecto de las modificaciones al software:

"Recibí unos listados de comparación hechos por Open Card para que yo procediera a verificar si efectivamente correspondían a ese software encontrado durante la inspección a EDS.

"Con esa información procedí a verificar con una herramienta de comparación llamada BEYOND COMPARE encontrando que efectivamente los programas de la referencia habían sido cambiados durante el período que EDS operó los sistemas. (.....) "En los anexos puede verse también que EDS en algunas ocasiones le había pedido cotización a Open Card para que esta hiciera esos cambios y que al no estar de acuerdo con la cotización ellos procedieron a efectuarlos." (...)" "Estas personas me confirmaron que los programadores de EDS, que antes habían sido empleados del Banco Superior, habían hecho los cambios a los programas de Open Card especialmente para adecuar los

programas para manejo de establecimientos, lo mismo que la adecuación para la tarjeta Diners y la tarjeta American Express que el Banco iba a lanzar al mercado y que después decidieron no sacar a producción. Los cambios a los programas para el manejo del IVA también fueron hechos por funcionarios de EDS; ". (folios 96 a 97 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Las partes solicitaron en el proceso la práctica de un dictamen pericial de carácter técnico, el cual fue decretado para ser rendido por la ingeniera de sistemas **MARÍA ESTHER ORDÓÑEZ**, quien también procedió a aclararlo y complementarlo a solicitud de ellas y del Tribunal. Adicionalmente fue objetado por error grave por la apoderada de **EDS** por las razones ya desestimadas por el Tribunal en este laudo, por lo que será apreciado y estudiado detalladamente.

Dado que precisamente la demostración de la desatención de la obligación bajo estudio, es en primer lugar de carácter técnico, pues tiene que ver con las variaciones que **EDS** introdujo en el software Open Card con posterioridad al Acuerdo de Transacción, es esta prueba técnica uno de los medios conducentes para conferir al Tribunal ilustración y certeza sobre la entidad de las variaciones realizadas, como paso previo al examen jurídico del alcance de la cláusula ya transcrita.

Con el propósito de establecer si se efectuaron variaciones al sistema para el procesamiento de tarjetas diferentes a Diners, con posterioridad al 23 de julio de 2003, **OPEN CARD** formuló a la experta diferentes preguntas (ver las numeradas 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3.), las cuales fueron respondidas, previa la descripción de la metodología utilizada y de las herramientas empleadas.

Como punto de partida para este análisis se destaca la siguiente respuesta contenida en la pág. 16 del peritazgo, que informa:

"Al comparar la versión de procedimientos almacenados del sistema Open Card correspondiente a Noviembre de 2003, con la versión de procedimientos almacenados de producción correspondiente a Diciembre de 2004, en las condiciones señaladas sí se evidencian modificaciones para tarjetas diferentes a Diners.". (folio 21 del Cuaderno de Pruebas No. 8)

En la Tabla 2.2.1. RESUMEN DE MODIFICACIONES A FUENTES- vs. 2003-11 comparada con vs. 2004-12 la perito estableció el número de modificaciones y sus conceptos, para explicar:

"Como se aprecia en el cuadro, la mayoría de estas diferencias corresponde a franquicias diferentes a Diners; de hecho sólo se encuentran 8 comentarios específicos sobre modificaciones relativas a Diners en 7 de los 550 programas fuente de la versión 2004. A la fecha del 2004, no se encontró un directorio independiente para los desarrollos Diners, como si ocurrió en la versión 2009." (folio 22 del Cuaderno de Pruebas No. 8)

Para responder por la autoría de tales variaciones, la perito respondió:

*"En el análisis de los programas fuente correspondientes a procedimientos almacenados de la versión 2004, se encontraron modificaciones realizadas por personal ajeno a Open Card. Estas modificaciones se identificaron, ya que los comentarios asociados incluían las siglas EDS y/o las asociadas a nombres de ingenieros de EDS. Esta combinación conformaba una **etiqueta** con la cual se identificaba la modificación."* (pág.17, folio 22 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Por vía de complementación, sobre este mismo tema la perito al describir la metodología de investigación empleada, agregó para determinar los autores de las modificaciones:

"La perito se basó en la información suministrada tanto por OC como por EDS, en cuanto a la metodología definida por las empresas para documentar las modificaciones en los fuentes; (...) En particular EDS manifestó que se acomodó a la metodología que venía utilizando Open Card para el efecto." (...) "Finalmente es importante resaltar que dado el nivel técnico y de experiencia de una entidad como EDS, es de suponer que dispone de métodos de verificación y control de calidad para asegurar que la metodología de metodología de ingeniería de software definida, y en particular, la de documentación de fuentes, se cumple a cabalidad; por ende la perito no duda de que el ingeniero que registra la modificación es aquel asociado con las iniciales que aparecen en el registro de la misma, y que fueron registradas por él o ella." (págs. 22 y 24 Aclaraciones Dictamen Pericial, folios 266 y 268 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Sobre la precisión de las fechas de las modificaciones, agrega la experta:

"Aunque no fue posible, debido a la falta de documentación técnica,

establecer la fecha exacta de cada modificación, es claro que este tipo de afectaciones deben considerarse por lo menos, cambios moderados al aplicativo Open Card, que además fueron desarrollados por personal de EDS y se llevaron a cabo en el lapso entre Diciembre de 2004 y Marzo de 2009.”(pág.20 Dictamen, págs. 25 y 26 de las Aclaraciones, folios 25, 269 y 270 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Como anexos del dictamen la perito acompañó en detalle las modificaciones identificadas en las tablas originales del sistema Open Card (Anexo 4.1) así como la lista de las modificaciones identificadas en los fuentes. Sobre la entidad de las modificaciones introducidas, la perito expresó:

“Existen evidencias de que las modificaciones al sistema Open Card identificadas en los numerales anteriores, se han llevado a cabo con los siguientes fines principales:

- a) Corrección de fallas.*
- b) Adecuación del software a los cambios que se han presentado en el negocio, teniendo en cuenta las solicitudes de ley, las exigencias de las franquicias y requerimientos propios del negocio del Banco Superior hoy Banco Davivienda.*
- c) Mejoramiento del desempeño de algunos procesos y aprovechamiento del paralelismo ofrecido por la plataforma computacional.*
- d) Procesos de migración y desarrollo de interfaces con otros sistemas del banco y entidades externas.*

“ En estas circunstancias es posible afirmar que por lo menos las modificaciones tipo b) implicaron la alteración de funcionalidad existente o la adición de funcionalidad para el manejo de tarjetas diferentes a Diners, lo cual, a juicio de la Perito, corresponde con la definición de Labores de Implementación de Tarjetas de Crédito diferentes a Diners. Algunas de estas modificaciones obedecieron a requerimientos de ley o requerimientos efectuados por las franquicias...”. (pág.22.dictamen. Ver págs.31, 32, 33 Aclaraciones, folios 27, 276 a 278 del Cuaderno de Pruebas No.8).

Acerca de los resultados destacados de la prueba técnica, referidos a las modificaciones llevadas a cabo por personal de **EDS** al software Open Card con posterioridad al Acuerdo de Transacción, procederá el Tribunal a establecer si aquéllas tuvieron la entidad de **modificaciones no autorizadas** tal y como lo afirma la parte Convocante como uno de los fundamentos del incumplimiento contractual alegado.

3.1.2 La oposición de EDS

Sobre el particular, la apoderada de **EDS**, sin negar la introducción de modificaciones al sistema, ha sostenido desde la contestación de la demanda, que el Acuerdo de Transacción precisamente lo que hizo, para dar por finalizados los conflictos ocasionados por la implementación del sistema Open Card para el procesamiento de las tarjetas de crédito del Banco Superior, fue permitir que **EDS**, como licenciataria del uso del sistema, también pudiera adecuarlo a las necesidades del banco. Por tanto, se opone a la declaratoria de incumplimiento contenida en la Pretensión Primera de la demanda, alegando en primer lugar, que las modificaciones fueron realizadas al tenor del Acuerdo de Transacción y agregando, que cualquier conflicto por este motivo quedó zanjado mediante la Modificación al Contrato de Licencia de Uso del Sistema Open Cardó suscrito el 20 de abril de 2005, en el cual las partes dejaron constancia de que *"...con la firma de esta Modificación, nada tienen que reclamarse por concepto alguno, respecto a obligaciones y/o reclamos pasados entre las partes"*.

A su juicio entonces, la cláusula Primera del Acuerdo de Transacción no consagra limitaciones ni restricciones a EDS para modificar el programa licenciado. Como fundamento de esta afirmación, se refiere al alcance del contrato de Licencia de Uso del sistema Open Card suscrito con esta compañía como propietaria del mismo. Como respaldo técnico de lo anterior, resalta la entrega a **EDS** por parte de **OPEN CARD** de los códigos fuente y de los manuales del programa al usuario, cuyo propósito es precisamente el que éste pueda ajustar el software a sus necesidades. Afirma, que este es el propósito de la licencia de uso de programación conferida a **EDS** para el procesamiento de las tarjetas de crédito del Banco Superior, razón por la cual se opone a la declaratoria de incumplimiento y a la consecuente indemnización pretendida por **OPEN CARD**.

Sobre la significación de la entrega del código fuente le preguntó a la perito la apoderada de **EDS**, por vía de complementaciones del dictamen rendido, con el fin de ilustrar su desempeño en el sistema y las posibilidades del usuario de realizar modificaciones al mismo. (págs. 15, 16, 17, Aclaraciones Dictamen, folios 20 a 22 del Cuaderno de Pruebas No. 8). De sus respuestas destaca el Tribunal, para el estudio en cuestión el siguiente concepto técnico:

"Si la pregunta se refiere a que se puede modificar de un programa si se entrega el código fuente a un equipo de profesionales o técnicos entrenados"

*en la plataforma de desarrollo del mismo y en su estructura, los cuales en el contexto de ingeniería de software **no se denominan usuarios**, la respuesta es que se puede realizar cualquier modificación, sujeto este proceso a las condiciones establecidas en los acuerdos contractuales.*

*“Ocurre una situación técnica adicional para el caso del software Open Card que la perito debe aclarar: Los denominados Procedimientos Almacenados, que a juicio de la perito constituyen un elemento esencial del aplicativo, tal como se explica en la página 7 numeral d) **están almacenados o guardados dentro de la base de datos** ; lo anterior significa que un fabricante de software entregue únicamente el código objeto de estos procedimientos”. (pág. 17 Aclaraciones, folio 261 del Cuaderno de Pruebas No. 8).*

A su vez, el ingeniero **JORGE IVÁN TORO**, miembro de la Junta Directiva de **OPEN CARD** y autor del experticio aportado con la demanda, al rendir testimonio se refirió a la entrega del código fuente, como posibilidad técnica para hacer modificaciones al sistema (pág. 26 transcripción). En el mismo sentido, **JUAN ERNESTO LANDAETA**, ejecutivo de EDS, afirmó:

“ El que compra no quiere tener una dependencia limitada de esta compañía por muchísimas razones, la principal, por ejemplo para un banco es la competitividad, entonces cuando yo compro el software o compro la licencia de uso y la licencia de uso de la programación, me entregan la licencia, me entregan los objetos compilados y me entregan los objetos fuente que son lo que los ingenieros pueden modificar en caso de que lo requieran.” (folio 380 del Cuaderno Principal No. 1)

3.1.3. Consideraciones del Tribunal

El recuento anterior, contentivo de los planteamientos de las partes objeto del debate y de algunos de los medios probatorios invocados para su sustento, sirve de punto de partida para el estudio que avoca el Tribunal sobre los límites de la autorización otorgada por **OPEN CARD** a **EDS** de *“...implantar por su cuenta el sistema Open Card para la tarjeta Diners y tarjetas de marca Banco Superior, pudiendo utilizar sin costo el sistema Open Card y sus manuales de procedimiento, técnico y de usuario en línea, así como cualquier otro proceso o metodología relacionada al sistema Open Card necesario para tal fin.”*

Esta disposición, se repite, está contenida en el denominado Acuerdo de Transacción, firmado por **OPEN CARD** y **EDS** el 23 de julio de 2003, como resultado de negociaciones por razón de divergencias surgidas de las diversas relaciones jurídicas existentes entre ellas, especialmente con la ejecución del contrato de implementación del sistema tecnológico en el Banco Superior, suscrito el 18 de mayo de 2001.

Dentro de la labor de interpretación que corresponde al juez, cuando los contratantes atribuyen efectos diferentes a lo pactado, como sucede en el presente caso, se debe acudir a las técnicas básicas para ello consagradas en nuestro ordenamiento civil, como directrices para llegar a desentrañar la voluntad original de las partes. Estas pautas están contenidas en el Título XIII del Libro Cuarto del Código Civil (arts. 1618 a 1624) y por expresa remisión del art. 822 del Código de Comercio, se aplican también a los negocios mercantiles. Tales normas no se reducen a simples consejos para ilustrar al juez, sino por el contrario se trata de verdaderas reglas, que por estar contenidas en preceptos legales, lo obligan a su atención y aplicación.

Por tanto, en la tarea interpretativa de este Tribunal, el criterio que prevalecerá es el de averiguar la real voluntad de las partes que presidió la formación y celebración de su Acuerdo. Para ello, es su deber rastrear los antecedentes del mismo, teniendo en cuenta su naturaleza transaccional, la cual implica la existencia previa de relaciones jurídicas y de controversias entre ellas, a las que pretendieron dar fin a través de este medio negocial. (art.2.469 C.C.).

En efecto, obran en el expediente los contratos de Licencia de Uso del Sistema Open Card, de Implementación del Sistema Open Card y de Prestación de Servicios de Mantenimiento y Actualización de Versiones del mismo, suscritos los tres el 18 de mayo de 2001. Estos contratos tienen su causa común en la relación comercial existente entre el Banco Superior y **EDS** por razón del contrato de Outsourcing celebrado entre estas dos entidades para la prestación de servicios, por parte de la segunda en la administración y manejo del área tecnológica del banco, dirigida al procesamiento de sus tarjetas de crédito. Dado que el objeto social de **EDS** es el de estructuradora de soluciones de informática, más no propietaria del sistema, se requería de la participación activa de **OPEN CARD** para el uso, implantación y manejo del sistema de su propiedad.

Como puede verse, el objeto del Contrato de Implementación, fue entonces el de

prestar una asesoría y soporte técnico por parte de **OPEN CARD**, como propietario del sistema tecnológico a **EDS**, a su vez licenciatarario de su uso, para cumplir con la finalidad contratada con el Banco Superior, cual era, se reitera, el procesamiento de sus tarjetas de crédito. En la Cláusula Tercera del mismo, ALCANCE DEL PROYECTO, se precisa claramente el ámbito técnico de las funciones de **EDS** al operar el sistema:

*" El alcance del proyecto está establecido por: a) los términos de referencia presentados por el Banco Superior durante el proceso de selección de proveedores; b) La funcionalidad provista por el Sistema Open Card en su versión 5.0; c) La funcionalidad con que actualmente el Banco Superior cuenta para el procesamiento de sus tarjetas de crédito Visa Superior, Master Card, Diners y Marcas privadas (Spring Step, Vivero, Magali Paris); d) Lo descrito en el Anexo 2. PARAGRAFO PRIMERO: Funcionalidad adicional requerida por El Cliente que no esté contemplada en el alcance descrito o que se requiera para **procesar nuevos productos del Banco Superior será objeto de una nueva** negociación basada en las tarifas que para tal efecto se establecen en la cláusula cuarta del presente contrato." (Resalta el Tribunal).*

Conforme con algunos de los testimonios rendidos en el proceso y a documentos aportados, está demostrado que con anterioridad a julio de 2003, se presentaron inconvenientes y dificultades entre **OPEN CARD** y **EDS** durante la implantación del sistema en el Banco Superior, a cargo de la primera.

En carta de 5 de septiembre de 2002 suscrita por el Gerente de Cuenta de **EDS** – Banco Superior- y dirigida al Gerente Comercial de **OPEN CARD**, aquél le pone de presente los inconvenientes que se están presentando en la implementación del sistema por **inconsistencias** del mismo, advirtiendo sus consecuencias frente a los propósitos del Banco; en igual sentido, la comunicación de marzo 20 de 2003, dirigida por la Vicepresidente de Operaciones y Tecnología del Banco Superior al gerente general de Open Card, en la cual se refiere a la duración excesiva de la implantación del sistema, advirtiendo lo adverso de la situación para el banco (folios. 171 a 172 y 180 a 182 del Cuaderno de Pruebas N° 1).

Sobre tales inconvenientes ocasionados por la **inestabilidad del sistema** declaró **JORGE IVÁN TORO**, en la actualidad miembro de la Junta Directiva de **OPEN CARD**, y quien en su condición de consultor del Banco Superior para la escogencia de **EDS** como proveedor de tecnología y de **OPEN CARD** como propietario del

sistema tecnológico conoció de los conflictos y requerimientos mutuos que se presentaron frecuentemente por la dificultad en su implementación.

"Hubo conflictos entre Open Card en la implantación del sistema con el Banco Superior, y el Banco Superior determinó que el montaje lo continuara haciendo EDS que era su proveedor de tecnología. (...) La implantación de Open Card la estaba haciendo Open Card; por ese conflicto resolvieron entregárselo a EDS y en ese Acuerdo se le dio, hasta donde yo tengo entendido, porque no conozco en detalle toda la minucia del contrato en sí, pero el tema como se ha tratado en Junta, se llegó a un acuerdo que los arreglos que se hicieran al software o los proyectos nuevos, debían ser cotizados por Open Card a EDS y si estos no llegaban a un acuerdo, EDS los podía hacer, eso es lo que conozco del tema."(transcripción, pág.2, folio 328 del Cuaderno Principal No. 1)

Todos los medios probatorios anteriores conducen al Tribunal a establecer que la causa del Acuerdo de Transacción, fue la de dar por terminado el Contrato de Implementación vigente desde mayo de 2001, cuyas labores desarrollaba **OPEN CARD**, y poner fin a las diferencias surgidas con **EDS** durante su ejecución en el Banco Superior, además de precaver un litigio eventual.

La transacción es un negocio dispositivo, de carácter dirimente, mediante el cual las partes recíprocamente se hacen concesiones con el propósito de terminar su conflicto de intereses. No obstante, dentro de esta figura no es ajena la inclusión de nuevos compromisos, especialmente en aquellos casos en los cuales los contratantes continúan atados jurídicamente por otras relaciones contractuales, como sucedía en el evento que se estudia.

"Así, teniendo siempre virtualidad extintiva,- la transacción- en algunos casos posee el efecto de novación. A este propósito, recordando la norma del inciso 2 del art.1.965 codice civile, - con las concesiones recíprocas se pueden crear, modificar o extinguir relaciones distintas de aquélla que constituyó el objeto de la pretensión o de la contestación de las partes", ha de tenerse en cuenta que con la transacción " la situación de incertidumbre precedente se supera con la creación de una situación no litigiosa, y que de la medida de la sustitución , con respecto de la situación jurídica de que se trate, considerada en su integridad depende el que la transacción sea o no novativa" (...) En tanto que si la disposición de las partes se proyecta más allá de lo controvertido y para superarlo se acude a daciones o a la

*generación de prestaciones complementarias o, inclusive, a la vez que se consolida la situación en curso, se acude a la disposición de intereses o situaciones diferentes a lo discutido, se tendrá una llamada **transacción novatoria, típica** en el primer evento, y **atípica** en el segundo.”⁴ .*

Sin duda, el Acuerdo de Transacción que ocupa a este Tribunal contiene una transacción novatoria, en el sentido de que no sólo dio por concluido el Contrato de Implementación, sino que incluyó, entre otras disposiciones, una autorización a EDS para implementar el Sistema Open Card por su cuenta para el procesamiento de la tarjeta Diners y de las tarjetas de marca Banco Superior⁵. Sobre el particular, agrega el Tribunal, se originó entonces una obligación nueva para **EDS**, ya que antes del Acuerdo, las labores de implementación del sistema en el Banco Superior estaban a cargo de **OPEN CARD**; es sobre el ámbito de esta autorización que se ubica la divergencia que se resuelve.

Advierte desde ahora el Tribunal, que tales labores fueron, al tenor de la cláusula bajo estudio, las mismas que **OPEN CARD** desempeñaba por razón del Contrato de Implementación que se terminaba mediante la Transacción.

Gran parte del dictamen pericial está dedicado a establecer el alcance técnico de las modificaciones al sistema, elaboradas por personal de **EDS** con posterioridad a la firma del Acuerdo de Transacción. Atrás quedaron especificadas las modificaciones encontradas por la perito en su indagación técnica al sistema, las cuales se ubican en la corrección de fallas y adecuación a los cambios del negocio y dentro de estas últimas encontraron variaciones por razón de requerimientos de ley, requerimientos de las franquicias y requerimientos propios del negocio del Banco Superior (Respuesta 2.4, pág.22, Dictamen, folio 27 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Sobre tales hallazgos, la apoderada de EDS le preguntó a la experta por vía de complementación:

*" 2.15 La señora perito se servirá aclarar y complementar su respuesta a la pregunta 2.4 de la parte convocante, en el sentido de indicar si lo que entiende la auxiliar de la justicia por labores de **implementación de tarjetas de crédito** corresponde a modificaciones por requerimientos de ley , requerimientos de franquicia o requerimientos del negocio". (folio 234 del*

⁴ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Tomo I, 1ª ed., 2002, pág. 733

⁵ Ver Cláusula Primera del Acuerdo, atrás transcrita

Cuaderno de Pruebas No. 8)

A lo cual contestó:

"Tal como se expresó claramente en el numeral 2.4, la perito considera y entiende que las labores de implementación de tarjetas de crédito, corresponden con la alteración de funcionalidad existente o la adición de funcionalidad para el manejo de tarjetas de crédito cualquiera que sea su causa. En particular, y como lo establece el numeral 2.4, cualquier tipo de modificación que genere esta alteración o adición, incluyendo los cambios en el negocio debidos a solicitudes de ley, exigencia de las franquicias y requerimientos propios del Banco Superior hoy Davivienda, causarán una labor de implementación de tarjeta de crédito" (Página 33 de las aclaraciones, folio 277 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Del recuento anterior, especialmente de la precisión contenida en la respuesta pericial a la pregunta 2.4 de la parte Convocante, deriva el Tribunal la certeza de que el personal de **EDS**, sí realizó labores de implementación del sistema **OPEN CARD** referidas a tarjetas de crédito diferentes a Diners y a tarjetas de crédito del Banco Superior.

El contenido de tales labores de implementación, según el criterio técnico de la perito han sido:

" Devolución puntos de IVA (mayo 2004). Interfaz con centrales de riesgo (...). Manejo de nuevo modelo de adquirencia con los establecimientos (febrero de 2005). Otras modificaciones surgieron por la necesidad de adaptar el software a requerimientos especiales del Banco Superior hoy Banco Davivienda; dentro de estas últimas se encuentra: Tarjeta congelada (sep 2004), Manejo de tarjeta Portafolio (mayo 2006); Ajustes requeridos por fusión con el Banco Superior- Davivienda (marzo 2006).

"Es importante recalcar que las modificaciones mencionadas implicaron en su mayoría alteraciones a la base de datos (bien sea por adición de campos a las tablas o adición de tablas completas) y/o a los cálculos realizados en los procedimientos almacenados que implementan procesos del sistema" (pág.23 Dictamen, folio 28 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Los apartes destacados de la prueba pericial, así como los demás medios probatorios atrás destacados conducen al Tribunal a establecer que sí se efectuaron

modificaciones al sistema Open Card por parte de **EDS** con posterioridad al Acuerdo de Transacción. No obstante, debe precisarse, al tenor de todo lo anteriormente expuesto, que la obligación de implementación asumida por **EDS** estaba delimitada en su propósito y en su función, pues basta remitirse a la redacción que las partes dieron a la disposición que se estudia, para entender que allí quedó plasmada su voluntad negocial para el manejo del software al servicio del Banco Superior.

Además del análisis anterior, no puede el Tribunal dejar de lado las circunstancias imperantes al momento de la negociación del Acuerdo de Transacción que incidieron sobre la autorización a **EDS** de implantar el sistema **OPEN CARD**. Sin duda la obligación, asumida por **EDS**, que como se vio, correspondió a una obligación nueva a su cargo, a partir de julio de 2003 tuvo el propósito de continuar con el compromiso inicial frente al Banco Superior de la implantación del sistema Open Card para el procesamiento de sus tarjetas de crédito. Desde el punto de vista de la limitación de su alcance **...para la tarjeta Diners y tarjetas de marca Banco Superior**, expresamente pactada en la disposición del Acuerdo, el Tribunal encuentra una obligación de no hacer, que corresponde a aquellas que la doctrina asimila su contenido a deberes de abstención por parte del obligado. *"...aquí el interés del acreedor consiste en que una determinada situación permanezca inalterada, y en que el deudor está obligado a no ejecutar durante el tiempo señalado y en un determinado territorio o en forma geográficamente absoluta una actividad propia (...)" "...el deudor por ese medio ve restringido su radio de acción, su iniciativa, su libertad, y que por ese motivo es ineludible el juzgamiento, tanto de la legitimidad del interés del acreedor, como la justificación de las limitaciones de la conducta del deudor desde el punto de vista de la economía, la política y la moral.. "*

6

Para el Tribunal son entonces relevantes, en la indagación de la voluntad de las partes para la redacción de la norma objeto de debate, los fines buscados por ellas frente a la continuidad de su relación y del negocio establecido con el Banco Superior. Varios de los testigos, así como su apoderada en los alegatos de conclusión, se refirieron al propósito de **OPEN CARD** de obtener nuevamente la suscripción con **EDS** de otro Contrato de Mantenimiento del sistema, pues, se repite, el inicial se encontraba vencido a la fecha del Acuerdo, por lo cual, entiende el Tribunal, expresamente incluyeron el tema dentro de su texto (Ver Cláusula Sexta).

⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Universidad Externado de Colombia. Tomo I, 1ª ed., 2002, págs. 222 y 223.

Se destaca el dicho del sr. **JUAN ERNESTO LANDAETA**, ejecutivo de Cuenta de EDS, al responder diversas preguntas de la apoderada de **OPEN CARD** sobre la razón práctica de referirse a un hipotético contrato futuro de mantenimiento. A ello respondió señalando la importancia comercial para ambas empresas de dejar claros los términos económicos de un acuerdo futuro en el campo de las labores de mantenimiento del sistema a cargo de **OPEN CARD**.

Obra en el expediente el Contrato de Mantenimiento que las partes suscribieron en el 2001, con duración de un año, mediante el cual, **OPEN CARD** (Contratista) se obligó con **EDS** (Cliente) a prestar los servicios de mantenimiento y actualización de versiones sobre el sistema Open Card. Para este propósito, en su Cláusula Primera dejaron pactado:

“El servicio de mantenimiento y soporte de versiones ofrece a EL CLIENTE la actualización de versiones, la cual puede darse por los siguientes aspectos: 1) LEGALES. Adecuaciones del sistema al marco legal y reglamentario del sistema financiero colombiano, emitidas luego de la puesta en producción del sistema. Estas incluyen los cambios obligatorios impuestos por las franquicias de las tarjetas VISA, MASTER CARD, AMEX y DINERS. 2) CONTABLES. Adecuaciones del sistema con las normas contables vigentes. 3) TECNICOS. Están relacionados con la asesoría en la implantación de nuevas versiones de Open Card que se hagan necesarias por la utilización de una nueva versión de Oracle. 4) FUNCIONALES. Pueden darse por la incorporación de mejoras al sistema que aportan valor agregado a la funcionalidad instalada en EL CLIENTE (sic), o por corrección de errores detectados por cualquiera de las partes manteniendo, en todos los casos, las adecuaciones o personalizaciones propias de EL CLIENTE. (...) PARAGRAFO PRIMERO: Es indispensable para que El CONTRATISTA preste este servicio de Soporte y Mantenimiento de Versiones que el CLIENTE conserve la versión base tal como EL CONTRATISTA la instala y cualquier modificación realizada por EL CLIENTE se haga sin alterar el núcleo del sistema. PARAGRAFO SEGUNDO: Para cumplir oportunamente con la actualización relacionada en los numerales uno y dos, EL CLIENTE deberá notificar por escrito a EL CONTRATISTA sobre los cambios de reglamentación, con la debida oportunidad para su ejecución (...). Para adecuaciones legales, treinta días contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento por parte del CONTRATISTA; para adecuaciones operativas (funcionales), en los términos que las partes acuerden con base en un cronograma de trabajo.” (folio 25 y 26 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

En aparte anterior el Tribunal transcribió también la Cláusula Tercera del Contrato de Implementación suscrito entre **OPEN CARD** y **EDS**, generador de los conflictos que culminaron mediante el Acuerdo de Transacción. Estas disposiciones (Cláusula Tercera del contrato de Implementación y Cláusula Primera del contrato de Mantenimiento), confirman aún más al Tribunal el hecho demostrado mediante la prueba técnica, de que aquellas modificaciones al sistema Open Card, elaboradas por **EDS** con posterioridad al Acuerdo de Transacción, y relativas a los requerimientos de ley, a los requerimientos de las franquicias y a los de la operatividad del negocio del Banco Superior, no fueron autorizadas en dicho Acuerdo, sino que, por el contrario, eran propias de otros contratos, como el de Mantenimiento, vencido desde el 20 de abril de 2003 – ver carta fl.93- ; por lo que, para la fecha de suscripción del Acuerdo de Transacción (julio 23 de 2003), no estaba vigente. También eran propias del contrato de Implementación, dado por concluido en esta fecha y restringidas allí también, como se desprende del texto transcrito, a pesar de ser **OPEN CARD** el propietario del sistema.

Es evidente, que bajo las pautas del art. 1.622 del Código Civil el juez puede acudir a la interpretación de las cláusulas de un contrato, mediante el análisis de las de otros celebrados entre las mismas partes y sobre la misma materia, con el fin de entender claramente los móviles de las disposiciones que ofrecen diversos sentidos. Para este Tribunal, la asignación separada de las actividades claramente definidas en cada uno de los contratos suscritos entre ellas el 18 de mayo de 2001, -licencia de uso, implementación y mantenimiento-, son otra de las razones que lo llevan a entender el alcance restringido de la obligación de implementación asumida por EDS mediante el Acuerdo de Transacción y a declarar su contravención por parte de EDS, como lo hará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

Aunque sería suficiente todo lo anterior para declarar el incumplimiento del Acuerdo, debido a la infracción de **EDS** de la obligación de abstenerse de realizar cambios en el sistema, diferentes de los autorizados expresamente, el Tribunal considera procedente referirse a dos hechos alegados por **EDS**, para rebatir la interpretación restrictiva de **OPEN CARD**:

El primero es la entrega del código fuente a **EDS** por parte de **OPEN CARD**.

Tal como lo dijeron los testigos y conceptuó la perito, este elemento en manos del licenciado, efectivamente lo capacita para efectuar cambios y establecer funcionalidades nuevas en el sistema, pero en el entendido de que estén

contractualmente permitidos, lo que aquí no ocurre, como lo ha venido deduciendo el Tribunal.

El segundo es relativo al alcance de la Modificación al 'Contrato de Licencia de Uso del Sistema Open Card' firmado por las partes el 20 de abril de 2005 con el propósito de definir el equipo de cómputo apropiado en la Cláusula Primera del Contrato de Licencia de Uso.

A juicio de **EDS**, la manifestación de las partes contenida en el punto 3 de esta Modificación, tuvo el propósito de zanjar cualquier reclamo entre las partes, anterior a su fecha; por ello considera que no hay lugar a volver sobre la controversia que se estudia.

Para el Tribunal no es de recibo este argumento, dado que, también las partes fueron claras al especificar que *"5. La presente Modificación y el Contrato junto con sus anexos incorpora la totalidad de los acuerdo entre las partes **con respecto a la materia de la presente Modificación** y deroga cualesquiera acuerdos previos, entendimientos o comunicaciones, orales o escritas, con r elación al objeto del mismo y representan el acuerdo total entre las PARTES **con respecto a la materia de esta Modificación.**"* (Se resalta)

Finalmente y como corolario de lo expuesto, el Tribunal no puede dejar de lado la especificidad de la materia sobre la cual recaen los diversos contratos analizados dentro de esta tarea interpretativa, materia referida a la propiedad, uso, manejo, funciones y aplicaciones del software- soporte lógico-, o sistema tecnológico de propiedad de **OPEN CARD**.

Esta circunstancia es fundamental para establecer el marco jurídico aplicable a la interpretación de los derechos y obligaciones acordados. La Ley 23 de 1982, norma básica en nuestro ordenamiento jurídico sobre derechos de autor, en su art. 2º establece que estos recaen sobre toda clase de obra científica, artística o literaria que pueda reproducirse o difundirse por cualquier forma de expresión o de reproducción.

Por su parte el Decreto 1360 de 1.989 por el cual se reglamenta la inscripción del software, lo considera como una obra literaria, razón por la que le son aplicables las normas pertinentes allí dispuestas. Así las cosas, también en concordancia con el espíritu de esta regulación especial, donde impera el principio de la taxatividad de los derechos concedidos a terceros a cualquier título, con el fin de la protección de

los derechos del autor, es plenamente coherente la interpretación restrictiva de la cláusula, como lo ha hecho el Tribunal.

3.1.4. Los Perjuicios por las modificaciones no autorizadas al software.

Solicita **OPEN CARD** en la demanda (Pretensión Segunda a.) la cuantificación del perjuicio derivado de las modificaciones al software realizadas por **EDS**, teniendo en cuenta el valor de la licencia **OPEN CARD**, a la fecha en que se llevó a cabo la primera de estas modificaciones. Afirma que el costo es de US\$292.500.

No obstante, en los alegatos de conclusión, su apoderada asimila las modificaciones que fueron demostradas mediante el dictamen pericial técnico, y que conforman el incumplimiento ya determinado por el Tribunal en capítulo anterior, a las labores propias del contrato de mantenimiento que existió entre las partes, finalizado antes del Acuerdo de Transacción y no renovado actualmente, con el propósito de que su costo sirva de parámetro de la cuantificación de los perjuicios que por este evento se reclaman.

A su juicio, *“el perjuicio causado por la modificación no autorizada del software, utilizando los criterios establecidos en el art. 57 de la ley 44 de 1993 ascienden a las siguientes sumas, hasta la fecha de presentación de este alegato y deberán liquidarse hasta la fecha del laudo, continuando el derecho a percibirlos mientras no cese la infracción”*, para , en el párrafo siguiente, con base en el valor anual de US\$80.000 de ese contrato de mantenimiento que obra en el expediente, pero que no es parte de las controversias a decidir, calcula a partir de su fecha-30 de junio de 2001-, hasta la fecha de la audiencia de alegaciones, la suma de \$1.112.643.424 por concepto del daño resarcible.

En cuanto a la diferencia de criterios formulados en las dos oportunidades procesales manifiesta: *“Es pertinente señalar que no se trata en este punto de modificar una pretensión de la demanda, puesto que ella claramente se refirió a la indemnización de los perjuicios que se encontraren demostrados dentro del proceso, habiéndose agregado unos criterios para su tasación, siendo el Tribunal el que en últimas determinará su cuantía, de conformidad con el análisis del acervo probatorio a la luz de las normas aplicables.”* (folio 46 del Cuaderno Principal No. 2)

OPEN CARD, sobre este tema siempre expresó su rechazo, resaltando en su alegato de conclusión la total ausencia de la prueba del daño ocasionado por el concepto que se analiza.

3.1.4.1. Consideraciones del Tribunal sobre los perjuicios derivados de las modificaciones al software.

Comienza por determinar el ámbito de la decisión, ya que los escenarios planteados corresponden a dos sistemas de cuantificación de perjuicios diferente; el contenido en la Pretensión, invoca el criterio legal de la ley 44/93, y el formulado en los alegatos, parece identificar el daño causado a **OPEN CARD** con la pérdida que para esta sociedad representa el no tener vigente el contrato de mantenimiento del software con **EDS**.

La competencia de este Tribunal fue asumida para conocer y decidir las pretensiones de las mutuas demandas de las partes (Acta No 4), lo cual responde a la aplicación plena de su derecho de defensa, en la medida en que desde el principio quedaron delimitadas procesalmente las controversias que se decidirían por su propia voluntad. Es verdad que al juez le corresponde evaluar los perjuicios que aparezcan probados en el proceso, sin estar condicionado al valor afirmado en la demanda. No obstante, al precisar el tema de la prueba, el Tribunal ejerció su control en los términos legales de igualdad y contradicción conforme con lo pedido por las partes. Basta revisar los dictámenes técnico y contable, para establecer claramente que no fue el contrato de mantenimiento tema de estudio o de análisis, y menos aún de contradicción en lo relativo al alcance técnico de su contenido o a la remuneración allí pactada. Es por tanto que este esquema de indemnización formulado no puede ser analizado en este laudo arbitral.

En cuando a la relación de causalidad entre el incumplimiento aquí considerado y el valor de la licencia como resarcimiento compensatorio de aquél, no encuentra el Tribunal el vínculo lógico que los ate. Tampoco el art. 57 de la Ley 44/93 que contiene los criterios de valoración de los perjuicios en el ámbito de los derechos de autor, responde a los supuestos de hecho estudiados. Por tal razón, el Tribunal no condenará a **EDS** al pago de los perjuicios solicitados.

3.2 Incumplimiento del Acuerdo de Transacción en cuanto a cesión no autorizada del contrato de licencia de uso.

Derivada de la primera pretensión del incumplimiento del acuerdo de transacción que las partes suscribieron el 23 de julio de 2003, la demandante solicita la consecuente pretensión de condena y para efectos de sus perjuicios señala:

“Dichos perjuicios podrán tasarse teniendo en cuenta: [...] [b] Por razón de la cesión no autorizada en el Acuerdo de Transacción, de la licencia Open Card S.A. al Banco Superior S.A. hoy Davivienda S.A., el perjuicio puede tasarse teniendo en cuenta el valor correspondiente a dicha licencia que, como ha quedado dicho asciende a la suma de doscientos noventa y dos mil quinientos dólares de los Estados Unidos (US \$292.500), que deberá pagarse en pesos colombianos a la tasa de cambio vigente en la fecha en que se realizó la cesión no autorizada de la licencia”.

El demandante en esencia sostiene que hubo una cesión no autorizada por haberse incumplido la parte final de la cláusula primera del acuerdo de transacción suscrito el 23 de julio de 2003, cuyo tenor es el siguiente:

“Las Partes modificarán el contrato de licencia de Uso que las partes tienen firmado, para que se elimine de la Cláusula Décima la condición de que exista un contrato de mantenimiento entre Open Card y EDS para que EDS pueda ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias de uso que Open Card otorga a EDS por dicho contrato”.

Y la cláusula décima sobre cesión y transferencia del contrato de licencia de uso del sistema Open Card de 18 de mayo de 2001, señala:

“Ninguna de las partes podrá ceder ni hacerse sustituir en el cumplimiento de las obligaciones que surgen para él, en el presente contrato, sin previa y escrita autorización por parte de la otra. Sin embargo, sujeto al cumplimiento de las obligaciones establecidas, y a la vigencia del contrato de Mantenimiento y Actualización de Versiones EL CLIENTE deberá ceder esta licencia al Banco Superior sin que esto represente costo alguno, ni para el CLIENTE ni para el Banco Superior”.

Y en efecto figura en autos el documento contentivo de la notificación de la cesión de la licencia de **EDS** a BANCO SUPERIOR con fecha 27 de abril de 2006. Cesión, vale advertirlo, cuya existencia y validez no ha sido cuestionada en este proceso. Lo que se discute en la pretensión es el incumplimiento contractual endilgado a **EDS** por haber cedido la licencia de uso sin que se hubiese modificado la cláusula del contrato de Licencia en cuanto a la eliminación de que existiese un contrato de mantenimiento para que **EDS** pusiese ceder sin costo la licencia a favor del Banco Superior (hoy DAVIVIENDA).

3.2.1. Postura de la demandante

En la demanda que originó este proceso se exponen los siguientes hechos relevantes:

- *“No obstante lo advertido por Open Card [carta de 5 de abril de 2006] EDS incumplió flagrantemente lo dispuesto en el párrafo tercero de la cláusula primera del Acuerdo de Transacción en el que consta que convinieron que, en el futuro se modificaría el contrato de licencia para eliminar la restricción a la cesión, pero no lo modificaron entonces”.* (Hecho 69 de la demanda inicial).
- En esa comunicación de 5 de abril de 2006, **OPEN CARD** advirtió que la cesión de la licencia no estando vigente el contrato de mantenimiento, no estaba autorizada. *“Por otra parte, también es pertinente poner de presente que, habida consideración de que el contrato de mantenimiento y actualización de versiones al que se hace referencia en la cláusula décima del contrato de licencia, fue terminado unilateralmente por EDS desde el 30 de abril de 2003, la cesión de la licencia al Banco Superior o a Davivienda, sin costo alguno, no está autorizada”.* (Hecho 68 de la demanda).
- *“Lo cierto es que las partes, no modificaron el Contrato de Licencia a través del acuerdo de transacción sino que pactaron que lo modificarían en el futuro, por lo cual se conjugó el verbo ‘modificar’ precisamente en tiempo futuro: ‘modificarán’ ”.* (hecho 71 de la demanda).
- *“Ahora bien, esta previsión quedó redactada de esa forma, puesto que para Open Card S.A. era presupuesto para modificar el contrato de licencia el cumplimiento por parte de EDS de las obligaciones asumidas en el Acuerdo de Transacción, y, en particular, lo dispuesto en la cláusula quinta del mismo, en cuanto a la posibilidad de ser contratado por EDS para nuevos proyectos de implantación para el Banco Superior y la obligación de EDS de abstenerse de modificar el sistema sin autorización. Adicionalmente EDS había sugerido a Open Card que en caso de que se realizara una cesión de la licencia, el cesionario renovarían el contrato de mantenimiento.”* (Hecho 72 de la demanda inicial).
- *“Lo anterior es evidente si se tiene en cuenta que en la cláusula décima del contrato de licencia se sujetó la cesión, sin costo para el Banco Superior, a*

que estuviera vigente el Contrato de Mantenimiento suscrito simultáneamente con el Contrato de Licencia, el 18 de mayo de 2001, entre Open Card y EDS, pues como ha quedado dicho, la vigencia de dicho Contrato de Mantenimiento de una parte garantizaba la conservación de calidad del sistema y de la otra, implicaba un ingreso considerable para Open Card S.A. que de alguna manera compensaría la cesión de la licencia sin costo". (hecho 73 de la demanda, subrayas fuera de texto).

- *Por esta razón y "en vista de que EDS incumplió la obligación a su cargo pactada en la cláusula quinta del acuerdo de Transacción (...), Open Card nunca accedió a modificar el contrato de licencia". (hecho 74 de la demanda).*
- *"Lo anterior fue puesto de presente a EDS desde la primera vez que Open Card S.A. le reclamó el incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo de transacción, el 19 de febrero de 2004, cuando manifestó: 'Es de anotar que cualquier incumplimiento por parte de EDS permitiría a Open Card sustraerse del cumplimiento de lo pactado en el inciso tercero de la cláusula primera del acuerdo de transacción -relacionado con la eliminación de la cláusula que establece la posibilidad para que EDS pueda ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias de uso que Open Card otorga a EDS por dicho contrato-, así como revisar las condiciones pactadas en la cláusula sexta del mencionado acuerdo de transacción que regirán en el nuevo contrato de mantenimiento que se suscribirá antes de junio del año 2006.'" Lo anterior fue reiterado en las comunicaciones del 8 y del 25 de marzo de 2004". (hecho 75 de la demanda).*
- *"Lo que si era claro era la intención de EDS de violar lo dispuesto en el Acuerdo de Transacción, al pretender que a través de él se había modificado la cláusula décima del Contrato de Licencia, cuando lo cierto era que, como ha quedado dicho, lo acordado fue su última modificación, que nunca se dio". (hecho 78 de la demanda).*

En sus alegatos de conclusión, la demandante reitera lo expuesto en su demanda e insiste:

"EDS infringió la cláusula antes transcrita al atribuirle un alcance que no tiene, cual es el de haber eliminado todos los requisitos pactados en la cláusula décima del

contrato de licencia de uso del sistema Open Card para llevar a cabo la cesión de la licencia para el Banco Superior, sin pagar su valor. [...] La verdadera intención de las partes fue establecer que en el futuro se modificaría el Contrato de Licencia de Uso del Sistema Open Card en el sentido de eliminar el requisito de la vigencia del Contrato de Mantenimiento para que EDS pudiera ceder, sin costo, la Licencia al Banco Superior. Lo anterior queda demostrado con base en los siguientes argumentos: En primer lugar, el texto mismo de la Cláusula del Acuerdo de Transacción en el que el verbo "modificar" se conjuga en tiempo futuro "modificarán", de suerte que no puede sostenerse que las partes entendieron modificado en ese momento el Contrato de Licencia de Uso. "Lo cierto es que Open Card accedería a tal modificación si se cumplían por parte de EDS las obligaciones que había contraído precisamente a través del Acuerdo de Transacción. Lo anterior en concordancia con el texto original de la cláusula décima del Contrato de Licencia, en la cual claramente se prevé que la cesión se autoriza "sujeto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en este contrato".⁷

3.2.3. Postura de la demandada

La demandada al contestar el libelo inicial niega la imputación de incumplimiento del contrato de transacción que le imputa la Convocante y manifiesta que "la cláusula 10 del contrato de Licencia si fue modificada por las Partes" (respuesta al hecho 70); "Contrario a lo señalado por Open Card no se condicionó la modificación del contrato de licencia a nada. El pretender condicionar la modificación del Contrato de Licencia es una muestra más de mala fe por parte de Open Card" (respuesta al hecho 72). "EDS no infringió lo dispuesto en el parágrafo tercero de la cláusula primera del Acuerdo de Transacción pues, como ya se ha dicho, efectivamente se eliminó el requisito de la coexistencia de un contrato de mantenimiento vigente para realizar la cesión a Bansuperior" (respuesta al hecho 85).

En su alegato de conclusión, a más de reiterar los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en punto al cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato de transacción, la Convocada acepta que "El 27 de abril de 2006 EDS cedió el Contrato de Licencia a Bansuperior." Y por lo mismo, "a partir de esa fecha, el Banco adquirió la calidad de licenciataria, y, por ende, es quien ha tenido la guarda y el control del software."

Además afirmó: "En relación con la supuesta necesidad de que coexistiera un

⁷ Alegatos de conclusión pág. 21 y 22.

contrato de mantenimiento para poder realizar la cesión de la licencia, debe tenerse en cuenta que, como se señaló con anterioridad, debido a que el Contrato de Licencia fue modificado por acuerdo entre las Partes al suscribir el Acuerdo de Transacción, se entiende que la condición de la preexistencia de un contrato de mantenimiento fue eliminada⁸.

3.2.4. Consideraciones del Tribunal

1. Para el Tribunal el Acuerdo de Transacción hay que interpretarlo en su conjunto (canon de la totalidad hermenéutica) para inferir o extraer de él la "*común intención de las partes*". De las pruebas recaudadas aprecia el Tribunal que **OPEN CARD** reprochaba constantemente a EDS el incumplimiento de los compromisos adquiridos en la transacción relativos a las modificaciones al software y a los nuevos proyectos de implementación, los cuales, como se ve en este laudo, efectivamente configuran el incumplimiento del Acuerdo de Transacción. Por tanto, entiende el Tribunal la posición negativa de **OPEN CARD** hacia la eliminación de la existencia de un contrato de mantenimiento, con el fin de que **EDS** pudiese ceder sin costo la licencia del software al Banco Superior.
2. La parte final de la cláusula primera del Acuerdo de Transacción dispone:

"Las partes modificarán el Contrato de Licencia de Uso que las Partes tienen firmado, para que se elimine de la Cláusula Décima la condición de que exista un contrato de mantenimiento entre Open Card y EDS para que EDS pueda ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias de uso que Open Card otorga a EDS por dicho contrato". (Resalta el Tribunal).

Al ceder **EDS** la Licencia de Uso del software al Banco Superior, sin haberse modificado el Contrato de Licencia de Uso, como se expresa en la cláusula transcrita, es evidente que el Acuerdo de Transacción se incumplió por parte de **EDS**.

3. La parte final de la cláusula primera del acuerdo de transacción se incumple porque se cede la licencia del software **OPEN CARD** sin que se hubiese eliminado la exigencia de un contrato de mantenimiento. El Acuerdo de

⁸ Alegatos de conclusión de apoderada de EDS, p. 90.

Transacción se incumplió por cuanto EDS cedió la licencia de uso o explotación del software, sin que se hubiese modificado o eliminado la condición de la existencia de un contrato de mantenimiento.

4. Leída la totalidad del Acuerdo de Transacción y, por supuesto, valorada la manera como se desarrolló la ejecución después de su suscripción, el Tribunal apreció que EDS no cumplió sus compromisos, tal como quedó expuesto al hacer el análisis de la cláusula primera parágrafo primero y como se expondrá respecto de la cláusula quinta del mismo Acuerdo de Transacción. Si EDS incumplió no tenía OPEN CARD porque modificar la cláusula décima del acuerdo de licencia de software.
5. Para el Tribunal ese era el sentido de la cláusula que se viene analizando; incluso la apoderada de la demandada admitió en sus alegatos de conclusión que: *“El principal interés de Open Card con la suscripción del Acuerdo de Transacción era obtener nuevos negocios, bien sea un nuevo contrato de mantenimiento con EDS para hacer los ajustes y correcciones que requiriera el Software instalado en Bansuperior o contratos para llevar a cabo nuevos desarrollos o proyectos con el Banco”*⁹. Y más adelante en el mismo documento señaló: *“La inclusión de esta obligación en la cláusula del Acuerdo de Transacción relacionada con los proyectos de implementación de tarjeta de crédito, obedecía a la expectativa que tenía Open Card de celebrar un nuevo contrato de mantenimiento con EDS, con el fin de realizar las correcciones y mantenimientos del software”*¹⁰.
6. Debe observarse que después de suscrito el Acuerdo de Transacción **OPEN CARD** le advirtió a **EDS** que no podía ceder la licencia. En sentir del Tribunal, la eliminación de la restricción o del condicionamiento para realizar la cesión sin costo constituía la garantía que tenía **OPEN CARD** para que **EDS** cumpliera con las obligaciones derivadas de la transacción.
7. En efecto, en carta del 19 de febrero de 2004, **FRANCISCO DUARTE MARTÍNEZ** le dice a **EDS**: *“Es de anotar que cualquier incumplimiento por parte de EDS permitiría a OPEN CARD sustraerse del cumplimiento de lo pactado en el inciso tercero de la cláusula primera del acuerdo de transacción –relacionado con la eliminación de la cláusula que establece la posibilidad para que EDS pueda ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias*

⁹ Página 52 de los alegatos de conclusión de la demandada.

¹⁰ *Ibidem*, p. 58.

de uso que Open Card otorga a EDS por dicho contrato-, así como revisar las condiciones pactadas en la cláusula sexta del mencionado acuerdo de transacción que regirán en el nuevo contrato de mantenimiento que se suscribirá antes de junio del año 2006'.

8. En comunicación de 8 de marzo de 2004, **OPEN CARD** vuelve y le advierte a **EDS** que no puede ceder la licencia hasta tanto no de cumplimiento a los compromisos que asumió en el Acuerdo de transacción:

"Finalmente y en relación con el compromiso adquirido por las partes en el Acuerdo de 'conversar respecto de la posibilidad de celebrar un nuevo contrato de mantenimiento de licencias ...', tal como EDS lo acepta, Open Card no está obligada a mantener las condiciones señaladas en dicha cláusula para el referido contrato, por cuanto tiene la posibilidad de sustraerse a suscribirlo, como quiera que la existencia de tal relación contractual, no sólo estará sujeta a la satisfacción de EDS respecto de la calidad de los servicios que Open Card ofrece, sino también a la satisfacción de Open Card respecto del comportamiento contractual de EDS. En virtud de lo expuesto, nuevamente los requerimos para que den cumplimiento al Acuerdo atendiendo las solicitudes hechas en nuestra comunicación anterior, so pena de constituirse en mora con todas las consecuencias que ello conlleva, esto es, la indemnización de todos los perjuicios que resulten de la infracción del Acuerdo. En caso de no atender este requerimiento, Open Card, dada la mora en la que EDS incurra, podrá válidamente sustraerse del cumplimiento de lo pactado en el inciso tercero de la cláusula primera del acuerdo de transacción -relacionado con la eliminación de la cláusula que establece la posibilidad para que EDS pueda ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias de uso que Open Card otorga a EDS por dicho contrato". (subrayas del Tribunal).

9. En comunicación de 25 de marzo de 2006, se lee:

"En estas circunstancias y ante el incumplimiento de EDS de sus obligaciones contractuales, existen dos alternativas: la primera, que EDS se allane a cumplir con todas y cada una de tales obligaciones derivadas del Acuerdo de Transacción, lo cual trae mutuos beneficios, o persistir en la conducta desplegada hasta ahora, obligándonos a la terminación del contrato por incumplimiento y la indemnización de perjuicios correspondiente. Lo que significa que una vez declarada la terminación del Acuerdo de Transacción, EDS no podrá ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias de uso

que OPEN CARD otorga a EDS por el contrato de licencia de uso del sistema Open Card No. OP/CLU/002/01."

10. El 5 de abril de 2006, **OPEN CARD** manifiesta: "*Por otra parte, también es pertinente poner de presente que, habida consideración de que el contrato de mantenimiento y actualización de versiones al que se hace referencia en la cláusula décima del contrato de licencia, fue terminado unilateralmente por EDS desde el 30 de abril de 2003, la cesión de la licencia al Banco Superior o a Davivienda, sin costo alguno, no está autorizada*". (Subrayas del Tribunal).
11. En carta del 18 de abril de 2006, en interpretación que el Tribunal no comparte, **EDS** le dice a **OPEN CARD** que los contratos de Licencia de uso y de Mantenimiento están terminados y que en razón de la cláusula primera del acuerdo de transacción, la cual transcribe, "*es entonces claro que se encuentra eliminada la condición de existencia de un contrato de mantenimiento entre EDS y Open Card, y que EDS continúa manteniendo el derecho de realizar la cesión de licencias de uso respectivas al Banco Superior*".
12. Con ocasión de la carta anterior, el 24 de abril de 2006 **OPEN CARD** le responde a **EDS** lo que sigue, en misiva que despunta trascendental en este litigio: "*1º No es correcta su afirmación en el sentido de que en el Acuerdo de Transacción suscrito entre EDS y Open Card el 23 de julio de 2003 se da por terminado de manera bilateral el Contrato de Licencia de Uso y Mantenimiento (el 'Contrato'). Lo cierto es que, tal como claramente se afirma en la primera consideración contenida en el citado Acuerdo de Transacción, el contrato que se dio por terminado de común acuerdo fue el Contrato de Implantación del Sistema Open Card No. OP/CIM/002/01 (el contrato) y no el contrato de Licencia de Uso, el cual está vigente, ni tampoco el contrato de mantenimiento, que fue terminado por EDS en forma unilateral el 30 de abril de 2003. 2º En cuanto a lo previsto en el último párrafo de la cláusula primera del Acuerdo de Transacción mencionado, es preciso anotar que las partes no modificaron a través de esa estipulación el contrato de licencia, sino que pactaron tal modificación como un compromiso que habría de cumplirse en el futuro. Pues bien, ocurre que las partes nunca realizaron la modificación al contrato de licencia en el sentido de suprimir la condición de que estuviera vigente el contrato de mantenimiento para ceder la licencia al Banco Superior. En efecto, las partes no suscribieron documento alguno en tal sentido, requisito necesario para modificar el contrato de*

licencia que se pactó por escrito. Y es que, como es bien conocido por ustedes, Open Card manifestó en reiteradas oportunidades que EDS no había dado cumplimiento a las obligaciones a su cargo pactadas en el Acuerdo de Transacción, en particular la contenida en la cláusula quinta del mismo, de manera que muy probablemente por esa razón, EDS nunca convocó a Open Card para suscribir la modificación al contrato de licencia" (subrayas del Tribunal).

13. Mediante comunicación del 26 de abril de 2006 **EDS** responde la carta anterior: "1. Con respecto al Acuerdo de Transacción, EDS está de acuerdo que el contrato de licencia de Uso y Mantenimiento no fue terminado por las partes y por lo tanto se aclara que dicha terminación hace referencia al contrato de implementación del sistema Open Card No. OP/CIM/002/01 (El contrato). 2. Con relación al numeral 2º de su carta, es importante aclarar que el Acuerdo de Transacción es parte integral del contrato de licencia y de los demás contratos firmados con Open Card. [...] Es igualmente importante aclarar que para la fecha de la firma de la Modificación No. OP/CLU/002/01 de Abril 20 de 2005, las partes ya habían modificado la cláusula Décima sobre 'CESIÓN Y TRANSFERENCIA' mediante el Acuerdo de Transacción de Julio 23 de 2003 y por tal motivo dicha modificación fue ratificada en la Modificación al contrato a la cual usted hace referencia. 3. Con relación a su inquietud sobre la utilización del software, EDS mantendrá sus compromisos con Open Card según contrato de Licencia hasta tanto siga como responsable y tenedor de dicha licencia. Una vez la licencia halla (sic) sido transferida a Banco Superior, las obligaciones demandadas por ustedes deberán ser cumplidas por dicha entidad".
14. A esa comunicación del 26 de abril de 2006, un día después, el 27 de abril, **OPEN CARD**, quizá por la urgencia del tema, replica: "De acuerdo con su comunicación de la referencia, con preocupación advertimos que se disponen a incumplir el contrato de licencia cuando manifiestan que 'Una vez la licencia haya sido transferida a Banco Superior, las obligaciones demandadas por ustedes deberán ser cumplidas por dicha entidad. A este respecto reiteramos que al haberse dado por terminado el contrato de mantenimiento no se cumple la condición necesaria para que EDS pueda transferir la licencia al Banco Superior sin costo alguno, pactada en la cláusula décima del contrato de licencia. Así las cosas, al proceder en el sentido anunciado por ustedes se estaría violando en forma flagrante el contrato de licencia, circunstancia que facultaría a Open Card a darlo por terminado, según se establece en la

cláusula octava de tal contrato. Y es que no es acertada su afirmación en el sentido de que 'El Acuerdo de Transacción es parte integral del contrato de licencia y de los demás contratos firmados con Open Card'. Lo cierto es que el contrato de transacción es diferente e independiente de los otros contratos y aunque en él se acordó que las partes modificarían el contrato de licencia, tal modificación nunca se hizo. En efecto, en el texto del Acuerdo de Transacción se estableció que en el futuro 'las partes modificarán' el contrato de licencia de uso, pero no acordaron que quedaba modificado en ese momento, entre otras razones porque para Open Card era decisivo constatar el cumplimiento de EDS de las obligaciones asumidas en dicho contrato de transacción, previamente a modificar lo convenido en el contrato de licencia. Lo cierto es que EDS no cumplió con las obligaciones pactadas en la cláusula quinta del acuerdo de transacción y la modificación al contrato de licencia en el sentido de eliminar la condición para transferir la licencia al Banco Superior nunca se llevó a cabo. [...] En los términos anteriores esperamos haber logrado transmitir con claridad la interpretación adecuada de nuestros acuerdos, a fin de evitar que un entendimiento equivocado conduzca a su incumplimiento'.

15. No obstante lo anterior, es decir, a pesar de todas las advertencias que hubo de hacer el titular, dueño y propietario del sistema Open Card, ese mismo día 27 de abril de 2006, **EDS** –en comportamiento contrario a la buena fe y lealtad contractual- realiza la cesión de la licencia al Banco Superior, sin que se hubiese modificado el contrato de Licencia en la forma como lo habían estipulado las partes en su Acuerdo de Transacción. Aquí valga recordar por su pertinencia dos principios orientadores de la interpretación de los negocios jurídicos relacionados con el derecho de autor: “*La interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo*”¹¹. Y, por supuesto, aquel que indica que “*las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás*”¹².

Si incluso hubiese habido duda de si existía o no limitación en cuanto a la cesión sin costo, la interpretación debía ser la restrictiva, es decir que el

¹¹ Artículo 78 de la Ley 23 de 1982.

¹² Artículo 77 de la Ley 23 de 1982.

titular no había autorizado la cesión sin costo, sin la existencia de un contrato de mantenimiento a raíz de todas las advertencias que **OPEN CARD** formuló, como propietario del software, para que ello no se hiciera.

16. De este recorrido epistolar se infiere, sin mayor fatiga intelectual, que la cesión no fue autorizada porque la modificación al contrato de licencia nunca se hizo; además, que el alcance de la parte final de la cláusula primera del Acuerdo de Transacción era, en esencia, un *quid pro quo*, un *do ut des*, en la medida en que la transacción también debía funcionar para satisfacer las expectativas de negocios que **OPEN CARD** se había forjado y que con seguridad lo había llevado a la suscripción de la transacción. En otros términos, la cláusula incumplida del acuerdo de transacción (cuyo efecto fue la violación de los derechos de explotación exclusiva que el licenciante tenía sobre su programa de computación) constituía una garantía a favor de **OPEN CARD** en el sentido de que este modificaría la cláusula décima del contrato de licencia, aboliendo la exigencia de la existencia de un contrato de mantenimiento, si **EDS** cumplía los compromisos derivados del Acuerdo de Transacción. Está probado en el plenario que las obligaciones fueron incumplidas; por tanto al cederse sin autorización se está violando por el espíritu y razón del Acuerdo de Transacción (en esa cláusula específica) por cuanto –se insiste a riesgo de fatigar- se cedió sin que se hubiese eliminado la condición de la existencia de un contrato de Mantenimiento, mediante la modificación del Contrato de Licencia.
17. No comparte el Tribunal la postura de la demandada en el sentido de que las partes al suscribir el Acuerdo de Transacción habían modificado el contrato de licencia y que por lo tanto la condición de la preexistencia de un acuerdo de mantenimiento había sido eliminada; esta postura deviene fácilmente rebatible no solo con las comunicaciones referidas, sino también entendiendo que el condicionamiento del contrato de mantenimiento actuaba como una garantía a favor de **OPEN CARD**; pero incluso el mismo tenor de la cláusula no alcanza para tamaña interpretación. Basta con leer simplemente la inflexión verbal que las partes utilizaron: "*Las partes modificarán el Contrato de licencia de uso que las partes tienen firmado*".
18. La interpretación, como es sabido, se endereza hacia la unidad de inteligencia de lo expresado, lo cual presupone, lógicamente, un desacuerdo entre los interesados a propósito del sentido o alcance de la manifestación. Como hay desacuerdo el juez ha de interpretar. "*Partiendo del supuesto de*

que se probó la existencia del contrato, puede presentarse un desacuerdo entre las partes sobre el sentido o el alcance de él. Una cláusula puede ser ambigua u oscura, o incluso, puede ser que el contrato presente lagunas al punto de crear incertidumbre sobre la voluntad de las partes. Entonces se tiene materia para la interpretación, que de no darse por acuerdo amigable, hará que se acuda al juez¹³.

19. En el plenario no aparece que se hubiese eliminado el requisito de la existencia de un contrato de mantenimiento. Pues bien, si el condicionamiento no se obliteró es obvio que **EDS** no podía ceder y si lo hizo, como en efecto ocurrió, incumplió la cláusula tercera del Acuerdo de Transacción cuyo efecto o daño fue la violación de los derechos de propiedad intelectual sobre el software o sistema Open Card.
20. Encuentra el Tribunal lógico y razonable que **OPEN CARD** en el Acuerdo de Transacción supeditase la modificación de la cláusula 10 del contrato de licencia a que **EDS** cumpliera lo suyo. Pues bien, si EDS cedió a pesar de las múltiples advertencias ya referidas (lo cual incluso pone en entredicho su apego a la corrección y a la lealtad contractual), está violando el Acuerdo de Transacción y específicamente la parte final de la cláusula primera la cual, como se ha venido diciendo, significa que **OPEN CARD** accedería a modificar la licencia de explotación, en punto de la facilitación de la cesión sin costo, si EDS hubiese cumplido la transacción en términos de satisfacer las expectativas económicas de **OPEN CARD**.
21. *“La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el Juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a*

¹³ MALINVAUD, Ph., Droit des obligations, 9^a ed., Litec, Paris, 2005, No. 270, p. 189.

*encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido*¹⁴.

22. *“El juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido”* (cas., 3 de junio de 1946, LX, 661). El sentido de la cláusula en análisis se aclara, aún más, analizando las demás obligaciones contenidas en las otras cláusulas que conforman el Acuerdo de Transacción. *“Los contratos se deben interpretar en conjunto, como es obvio, de modo que sus diversas cláusulas se complementen y armonicen. No puede tomarse una cláusula separada, aislándola del resto del contrato, como si tuviera vida propia e independiente de este. Si el método indicado para la interpretación de un contrato es el que tenga en cuenta la totalidad de su texto, de ningún modo resulta aceptable aquel que apartándose de dicha norma pretenda hacerle producir a la convención efectos contrarios a los que de su conjunto se concluyen. Y si en una cláusula se hace referencia a otra para precisar su alcance, no es posible aceptar que se trate de darle un sentido opuesto al que de esta última aparece”* (sent., 2 de septiembre 1953, LXXVI, 220).
23. El artículo 1622 del Código Civil señala: *“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que haya hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”*.
24. En fin, la cesión de la licencia de uso del sistema Open Card a Banco Superior realizada el 27 de abril de 2006 sin contar con la autorización de **OPEN CARD**, por cuanto no se modificó, o mejor, no se excluyó el condicionamiento de la existencia de un contrato de mantenimiento violó el Acuerdo de Transacción y específicamente la parte final de su cláusula primera. Por ello, surge la obligación de resarcir como se verá enseguida.

3.2.5. Perjuicios Derivados de la Cesión al Banco Superior

El incumplimiento contractual produjo la vulneración de los derechos de exclusiva del titular de los derechos de autor. El daño es la violación a un interés jurídico

¹⁴ Sentencia de 3 de junio de 1946, LX, p. 656.

protegido. Tratándose de un derecho de propiedad intelectual, en este caso de un derecho de autor -por cuanto el software es considerado una creación propia del dominio literario-, el daño se produce cuando se desconocen las facultades que conforman su contenido y que se encuentran radicadas en cabeza de su titular. Así, por ejemplo, se vulnera un derecho de autor cuando sin autorización o consentimiento de su autor o titular la obra se reproduce, se distribuye, se transforma o se cede total o parcialmente. En términos generales se puede decir que quien es autor o titular de la creación protegida es el legitimado para autorizar cualquier tipo de explotación sobre su obra y consecuentemente para prohibir cualquier forma de explotación que sobre la misma se haga, sin su consentimiento o autorización. El titular es pues el legitimado para autorizar o prohibir cualquier forma de explotación a través de cualquier medio conocido o por conocerse. Quien no es titular de la creación protegida tiene, pues, un deber de abstención o una obligación de no hacer en frente del cúmulo de derechos o prerrogativas que la ley le otorga al autor o creador. Mejor dicho: quien no es dueño de una creación protegida, para poder usarla, explotarla o disponer de ella debe inexorablemente obtener autorización de su autor o titular.

La infracción de un derecho exclusivo (de autor o conexo) es siempre una explotación no autorizada de la obra o de la prestación. Cualquier explotación de un usuario no contemplada en el contrato o realizada fuera de los límites fijados en el contrato, es evidente que constituye una clara violación de la exclusiva reservada al titular del derecho porque ese derecho le habilita para determinar, tanto genérica como específicamente, la modalidad en que la obra o prestación ha de explotarse por otros, la duración de la explotación otorgada, el ámbito espacial en que ésta se ha de desarrollar y la intensidad de esa explotación, en cuanto al número de las reproducciones, representaciones, etc.

Las obligaciones desde el punto de vista de su contenido se dividen en obligaciones de dar, hacer y no hacer. Si se recurre a esta clasificación, se puede decir que quien no es titular de un derecho de autor, tiene respecto de una determinada obra una obligación de no hacer, esto es, no puede acometer sobre ella ningún acto de explotación sin la autorización expresa del titular.

Se sabe, además, recogiendo lo que el artículo 1612 del Código Civil dispone a propósito de las obligaciones de no hacer que "*Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacer lo hecho. [...] El acreedor quedará de todos modos indemne*".

En punto de la importancia y de desarrollo actual de las obligaciones negativas, Hinestrosa sostiene: *"Mientras que antaño los ejemplos de obligaciones negativas se reducían a la de no levantar el muro de determinada altura y la de no transitar por un predio, en la actualidad los ejemplos de ellas abundan y su realce es manifiesto: es que dichas obligaciones han adquirido importancia e interés grandes en todo sentido y cobrado valor económico enorme. Valga citar los casos de la obligación de no enajenar a extraños la cuota o el interés de una sociedad de personas, la de no abrir un establecimiento comercial en determinado sector, en aras de la tranquilidad de los residentes en él o el de la conservación de la clientela de uno vecino; la de no sembrar, en razón del mantenimiento de los niveles de producción en un mercado común; la de no revelar patentes, know how o la situación o las actitudes de una empresa en determinados aspectos (deber de confidencialidad); la de no imprimir más de cierto número de ejemplares de una obra o de no reproducir una creación artística o un diseño; la de no utilizar un nombre, una marca o una patente; y, en términos más populares: la obligación de exclusividad a cargo de un jugador de fútbol o de un presentador de programas de televisión o de radio, o de una modelo; o la de la exclusividad a cargo de un investigador científico, un agente comercial o un empresario"*¹⁵. Y aquí agrega el Tribunal, la de no ceder un derecho de propiedad intelectual sin el beneplácito de su titular exclusivo, o mejor, la de no ceder una licencia sin permiso de su propietario.

En el presente caso, surge el deber de indemnizar por cuanto **EDS** ha contravenido la obligación de no hacer que sobre él pesaba, al haber cedido la licencia de uso del sistema Open Card sin que **OPEN CARD** hubiese modificado u obliterado la exigencia de la existencia de un contrato de mantenimiento, tal como con insistencia se ha mencionado a lo largo de este proveído.

Aquí, además, despunta relevante mencionar que de conformidad con el artículo 1615 del Código Civil *"Se debe la indemnización de perjuicios [...] si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención"*. Como se ha dicho, la cesión no autorizada por **OPEN CARD** se le notificó el día 27 de abril de 2006.

En materia de contratos de goce y autorización el contrato paradigmático es el contrato de arrendamiento y en punto de la cesión no consentida del goce del objeto materia de dicho contrato se ha dicho que *"La cesión del arrendamiento efectuada por el arrendatario sin estar facultado para ello no da al arrendador derecho para*

¹⁵ HINESTROSA Fernando, *Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., tomo I, 2007, p. 236 y 237.

*pedir la nulidad del contrato. El puede ejercitar las acciones referentes a la infracción del arrendamiento (terminación de este o indemnización de perjuicios), pero no la nulidad del subarriendo o de la cesión del arrendamiento*¹⁶. (Subrayas del Tribunal).

Lo que se quiere destacar es que al haberse hecho una cesión no permitida, el dueño del software **OPEN CARD**, tiene derecho a la indemnización de perjuicios.

“En el ámbito del fenómeno de daños, la reparación de los derechos o intereses que recaen sobre bienes inmateriales parece ser –por obvias razones sensoriales- más compleja que la reparación de daños a bienes materiales. En este último evento, advertir el alcance y efecto del daño o lesión, en principio, se logra con una ‘inspección’ del mismo bien v.gr. el daño a una termoeléctrica por una pieza defectuosa puede ser identificado con un alto grado de precisión con la revisión técnica *in situ* de un especialista. Con los bienes inmateriales no parece acontecer lo mismo. Constatar el daño con algún grado de precisión e identificación es más complejo. No hay forma de explicar sensorialmente la afectación a una idea”¹⁷. “Con ello no se quiere decir que los derechos de propiedad intelectual no sean susceptibles de valoración. Se han diseñado varios métodos, entre los más usados están ‘el de ingresos’, ‘el de costos’ y ‘el de mercado’”¹⁸.

Lo importante es tener presente que la infracción del derecho de propiedad intelectual, en nuestro caso ocasionado por el incumplimiento a un Acuerdo de Transacción, es la causa del fenómeno indemnizatorio. La violación del derecho de propiedad intelectual constituye el perjuicio mismo, dado que la lesión jurídica fundamental consiste en el ejercicio indebido de un derecho que pertenece en forma exclusiva al titular, a quien le interesa determinar la oportunidad y el modo en que va a explotar su derecho de manera individual o autorizando su explotación por otro u otros.

¹⁶ Cas., 31 de julio de 1915, XXV, 106; 21 de marzo de 1949, LV, 626.

¹⁷ Luis Felipe Botero Aristizábal. *La indemnización de perjuicios en las acciones de infracción a los derechos de propiedad intelectual*, en Revista La Propiedad Inmaterial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Números 10-11, 2006-2007, p. 27. Y continúa el autor: “Piénsese, por ejemplo, en qué consiste el daño material sufrido por el autor de una obra que a pesar de estar en el comercio no ha sido adquirida por nadie y que es copiada masivamente por otro, sin su autorización, con el único fin de donarla en distintos circuitos comerciales. No basta una ‘inspección’ sensorial y técnica que nos permita precisar el grado de la lesión al objeto inmaterial. Si a ello añadimos que la participación de un sujeto en el mercado está conectada a un entramado de relaciones económicas variables cuyo desciframiento sólo puede ser obra de un especialista financiero o de mercados, apreciamos al rompe la mayor complejidad para identificar exactamente el efecto económico nocivo de la violación”.

¹⁸ World Intellectual Property Organization, *Secrets of Intellectual Property*, Geneva, International, Trade Center UNCTAD/WTO, 2004, p. 143, citado por Luis Felipe Botero, *ob cit*, pie de página No. 13, p. 27.

“Así, teniendo presente que toda obligación, en últimas, puede resolverse en responsabilidad pecuniaria del deudor, a la vez que la primacía lógico-jurídica de la ejecución específica de la prestación, la destrucción de la obra prohibida, el borrar los rastros que la infracción haya dejado, en una palabra, el deshacimiento por acción del mismo deudor dentro del tiempo prudencialmente concedido por el juez al afecto, o por un tercero contratado a propósito o por el propio acreedor, sin duda implicaría una satisfacción in natura, a la que se añadiría la obligación de resarcimiento. Y todo se reduciría a prestación pecuniaria en el evento de que la destrucción no fuera factible o no fuera equitativa o aconsejable, según la prudencia judicial. [...] de modo que, no siendo factible físicamente la eliminación de los rastros de la infracción, el deudor deberá pagar su equivalente pecuniario, y de no serlo ‘funcionalmente’, se abre la posibilidad de alternativas de satisfacción del acreedor, sugeridas por el deudor, realizadas a sus expensas, y dejando siempre en pie la indemnidad del acreedor, que implica la satisfacción de su interés y el resarcimiento de los daños padecidos”¹⁹. (Subrayas del Tribunal).

El legislador consciente de la dificultad práctica que tiene la estimación de los perjuicios cuando se viola un derecho de autor (derechos de exclusiva), le proporciona al juzgador tres criterios para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho. En efecto señala el artículo 57 de la Ley 44 de 1993 lo que sigue:

“Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta: 1. El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización. 2. El valor comercial que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación. 3. El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita”²⁰.

En consonancia con todo lo expuesto, el Tribunal para efectos de reparar el perjuicio

¹⁹HINESTROSA, Fernando, ob cit, p. 234 y 235.

²⁰ Aquí se debe destacar que en el otro gran capítulo de la propiedad intelectual, esto es, en los bienes protegidos por la propiedad industrial existe norma similar en el sentido de que el legislador comunitario (a diferencia del derecho de autor en donde es el legislador nacional) relaciona unos criterios no taxativos para el cálculo de la indemnización. En efecto, en el artículo 243 de la Decisión Andina 486 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena se dispone: “Para los efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en la cuenta, entre otros, los siguientes criterios: a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o, c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido”.

(“El acreedor quedará de todos modos indemne”) ocasionado con la cesión de la licencia no autorizada por cuanto se hizo sin que **OPEN CARD** hubiese modificado o eliminado la condición de que existiese un contrato de Mantenimiento, procederá a aplicar el segundo criterio según el cual la indemnización consistirá en “*el valor comercial que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación*”.

Figura en autos el valor de la licencia del sistema **OPEN CARD** y ese es para el Tribunal el valor que hubiere percibido, si hubiese autorizado a un tercero la explotación del objeto o materia de la Licencia.

Entonces la reparación en el presente caso consiste en el valor de la licencia convertida en pesos a la tasa representativa del mercado desde el día en que se notifica la cesión, esto es, el día 27 de abril de 2006; acompañada de los intereses moratorios “desde el momento de la contravención” hasta la fecha del presente laudo.

De conformidad con el artículo 90 del C. de P.C. “*La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto de requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes*”. Esta norma aquí no aplica por cuanto en las obligaciones de no hacer, no hay necesidad de constituir en mora al deudor. Se insiste: “*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*” (art. 1615 del Código Civil).

Así mismo, se ha de tener en cuenta que de conformidad con el artículo 191 del C.P.C. “*todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios*”

En este orden de ideas se tiene:

Monetización (Capital)
Dólares: 292.500.00
TRM (27 de abril de 2006): \$2.373.94
TOTAL CAPITAL: \$ 694'377.450,00

Intereses Moratorios:

Desde	Hasta	Tasa	Valor base	Valor Intereses	Total
27-Abr-2006	22-Oct-2009	Moratoria	\$694'377.450	\$615'145.026,68	\$1.309'522.476,68

Mes / Año	2006	2007	2008	2009
Enero		20,75%	32,75%	30,71%
Febrero		20,75%	32,75%	30,71%
Marzo		20,75%	32,75%	30,71%
Abril	25,13%	25,13%	32,88%	30,42%
Mayo	24,11%	25,13%	32,88%	30,42%
Junio	23,42%	25,13%	32,88%	30,42%
Julio	22,62%	28,51%	32,27%	27,98%
Agosto	22,53%	28,51%	32,27%	27,98%
Septiembre	22,58%	28,51%	32,27%	27,98%
Octubre	22,61%	31,89%	31,53%	25,92%
Noviembre	22,61%	31,89%	31,53%	
Diciembre	22,61%	31,89%	31,53%	

En consecuencia el monto indemnizatorio para esta pretensión es de MIL TRESCIENTOS NUEVE MILLONES QUINIENTOS VENTIDOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$1.309'522.476,68)

3.3. Cotizaciones de Nuevos Proyectos

Solicita la demandante que se condene a **EDS** a indemnizarle los perjuicios ocasionados no solo por el incumplimiento del Acuerdo de Transacción celebrado el 23 de julio de 2003, en razón de la modificación no autorizada del software Open Card y por la cesión no autorizada del programa de computación, sino también por el no cumplimiento de la cláusula quinta del referido acuerdo. En punto de este último se señala en la demanda en el ordinal c) de la pretensión segunda de condena lo que sigue:

“Los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación de solicitar cotización a Open Card para los desarrollos, o de pronunciarse sobre tales cotizaciones en caso de haber sido solicitadas, corresponden a la utilidad dejada de percibir o a la pérdida de oportunidad de haber sido contratada para realizar los trabajos de implementación para tarjeta de crédito del Banco Superior, cifra que será deducida del dictamen pericial y que anticipadamente se estima en un valor superior a los mil millones de pesos (\$1.000.000.000)”.

Por supuesto el análisis de esta pretensión debe estar precedido de si en realidad de verdad hubo o no incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción, cuyo tenor es así:

“Quinta: Por un plazo de tres años contados a partir de la firma del presente Acuerdo, EDS se compromete a informar a Open Card de cualquier proyecto de implementación de tarjetas de crédito que en el futuro tenga previsto hacer para Banco Superior (“Nuevo Proyecto”). En caso que Open Card estuviera interesado en participar del Nuevo Proyecto, Open Card deberá presentar una propuesta a EDS dentro del plazo establecido en la notificación por parte de EDS: (i) En caso de que Open Card no presente propuesta, EDS podrá hacer el Nuevo Proyecto por si mismo u ofrecer el Nuevo Proyecto a cualquiera de los otros proveedores que hayan sido también notificados del Nuevo Proyecto. (ii) En caso que Open Card presentara una propuesta dentro del plazo establecido, EDS comparará dicha propuesta con la de los otros proveedores. Si la propuesta de Open Card no es satisfactoria para EDS, EDS informará por escrito a Open Card de cuáles deben ser las condiciones que Open Card debe mejorar. En este caso, EDS dará a Open Card un plazo de cinco (5) días hábiles para que Open Card satisfaga dichas condiciones conforme a lo indicado por EDS. En caso que Open Card no entregué una propuesta mejorada, conforme lo solicitado por EDS, dentro del plazo de cinco (5) días, EDS podrá hacer el Nuevo proyecto por si mismo u ofrecer el Nuevo Proyecto a cualquiera de los otros proveedores que hayan sido también notificados del Nuevo Proyecto”. (folios 378 y 379 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

En esencia, la cláusula quinta establece una ventaja o prerrogativa a favor de **OPEN CARD** en el sentido de que si se iba a presentar una nueva implementación, o mejor, “*cualquier proyecto de implementación de tarjetas de crédito que en el futuro tenga previsto hacer para Banco Superior*”, en un término de tres años contados a partir de la suscripción del Acuerdo de Transacción, este fuese ejecutado por él si manifestaba su interés y si presentaba o mejoraba su propuesta de acuerdo con los requerimientos de **EDS**. Si no había una “*propuesta mejorada*”, entonces, **EDS** podrá hacer el Nuevo proyecto por si mismo u ofrecer el Nuevo Proyecto a cualquiera de los otros proveedores que hayan sido también notificados del Nuevo Proyecto.

La demandante alegó que la cláusula fue desconocida y por ello reclama indemnización de perjuicios. El punto es, por consiguiente, determinar si en ese

deber de conducta hubo incumplimiento y después, si ello es así, pasar a determinar el valor del perjuicio si lo hubiere.

3.3.1. Posición de la demandante

En su demanda, el actor señala: *"Así, en la cláusula antes transcrita, Open Card S.A. renunció a su legítimo derecho a percibir una remuneración por las labores relacionadas con la implementación o desarrollo del Sistema Open Card de su propiedad, exclusivamente para la tarjeta Diners y las tarjetas de marca de Banco Superior, y, como titular del sistema, autorizó su realización por parte de EDS, habida consideración de que EDS se obligó en la cláusula quinta del mismo Acuerdo de Transacción a contratar a Open Card S.A. para la implementación de cualquier proyecto de tarjetas de crédito que en el futuro se propusiera ejecutar para el Banco Superior, siempre que Open Card S.A. presentara una propuesta comparativamente igual o más conveniente que la presentada por otros proveedores, como ha quedado dicho"*²¹.

*"[...] EDS no informó a Open Card de todos los proyectos de implementación y en algunos casos le solicitó propuesta cuando ya los desarrollos estaban en curso, circunstancia que llevó a mi mandante a abstenerse de siquiera presentar propuesta. [...] Es pertinente mencionar que, de conformidad con lo expresado en el dictamen pericial de la ingeniera María Esther Ordóñez, EDS no contrató a ningún tercero para hacer los desarrollos al software Open Card. [...] Como ha quedado dicho, en la Cláusula Quinta del Acuerdo de Transacción se estipuló a favor de **OPEN CARD**, en virtud de la cual **EDS** quedó obligada a contratarla, en caso de que igualara las condiciones presentadas por los otros proveedores. A este respecto, según se refirió antes, **EDS** en algunos casos no comunicó a **OPEN CARD** las propuestas de otros proveedores sino que simplemente se limitó a indicarle las condiciones impuestas por ella misma para efectuar la labor solicitada. En otras oportunidades ni siquiera dio respuesta a las cotizaciones presentadas por **OPEN CARD**, como estaba obligada a hacerlo"*²².

3.3.2. Posición de la demandada

En su contestación de demanda, la parte demandada sostiene que el Acuerdo de Transacción sólo obligaba a **EDS** a solicitar cotización para los nuevos proyectos²³.

²¹ Hecho 64 de la demanda principal.

²² Véanse páginas 41 a 45 de los alegatos de conclusión de la demandante.

²³ Véanse, entre otros, la respuesta a los hechos 28, 31 y 64.

En los alegatos de conclusión además se lee: *"EDS cumplió a cabalidad con su obligación de informar a Open Card sobre la realización de dichos proyectos. De hecho, durante ese período sólo existieron dos proyectos de implementación de tarjeta de crédito: Tarjeta Chip y Diners Premium. Sin embargo, ninguno de los proyectos de implementación de tarjeta de crédito señalados fueron desarrollados por Open Card, en atención a que, en el caso de la Tarjeta Chip, el costo era muy elevado y, en lo que se refiere a Diners Premium, con posterioridad [a] la presentación de la propuesta, Open Card manifestó que ya no estaba interesada en llevar a cabo dicho proyecto"*²⁴.

En carta del 6 de mayo de 2004 de la demandada a la demandante, se lee: *"EDS manifestó a Open Card en la reunión lo siguiente: [...] b. El Acuerdo establece, entre otras cosas, la obligación de EDS de solicitar cotización a Open Card respecto de cualquier Nuevo Proyecto. Un Nuevo Proyecto por definición del Acuerdo no son mantenimientos, sino servicios de implementación de nuevas tarjetas de crédito que el Banco Superior solicite a EDS en los próximos dos años contados a partir de la firma del Acuerdo. Esto significa que la obligación de EDS se limita a solicitar dicha cotización (y posible mejora en caso que corresponda), pero no implica ni expresa que EDS esté obligado a la contratación obligatoria de los servicios de Open Card para cada Nuevo Proyecto que Open Card coticé".* (folios 54 y 55 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

3.3.3. Consideraciones del Tribunal

Sobre la discusión, el Tribunal encuentra en el dictamen pericial técnico lo que sigue:

"Según la información que pudo establecerse, con base en documentación y entrevistas con las partes, OC [Open Card] no fue contratada para el desarrollo de ninguna de las cotizaciones solicitadas. [...] EDS manifiesta que todas las modificaciones realizadas al sistema fueron llevadas a cabo directamente bajo su coordinación, en tres modalidades de contratación de ingenieros: Ingenieros por Nómina EDS, Ingenieros suministrados por un tercero de servicios temporales e Ingenieros asignados por Banco Davivienda". [...] Se pudo establecer entonces, que

²⁴ Página 56 de los alegatos de conclusión de la demandada. Y ya previamente en la parte introductoria de los alegatos se había afirmado: *"EDS informó a Open Card sobre los dos únicos proyectos de implementación de tarjeta de crédito que Bansuperior quiso llevar a cabo en el período comprendido entre julio de 2003 y julio de 2006 y, dado que Open Card no estuvo interesado en participar en los mismos, EDS los realizó directamente tomando todas las precauciones necesarias para no interferir el Software para las tarjetas de crédito Visa y Master Card"*. p. 10.

EDS si solicitó que OC entregara cotizaciones en fechas posteriores al inicio del desarrollo de las modificaciones, en los siguientes casos: Cotización No. 7: Adecuación tasa interbancaria de intercambio de adquirencia [...] Creación del producto Tarjeta Diners Premium' (Página 24 a 24 del Dictamen).

En las aclaraciones la perito hubo de agregar: *"Con base en el análisis de la documentación aportada por la convocante, encuentro los soportes para aclarar que OC cuenta con documentación sobre las cotizaciones asociadas a los numerales 11 y 12 y sus envíos, así como soporte del envío de las relacionadas en los numerales 13, 14, 16, 17 y 18"* (Página 56 del escrito de aclaraciones).

Le llama la atención al Tribunal en este punto, lo que sigue:

En carta de 11 de octubre de 2004 **FRANCISCO DUARTE**, Gerente de Operaciones de **OPEN CARD**, le dice al gerente de Cuenta de **EDS** lo que sigue: *"Acusamos recibo de su comunicación de fecha 8 de octubre de 2004, donde EDS nos solicita cotizar el desarrollo sobre nuestro software Open Card, de la tarjeta Diners Premium. Vemos con extrañeza esta solicitud a la luz de que es bien sabido por todos, que EDS ya ha iniciado este desarrollo, lo que ratifica una vez más el incumplimiento de parte de ustedes al acuerdo de transacción"*.

Así mismo, en carta del 21 de octubre del mismo año, **FRANCISCO DUARTE** le recuerda al Gerente de Cuenta de EDS que *"En días pasados tuvimos conocimiento del hecho que EDS se encuentra implementando el proyecto de tarjeta de crédito Diners Premium, del cual Open Card no fue informado, ni se encuentra participando; hecho que ratifica, como ya lo hemos mencionado en nuestra comunicación del 11 de octubre del presente año, el incumplimiento de EDS de la obligación contenida en la cláusula Quinta del Acuerdo de Transacción y hace evidente, una vez más, que EDS ha olvidado por completo el principio de que los contratos deben cumplirse se buena fe, tal como lo dispone la ley"*.

El señor **VÍCTOR HERNÁNDEZ** de **EDS**, en carta del 25 de octubre de 2004 le señala al señor Francisco Duarte que: *"Rechazamos que no hayamos dado aviso e invitado a Open Card, conforme lo expresa el Acuerdo, a presentar cotización de servicios para el Nuevo Proyecto que incluye la tarjeta Premium. Prueba de que hemos dado estricto cumplimiento de nuestra obligación de invitar a Open Card a cotizar sus servicios, es la carta de fecha 08 de Octubre de 2004 donde solicitamos a Open Card cotización para dicho Nuevo Proyecto, y la contestación de Open Card con su carta de fecha 11 de Octubre de 2004"*.

La anterior afirmación no resultó cierta porque tal como se comprobó con el dictamen técnico **EDS** *"si solicitó que OC entregara cotizaciones en fechas posteriores al inicio del desarrollo de las modificaciones, en los siguientes casos: Cotización No. 7: -Adecuación tasa interbancaria de intercambio de adquirencia [...] - Creación del producto Tarjeta Diners Premium"*²⁵. Y respecto de esta última aquí se agregó: *"En este caso, la solicitud de cotización de EDS G.C. 10-001, fechada 8 de Octubre de 2004, solicita a OC la cotización para Octubre 15 de 2004. En los fuentes se encuentran registros de modificación con relación a este tema desde Octubre 1 de 2004"*²⁶. El obrar contrario de **EDS** a lo establecido en el contrato en su cláusula quinta es, pues, evidente.

El Tribunal infiere ayudado además con la prueba técnica que de 18 solicitudes de cotizaciones hubo 12 respuestas de parte de **OPEN CARD**. Y que en ninguna de ellas **OPEN CARD** fue contratado para el desarrollo de lo en ellas solicitado y que además tampoco hubo terceros que las hubieran ejecutado. Y que pese a que la demandada siempre rechazó el incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción, **OPEN CARD** desde febrero de 2004 le había puesto de presente el incumplimiento de la cláusula y los efectos que ello tendría.

En efecto, en carta de 19 de febrero de 2004 **OPEN CARD** le dice a **EDS**, *inter alia*, *"Es de anotar que cualquier incumplimiento por parte de EDS permitiría a Open Card sustraerse del cumplimiento de lo pactado en el inciso tercero de la cláusula primera del acuerdo de transacción –relacionado con la eliminación de la cláusula que establece la posibilidad para que EDS pueda ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias de uso que Open Card otorga a EDS por dicho contrato-, así como revisar las condiciones pactadas en la cláusula sexta del mencionado acuerdo de transacción que regirán en el nuevo contrato de mantenimiento que se suscribirá antes de junio del año 2006"*. Y en carta del 25 de marzo de 2004 le insiste: *"EDS en cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Acuerdo de Transacción por un plazo de tres años contados a partir de la firma del mencionado Acuerdo no puede iniciar ningún nuevo desarrollo de implementación de tarjetas de crédito que en el futuro tenga previsto hacer para Banco Superior, ni directamente, ni a través de un tercero, hasta tanto ejecute las obligaciones contenidas en la mencionada cláusula quinta del Acuerdo"*.

²⁵ Página 28 del dictamen pericial técnico.

²⁶ Páginas 28 y 28 del dictamen técnico.

No aprecia, pues, el Tribunal el cumplimiento de la cláusula por parte de **EDS** pese a las reiteradas advertencias de **OPEN CARD**. El cumplimiento de dicha cláusula constituía, en sentir del Tribunal, la razón económica que motivaba a **OPEN CARD** a aceptar que **EDS** pudiese implantar por su cuenta el Sistema Open Card para la tarjeta Diners y tarjetas de marca de Banco Superior y a modificar *"el Contrato de Licencia de Uso que las partes tienen firmado, para que se elimine de la Cláusula Décima la condición de que exista un contrato de mantenimiento entre Open Card y EDS para que EDS pueda ceder a favor del Banco Superior la licencia o licencias de uso que Open Card otorga a EDS por dicho contrato"*, tal como reza la parte *in fine* de la cláusula primera del ya varias veces citado convenio de transacción.

Incluso la misma demandada reconoce en sus alegatos de conclusión que *"el principal interés de Open Card con la suscripción del Acuerdo de Transacción era obtener nuevos negocios, bien sea un nuevo contrato de mantenimiento con EDS para hacer los ajustes y correcciones que requiriera el Software instalado en Bansuperior o contratos para llevar a cabo nuevos desarrollos o proyectos con el Banco"*²⁷. Y más adelante en el mismo documento señaló: *"La inclusión de esta obligación en la cláusula del Acuerdo de Transacción relacionada con los proyectos de implementación de tarjeta de crédito, obedecía a la expectativa que tenía Open Card de celebrar un nuevo contrato de mantenimiento con EDS, con el fin de realizar las correcciones y mantenimientos del software"*²⁸

Obsérvese, además, que la comparación de la propuesta de **OPEN CARD**, al tenor de la cláusula quinta, debía hacerse con otros proveedores a los cuales se les hubiese noticiado el nuevo proyecto y no con lo que pensará el personal especializado de EDS. En efecto, se lee en la cláusula quinta en aparte pertinente: *"(ii) En caso que Open Card presentara una propuesta dentro del plazo establecido, EDS comparará dicha propuesta con la de los otros proveedores"*. Esto no aparece cumplido en el plenario. Por el contrario, la demandante se duele que respecto de la cotización número 5, **EDS** en carta del 21 de marzo de 2006 le haya dicho a **OPEN CARD** lo que sigue: *"En respuesta a su propuesta para Adecuación de Adquierecias les comento que en tiempo están en un 105% por encima de lo estipulado por el personal de EDS del área de análisis, de manera tal que agradecemos profundamente su revisión de este punto con el objetivo de poder validar la propuesta con el cliente"*²⁹.

²⁷ Página 52 de los alegatos de conclusión de la demandada.

²⁸ *Ibidem*, p. 58.

²⁹ Esta carta aparece como anexo o soporte a la tabla 2.5.1 sobre el tema de las cotizaciones en las aclaraciones al

Fácilmente se observa que el subterfugio es palmario: la comparación era con otros proveedores, no con el personal de **EDS** del área de análisis. No observa, pues, el Tribunal que de parte de **EDS** hubiese existido una real y genuina intención de darle cumplimiento a la cláusula y por supuesto de querer satisfacer la expectativa económica que con seguridad se había forjado **OPEN CARD** con la correcta aplicación de la cláusula que era la de tener la prerrogativa para ejecutar lo que las partes denominaron "Nuevos Proyectos". Y a esto se agrega, a riesgo de fatigar, que no aparece tampoco en el plenario que en esos nuevos proyectos hubiese intervenido tercero alguno. El desvalor de la conducta de **EDS** respecto de la aplicación de la cláusula quinta, es evidente. No aprecia el Tribunal el deseo sincero, genuino y leal de parte de **EDS** de querer darle aplicación a la cláusula.

Así mismo, tampoco observó el Tribunal deseos de darle cumplimiento a la cláusula en la propuesta No. 6³⁰; a la No 7 en donde no hubo respuesta; en la número 10, no parece reportada cotización de parte de un tercero; respecto de las cotizaciones distinguidas con los números 11 a 18 no aparece en el plenario, tal como lo sostiene la demandante, respuesta de parte de **EDS**. En fin, no parecen en el plenario cotizaciones de terceros y lo más dicente es que ningún tercero fue contratado por **EDS** para hacer los desarrollos al software Open Card. Se infiere, pues, la ausencia de parte de **EDS** de un querer genuino, auténtico y real para darle aplicación y cumplimiento a los deberes de conducta incorporados en la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción.

3.3.4. Sobre el entendimiento de la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción

La obligación de **EDS** no era sólo informar ni únicamente solicitar cotizaciones, como lo argumentó la demandada; la obligación de **EDS** era darle aplicación a todo el contenido de la cláusula, es decir, de informar sobre cualquier proyecto de implementación de tarjetas de crédito que tuviese previsto hacer el Banco Superior y si **OPEN CARD** mostraba interés y presentaba su propuesta, **EDS** debía comparar esa propuesta con la de los otros proveedores. Si la propuesta no era satisfactoria para **EDS**, este debía informar por escrito a **OPEN CARD** de cuáles debían ser las condiciones que **OPEN CARD** debía mejorar. Y si **OPEN CARD** entregaba una

dictamen técnico de 10 de julio de 2009.

³⁰ Véase anexos números 36 y 37 de las aclaraciones del dictamen financiero de 26 de junio de 2009.

propuesta mejorada, por supuesto, debía ser contratado para ejecutar el nuevo proyecto de implementación. El capricho o el humor de **EDS** no gobernaban el sentido y el alcance de la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción.

Y a lo anterior se arriba porque en la misma cláusula se consagra el efecto contrario en el caso en que **OPEN CARD** no presentara propuesta o no la presentara mejorada. En estas dos hipótesis **EDS** quedaba en libertad de ejecutar directamente el nuevo proyecto o de ofrecer su ejecución a cualquiera de los otros proveedores que hubiesen sido noticiados del mismo. En efecto, se lee en la cláusula: "*(i) En caso de que Open card no presente propuesta, EDS podrá hacer el Nuevo proyecto por sí mismo u ofrecer el Nuevo proyecto a cualquiera de los otros proveedores que hayan sido también notificados del Nuevo Proyecto. (ii) [...] En caso que Open Card no entregue una propuesta mejorada, conforme lo solicitado por EDS, dentro del plazo de cinco (5) días, EDS PODRÁ HACER EL Nuevo Proyecto por sí mismo u ofrecer el Nuevo proyecto a cualquiera de los otros proveedores que hayan sido también notificados del Nuevo Proyecto*".

Dicho en otras palabras, si **OPEN CARD** presentaba propuesta y esta no era satisfactoria para **EDS**, pero después la mejoraba, respecto de la comparación con la de los otros proveedores, **OPEN CARD** debía ser contratado para ejecutar los nuevos proyectos. Si esto no fue cumplido, por supuesto que la cláusula deviene incumplida y ello tendrá efectos patrimoniales adversos para quien no ajustó su comportamiento contractual a una cláusula que dentro de la economía de la transacción acordada despuntaba trascendental.

El comportamiento contractual de **EDS** le significó a **OPEN CARD** el cercenamiento de la oportunidad de ejecutar los nuevos proyectos que aparecen enlistados en el dictamen técnico con que se aprovisionó este litigio. Total, con el comportamiento de **EDS** se privó, se le quitó la posibilidad a **OPEN CARD** de hacer las implementaciones a que se refiere la mentada cláusula quinta. Esto resultó probado. Pero además la cláusula estaba perfectamente configurada para que se cumpliera sin ningún contratiempo o vicisitud. Obsérvese como prueba de su equilibrio que si la propuesta que presentaba **OPEN CARD** no le resultaba atractiva o satisfactoria a **EDS**, éste le podía hacer observaciones para que fuese mejorada.

Con el comportamiento de **EDS** se frustró para **OPEN CARD** la posibilidad o probabilidad que tenía de ejecutar nuevos proyectos a los que hacía referencia la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción.

Del informe pericial se infiere (de los anexos 2.5.1. y 2.5.2) que de las diez y ocho solicitudes de cotización hubo seis en las cuales **OPEN CARD** no dio respuesta, es decir no presentó propuesta y, por lo tanto, la ejecución de la implementación, podía hacerla directamente **EDS**. Pero en las otras doce restantes, hubo respuesta de **OPEN CARD** y sin embargo no fue contratado. Las implementaciones fueron ejecutadas directamente por **EDS**. Incluso en dos de ellas -como se afirmó con antelación- *“la cotización fue solicitada por **EDS** a **OPEN CARD**, para una fecha posterior a la cual se encontró registro de la modificación en los fuentes [...]. Se pudo establecer entonces, que **EDS** si solicitó que **OC** entregara cotizaciones en fechas posteriores al inicio del desarrollo de las modificaciones”*. Además está probado que **EDS** nunca le manifestó a **OPEN CARD** respecto de las cotizaciones cuales condiciones debían ser mejoradas en relación con las de terceros proveedores. La ausencia de ánimo real y genuino de cumplir la cláusula es evidente.

Finalmente, en este punto es claro que el deber de conducta que surge de la aplicación de la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción no constituye una práctica restrictiva de la competencia, no solo porque ello no fue probado, sino además porque de su aplicación también resultaba beneficiado **EDS** en el sentido de que el valor de las implementaciones iba a estar en consonancia con los precios del mercado y no ser el resultado de una imposición abusiva de **OPEN CARD**. Debe agregarse además, a riesgo de repetir, que **EDS** podría ejecutar directamente la implementación si **OPEN CARD** no presentaba propuesta o esta no era mejorada de conformidad con los requerimientos de **EDS**. Total, no observa el Tribunal ninguna práctica restrictiva de la competencia en desfavor de **EDS** o del mercado y si un claro desconocimiento de la misma por **EDS**.

3.3.5. Sobre la pérdida de oportunidad:

Es clásico el ejemplo referido a aquella situación en la que se le impide participar en una importante carrera a un ejemplar equino, debido al incumplimiento por parte del transportador en su obligación de entrega oportuna. La circunstancia de no poder participar, de no competir en la carrera genera un daño que debe ser indemnizado, aquí lo realmente interesante es proceder a su evaluación en la cual, deberá descartarse el valor de los premios que se ofrecían dentro de la competencia porque es este precisamente el resultado que no puede asegurarse, deberá entonces el juez evaluarlo (pérdida de la oportunidad), teniendo en cuenta, la mayor o menor probabilidad de obtención del premio que se buscaba, de acuerdo con las características del animal, las calidades del jinete, y las circunstancias propias de una

competencia de este tipo³¹.

La jurisprudencia colombiana no ha sido ajena a otorgar relevancia al tema de la pérdida de la oportunidad, se observa como la Corte Suprema de Justicia en un fallo de octubre de 1964 afirmó: *“De vieja data la jurisprudencia alemana, y más recientemente la francesa, siguiendo una avanzada corriente doctrinal, han llegado a declarar que hay lugar a resarcimiento aun por la pérdida de una probabilidad, cuando esta es cierta, entendiendo por cierta la que conforme a las circunstancias del caso concreto presenta un mínimo de posibilidades de frustración. Es suficiente que de las condiciones particulares del hecho y del curso normal de las cosas resulte la probabilidad objetiva de obtener un provecho, para que su frustración sea motivo de resarcimiento aunque no se tenga un título jurídico que lo garantice. Esa probabilidad objetiva permite dar el daño por cierto, cuando se presenta en el más alto grado, ya que su existencia es algo tan real que al desaparecer o perderse no puede menos de ocasionar un detrimento de carácter patrimonial”*³².

El Consejo de Estado en reciente sentencia ha dicho lo que sigue³³:

“La doctrina de la pérdida de oportunidad o pérdida de chance como daño resarcible, tuvo sus orígenes en la jurisprudencia francesa de finales del Siglo XIX, surgió en supuestos de responsabilidad por incumplimiento contractual y a través de ella, se quiso indemnizar a quien perdía una oportunidad de victoria en un proceso, concurso o certamen por culpa de un deudor incumplido.

Su elaboración se produjo a partir de aquellos eventos en los que no existía certeza sobre la existencia del nexo causal entre el daño y el hecho ilícito, pero obraba un alto grado de probabilidad de que en ausencia de este último, la víctima habría dejado de sufrir el daño; remedio que se implantó, con el único objetivo de impedir que ésta quedara sin reparación, por la dificultad que a veces entraña la prueba de la relación de causalidad y que vino a transformar la concepción clásica de la misma, conforme a la cual, frente a la duda en torno a si el agente ocasionó la lesión, debía declararse su inexistencia y por lo tanto, la improcedencia de la reparación.

³¹ Cfr. MAZEUD-CHABAS: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, 9ème ed., Paris, Montchrestien, 1998.

³² C.S. de J., Sala de Negocios Generales., 30 de octubre de 1964, “G.J.”, t. CIX, p. 531.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de 8 de julio de 2009, Magistrado Ponente: Ramiro Saavedra.

Como es bien sabido, para deducir la responsabilidad de un agente en la producción de un daño, es necesario establecer que fue el hecho suyo el que ocasionó la lesión, no sólo como un evento de causalidad física o material, sino también desde el plano del derecho -causalidad jurídica-, es decir, si aquel hecho físico tiene relevancia jurídica que permita atribuirle a su autor la responsabilidad por los perjuicios que se hayan ocasionado; resulta necesario entonces, establecer en un primer momento, la causalidad física, es decir, si el hecho ilícito provocó materialmente el daño, para proceder luego a hacer la valoración jurídica de esa causa; en palabras de la doctrina³⁴¹:

"(...) la causalidad física no es algo que venga dado al juzgador. Lejos de ser una cuestión exclusivamente técnica que se resuelve sin más incorporando el criterio de los expertos, es una actividad jurídica de ponderación fáctica que, como tal, está sujeta a las reglas que obligan a asegurar, a partir de la información aportada al proceso -incluida, como es natural, la científica o pericial-, que se acepte la hipótesis más verosímil o probable. Valorar qué habría ocurrido, de no haber mediado el hecho ilícito, es, en realidad, un juicio normativo que mide el grado de correspondencia de la hipótesis de que el agente causó el daño con la realidad objetiva. El juicio causal es un examen sujeto a criterios de racionalidad destinado a determinar si hubo causalidad para afirmarla como cierta, si la probabilidad de que el hecho ilícito fuera condicio sine qua non es alta o suficiente; o para descartarla por incierta, si tal probabilidad es baja o insuficiente".

La teoría de la pérdida de la oportunidad, ha sido aplicada entonces, en aquellas hipótesis de incertidumbre causal, en las cuales si bien no hay prueba del nexo, tampoco puede descartarse con toda certeza que el agente ocasionó el menoscabo, y se han planteado hipótesis en las que opera esta teoría, que van desde la oportunidad de victoria en juegos de azar, pasando por la oportunidad de victoria en competiciones deportivas, la oportunidad de victoria en procesos jurisdiccionales, procedimientos administrativos y concursos privados, hasta la oportunidad de curación y la oportunidad de sobrevivencia, tratándose de "(...) una serie de casos en los que, por lo general, la víctima se encuentra, en cierto modo, en una situación de desigualdad respecto del agente porque carece de conocimientos y medios para apreciar si hubo o no causalidad. La doctrina de la oportunidad perdida pretende corregir ese desequilibrio, auxiliando a la víctima ante estas dificultades probatorias. En

³⁴¹MEDINA ALCOZ, Luis; La Teoría de la Pérdida de Oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de Daños Público y Privado. Thomson Civitas, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 1ª ed., 2007. pg. 40.

*particular, entra en juego, habilitando un resarcimiento, cuando se tiene, no la certeza jurídica de que un sujeto ha privado de un beneficio a un sujeto, pero sí una fuerte intuición, sospecha o certeza moral de que lo hizo”.*³⁵

Así mismo, se ha distinguido entre i) la pérdida de oportunidad de adquirir una ventaja: -lucro captando-, cuando el menoscabo consiste en la imposibilidad de la obtención de un incremento patrimonial o ganancias (quantum lucrari potuit); y ii) la pérdida de oportunidad de evitar un daño –damno vitando-, es decir, de sustraerse a un decremento patrimonial o a una pérdida de un bien del que previamente se disponía –la salud o la vida- y que resulta inevitado (quantum mihi abest), lo que ha permitido que la teoría sea aplicable en todo el ámbito del Derecho de Daños, tanto en materia de responsabilidad contractual como en el de la responsabilidad extracontractual.”

Algunas definiciones doctrinales sobre la pérdida de oportunidad, son las siguientes:

*“La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”*³⁶

“A) La chance configura un daño actual, no hipotético, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado y puede ser valorada en sí misma prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad.

B) En el terreno de las chances, queda patentizado que para ser daño jurídico no es necesario, la vulneración de un derecho subjetivo sino la mera esperanza probable de un beneficio o lucro, esperanza que de por sí no significa un derecho a reclamar algo de alguien, puesto que aun no se ha concretado una facultad de obrar de esa manera, sino tan solo la frustración de la posibilidad de lograr consolidar la adquisición de un bien jurídicamente

³⁵Ibidem, pg. 79.

³⁶LE TORNEAU, Philippe. La responsabilidad Civil Profesional. Editorial Legis. Bogotá. 2006. Pág. 85.

*protegido. Cuando la "chance" implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que se ve frustrada por la culpa del responsable, se convierte en un daño actual resarcible; por ello, la indemnización debe ser de la "chance" misma..."*³⁷

Se reitera entonces, que mediante la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, se pretende garantizar a la víctima la indemnización de los perjuicios provenientes de la desaparición de una determinada ventaja, cuando no puede probarse que ésta corresponde a una consecuencia directa del hecho ilícito, siempre que las probabilidades de que hubiera conseguido la ventaja, de no mediar el hecho ilícito, no fueran desdeñables.

Debe juzgarse entonces, ese grado de probabilidad de que se hubiera obtenido la ventaja de no haber mediado el hecho ilícito, porque si la probabilidad es extremadamente alta, lo que surge es la certeza de la existencia del nexo causal y por lo tanto surge el derecho a obtener la indemnización integral de los perjuicios, equivalente al monto de la ventaja que se dejó de obtener; en cambio si el grado de probabilidad es insignificante, ni siquiera surge la duda de que el agente provocó el daño y no habría lugar a reconocimiento alguno; en el punto intermedio, se encuentran los eventos en los que tal grado de probabilidad ni es desdeñable, ni logra ser tan alto como para brindar certeza sobre la causalidad del daño, dando lugar entonces, a la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, en cuyo caso, la indemnización de perjuicios no podrá corresponder al 100% de la ventaja perdida.

"(...) para concretar la indemnización, la inmensa mayoría de los especialistas que se han ocupado del tema señala que hay que proyectar el nivel de probabilidad de que la víctima hubiera obtenido la ventaja apetecida sobre el valor del daño final. Se adopta como parámetro de referencia el valor económico de la utilidad pretendida y, a tal efecto, se fija el quantum mediante un coeficiente de reducción que depende del grado de la probabilidad con que se contaba para obtener la ventaja, si no se hubiera privado al sujeto considerado de la oportunidad de que gozaba. Así pues, indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final [del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada] el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la

³⁷[44] Felix A Trigo Represas - Marcelo J. López Mesa; Tratado de la Responsabilidad Civil. Tomo I. Editorial La Ley. Reimpresión. Buenos Aires. 2005. pag. 470.

*conducta del agente dañoso. Por eso se dice que la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida*³⁸

En el presente caso, la pérdida de oportunidad se dio porque en efecto **EDS** con su conducta privó de oportunidad a **OPEN CARD** para que desarrollara los nuevos proyectos de implementación del software al no ser contratado. Lo que se repara es "el daño que resultara de lo que el deudor hizo para que el acontecimiento ya no se produjera"³⁹. O como también lo ha dicho el Consejo de Estado, citando a Philippe Le Tourneau, en la sentencia transcrita, "Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor".

El daño indemnizable consiste, pues, en la privación del interés legítimo que el demandante habría derivado del contrato, privilegio o situación de ventaja que no alcanzó a tener oportunidad de ejecutar por culpa de la otra parte contratante, quien deberá resarcir el perjuicio.

3.3.6. Los Perjuicios Derivados del Incumplimiento de la Clausula Quinta

Lo que daría lugar a la reparación serían las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad para que un acontecimiento pueda producirse, que en nuestro caso, fue la pérdida de oportunidad al no ser contratado **OPEN CARD** para realizar o ejecutar las implementaciones o nuevos proyectos de que habla la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción.

La demandante ha esgrimido que el perjuicio derivado del incumplimiento de **EDS** corresponde a "la utilidad que dejó de percibir Open Card por no habersele contratado para realizar los proyectos para los cuales se le solicitó cotización". Y

³⁸MEDINA

ALCOZ, Luis; op. cit., pgs. 106 y 107.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 15 de junio de 2000, expediente 10.963. En este caso, el Consejo de Estado por el hecho de declararse ilegalmente desierto un concurso de méritos, condenó al Estado a pagarle al titular de la mejor oferta una indemnización en razón de lo que llamó "la pérdida de la oportunidad de la adjudicación del contrato".

para efectos de la determinación del *quantum* del perjuicio se vale de un porcentaje del 37,64% del valor total de las cotizaciones presentadas a **EDS**. De ese porcentaje del monto total de las cotizaciones, deduce el rubro a pagar lo cual correspondería a la utilidad que hubiese derivado si la oportunidad de contratar no hubiese sido frustrada⁴⁰.

En efecto, se lee en los alegatos de la demandante lo que sigue: “*En este orden de ideas, el perjuicio derivado del incumplimiento de EDS corresponde a la utilidad que dejó de percibir Open Card por no habersele contratado para realizar los proyectos para los cuales se le solicitó cotización, utilidad que de conformidad con lo afirmado en el dictamen pericial presentado por la contadora Ana Matilde Cepeda, para el año de 2003, en el cual se celebró el Acuerdo de Transacción, asciende al 37,64%*”⁴¹. En efecto, esta última cifra, esto es, el 37,64% aparece en el dictamen financiero como la rentabilidad operativa de OPEN CARD para el año 2003⁴².

En cuanto al monto de la indemnización por la pérdida de oportunidad, el Consejo de Estado ha señalado que esto queda al criterio del juez, pero en todo caso debe ser de valor inferior a lo que hubiera obtenido el contratante de haber sido ejecutado el contrato por cuanto “*no es lo mismo obtener las utilidades trabajando y ejecutando el contrato, que obtenerlas, sin haberlo ejecutado*”⁴³. Y esto es perfectamente aplicable al asunto en cuestión porque una cosa son las utilidades que hubiera obtenido **OPEN CARD** ejecutando o realizando los nuevos proyectos que aparecen en el dictamen pericial y otra su obtención sin haberlos ejecutado.

Por tal razón el Tribunal reconocerá a título de indemnización no el valor total de las cotizaciones, sino sólo el 37,64% del valor de las cotizaciones 5, 6 y 7 (presentadas en pesos) y las 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 (presentadas en dólares), liquidadas estas últimas a la tasa representativa del mercado vigente a la fecha en que fueron elaboradas.

⁴⁰ En la página 117 de los alegatos de conclusión de la demandada se lee: “*Finalmente, si en gracia de discusión el Tribunal interpretara que EDS estaba obligada a adjudicar a Open Card todos los ajustes, las correcciones y las modificaciones que Bansuperior planteaba incluir en el software, obligación que no se desprende del Acuerdo de Transacción, mi representada sólo podría ser condenada al pago de la supuesta utilidad que Open Card hubiera percibido por la realización de cada uno de estos proyectos de implementación de tarjeta de crédito*”.

⁴¹ Pág. 45 de los alegatos de conclusión de la demandante.

⁴² Véase folio 9 del dictamen pericial financiero y 27 del Cuaderno de pruebas No. 7.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, sentencia de 12 de abril de 1999, expediente 11.344. En este precedente no se adjudicó un contrato de obra pública al que obtuvo el segundo lugar en la licitación después de que quien obtuviera el primer puesto desistiera de celebrar el contrato con la Administración.

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE OPEN CARD S.A. VS. ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A

Cotización No.	Valor en pesos
Cotización No. 5	123.750.000
Cotización No. 6	598.000.000
Cotización No. 7	101.400.000
Total cotización en pesos	\$ 823.150.000

Cotización No.		TRM	Valor en dólares	Valor en pesos
Cotización No. 10	07/11/2003	2.854,17	12.150,00	34.678.166
Cotización No. 11	13/08/2003	2.868,50	2.700,00	7.744.950
Cotización No. 12	26/08/2003	2.843,66	9.000,00	25.592.940
Cotización No. 13	24/10/2003	2.872,55	1.350,00	3.877.943
Cotización No. 14	22/10/2003	2.864,25	9.000,00	25.778.250
Cotización No. 15	20/11/2003	2.826,60	8.550,00	24.167.430
Cotización No. 16	19/12/2003	2.801,67	900,00	2.521.503
Cotización No. 17	23/12/2003	2.809,09	1.350,00	3.792.272
Cotización No. 18	05/05/2004	2.664,79	11.000,00	29.312.690
Total cotización en dólares			56.000,00	157.466.143

VALOR TOTAL DE LAS COTIZACIONES OPEN CARD 2003	
Total cotización en pesos	823.150.000
Total cotización en dólares	157.466.143
TOTAL COTIZACIONES	980.616.143
INDICE DE UTILIDAD	0,3764
UTILIDAD	\$369.103.916

Así pues, la indemnización que se reconoce por la pérdida de oportunidad en razón del incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción de 23 de julio de 2003 es de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL NOVECIENTOS DIECISEIS PESOS MCTE. (\$369.103.916.00)

Respecto de la suma anterior se descartan los intereses de cualquier tipo antes de la ejecutoria del laudo porque mal pudiera predicarse un rédito, cualquiera que fuera, pero con mayor razón el moratorio, cuando la obligación adolecía de claridad que es condición necesaria para su certeza y exigibilidad.

4. LAS EXCEPCIONES DE FONDO PROPUESTAS POR EDS AL CONTESTAR LA DEMANDA.

Al contestar la demanda, la Convocada propuso las siguientes:

- 1. FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA.**
- 2. INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES.**
- 3. CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE EDS.**
- 4. HECHO DE UN TERCERO.**
- 5. EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO.**
- 6. COBRO DE LO NO DEBIDO.**
- 7. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.**
- 8. MALA FE DE LA DEMANDANTE.**
- 9. LA DEMANDANTE ALEGA SU PROPIA CULPA.**
- 10.PRESCRIPCION Y CADUCIDAD.**
- 11.COMPENSACION.**

Siendo el laudo la oportunidad procesal para resolver los medios de defensa o impugnación que oponga el demandado a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, procede el Tribunal en esta instancia a estudiar las excepciones propuestas por la Convocada y decidir sobre su prosperidad.

4.1 Falta de Jurisdicción y Competencia.

Consigna la Convocada como fundamentos de esta excepción, básicamente iguales argumentos que los expuestos con la contestación de la demanda y en el recurso de reposición que interpusiera contra el auto de 14 de noviembre de 2008 (Acta No. 4), mediante el cual el Tribunal asumió competencia para conocer de la controversia surgida entre las partes, razón por la que no se encuentra necesaria su reproducción en esta instancia.

En capítulo anterior de este Laudo, al confirmar su competencia para conocer y decidir sobre las pretensiones sometidas por las partes a su conocimiento, el Tribunal realizó el análisis de todos los aspectos en los que la Convocada fundamenta este medio de defensa, razón por la cual, a las consideraciones y conclusiones allí consignadas en cuanto hace a la improcedencia de los mismos, se remite el Tribunal, al desestimar la excepción de FALTA DE JURISDICCION Y COMPETENCIA propuesta por la Convocada, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

4.2. Indebida acumulación de pretensiones.

A manera de fundamentos de este medio de defensa, sostiene la Convocada, en síntesis, lo siguiente:

Con apoyo en el artículo 82 del C de P. C., señala **EDS**, que la demanda que dio inicio a este proceso no reunía los requisitos consagrados en los numerales 1 y 3 de la norma en cita, razón por la cual, se imponía su rechazo por el Tribunal.

Sustenta su afirmación en los mismos hechos invocados para formular la excepción de Falta de Jurisdicción y competencia, por lo cual el Tribunal, con base en iguales consideraciones realizadas en el capítulo 1 de la parte considerativa de este laudo, al estudiar y decidir sobre su competencia, declara no probada la excepción propuesta.

4.3. Cumplimiento de las obligaciones por parte de EDS.

Al cargo de incumplimiento de las obligaciones de **EDS** bajo el Acuerdo de Transacción que **OPEN CARD** le atribuye, la Convocada alega su advenimiento a las obligaciones asumidas tanto en el Acuerdo de Transacción como en el de Licencia, último convenio al que alude para ser tenido en cuenta por el Tribunal en el supuesto de que éste encuentre ser competente para asumir sobre lo que la Convocada considera "incumplimiento del contrato de licencia" y con el "único fin de preservar el derecho de defensa de la parte" que representa.

a. Supuestos incumplimientos respecto del Acuerdo de Transacción.

(i) Inexistencia del incumplimiento frente a la cláusula primera del Acuerdo de Transacción.

Refiere **EDS** en este punto al incumplimiento que **OPEN CARD** le endilga respecto de la cláusula primera del Acuerdo de Transacción, en cuanto esta última considera que **EDS** incumplió dicho convenio al realizar la "cesión no autorizada de la licencia" al Banco Superior.

Esta excepción no se declarará probada por el Tribunal con

fundamento en las consideraciones que sirvieron de base a la decisión que adoptó en relación con la pretensión segunda de condena literal b "por razón de la cesión no autorizada en el Acuerdo de Transacción de la Licencia Open Card S.A. al Banco Superior S.A."

(ii) **Inexistencia del Incumplimiento frente a la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción.**

Se pronuncia la Convocada en este punto sobre el incumplimiento de la cláusula quinta del Acuerdo de Transacción que **OPEN CARD** invoca como fuente de los perjuicios, cuyo reconocimiento reclama en este proceso.

En capítulo anterior de este Laudo, el Tribunal realizó en extenso el estudio de los fundamentos de la pretensión formulada por la Convocante, hallando razón a su reclamo, y así lo declarará en la parte resolutive de este Laudo profiriendo la condena consecuente.

Por las razones allí expuestas, que confirma el Tribunal en esta instancia, se desestima la excepción propuesta, por este aspecto.

b. Supuestos incumplimientos respecto del Contrato de Licencia.

(i) **Inexistencia de incumplimiento frente a la cláusula primera del Contrato de Licencia.**

(ii) **Inexistencia de incumplimiento frente a la cláusula décima del Contrato de Licencia**

Remite el Tribunal en este punto a los distintos pronunciamientos en los que ha delimitado el preciso ámbito de su competencia, estableciendo que la misma se restringe a las controversias surgidas entre las partes por razón del Acuerdo de Transacción celebrado entre ellas el 23 de julio de 2003. Por ello, ningún pronunciamiento hará el Tribunal en relación con la excepción referida a "supuestos incumplimientos del Contrato de Licencia", convenio y materia ajenos al ámbito formal y sustancial de su competencia.

4.4. Hecho de un tercero.

Como fundamentos de la excepción propuesta, sostiene la Convocada que EDS *"no realizo ni implantaciones ni modificaciones del Software, distintas a las expresamente autorizadas por Open Card en virtud de los contratos suscritos por las Partes"* (folio 88 del Cuaderno Principal No. 1), y que en cualquier caso, *"si en gracia de discusión se admitiera que esto ocurrió, esta circunstancia no sería materia de discusión ni puede ser sometida al conocimiento del Honorable Tribunal, puesto que en la Modificación al Contrato de Licencia, suscrita el 20 de abril de 2005, las partes reconocieron que no existía entre ellas conflicto alguno en relación con la utilización del Software."* (folio 88 del Cuaderno Principal No. 1) Y finalmente, arguye la Convocada, que *"no debe perderse de vista que EDS legítimamente cedió la licencia el 27 de abril de 2006, a Bansuperior y, de esta manera, las modificaciones que se hubieren realizado al Software con posterioridad a esta fecha, no le son imputables a EDS por no tener EDS la guarda del mismo"* (folio 89 del Cuaderno Principal No. 1).

Encuentra el Tribunal que al proponer esta excepción, **EDS** utiliza la misma argumentación que consignara en la contestación de la demanda para oponerse a la prosperidad de la pretensión segunda, literal a) de la misma. Toda vez que el Tribunal realizo el estudio de los supuestos fácticos esgrimidos por ambas partes en este punto, remite a su análisis, y con fundamento en el mismo, declara no probada la excepción propuesta.

4.5. Excepción de contrato no cumplido.

Asevera la Convocada, invocando el artículo 1609 del Código Civil, que *"en el remoto e improbable evento en que se considerara que EDS incumplió sus obligaciones, deberá declararse que Open Card incumplió primero y, por tanto, EDS no estaba llamado a cumplir las obligaciones a su cargo derivadas del Acuerdo de Transacción y del Contrato de Licencia."*

Como se concluyó al decidir las pretensiones de **EDS** contenidas en la demanda de reconvención, el Tribunal no encontró merito para declarar incumplimiento alguno a cargo de **OPEN CARD** por lo cual no prospera la presente excepción.

4.6. Cobro de lo no debido. y Enriquecimiento sin causa.

No encuentra el Tribunal procedente el estudio de las excepciones propuestas por las razones expuestas al analizar y encontrar probado, el incumplimiento de **EDS** del Acuerdo de Transacción.

4.7. Mala fe de la demandante.

El Tribunal encuentra frente a ésta excepción propuesta, que la misma no fue probada a lo largo del proceso y por lo tanto ésta no será declarada por el Tribunal.

4.8. La demandante alega su propia culpa.

No encuentra el Tribunal probada la excepción propuesta por cuanto la Convocante se limito a ejercer el derecho de acción, por demás según las pruebas del proceso los cargos de incumplimiento fueron expuestos por **OPEN CARD** y reclamados antes de convocar el Tribunal como se deriva de toda la apreciación probatoria elaborada.

4.9. Prescripción y caducidad.

Encuentra el Tribunal que no existe en este caso controversia alguna derivada de supuestos incumplimientos de "obligaciones de pago". Por el contrario, las pretensiones de la demanda que dio inicio a este proceso, reclaman del Tribunal la condena en perjuicios por el incumplimiento de Obligaciones de hacer o de Obligaciones de no hacer, pero en ningún caso se refieren a compromisos de pago asumidos por las partes en los diversos contratos celebrados.

Por esta razón, no es de recibo para el Tribunal la excepción propuesta en cuanto ella apunta a establecer prescripción o caducidad para el cobro de obligaciones cuya exigibilidad considera extinta.

4.10. Compensación.

El Tribunal declarará no probada la excepción de compensación propuesta por la Convocada, toda vez que la misma solo encontraría sustento en el caso

de haber prosperado las suplicas de la demanda de reconvención, y por no haber resultado probado en el proceso, obligación pecuniaria alguna a cargo de **OPEN CARD** y a favor de **EDS** por los conceptos discutidos en el tramite.

5. OBLIGACIONES QUE EDS AFIRMA FUERON INCUMPLIDAS POR OPEN CARD

5.1. El soporte de cuatro meses hombre para la implantación del sistema.

Como fuente de la declaración de incumplimiento del Acuerdo de Transacción, **EDS** afirma en la Pretensión Primera de su demanda de Reconvención, que **OPEN CARD** no puso a disposición de **EDS**, por un período de cuatro meses/hombre, técnicos para prestar soporte a las implementaciones de Master Card y Visa que procesaba para el Banco Superior.

Dentro del grupo de pretensiones denominadas "de condena", incluyó la solicitud del reconocimiento de los perjuicios sufridos por **EDS** por todos los conceptos relativos a los incumplimientos, los cuales se traducen en el pago del daño emergente y el lucro cesante.

Los hechos 18. a 24. contienen el sustento fáctico de los incumplimientos que **EDS** señala a cargo de **OPEN CARD**. Para demostrarlos solicitó la práctica de una inspección judicial sobre la contabilidad de **OPEN CARD**, así como un dictamen pericial contable, la recepción de diversos testimonios y formuló a su vez varias preguntas a la experta en informática, designada por el Tribunal como perito técnica.

En respuesta a la demanda de Reconvención, **OPEN CARD**, se opuso a la prosperidad de todas las Pretensiones y hechos alegados por **EDS** por carecer de fundamento, invocando su estricto cumplimiento de las obligaciones asumidas, manifestando además la realización de actividades adicionales, con el propósito de colaborar con **EDS**.

Para desvirtuar las pretensiones de **EDS**, **OPEN CARD** solicitó la práctica de varios testimonios, aportó documentos cuyo valor probatorio será apreciado en este análisis y formuló preguntas a las peritos contable y técnica que intervinieron en el

proceso.

5.1.1 Consideraciones del Tribunal

En capítulos anteriores el Tribunal se refirió a los antecedentes fácticos, a las razones económicas demostradas en el proceso y, en otras palabras, a los propósitos de las partes al suscribir el Acuerdo de Transacción el 23 de julio de 2003. También en dicho estudio, con el fin de definir las pretensiones de incumplimiento que **OPEN CARD** demandó en la convocatoria de este Arbitramento, hubo de interpretar varias de las disposiciones contenidas en tal Acuerdo. Para avocar el estudio de las Pretensiones formuladas por **EDS** hará lo propio sin incurrir en repeticiones, por derivarse todas las controversias de las mismas relaciones jurídicas entre las partes y de las mismas circunstancias de hecho a las que, en apartes anteriores, se ha hecho referencia.

Por ello inicia esta tarea en el estudio de la Cláusula Segunda del Acuerdo, que es la que contiene la prestación a cargo de **OPEN CARD**, cuyo incumplimiento alega **EDS** y en la cual se lee en la parte pertinente:

"(...)

" Por su parte, y a partir del momento en que EDS lo solicite, Open Card pondrá a disposición de EDS, por un período de cuatro meses /hombre y sin costo, técnicos de Open Card para prestar soporte a las implementaciones de Master Card y Visa que EDS actualmente procesa para Banco Superior. Se entiende por cuatro meses /hombre un período que puede corresponder a cuatro meses calendario si se emplea un solo técnico, a un mes calendario si se emplean cuatro técnicos o a dos meses calendario si se emplean dos técnicos. La asignación de los técnicos se realizará con el plan de trabajo que se establezca con el Banco Superior, en el acta a que se hace referencia a continuación. Este período se inicia desde el momento en que EDS solicite dicho soporte."(folio 377 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Como parte integrante del Acuerdo de Transacción, **OPEN CARD**, **EDS** y el Banco Superior suscribieron un Acta (folios 381 a 382 del Cuaderno de Pruebas No. 1) en la cual, de común acuerdo establecieron la necesidad de desarrollar e implementar una serie de ajustes técnicos que debían ser resueltos por **EDS** en su labor de implementación del software en el Banco, para lo cual **OPEN CARD** prestaría su apoyo como propietario de la licencia del sistema y como implementadora anterior del mismo, para las tarjetas de crédito del Banco Superior.

En el Acuerdo de Transacción se lee al respecto:

"...(iii) Se incluye un plan de trabajo para dar solución a ciertos problemas derivados hasta esta fecha de la implantación de las tarjetas Master Card y Visa , los cuales han sido identificados y aceptados por las partes y respecto de los cuales Open Card declara que elaborará un plan de trabajo conjuntamente con EDS, con el fin de estimar el tiempo requerido para realizar las correcciones. En el caso de que el tiempo estimado sea inferior a cuatro (4) meses hombre, el tiempo faltante para completar los cuatro meses hombre quedará a favor de EDS. Si el tiempo es superior a 4 meses hombre, EDS determinará cuales de dichos problemas serán corregidos por Open Card dentro de los 4 meses hombre, y cuáles problemas entonces quedarán a cargo de EDS corregir. Las partes declaran que este acuerdo no tiene validez si no está acompañado de dicha acta firmada."(folios 377 y 378 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

En Anexo separado se dejaron los aspectos sobre los cuales trabajarían **OPEN CARD** y **EDS** para dar cumplimiento a lo dicho. Sobre el particular la perito ingeniera determinó:

"... establece 68 actividades ordenadas de mayor a menor, dependiendo de su prioridad. Cada actividad incluye un código que la identifica, su descripción, prioridad (numeración del 1 al 68), fecha de envío, observaciones, observaciones Open Card y días/hombre." (Pág. 25 del Dictamen, Folio 35 del Cuaderno de Pruebas No. 8)

Varios de los testigos citados a petición de cada parte, respondieron preguntas sobre este tema. La ingeniera **JENNY ACOSTA**, funcionaria de **OPEN CARD** declaró haber estado en las dependencias de **EDS** en el Banco Superior, durante el período comprendido entre julio de 2003 y febrero de 2004, con dedicación exclusiva para el desempeño de labores técnicas de corrección de errores, en estrecha colaboración con técnicos de **EDS**. Recordó que se hacían planillas de las actividades realizadas y en cuanto a las soluciones alcanzadas, manifestó que algunas lo fueron por el personal técnico de **EDS**.

Por su parte, **JOHN JAIRO SERRATO**, también empleado de **OPEN CARD**, declaró haber estado supervisando los errores "*de magnitud de segundo nivel*", en las instalaciones de **EDS** dentro del Banco Superior, e informó que el equipo de

personas dedicado a estas labores también estaba integrado por técnicos de **EDS (MARTHA GONZÁLEZ, GERMÁN POLO)**. También el ingeniero **RODOLFO MARTÍNEZ**, quien era Gerente del Proyecto por parte de **OPEN CARD** relató su intervención en la corrección de errores, junto con personal también especializado de **EDS**, bajo la dirección de **ALVARO ORTEGA** por parte de **OPEN CARD** y de la ingeniera **CRISTINA GÓMEZ**, por parte de **EDS**.

Sobre los dichos de los testigos reseñados hubo coincidencia con la declaración de **ALVARO ORTEGA MEJÍA**, como coordinador de las labores relatadas por parte de **OPEN CARD**, así como en la de **GERMÁN POLO** - para esa época funcionario de **EDS** -, respecto de que en el equipo dedicado a la corrección de errores y a la integración de la base de datos para la tarjeta Visa Platinum, participaron funcionarios de ambas empresas, dentro de un reparto convencional de trabajo, sobre el cual no se presentaron diferencias durante su ejecución.

Para el Tribunal son suficientes las pruebas destacadas para conferirle la certeza de que **OPEN CARD** sí asignó personal técnico, que laboró durante el tiempo acordado en el Acuerdo de Transacción y en el Acta suscrita por el Banco Superior, con el fin de corregir los errores pendientes en la implantación del software para el procesamiento de las tarjetas de crédito de éste último.

En cuanto a la duración precisa y al resultado de las tareas desempeñadas, dentro del esquema del incumplimiento alegado por **EDS**, se remite el Tribunal especialmente a los minuciosos estudios y juiciosas conclusiones que sobre este asunto y con base en toda la correspondencia electrónica cruzada entre los técnicos de las dos partes, desarrolló la experta en informática, de los cuales se extrae la siguiente pauta, derivada a su vez del estudio del personal al servicio de **OPEN CARD**, de sus horarios de trabajo y de los estándares aceptados sobre el particular, contenida en la respuesta a la pregunta 2.6 formulada por esta empresa:

" Los 80 días hábiles contemplados en el plan de trabajo asociado al AT (Acuerdo de Transacción), corresponderían en términos de días/hombre a $80 \times 8.5 = 680$ horas/hombre"(pág. 32 Dictamen), para más adelante concluir:

"(...)

"d. La perito considera que Open Card asignó más de 680 horas hombre al cumplimiento del Acuerdo de Transacción en su totalidad. Sin embargo no es posible discriminar estas horas en las tres actividades y sub-actividades planteadas en el Acuerdo de Transacción: Soporte a la integración de las versiones del software, soporte a los errores de Visa Platinum (estas dos

asociadas a GVP) y soporte asociado a los cuatro meses hombre efectivos (CMH) que debían dedicarse a la corrección de errores relacionados en el Anexo 'A' del Acuerdo de Transacción."

(...)

"f. Adicionalmente, según el registro de Open Card, puntos relacionados en el plan de trabajo del Anexo A del Acuerdo de Transacción, fueron corregidos durante el proceso, aunque no se encontró evidencia sobre la totalidad. Esto demuestra que dentro de los errores corregidos después de la integración del software, se incluyeron parcialmente los que estaban en dicho Anexo, como era lógico." (Páginas 32,37 y 38 del Dictamen, que obran a folios 43 y 56 del Cuaderno de Pruebas No. 8)

Sobre el tema de los perjuicios alegados por **EDS** las apoderadas de las dos partes preguntaron a la perito contable acerca de los costos del personal que esta empresa hubo de destinar para complementar las labores de implementación de las tarjetas de crédito del Banco Superior, diferentes a Diners, con posterioridad al 23 de julio de 2003. Las respuestas correspondientes (págs. 25 y 49 dictamen), basadas en los libros de contabilidad de **EDS**, informan no haber encontrado registro alguno por tal concepto.

De la apreciación probatoria anterior, es preciso concluir:

- a. Está demostrado que **OPEN CARD** asignó personal para la corrección de los errores relacionados en el Anexo A del Acta integrante del Acuerdo de Transacción (folios 140 a 144 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
- b. Sobre la idoneidad del personal no hay controversia, así como tampoco acerca del tiempo de disposición, sobre el que se demostró que fue superior al inicialmente previsto.
- c. Sobre la deficiencia de los trabajos realizados, así como de los errores que no fueron resueltos por este equipo de técnicos, dentro del cual había funcionarios de **EDS**, no hay precisión en el expediente, a pesar de la clara identificación que de las inconsistencias y fallas hicieron las partes en el listado de errores del Anexo A.
- d. Sobre la participación de funcionarios de **EDS** en estas labores, no se establece que ello se haya generado en la ineficiencia de los técnicos de **OPEN CARD**, pues no hay asomo de prueba al respecto. Para el Tribunal ello se estableció por una repartición de funciones, debido a la interacción técnica que requería este trabajo, la cual se previó claramente en el texto mismo del Acuerdo de

Transacción, al referirse al plan de trabajo elaborado conjuntamente por **EDS** y **OPEN CARD**.

- e. No obra demostración de los perjuicios causados por **OPEN CARD** a **EDS** por el incumplimiento aquí estudiado.

Conclusión

Tratándose de responsabilidad contractual el asunto que ocupa a este Tribunal, y en este aparte específico referida al análisis de la obligación asumida por **OPEN CARD** frente a **EDS** de proporcionar un equipo de técnicos dentro de un tiempo determinado con el fin de solucionar los errores detectados durante la implantación por **OPEN CARD** del software para el servicio del Banco Superior, no hay duda en cuanto a los elementos que la conforman. Sobre la existencia del contrato y de la obligación que se estudia no hay controversia, pues se trata de una prestación de hacer y de resultado, sobre la cual, según las pruebas apreciadas, no se demostró incumplimiento, lo que, dentro del régimen general de las obligaciones, desvirtúa la presunción de culpa del deudor- **OPEN CARD**-, culpa que dentro de esta especie de obligaciones, se confundiría con su inejecución⁴⁴.

Al tenor de lo previsto en el art. 177 del C. de P. C. corresponde a quien alega el incumplimiento de las obligaciones, demostrar sus hechos generadores cuando se trata de prestaciones positivas. En este caso específico, la carga de probar aquéllos, correspondía a **EDS**, quien no atendió a dicha carga, al no demostrar procesalmente la deficiencia del soporte técnico prestado en cuanto a su duración, a su idoneidad profesional ó a sus resultados. Por tanto no opera la presunción de culpa de **OPEN CARD**, agregando el Tribunal, que no encuentra reproche acerca de la diligencia profesional con que fue atendida la prestación a su cargo, pues no se demostró la inejecución o ejecución defectuosa de la prestación, como ya se estableció.

Así las cosas, no declarará el Tribunal el incumplimiento solicitado por **EDS**, como tampoco condenará a **OPEN CARD** al pago de indemnización alguna por el concepto estudiado.

⁴⁴ "En Chile, cuyo derecho civil sigue de cerca, como el nuestro, el Código francés de 1.804, no se admiten, según la doctrina, los efectos probatorios especiales que conlleva la clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado. Al respecto se señala como regla general la presunción de culpa del deudor, debiendo el demandante demostrar la existencia del contrato y su incumplimiento, correspondiéndole al demandado probar que la inejecución se generó sin su culpa". SUESCUN, Melo, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, T. I, Cámara de Comercio de Bogotá, Universidad de los Andes, 1996, pág.507

5.2 La Garantía sobre la Implantación del Software para la Operación de la tarjeta Visa Platinum y el Proceso Único de Prueba.

Las Pretensiones Tercera y Cuarta de la demanda de Reconvención formulada por **EDS** solicitan la declaración de incumplimiento de **OPEN CARD**, respecto de estas dos obligaciones contenidas en el Acuerdo de Transacción. Los hechos 25. a 38. son la base de su petición y fuente de la indemnización plena de los perjuicios que reclama en las denominadas Pretensiones de Condena.

Afirma, que con el incumplimiento de integrar la base de datos de la tarjeta Visa Platinum, **OPEN CARD** evitó la práctica del proceso único de prueba que demostraría las inconsistencias del software que se comprometió a corregir en virtud de la garantía pactada en el Acuerdo de Transacción, lo cual evidencia la mala fe de su actuación. (hechos 35. y 36.)

Con el fin de demostrar sus afirmaciones, aportó documentos que contienen la correspondencia al respecto, solicitó la práctica de una inspección judicial sobre la contabilidad de **OPEN CARD**, así como formuló diversas preguntas a las expertas contable y técnica designadas como peritos dentro del proceso arbitral.

La apoderada de **OPEN CARD** al responder la demanda, se opuso enfáticamente a las pretensiones anteriores y negó los hechos en que se sustentan, especialmente, los relativos al proceso único de pruebas que estaba a cargo de **EDS**, según afirmó; como sustento de su posición, aportó también documentación pertinente y participó en los cuestionarios formulados a las expertas.

5.2.1. Consideraciones del Tribunal.

Procede el Tribunal al estudio de las pretensiones anteriores en conjunto, por cuanto los hechos que les sirven de base son los mismos, como se verá. En efecto, las partes en el Acuerdo de Transacción convinieron:

“Adjunto a este Acuerdo, y como parte integrante del mismo, se anexa un Acta firmada por el Banco Superior, EDS y Open Card, en la cual: (...) (ii) Open Card otorga una garantía sobre la implantación de la tarjeta Visa Platinum”

En el Acta adjunta al Acuerdo, firmada también por Bansuperior, se estableció:

" 2. Open Card le otorga a EDS una garantía sobre la implantación de la versión de software Open Card para la operación de la tarjeta Visa Platinum. La garantía consiste en: (i) la integración de la base de datos Visa Platinum a producción, y (ii) corrección a las inconsistencias existentes en el software desarrollado para Visa Platinum, las cuales serán identificadas como resultado de la ejecución del único proceso de pruebas, que consiste de dos cierres diarios y dos facturaciones y dos cierres mensuales, el cual deberá ser finalizado como fecha máxima el 15 de octubre de 2003. Si en el momento en que se presente errores de software concerniente a la integración de la base de datos o al desarrollo de la tarjeta Visa Platinum y que impidan realizar exitosamente los cierres y las facturaciones previstas, Open Card extenderá la fecha máxima hasta el 30 de octubre de 2003. Si después de haber ejecutado dicho proceso de pruebas, siguen apareciendo errores concernientes a la integración de la base de datos o al desarrollo de la tarjeta Visa Platinum y que fueron reportados a Open Card, Open Card debe garantizar a corrección de los mismos, o por el contrario, si aparecen errores no reportados a Open Card, EDS debe garantizar la corrección de los mismos con fecha máxima de noviembre de 2003. En todo caso, Bansuperior no asumirá costo alguno por lo previsto en este numeral." (folios 381 y 382 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

En su condición de Director del Proyecto por parte de **OPEN CARD** para las labores acordadas en el Acuerdo de Transacción, rindió testimonio el señor **ALVARO ORTEGA** quien, como ya se mencionó en el aparte anterior, declaró sobre las actividades desarrolladas, una vez conformado el equipo con técnicos provenientes de las dos partes:

" Lo primero que empezó fue la integración de la base de datos, que fue lo que primero hicimos, porque sin esa integración no era posible hacer el siguiente trabajo que era acompañar las pruebas de las personas del Banco Superior, que eran los que al final estaban haciendo las pruebas, en el intermedio, está Open Card. (...). A continuación nos entregaron los requerimientos que eran Visa Platinum que era la garantía que nosotros nos habíamos comprometido a entregar y nosotros corregimos todo lo que tenía que ver con Visa Platinum y eso lo llevamos en una bitácora en el cuadro donde estábamos diciendo qué se corrigió de Visa Platinum y que se corrigió que no era Visa Platinum porque ellos pasaban errores, como le dije al principio, y que lo acordamos en la primera reunión, ellos tenían la potestad de pasarnos cualquier tipo de requerimiento, fuera de Visa Platinum, fuera de producción, o fueran las pruebas que estaban realizando. Entonces nos pasaron los requerimientos de

Visa Platinum, esos los atendimos también como estaba estipulado en el Acuerdo de Transacción, sin contabilizar en los tiempos que estaban transcurriendo en los 4 meses hombre. Cuando nosotros terminamos esta labor, incluso hay un correo electrónico donde nos solicitan que retiremos recursos para que el tiempo se alargue más, porque nosotros teníamos tres recursos allí; ellos nos solicitan. Bueno ya se acabó la integración, ya se cumplieron los requerimientos de Visa Platinum y vamos a empezar nuestras pruebas y nosotros vamos a tomar la decisión de qué requerimientos, según nuestras prioridades, y prioridades del banco, se las vamos a pasar a ustedes”(pág.4 transcripción, folio 430 del Cuaderno Principal No. 1).

El testigo también afirmó que de todo este intercambio de funciones, quedó constancia en correos electrónicos, los cuales fueron aportados como anexos al dictamen pericial técnico.

Dentro de la correspondencia aportada por las dos partes como prueba documental, pudo ver el Tribunal los requerimientos e imputaciones mutuas sobre incumplimientos recíprocos en la implantación de la tarjeta Visa Platinum, así como los obstáculos para la realización de las pruebas que debían desarrollarse al sistema, para su entrada en producción en el Banco Superior (Ver cartas a partir de febrero 19 de 2004, folios 39 y ss. Del Cuaderno de Pruebas No. 1).

La pericia técnica se refiere en extenso al análisis de lo que efectivamente sucedió, comenzando por indicar la necesidad de llevar a cabo secuencialmente las diversas actividades pactadas. En la pág. 20 del dictamen inicial y refiriéndose a la nota final del plan de trabajo acordado en el Anexo del Acta, donde las partes determinan:

"Los requerimientos del 1 al 19 serán atendidos una vez se finalice la integración de la base de datos. Los requerimientos del 20 al 68 serán atendidos una vez se finalice la certificación por parte del banco, a las pruebas de integración a la base de datos."

Anota la señora perito:

" Los acuerdos anteriores hacen imposible analizar aisladamente el desarrollo de las actividades técnicas asociadas a los cuatro meses hombre (en adelante CMH), de las actividades técnicas relacionadas con la garantía Visa Platinum (GVP).", (pág.31), para más adelante resaltar, con base en correos electrónicos, que los técnicos se cruzaban, cómo iban acordando diferentes metodologías, según los resultados que iban alcanzando en su tarea de

implementación de la Visa Platinum y del proceso de pruebas:

"Los correos analizados evidencian que durante el tiempo del proyecto, el equipo técnico realizó acuerdos sobre los procesos de prueba a ejecutar..." (pág. 38, folio 56 del Cuaderno de Pruebas No. 8).

Sobre esta apreciación, por vía de aclaración, reiteró:

" En criterio de la perito, dado que funcionarios tanto de EDS como de Open Card, durante la ejecución del Acuerdo de Transacción realizaron acuerdos técnicos diferentes a los estrictamente establecidos en el mismo, no es indispensable que todas las actividades del Anexo A del Acuerdo de Transacción se hayan ejecutado, para considerarlo cumplido desde un punto de vista técnico." (pág. 40 Aclaraciones).

Respecto de la finalización de la implementación de la tarjeta Visa Platinum, el Tribunal considera que ello quedó concluido el 25 de agosto de 2003, conforme indica el dictamen técnico, al destacar la carta del Banco Superior en la cual reporta esta fecha como la de recepción del sistema integrado, es decir con la coordinación de las versiones de Visa y Master Card, existentes a la fecha del Acuerdo de Transacción, y los desarrollos de la Visa Platinum (pág. 35 Aclaraciones).

Con relación al proceso único de pruebas, que según lo dicho, se realizaba con posterioridad a la integración señalada, la perito arribó a tres conclusiones sobre el tema que se dilucida, las cuales calificó de razonables:

- a. El equipo de trabajo técnico de **EDS** y **OPEN CARD** decidió no realizar pruebas independientes de Visa-Master Card y Visa Platinum, sino unificar el proceso de pruebas para los dos temas. (pág. 35 Aclaraciones).
- b. Al unificar el software y el proceso de pruebas, los errores reportados podían provenir, tanto de la obligación contenida en la obligación a cargo de Open Card, de proporcionar cuatro meses horas hombre para su solución, como de la relativa a la garantía sobre la implementación de la Visa Platinum, agregando que, *"...una vez analizados los reportes de planilla de fallas encontrados en los correos electrónicos aportados por Open Card, la mayoría corresponden con problemas relacionados con el procesamiento de tarjetas Visa y Master Card (CMH), y no con el procesamiento de Visa Platinum (GVP).* (pág. 36 Aclaraciones).

- c. Una vez unificado el software y decidido un solo proceso de pruebas, eran el Banco Superior y **EDS** las entidades encargadas de comunicar a **OPEN CARD** los errores encontrados con el fin de que se les diera solución. (pág. 36 Aclaraciones).

Sobre la autenticidad de los correos electrónicos, en que basa algunas de sus apreciaciones la señora perito, la apoderada de EDS, realizó una fuerte crítica, dentro de la oportunidad conferida para el traslado de las Aclaraciones del Dictamen Técnico, y solicitó al Tribunal no tenerlos en cuenta a la hora de fallar.

Con referencia a este asunto, el Tribunal, además de reiterar lo dicho al definir la objeción del dictamen por error grave, resalta la seriedad de la metodología de indagación utilizada así como la lógica de las conclusiones, que sobre este aspecto le sirven de fundamento para la verificación de los hechos de naturaleza técnica, como son los que configuran las obligaciones bajo estudio. Sobre la ineficacia probatoria de tales correos, el Tribunal reprocha el enfoque genérico de la impugnación, por cuanto no se remite a cada uno en particular, tachándolo de falso o señalando pruebas en contrario de sus contenidos, sino que se limita a descalificarlos por tratarse de documentos no firmados, para sembrar dudas sobre los soportes de las conclusiones periciales.

No es de recibo este enfoque, por cuanto es fácil observar que el Dictamen, junto con sus Aclaraciones y Complementaciones, no está soportado únicamente en los dichos de los funcionarios, los cuales, en su gran mayoría, rindieron testimonio en el proceso, sin que haya contradicción con lo expresado en los correos. Como se observa, el documento pericial se sustenta principalmente en las consideraciones derivadas del examen directo del software y demás documentos del proceso, por lo cual, se repite, es una prueba idónea de los hechos técnicos debatidos.

Como perjuicios ocasionados por los incumplimientos que se estudian en este aparte del laudo, **EDS** ha señalado que se causan por el costo generado en los pagos a los técnicos de **EDS** que, como se vio, colaboraron con el equipo de atención de las labores desarrolladas para cumplir con la garantía de la tarjeta Visa Platinum; a juicio de EDS, tales costos deben conformar la indemnización a su favor, por el incumplimiento de **OPEN CARD**, al no realizar tales actividades con sus propios funcionarios.

Al respecto, el peritazgo contable indicó que no era posible, a partir del módulo auxiliar de contabilidad de EDS determinar aquellos, por cuanto "... *se recoge(n) sin*

indicar centro, sub-centro, y/o proyecto y no revelan apropiación para cada actividad específica, como la indagada, de manera que a través de los registros contables no es posible determinar en forma directa, si Open Card realizó algún gasto o utilizó a su personal para atender la corrección de inconsistencias presentadas en el software entregado por Open Card para el procesamiento de la tarjeta de crédito Visa Platinum, como lo solicita la pregunta." (pág. 42 dictamen contable).

Mediante el escrito de Aclaraciones y Complementaciones la perito elaboró una serie de cálculos a petición de EDS, para establecer los costos de hora/hombre del personal de EDS, de los cuales obtuvo como resultado un VALOR ESTIMADO, que no aporta nada al tema en cuestión (pág.51 y ss. Aclaraciones).

De la apreciación probatoria anterior el Tribunal concluye:

- a. **OPEN CARD** integró al sistema la funcionalidad requerida para el desarrollo de Visa Platinum
- b. Los tiempos de esta actividad no concuerdan con los pactados en el Acuerdo de Transacción, debido a que los técnicos de las dos partes que intervinieron en las actividades propias de la implementación de la Visa Platinum, de común acuerdo, tomaron decisiones que cambiaron lo originalmente acordado.
- c. El proceso único de pruebas no se llevó a cabo, por el Banco y **EDS**, quienes eran los interesados en su operatividad, tal como se dejó consignado en el Acuerdo de Transacción y su Acta adjunta, por la misma razón consignada en el punto anterior.
- d. No le encuentra razón el Tribunal a **EDS**, al afirmar que los alegados perjuicios derivados de los incumplimientos de **OPEN CARD** estudiados en estas Pretensiones, se conformarían por los costos de personal que **EDS** debió asumir por la ineficiencia del personal técnico de **OPEN CARD**, pues, se repite, quedó demostrado que todas las labores técnicas a cargo de esta empresa, asumidas en el Acuerdo de Transacción, requerían- por su propia naturaleza – de la participación de los técnicos de EDS, y en ocasiones de los del Banco Superior. Adicionalmente, no se probó la cuantía de los costos alegados.

Al igual que las prestaciones analizadas al estudiar la Primera Pretensión declarativa de incumplimiento de la demanda de reconvención, las aquí examinadas corresponden a obligaciones de hacer y de resultado, cuya prueba de incumplimiento a cargo de **EDS** recae sobre hechos positivos. Al no haberse

demostrado ninguno de estos, no pueden establecerse los elementos de la responsabilidad contractual y la consecuente indemnización de perjuicios, razón suficiente para no declarar los incumplimientos de que tratan las Pretensiones Segunda y Tercera de la Demanda de Reconvención, ni la correspondiente a las respectivas Pretensiones de condena formuladas.

6 EL ABUSO DEL DERECHO DE LITIGAR

6.1. Argumentos de las partes

La demandante en reconvención dentro del segundo grupo de pretensiones declarativas, que ubicó dentro de la nomenclatura de "relativas al abuso del derecho a litigar de Open Card", solicita que se declare "que Open Card abusó de su derecho a litigar, al presentar una demanda arbitral que carece de fundamento fáctico y jurídico y se sustenta en hechos contrarios a la realidad; *"que se declare que Open Card ha afectado el buen nombre de EDS, al presentar una demanda que carece de fundamento y que transmite al mercado de compañías que requieren los servicios de compañías de tecnología que EDS está incumpliendo sus obligaciones contractuales"* y *"que se declare que Open Card ha afectado el buen nombre de EDS, al presentar una demanda que carece de fundamento y que genera desconfianza en los clientes de EDS y altera el desarrollo normal de su operación"* y, consecuentemente, solicita indemnización por los supuestos perjuicios padecidos. Sobre este grupo de pretensiones en sus alegatos de conclusión la demandante en reconvención señaló: *"[...] Open Card decidió demandar a EDS por incumplimientos contractuales que provienen de su imaginación y de la interpretación amañada del Contrato de licencia y del Acuerdo de Transacción, lo que permite concluir que la demanda con la cual se dio inicio al presente trámite arbitral es temeraria. [...] Las pretensiones contenidas en la demanda principal carecen de fundamento fáctico y jurídico y están sustentadas en hechos contrarios a la realidad, lo que demuestra la temeridad y la mala fe con la que la convocante ha venido actuando en el presente trámite arbitral. La presentación de una demanda temeraria por parte de Open Card ha ocasionado perjuicios al buen nombre y a la reputación que EDS posee en el mercado de las compañías que prestan servicios de tecnología y ha generado desconfianza en los servicios prestados por EDS, alterando, por ende, su normal operación, en especial, su relación con Bansuperior, hoy Banco Davivienda. Por este motivo, respetuosamente solicito al Honorable Tribunal que se declare el abuso del derecho a litigar por parte de Open Card y, en consecuencia, se le condene a pagar*

*los perjuicios que con su conducta temeraria y de mala fe, le ha causado a EDS*⁴⁵.

La demandada en reconvencción al contestar al hecho cuarenta y uno frente a la afirmación según la cual *“La temeridad de la demanda presentada por Open Card es notoria e implica un abuso del derecho a litigar”*, respondió: *“[...] la demanda presentada por Open Card no es temeraria. Por el contrario está sólidamente fundamentada en hechos y pruebas y resulta coherente con las múltiples reclamaciones formuladas a EDS cuando incurrió en los reiterados incumplimientos contractuales”*. (folio 140 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Y cuando en el mismo escrito se opuso a todas las pretensiones de la demanda señaló: *“Ahora bien, sobre las pretensiones declarativas relativas al supuesto abuso del derecho a litigar, ellas además de infundadas, están por fuera de la competencia del Tribunal, puesto que la cláusula compromisoria no habilita a los árbitros en manera alguna para conocer de ellas”*. (folio 145 del Cuaderno Principal No. 1) Y en sus alegatos de conclusión insistió en que esas pretensiones *“además de carecer de fundamento, escapan a la competencia de este Tribunal”*⁴⁶.

6.2. Consideraciones del Tribunal

El punto a dilucidar es si la demanda presentada por **OPEN CARD** constituyó un abuso del derecho a litigar por estar sustentada en hechos contrarios a la realidad y si este supuesto abuso afectó el buen nombre de **EDS** en el mercado, generó desconfianza en sus clientes y alteró el desarrollo normal de su operación.

De vieja data se ha señalado que la acción por abuso del derecho es una acción de carácter resarcitorio o indemnizatorio; por lo tanto, para su procedencia se debe probar el abuso del derecho, el perjuicio y, por supuesto, la relación de causalidad entrambos. Así mismo y a propósito del ejercicio de acciones judiciales se ha señalado que es lícito el empleo de la coacción para alcanzar la satisfacción de un interés legítimo, siempre y cuando el medio de presión utilizado a la luz de la buena fe no aparezca como excesivo, injusto o intolerable.

“Las cuatro modalidades de que es susceptible el ejercicio de un derecho: a. El disfrute de hecho de su contenido; b. El hacerlo valer frente a los demás; c. El

⁴⁵ Páginas 119 y 120 alegatos de conclusión de la demandante en reconvencción, Folios 197 y 198 del Cuaderno Principal No. 2

⁴⁶ Página 51 de los alegatos de conclusión de OPEN CARD.

*disponer de él y d. El hacerlo efectivo por medio de la acción procesal, pueden ocasionar el abuso, en cuyo caso y en principio, ese ejercicio, que no tiene por fin estricto el adecuado para el que fue creado el respectivo derecho, constituye un acto jurídico que obliga a indemnización*⁴⁷.

Existe abuso cuando hay culpa en el ejercicio del derecho, ausencia de interés legítimo o desviación del fin en vista del cual se ha concedido el derecho y destaca la Corte Suprema que *“incumbe al actor, en el proceso civil de responsabilidad por tal denuncia, la carga de probar las circunstancias constitutivas de la culpa del denunciante, y al sentenciador deducir su existencia a través de los elementos de convicción aportados al proceso”*⁴⁸.

*“Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legalmente ofrecen esas leyes rituarías para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho a litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. [...] No siempre que se intenta un pleito y el actor no triunfa, como sucede con frecuencia, puede decirse que hay abuso del derecho”*⁴⁹

Se incurre en un acto abusivo cuando existe dolo, o cuando existe un error de conducta o una anormalidad en el ejercicio del derecho. En el presente caso, no observa el Tribunal dolo, error de conducta y mucho menos un ejercicio anormal o excesivo del derecho a litigar.

De conformidad con el material probatorio con que se ha provisionado este litigio y su valoración, el Tribunal infiere que la demanda principal no ha sido temeraria y de mala fe; además, no observa ni por semejas forma alguna que haya afectado el buen nombre y reputación de **EDS** y mucho menos refulge perjuicio ocasionado. Por el contrario, lo que se observa es que **OPEN CARD** ha ejercido de manera legítima su derecho de recurrir a la jurisdicción arbitral con el uso o ejercicio de esta acción.

A lo anterior se arriba no solo porque algunas de las pretensiones de la demandante han salido victoriosas (lo que *per se* e *in se* le quitaría cualquier carácter abusivo al presente proceso), sino además porque **OPEN CARD** está en todo su derecho de

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de octubre de 1939, M.P.: Juan Francisco Mujica, XLVIII, 711 a 723.

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 21 de noviembre de 1969, M.P.: Ernesto Cediel, CXXXII, 157 a 180.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, sentencia del 10 de mayo de 1941, M.P.: Liborio Escallón, LI, 283 a 291.

controvertir judicialmente los incumplimientos que le endilgó a **EDS** respecto del Acuerdo de Transacción de 23 de julio de 2003. Pero incluso, si todas sus pretensiones hubieren sido desestimadas, ello no hubiese conducido inexorablemente a afirmar que con el ejercicio de su acción había incurrido en abuso de su derecho a litigar.

De acuerdo con el material probatorio, el argumento del abuso del derecho a litigar, no aparece ni si quiera con un mínimo de prueba que hubiese llamado la atención del Tribunal; o mejor, ni aparece probado el supuesto de hecho del alegado abuso, por cuanto no se configuró, ni mucho menos su consecuencia, estos es, los pretendidos perjuicios. No resultó probado ni el supuesto de hecho del abuso ni mucho menos sus efectos.

Al no existir un supuesto de hecho o un hecho ilícito (demanda temeraria, abusiva o de mala fe) no existe el otro elemento de responsabilidad que es el perjuicio y mucho menos la relación de causalidad entre uno y el otro. La orfandad probatoria, en el presente caso, se predica, pues, de todos los elementos que estructuran la responsabilidad por abuso del derecho a litigar.

Así pues, este conjunto de pretensiones planteadas y ubicadas bajo la nomenclatura o categoría del "abuso del derecho a litigar" serán desestimadas por no aparecer probado que la demanda arbitral haya estado sustentada en "hechos contrarios a la realidad", por no estar tampoco probado que en razón de la demanda se afectó el buen nombre de **EDS** en el mercado y mucho menos que la referida demanda haya generado desconfianza en los clientes de **EDS** y haya alterado el desarrollo normal de su operación. Observó el Tribunal que la temeridad endilgada a **OPEN CARD** resultó una alegación retórica, sin ninguna apoyatura fáctica y probatoria. En efecto, ni ha habido temeridad ni mala fe por cuanto el comportamiento de **OPEN CARD** no ha recorrido ninguna de las hipótesis del artículo 74 del Código de Procedimiento Civil y además por cuanto algunas de sus pretensiones han sido efectivamente reconocidas por el Tribunal.

7 EXCEPCIONES FORMULADAS POR OPEN CARD

Al contestar la demanda de reconvención, **OPEN CARD** propuso una única excepción que denomino "Open Card S.A. no incumplió ninguna de las obligaciones a su cargo, derivadas del Acuerdo de Transacción suscrito el 23 de julio de 2003 y del Acta integrada al mismo".

Como sustento de la excepción propuesta, arguye la demandada en reconvención:

- La obligación de **OPEN CARD** fue cumplida a cabalidad: puso a disposición de **EDS** todos los recursos técnicos a los que estaba obligada por el término convenido.
- La garantía otorgada por **OPEN CARD** en el Acuerdo de Transacción y en el Acta integrante del mismo, no era abierta e indeterminada, sino limitada tanto en tiempo como en contenido.
- La ejecución del "único proceso de pruebas" estaba a cargo de **EDS**, de manera que mal puede atribuirse un incumplimiento a **OPEN CARD** por no haber llevado a cabo dicho proceso.
- Debe tenerse en cuenta que la garantía en relación con la corrección de errores, se limitó a los errores que hubieran sido reportados a **OPEN CARD** dentro del término convenido y que no hubieran sido solucionados. No se trató de una garantía abierta para cualquier tipo de error que apareciera indefinidamente.

Para resolver el Tribunal considera que los supuestos facticos en los que se sustenta la excepción de merito propuesta por la demandada en reconvención fueron objeto de extenso análisis por el Tribunal al resolver las pretensiones de la demanda, y particularmente al estudiar a fondo los hechos en que se sustentaron las pretensiones declarativas de la demanda de reconvención "*relativas a los incumplimientos de Open Card*":

- a) Por "no haber puesto a disposición de EDS, por un periodo de cuatro meses/hombre, técnicos para prestar soporte a las implementaciones de Master Card y Visa que EDS procesaba para Bansuperior." (pretensión segunda declarativa).
- b) Por "no haber prestado la garantía a la que se había obligado respecto de la implantación del software desarrollado para la tarjeta Visa Platinum para Bansuperior". (pretensión tercera declarativa).
- c) Por "no haber realizado el proceso único de prueba para detectar las inconsistencias del software desarrollado para la tarjeta Visa Platinum para el Bansuperior". (pretensión cuarta declarativa).

- d) Por "no haber corregido las inconsistencias que presentaba el software desarrollado para la tarjeta Visa Platinum para Bansuperior." (pretensión quinta declarativa).

En esta instancia, el Tribunal remite al análisis realizado para evacuar las pretensiones de la demanda de reconvención segunda a quinta declarativas "relativas a los incumplimiento de Open Card", para declarar la prosperidad de la excepción propuesta.

8 COSTAS

Por haber prosperado de manera parcial las pretensiones formuladas por la Convocante, el Tribunal de conformidad con el Art. 392 Num. 6º del C. de P.C., que reza a su tenor: "*En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*", se abstendrá de condenar en costas en razón a dicha circunstancia y a la actividad procesal de los apoderados de las partes.

9 PARTE RESOLUTIVA

El Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir las controversias surgidas entre **OPEN CARD S.A.**, de una parte, y **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.**, de la otra, por razón del "*Acuerdo de Transacción de fecha veintitrés (23) de julio de dos mil tres (2003)*", administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probada la objeción por error grave formulada por **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.** al dictamen pericial técnico.

SEGUNDO.- Declarar no probada la renuencia de **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.** a exhibir documentos durante la diligencia correspondiente

TERCERO.- Declarar no probada la renuencia de **OPEN CARD S.A.** a exhibir documentos durante la diligencia correspondiente.

CUARTO.- Declarar no probada la tacha al testigo **ALVARO ORTEGA** formulada

por **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.**

QUINTO.- Declarar que **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.** incumplió el Acuerdo de Transacción celebrado con **OPEN CARD S.A.** el 23 de julio de 2003.

SEXTO.- Condenar a **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.** a pagar a **OPEN CARD S.A.**, la suma de MIL TRESCIENTOS NUEVE MILLONES QUINIENTOS VENTIDOS MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS (\$1.309´522.476,68), a título de indemnización por razón de la cesión no autorizada en el Acuerdo de Transacción, de la licencia de Open Card S.A. al Banco Superior hoy Davivienda S.A. En dicha suma se encuentran incluidos los intereses de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO.- Condenar a **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.** a pagar a **OPEN CARD S.A.** la suma de TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TRES MIL NOVECIENTOS DIECISEIS PESOS MCTE. (\$.369.103.916.00), por concepto de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones pactadas en la cláusula Quinta del Acuerdo de Transacción.

OCTAVO: Las anteriores sumas serán pagadas dentro de los (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo. A partir de esa fecha, las sumas devengarán los intereses moratorios a la tasa que legalmente resulte procedente.

NOVENO.- No condenar a **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.** a pagar suma alguna a **OPEN CARD S.A.** por razón de la modificación no autorizada del software Open Card.

DÉCIMO.- Declarar no probadas las excepciones formuladas por **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.**

UNDÉCIMO.- Declarar no probadas las pretensiones declarativas y de condena formuladas por **ELECTRONIC DATA SYSTEMS COLOMBIA S.A.** en la demanda de reconvención.

DÉCIMO SEGUNDO.- Declarar probada la excepción formulada por **OPEN CARD S.A.** a la demanda de reconvención.

DÉCIMO TERCERO.- No condenar en costas.

DÉCIMO CUARTO.- En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, de acuerdo con el artículo 159 del Decreto 1818 de 1998, con cargo al rubro de protocolizaciones. Al respecto se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente o si resultare mayor se devolverá lo pertinente.

DÉCIMO QUINTO.- Expedir copias auténticas del presente Laudo a cada una de las partes con las constancias de ley (Artículo 115, numeral 2 del C. de P. C.).

La anterior providencia se notifica en estrados a las partes y a sus apoderados.
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

ERNESTO RENGIFO GARCIA
Arbitro-Presidente

MARIA CRISTINA MORALES DE BARRIOS
Arbitro

PATRICIA MIER BARROS
Arbitro
Con Salvamento Parcial de Voto

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario