REPÚBLICA DE COLOMBIA

Rama Judicial del Poder Público
JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

Bucaramanga, veintiséis (26) mayo de dos mil veintidós (2022)

Referencia	VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
Demandante	DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S.
Demandado	AVANCES SOFTWARE S.A.S.
Radicado	68001400300920200047401

A S U N T O

Procede el Despacho a proferir la sentencia que desate la segunda instancia con ocasión de la apelación interpuesta contra el fallo de fecha 26 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bucaramanga en el presente asunto.

A N T E C E D E N T E S

El demandante pretende que se declare que AVANCES SOFTWARE S.A.S. es civilmente responsable por el incumplimiento del contrato de licenciamiento No. MC18JUN07247-ANUAL y como consecuencia de ello, se ordene al demandado restituirle el dinero pagado por la compra del software, con intereses moratorios causados desde el día en que se hicieron los pagos.

Los hechos que sustentan estas pretensiones los narró de la siguiente manera:

El 13 de junio de 2018 la demandada remitió a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. la propuesta No. MC18JUN07129 – ANUAL ofertando el software *Manager Clinic* para mejoramiento en la administración de historias clínicas y resolver otros problemas administrativos de la empresa. El software consistía en un programa de computador para procesamiento electrónico de datos con 12 módulos, incluido uno de *facturación de productos* que el contratante no necesitaba. El Gerente de Producto ALEXANDER HERNÁNDEZ, quien ofertó la propuesta, aseguró a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. que era viable que con el software se pudiera subir y/o trasladar la información de las historias clínicas completas de los pacientes del anterior software al nuevo, como lo requería la empresa contratante. Sin embargo, AVANCES SOFTWARE S.A.S. no suministró información clara, oportuna, veraz, suficiente, verificable, precisa e idónea respecto del alcance y limitaciones conforme a las necesidades del comprador.

El 29 de junio de 2018 las partes suscribieron el contrato de licenciamiento de software respecto del programa *Manager Clinic*. Por el traslado de las historias clínicas se pactó un precio adicional porque no hacía parte del programa inicial; también una garantía permanente de funcionamiento del programa.

Luego de suscrito el contrato, AVANCES SOFTWARE S.A.S. informó al demandante que la metodología de almacenamiento de las historias clínicas se debía hacer individualmente y no de manera automática o masiva; el 9 de agosto de 2018 DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. solicitó al demandado remplazar el módulo *facturación de productos* por *facturación de cirugía*, pero la solicitud fue negada porque interfería con el modelo estándar.

Se presentaron fallas técnicas en la puesta en funcionamiento del programa por las que se radicaron tres solicitudes y, ante los múltiples requerimientos sin solución, DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. notificó a AVANCES SOFTWARE S.A.S. la rescisión del contrato de licenciamiento por la imposibilidad de poner en funcionamiento el software conforme a las expectativas anunciadas por el contratista; el 7 de septiembre [de 2018] la empresa de software informó al contratante que las solicitudes no eran viables, y afirmó no haber incumplido con sus obligaciones.

DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. no ha podido poner en funcionamiento para los fines requeridos, el programa *Manager Clinic*, pero sí cumplió con su obligación contractual de pago hasta la suma de $21.876.962 del total del contrato, que era por $34.835.864, y dejó de pagar el saldo porque AVANCES SOFTWARE S.A.S. no puso en funcionamiento el programa conforme las necesidades de la empresa.

T R Á M I T E P R O C E S A L

Repartida la demanda, correspondió su conocimiento al Juzgado Noveno Civil Municipal de Bucaramanga, quien luego de subsanada la admitió con auto del 19 de marzo de 2021. El demandado se tuvo como notificado por conducta concluyente mediante auto del 24 de junio de 2021.

A través de apoderado judicial, AVANCES SOFTWARE S.A.S. la contestó; dijo que desconoce el número de historias clínicas que maneja el demandante y que el software *Manager Clinic* ofrece un mejoramiento en los módulos y opciones seleccionadas por éste en la propuesta No. MC18JUN07129, pero no resuelve problemas causados por desconocimiento, negligencia o descuido del usuario. La propuesta sí fue ofertada por el Gerente de Producto ALEXANDER HERNÁNDEZ, pero lo que solicitó DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. el 7 de junio de 2018 respecto de la migración de historias clínicas se le respondió indicando que la información se importa desde el otro software a través de planilla de Excel en forma de adjunto, sin perder nada en el proceso de parametrización del software.

Luego de suscrito el contrato, DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. solicitó un desarrollo adicional para habilitar la opción para el importe masivo de historias clínicas que no estaba incluido en el contrato ni en la oferta; luego de cotizado y autorizado por ser viable, el servicio adicional se instaló el 8 de octubre de 2018. Al contratante se le manifestó que los requerimientos eran viables si se ajustaban dentro de los módulos y opciones relacionados en la propuesta, no se ofreció nada distinto, no se comprometió a ningún condicionamiento adicional.

Aseguró que el 13 de junio de 2018 la empresa de software le dio a conocer detalladamente a la demandante, los módulos y opciones de *Manager Clinic* y el valor de cada opción seleccionada; la oferta precisó los servicios no incluidos, y que las necesidades de la empresa serían cubiertas únicamente con lo ofrecido en los módulos, opciones y valores de la propuesta. El traslado de las historias clínicas sí se ofreció como un requerimiento adicional por un precio determinado.

Respecto de la garantía permanente de funcionamiento, dijo que se da bajo ciertas condiciones – *las cuales transcribió* – y aplica sobre el funcionamiento del software, que actualmente no tiene ningún problema de programación que genere errores. De las tres solicitudes formuladas dice que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. pretendía cambiar la licencia estándar por algo que no estaba en la propuesta ni en el contrato, y así se les indicó cuando se les comunicó sobre la inviabilidad. Agrega que el módulo de *facturación de productos* sí se puede usar porque sirve para productos o servicios, es complementario y útil, y el cambio para *facturación de cirugía* se autorizó con un cobro adicional de $2.969.910 porque no hacía parte de lo pactado.

La empresa AVANCES SOFTWARE S.A.S. no incumplió con el propósito de la licencia de software vendida, y DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. puede darle uso cuando quiera, precisando que la empresa licencia y capacita en el uso del software, pero la implementación corresponde al comprador. El contratante sí pagó las sumas referidas, siendo parcialmente incumplido el contrato por éste, sin que el demandado haya incumplido con las obligaciones contractuales, que son las de instalar el programa, suministrar el acceso al manual del usuario, dar capacitación sobre la utilización del software y entregar los programas fuente del software.

Se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de fondo de: *i) INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DE DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S.*, porque no se pagó el valor del contrato; *ii) COBRO DE LO NO DEBIDO*, porque el demandado sí cumplió con sus obligaciones contractuales; *iii) MALA FE*, porque pese a haber incumplido, el demandante se benefició de la licencia hasta que quiso cambiar las condiciones y sin embargo, pretende el cobro y la devolución de dineros.

El demandante no descorrió el traslado de las excepciones de fondo propuestas.

L A S E N T E N C I A

En el fallo proferido en audiencia del 26 de noviembre de 2021, la *a quo* negó las pretensiones de la demanda y las excepciones propuestas por el demandado; condenó en costas al demandante y ordenó el levantamiento de la medida cautelar decretada.

Fincó su decisión en que no se acreditaron los elementos de la responsabilidad civil contractual del demandado y, luego de hacer referencia a los interrogatorios y testimonios recibidos, aseguró que la prueba idónea en este caso era un dictamen pericial para verificar el funcionamiento correcta del software, que con las pruebas aportadas es claro que la demandada cumplió con sus obligaciones contractuales y que la demandante no demostró el daño que dice se le causó por parte de la pasiva. Agregó además, que la importación masiva de historias clínicas no estaba incluida en ninguno de los módulos instalados y que no era necesario valorar la prueba trasladada remitida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

E L R E C U R S O

Es de anotar que la parte demandante aquí recurrente, en la audiencia celebrada por la juez de conocimiento, interpuso el recurso de apelación contra el fallo y expuso los reparos al mismo, los cuales se centraron en los siguientes temas: ***i)*** la carga de la prueba, ***ii)*** la equivocada interpretación del contrato y exclusión del estudio de las negociaciones previas y, ***iii)*** la indebida valoración probatoria por error y omisión.

T R Á M I T E D E S E G U N D A I N S T A N C I A

Repartida la alzada correspondió su conocimiento a este Despacho, que profirió auto del 17 de febrero de 2022 por medio del cual se dispuso la admisión del recurso interpuesto.

En el escrito de sustentación, el apoderado actor formuló varios cuestionamientos al fallo de la *a quo* relacionados con los tres temas medulares ya referidos, con sustento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

P R O B L E M A J U R Í D I C O

Corresponde a esta instancia determinar si el fallo recurrido debe ser confirmado o por el contrario revocado, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el apelante.

C O N S I D E R A C I O N E S

Con miras a resolver el recurso de alzada formulado por la parte demandada, oportuno resulta precisar que el análisis del fallo impugnado se realizará conforme a los siguientes temas puntuales precisados y concretados al momento de indicar los reparos concretos en la audiencia:

i) La carga de la prueba,
ii) Equivocada interpretación del contrato y exclusión del estudio de las negociaciones previas y,
iii) La indebida valoración probatoria por error y omisión.

Sin embargo, no puede pasar por alto este Despacho que, en la sentencia del 26 de noviembre de 2021, se resolvió negar las pretensiones de la demandante y las excepciones de fondo propuestas por la demandada. Esta decisión constituye sin duda un fallo inhibitorio que desconoce la finalidad del proceso, que es,

> «…lograr la efectividad de los derechos, por lo tanto, en sus actuaciones el fallador debe procurar:
>
> > "(i) impartir justicia, (ii) buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real, y (iii) **evitar pronunciamientos inhibitorios** que dificulten la eficacia de las actuaciones de la Administración de Justicia y de los derechos materiales"*»*[1].

La sentencia inhibitoria como la que aquí se estudia, ha sido explicada por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

> «Se está ante dos formas de sentencia inhibitoria injustificada y, por ello, **contraria a la Constitución**. La primera, el fallo inhibitorio manifiesto, en que el juez expresamente decide no resolver de fondo lo pedido sin haber agotado todas las posibilidades conferidas por el ordenamiento jurídico aplicable, y, la segunda, el **fallo inhibitorio implícito, caso en el cual el juez profiere una decisión que en apariencia es de fondo, pero que realmente no soluciona el conflicto jurídico planteado** y deja en suspenso la titularidad, el ejercicio o la efectividad de los derechos y prerrogativas que fundaban las pretensiones elevadas ante la jurisdicción»[2].

En el caso de marras, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bucaramanga no sólo negó las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado, sino que condenó en costas a aquél, contrariando lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P. que prevé que *«Se condenará en costas **a la parte vencida en el proceso…**»*, cuando este fallo inhibitorio conduce a concluir que, al no prosperar las excepciones, el demandante no fue vencido. Y precisamente esta disposición sobre las costas es la que también sirve para concluir que, en un litigio, **siempre** hay un vencedor y un vencido, lo que en primera instancia no ocurrió.

Aunque las consideraciones de la falladora lo son en el sentido de encontrar probado el cumplimiento de la parte demandada AVANCES SOFTWARE S.A.S. respecto del contrato de licenciamiento, lo cierto es que, si advirtió que ninguna de las excepciones formuladas por la pasiva se ajustaba a esta

---

[1] Corte Constitucional, Sentencia SU-238 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.
[2] Sentencia T-031 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

conclusión, debió acudir a lo previsto en el artículo 282 *ibidem* y declarar probada una excepción oficiosa, norma imperativa que tampoco acató.

Lo que en principio queda claro es que la sentencia será revocada por haberse proferido un fallo inhibitorio, cuando lo que corresponde es conceder a una u otra parte la prosperidad de sus argumentos, advirtiéndose eso sí, que la *a quo* en sus consideraciones, dio por probado el cumplimiento del contrato por el demandado AVANCES SOFTWARE S.A.S.

La decisión en esta instancia, entonces, se circunscribirá a los reparos formulados por el apelante contra la sentencia de la *a quo*, y con el examen de las pruebas obrantes en el *dossier*, para llegar a una conclusión que determine que sólo una de las partes resultó vencida en juicio.

Es preciso recordar en este punto frente al contenido de la apelación, lo dicho por la Corte Constitucional:

> «Particularmente, si la decisión inicial es correcta, la apelación no debe convertirse en el instrumento a través del cual se pretenda probar suerte ante el juez superior, sino que solo debería acudirse a ella en aquellos supuestos en los que existan elementos sólidos que den cuenta de que el juzgador de primera instancia incurrió en una equivocación. Eso explica por qué se exige que la apelación deba ser sustentada. Porque para controvertir una decisión judicial y provocar la intervención del superior, con lo que eso implica en términos de desgaste del aparato judicial, y en merma de la seguridad jurídica, es preciso mostrar razones serias que generen en el fallador una cierta duda sobre el asunto recurrido, o, al menos, que se planteen de manera clara y argumentada las razones de la discrepancia»[3].

i) De la carga de la prueba

El apelante sostiene que existen negaciones indefinidas que invierten la carga de la prueba, quedando esta a cargo de la demandada y por ende, no se podía exigir la demostración del incumplimiento a la parte actora, máxime cuando, al tratarse de circunstancias técnicas especiales, era AVANCES SOFTWARE S.A.S. quien estaba en mejor posición para probar el supuesto cumplimiento del contrato.

En consideración de la Corte Suprema de Justicia[4],

> «Ahora, una afirmación será indefinida y por ende, excluida de prueba para quien la hace, cuando es imposible relacionarla con circunstancias factuales específicas (vgr., se reitera, aspectos de modo, tiempo y lugar). En el caso, el extremo demandado adujo que el pago no se realizó; lo cual entraña ciertamente una afirmación indefinida que lo releva de prueba. Empero, al actor formular el libelo y al descorrer el traslado de las excepciones, coherentemente, manifestó que sí pagó, allegando como fundamento el contrato demostrativo del hecho, esto es, estar a *"paz y salvo"*, especificando la cláusula tercera. Dicha situación, entonces, forzaba a la convocada recurrente, desvirtuar probatoriamente los hechos de esa afirmación definida de la actora, demeritando el contrato con una prueba en contrario del pago.
>
> Para aclarar, el actor adujo una afirmación definida, con las circunstancias que la soportaban; por lo tanto, a su oponente, le incumbía desvirtuar los fundamentos de hecho de esa afirmación definida, y no simplemente edificar su defensa en una negación indefinida, como la falta de pago.
>
> Al respecto, la Corte, refiriéndose al tema de las negaciones, expuso *"(…) que éstas se dividen en definidas e indefinidas, siendo las primeras aquéllas que tienen por objeto hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho de igual naturaleza, el cual resulta*

[3] Sentencia SU-418 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
[4] Sentencia SC-172 del 4 de febrero de 2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

afirmado implícita o indirectamente; las segundas, en cambio, no implican, ni directa ni implícitamente, la afirmación de hecho concreto y contrario alguno".

Y precisó: *"(…) para las [definidas], el régimen relacionado con el deber de probarlas continúa intacto 'por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical'; las [indefinidas], 'son de imposible demostración judicial, desde luego que no implican la aseveración de otro hecho alguno', de suerte que éstas no se pueden demostrar, no porque sean negaciones, sino porque son indefinidas (…)".*

La imposibilidad de suministrar la prueba debe ser examinada en cada asunto, con un criterio riguroso y práctico, *"(…) teniendo el cuidado de no confundirla con la simple dificultad, por grande que sea (…)"*. De tal manera que, según lo ratificó esta Sala, *"(…) las negaciones indefinidas están comprendidas entre la clase de hechos imposibles, excluidos del tema de prueba, esto es cuando a pesar de que puedan existir o ser ciertos no es posible acreditarlos (…)"*.

Así las cosas, el alcance de la negación de la falta de pago invocada por la demandada por vía de excepción, no es indefinida, *a fortiori*, si el actor aportó el contrato que lo acreditaba, contentivo de una obligación pura y simple, y no contraprobada; por tal razón, el error de hecho denunciado es inexistente.

Tampoco se configuran *per sé* los efectos del inciso segundo del artículo 177 del C.P.C., pues la *ratio legis* de la norma, esto es, liberar de la carga probatoria a quien alegue una afirmación o negación indefinida, depende de la imposibilidad práctica de acreditar ciertas circunstancias en el tiempo, siempre y cuando estas *"(…) no se contrapongan a [aseveraciones] previas que se pretenden desvirtuar".*

En consecuencia, no es suficiente decir frente a un contrato, que algo dejó de ocurrir para relevar al interesado de la carga demostrativa, cuando con tal proceder se cuestionan posiciones contrarias asumidas con antelación, pues con ello se estaría tolerando el desconocimiento del principio básico de la buena fe negocial, y pretiriendo a su vez, la doctrina de actos propios.

Así mismo, el cumplimiento de una prestación, como el pago, desde luego, conlleva la existencia de un hecho contrario, como es el incumplimiento, ambas cosas, por lo tanto, susceptibles de acreditación. En este evento, se trata de hechos definidos relacionados con una prestación, sujetos al régimen relacionado con el deber de probarlos, sentado de modo general en el artículo 1757 del C.C., según el cual *"incumbe a las partes probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o esta*».

En la negación indefinida se pone de manifiesto una dificultad probatoria a través de los medios ordinarios; entonces, es a la contraparte frente a la que se aduce la afirmación o negación indefinida, a quien corresponde desvirtuar el dicho que, en un principio, se tiene como ya establecido:

«…el carácter indefinido de la negación o la afirmación no requiere que las circunstancias de tiempo y espacio, o una de éstas, sean absolutamente ilimitadas; por el contrario, para estos efectos es igual que implique no haber ocurrido nunca o haber ocurrido siempre o que se refiera a todos los instantes de un espacio de tiempo más o menos largo (como la vida de una persona) o relativamente corto (como un año) si envuelve una situación o actividad u omisión permanente, que en la práctica no es general susceptible de prueba por ningún medio, por lo cual se exime de ella a quien la alega»[5].

El demandante asegura que existe una negación indefinida cuando DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. afirma que AVANCES SOFTWARE S.A.S. no cumplió el contrato y, por ende, a esta le correspondía la carga de demostrar que sí lo cumplió.

El hecho VIGÉSIMO de la demanda es el que contiene concretamente esta negación indefinida, la del no cumplimiento del contrato por parte del

[5] Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá (1993); Biblioteca Jurídica Dike.

demandado, al que la demandada respondió diciendo que no es cierto, que sí cumplió el contrato, y soporta su dicho en el contenido de la propuesta y la información suministrada sobre las capacitaciones; en otros apartes de su contestación aduce como prueba las documentales aportadas con la contestación, que incluyen documentos escritos y videos.

AVANCES SOFTWARE S.A.S **debía** acreditar el cumplimiento para demeritar todas las circunstancias que el demandante describe como constitutivas del alegado incumplimiento, pues no puede contradecir una afirmación o negación indefinida (el incumplimiento) con otra afirmación o negación indefinida (el cumplimiento), sin aportar prueba idónea de ello. En consecuencia, le asiste razón al impugnante cuando afirma que la carga de la prueba se invirtió por la existencia de afirmaciones indefinidas, que a la pasiva le correspondía desvirtuar.

De otro lado, si para la *a quo* la prueba que servía al proceso para demostrar el incumplimiento era un dictamen pericial, pues las pruebas traídas por el demandante y demandado les servían para cimentar sus dichos, debió decretarlo de oficio, toda vez que a su juicio, era la única manera de definir la controversia:

> «El decreto de pruebas de oficio es expresión de esta búsqueda incesante por la justicia y la verdad de allí que no pueda considerarse como una mera facultad, sino también como una obligación para los jueces de conocimiento quienes tienen que hacer uso de la misma para que la sentencia proferida salvaguarde la correcta adjudicación de los derechos en litigio».

En el mismo orden de ideas, en este punto es preciso atender a lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del artículo 167 del C.G.P.:

> «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.
>
> No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares».

En el caso *sub judice*, si para la juez *a quo* era prueba indispensable y necesaria el dictamen pericial a fin de zanjar la litis, lo cierto es que, sea que existieren o no afirmaciones o negaciones indefinidas, AVANCES SOFTWARE S.A.S. estaba en mejor posición para demostrar no sólo que el programa *Manager Clinic* vendido a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. había sido instalado y se ajustaba a las necesidades particulares de usuario, sino además que la importación masiva de historias clínicas sí era posible hacerla y que esa opción estaba habilitada para el cliente demandante, como lo afirmó y resaltó en la contestación al hecho QUINTO de la demanda.

No es creíble que una clínica como DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. pueda, en el ámbito de las capacidades y conocimientos de sus profesionales *– de los cuales ninguno es ingeniero o al menos, tecnólogo en sistemas –,* aportar un dictamen pericial que demuestre que el programa *Manager Clinic* que le compraron a AVANCES SOFTWARE S.A.S., fue diseñado y funcionaba conforme a sus requerimientos, ni siquiera contratando un experto en la materia por lo siguiente:

Si se observa el video *«13. VIDEO No. 01 – ING. NESTOR PARRA-INSTALACIÓN SOFTWARE»* de la subcarpeta *PRUEBAS 20200047400* de la carpeta *14AnexosContestacionDemanda*, allí se indicó que la última vez que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S **ingresó satisfactoriamente** al

sistema *Manager Clinic* fue el 19 de julio de 2019 – *poco antes de notificar la reclamación presentada ante la Superintendencia de Sociedades* –, y el último **intento de ingreso** al programa fue el 7 de octubre de 2020 *(minuto 03:30 al 5:00),* es decir, poco más de un mes antes de instaurar la demanda.

Esto quiere decir que, si se presentó un **intento** de ingreso que no fue satisfactorio, entonces fue fallido, es decir que el usuario ya **no podía** acceder al sistema. Así las cosas ¿Cómo le iba a ser posible a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. contratar la elaboración de un dictamen pericial para estudio del software, su programación, sus módulos y funcionalidades, si ni siquiera podía ingresar al programa *Manager Clinic*?

Es claro que AVANCES SOFTWARE S.A.S. se encontraba en mejor posición para demostrar la funcionalidad de los módulos y desarrollos especiales del programa que dijo haber instalado para DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., así como la inviabilidad de los desarrollos no instalados, y especialmente lo relacionado con la importación masiva de historias clínicas, que fue lo que finalmente llevó al demandante a rescindir el contrato.

Y se encontraba en mejor posición porque no sólo contaba con el personal idóneo para hacer el dictamen, sino que además intervino directamente en los hechos objeto de litigio, como fue la presunta habilitación de la opción para la importación – *circunstancias técnicas especiales* –, tiene cercanía con el material probatorio por ser el único que tenía acceso al sistema, lo diseñó, sabe manejarlo, elabora todos los desarrollos especiales y es el dueño de la licencia.

Así las cosas, la carga de probar el cumplimiento del contrato sí correspondía a AVANCES SOFTWARE S.A.S., no sólo por la existencia de afirmaciones indefinidas en el libelo introductorio, sino también por acreditarse los presupuestos del inciso 2º del artículo 167 del adjetivo procesal vigente, que radica en su cabeza la posibilidad de probar el cumplimiento que aduce y de aportar también la prueba *«reina»* que la juez consideró necesaria e indispensable y que, sin embargo, no decretó de oficio.

ii) Equivocada interpretación del contrato y exclusión del estudio de las negociaciones previas

El abogado actor manifiesta en sus reparos que, en la sentencia, la juez *a quo «se limita exclusivamente al contrato y no analiza sus antecedentes, sólo se va al contrato y a la propuesta»*, pero en su sentir, esos dos documentos no son los únicos que pueden servir para analizar el caso concreto, toda vez que el contrato es el fin de las negociaciones precontractuales que se realizaron con el representante comercial de la demandada.

Prima facie, lo que se advierte en este caso es que la juez *a quo* se ciñó al estudio del cumplimiento o no del clausulado del contrato y, ligeramente, de la relación de este y la propuesta comercial, cuando lo cierto es que con los hechos de la demanda y las pruebas aportadas, se ponían de presente las conversaciones previas a la celebración del negocio jurídico que, sin lugar a dudas, fueron el asunto medular que determinaba el alcance y requisitos del contrato y además, son las razones por las cuales el demandante resolvió rescindirlo para que las cosas quedaran en el mismo estado en que se encontraban antes de iniciar las negociaciones, como si nunca se hubieren realizado.

Sobre este tópico, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia recientemente tuvo a bien considerar que:

> «el juez tiene el deber de interpretar los hechos y pretensiones esgrimidos por la víctima en su demanda, dotándolo del sentido que interfiera en menor medida con la procedencia de la reparación reclamada, siempre y cuando esa

> hermenéutica no sea abiertamente incompatible con las manifestaciones del propio convocante en su escrito inaugural, o sus modificaciones»[6].

Y en una decisión anterior, postuló:

> «La identificación del tipo de acción que rige el caso no tiene la aptitud de variar los extremos del litigio tal como fueron delineados por las partes en sus respectivas demanda y contestación, ni altera el objeto del litigio que ellas fijaron, ni modifica el tema de la prueba; por lo que no se incurre en ninguna extralimitación y, por el contrario, se cumple con el mandato establecido en el inciso 5º del artículo 42 del Código General del Proceso, en el sentido de "interpretar la demanda de manera que permita decidir de fondo el asunto", respetando "el derecho de contradicción y el principio de congruencia" de la sentencia»[7].

La errada interpretación del libelo que ejerció la juez de conocimiento, llevó a que en el análisis del caso dejara de lado algunas pruebas que servían al proceso – *tal como lo expresó el apelante en su recurso* – y desdeñara el valor probatorio de otras, porque lo circunscribió exclusivamente a la etapa contractual.

Para el apelante, la juez *a quo* debió integrar *«los correos electrónicos al contrato suscrito por las partes para efectos de determinar las obligaciones del vendedor»*; esos correos electrónicos hacen parte de la etapa precontractual, y esa integración de que se habla se da por la concurrencia en el proceso, de los hechos y pruebas del libelo que se enfilan claramente a buscar la demostración de que el producto adquirido por DAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. con el contrato, difería de aquel que se negoció con el representante comercial de AVANCES SOFTWARE S.A.S., reclamación que el juzgado de primera instancia no advirtió en ningún estado del proceso, y que este Despacho se ocupará de estudiar, pues constituye uno de los reparos medulares formulados contra la decisión de fondo – *exclusión del estudio de las negociaciones previas* –.

En anterior decisión, la misma Corporación manifestó:

> «los tratos preliminares, entendidos pues como el conjunto – o plexo – de actividades realizadas por quienes persiguen la celebración de un contrato en aras de concretar los posibles términos del mismo (reuniones, intercambio de opiniones, precisiones varias, etc.) están sujetos al milenario y justiciero principio '*neminem laedere*', de forma tal, que cuando alguno vulnere o perjudique ilegítima o inconsultamente al otro potencial contratante, nace para quien así procede el inequívoco deber de reparar el correspondiente daño»[8].

Lo anterior encuentra sustento además en el artículo 863 del C. Co., que establece que *«Las partes deberán proceder de <u>buena fe exenta de culpa en el período precontractual</u>, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen»*.

De manera puntual, este Despacho precisa que, si bien la intención del demandante es ejercer la acción de responsabilidad civil contractual por el incumplimiento del demandado, lo primero que tiene que examinar el juez es la validez del contrato, el cumplimiento de los requisitos legales y, por ende, los efectos que tiene el contrato para las partes.

El artículo 1502 del Código Civil determina los requisitos para que una persona se obligue, así:

> «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz; 2º) que consienta en dicho acto o declaración y <u>su consentimiento no adolezca de vicio</u>; 3º) que recaiga sobre un objeto lícito; 4º) que tenga una causa lícita. (…)»

---

[6] Sentencia SC-3631 del 25 de agosto de 2021, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.
[7] Sentencia SC-780 del 10 de marzo de 2020, M.P. Ariel Salazar Ramírez.
[8] Sentencia del 19 de diciembre de 2006, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Sobre el error como vicio del consentimiento y específicamente en cuanto atañe al error sobre la calidad del objeto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró:

> «Cuando los móviles para contratar -explicaba Josserand- han sido alterados o *"infectados bajo una influencia perniciosa"* el impulso del mecanismo de la voluntad es defectuoso, lo que ocurre por las circunstancias conocidas como vicios del consentimiento, dentro de los cuales se encuentra el error.
>
> El error de hecho, como factor capaz de viciar el consentimiento es aquel calificado como "obstáculo" o "dirimente" que recae sobre la naturaleza del negocio jurídico celebrado o sobre la identidad del objeto (art. 1510 C.C.). Ese yerro, como lo ha significado la doctrina -COLIN y CAPITANT entre otros- consiste en una representación falsa o inexacta de la realidad o en el estado sicológico de la persona que está en discordia con la realidad objetiva.
>
> De ahí que se produce una divergencia entre la voluntad interna que es la verdadera y la voluntad declarada que JOSSERAND explicó en los siguientes términos: *"puede ser que mi vendedor haya sido de buena fe, distinguiéndose en esto, irreductiblemente, la noción del error de la del dolo, pero mi voluntad, tal como se ha exteriorizado, como se ha concretado en el negotium, no coincide, de ningún modo, con mi voluntad interna; he realizado una compra que no hubiera hecho, de haber estado mejor informado; el conflicto surge entonces entre los móviles que me han incitado a contratar, que han producido en mi mente la intención de comprar y esta misma intención, -entre el fin perseguido y el resultado obtenido"*.
>
> En criterio de la jurisprudencia, en el caso de error sobre la especie del acto o contrato, o respecto de la identidad del objeto, se produce el desconocimiento de aquel por vicio del consentimiento, porque se parte de la base de que *«el contratante no habría contratado ni se hubiera equivocado sobre la naturaleza del contrato o la identidad del objeto y porque considera que esa equivocación neutralizó su voluntad, la cual no pudo, por ello mismo, crear un acto jurídico válido»* (CSJ SC, 28 Feb 1936, G.J. t, XLIII, 534).
>
> No se trata de cualquier yerro, sino de aquél que se convierte en el móvil determinante de la voluntad y se le conoce como *"esencial"*, el cual afecta la validez del contrato o del acto y conduce a su anulación.
>
> Para POTHIER, el error es el vicio más grande de los contratos *"ya que las convenciones se forman por el consentimiento de las partes; y no puede haber consentimiento, cuando aquellas han errado sobre el objeto de su convención"*.
>
> Cuando se trata de un error obstáculo o determinante como el que recae sobre las calidades sustanciales de la cosa o la identidad de la misma -que es el que interesa para resolver la cuestión planteada en el recurso- pues, por vía de ejemplo, se vende un determinado objeto y el comprador entendió comprar otro, las voluntades de los contratantes no confluyen, lo que puede ocurrir, como ya se dijo, con independencia de que el error no haya sido provocado por el otro contratante (rectius dolo) sino que se haya presentado de manera espontánea. »[9].

En ese orden de ideas y atendiendo al reparo del apelante según el cual, el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bucaramanga se relevó de estudiar y de dar valor probatorio a documentos – *principalmente correos electrónicos* – relacionados con *«las motivaciones de por qué se suscribe el contrato»*, este Despacho se ocupará de analizarlos y determinar si, en efecto, estos antecedentes negociales viciaron el consentimiento del demandante en el contrato que finalmente se suscribió.

El 6 de junio de 2018 a las 15:57, la entonces Revisora Fiscal de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. remitió correo electrónico al Ing. ALEXANDER HERNÁNDEZ, Gerente de Producto de AVANCES SOFTWARE S.A.S., en los siguientes términos *(pág. 15 y 16, PDF04)*:

[9] Sentencia SC-11331 del 27 de agosto de 2015, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

> «**Para continuar con la consideración del software**, **necesitamos** nos aclaren las siguientes dudas.
>
> 1. Identificación del paciente: (…)
> 2. **Migrar historias Clínicas del paciente: Actualmente tenemos una base de datos importante de historias clínicas** por pacientes atendidos, si adquirimos su software podemos traer **todas** las historias clínicas que tenemos históricas, cómo las mostraría el sistema? Se puede migrar completa la información o se perdería algo? **Como se vería, por favor un ejemplo.**
> 3. Clientes: Solicitamos el favor nos suministren algunos clientes que utilicen su software y puedan referenciarlos (…)» (sic).
>
> (Negrilla y subrayado del Despacho)

Al punto No. 2 – *que es el que interesa a este proceso* – el profesional contestó:

> «R/ta: En todos los módulos **se puede importar toda** la información mediante una **planilla de Excel** en un orden específico que contengan en otro sistema, la en caso de las historias clínicas estas **se traen en forma de adjunto**, sin que perdamos nada en el proceso de parametrización del software». (sic)
>
> (Negrilla y subrayado del Despacho)

De lo dicho, primeramente, se desprende que para esa fecha, 6 de junio de 2018, las negociaciones previas a la suscripción del contrato ya venían en curso y el Gerente de Proyecto tenía conocimiento de algunas de las necesidades particulares del negocio del demandante. Sin embargo, ninguna de ellas se incluyó en la propuesta.

Al respecto de esos mensajes, la testigo LADY JOHANA MEJÍA RAMÍREZ, actual Revisora Fiscal de DIO S.A.S., dijo que sí recuerda el correo, que este se refiere a las *«consultas que se le hicieron **antes** de aceptar la negociación, que era por ejemplo con el tema de migrar las historias clínicas».* Más adelante agregó:

> «Sabíamos que ellos tenían un estándar, pero las condiciones de la negociación era subir las historias clínicas, ellos nos suministraban el archivo plano para tenerlas todas completas, **era un adicional a ese estándar, negociado antes de la firma del contrato**».
>
> (Negrilla y subrayado del Despacho)

Según la Real Academia de la Lengua Española, pactar es *«acordar algo entre dos o más personas o entidades, obligándose mutuamente a su observancia»*, y expresar es «*manifestar con palabras, darse a entender por medio de la palabra»*.

Cuando la testigo dice que las solicitudes, como la de migración masiva de historias clínicas estaba «*negociado antes de la firma del contrato»*, en efecto le está dando el sentido que corresponde a la palabra "pactar" contenida en la cláusula, es decir, un negocio, algo que se acuerda y a lo que ambas partes se comprometen y que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. tenía la convicción de haberlas convenido favorablemente antes de firmar el contrato.

De esta comunicación queda claro que la satisfacción de esas tres necesidades expresadas por DIO S.A.S. eran requisito indispensable para continuar las negociaciones, justamente por la expresión *"para continuar con la consideración del software necesitamos…".* Es decir que, sin la funcionalidad de tales parámetros para identificación de pacientes, migración de historias clínicas y referencias comerciales del producto, la empresa no estaría interesada en adquirir el software.

En el mismo sentido, se hace necesario estudiar la expresión contenida en el aparte de la propuesta denominado *¿Qué no incluye?* según la cual, los desarrollos especiales, entendidos estos como adicionales que hacen que la

versión finalmente adquirida difiera de la estándar, podían pactarse, pero **debían ser expresados** separadamente, se entiende, del contrato de licenciamiento.

Cualquiera que interprete la propuesta, deduce que entre las partes – *usuario y licenciante* – era **posible pactar** uno o varios desarrollos especiales que **no podían** constar en el contrato, porque lo que se vende con este es la versión estándar. La imperatividad sólo se predica de la separación entre los acuerdos sobre los desarrollos especiales, y el contenido en el contrato. Sin embargo, no se clarifica si ese pacto, acuerdo, negocio o convenio extra podía ser anterior, concomitante o posterior a la firma, escrito o verbal, ni se precisó que el usuario estaba obligado a solicitarlos únicamente a través de la radicación de requerimientos en la plataforma de soporte luego de comprada la licencia estándar, como finalmente resultó ser.

No consta en la propuesta, ni la parte demandada probó – *estando en mejor situación para demostrar* – que el Ing. ALEXANDER HERNÁNDEZ o algún otro representante de la firma haya esclarecido **previamente** al potencial cliente DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., que **todas** las necesidades expresadas en el curso de las negociaciones previas y relativas a la importación masiva de historias clínicas, la inclusión de las posibles complicaciones del paciente en las órdenes de procedimientos quirúrgicos, el cambio de colores según el tránsito del paciente en la clínica[10], el formato de las historias clínicas, etc., únicamente podría formularlas a través de la plataforma de *Manager Clinic*, lo que implicaba que ello sucedería **después de firmar el contrato y obligarse al pago de la licencia**, pues lo que se solicitó o expresó al representante comercial antes de firmado el contrato no tenía validez ni comportaba una obligación de la empresa de tecnología, si no constaba en un requerimiento de la plataforma.

La propuesta de AVANCES SOFTWARE S.A.S. consta de ocho (8) páginas, fue dirigida a la Dra. CARMENZA ALZATE de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., data del 13 de junio de 2018 e incluye la autorización que debía ser firmada por el cliente *(pág. 1 a 8, PDF04)*.

En la primera hoja de la propuesta MC18JUN07129 ofrecen una solución para resolver *"problemas administrativos en las entidades de salud*" relacionados con *"la falta de control que genera la desarticulación de la información"*; esta solución se llama *Manager Clinic*, y es un software para sistematización integral de *"procesos clínicos, administrativos, de facturación y contables, todo en una sola herramienta"*.

En la segunda hoja indican que el software vale $35.835.864, y hay un pantallazo de lo que parece una ventana de inicio, con los iconos y nombres de los módulos del sistema. En la siguiente, se manifiesta al potencial cliente, que el valor incluye *«Licenciamiento de los módulos y opciones **que usted ha seleccionado**»* y a continuación una tabla que incluye el nombre de los módulos, las opciones de cada uno y el valor por módulo, que sumados totalizan $32.429.870.

Frente a ello, **no existe prueba de cuáles fueron los módulos que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. seleccionó, ni el documento o correo electrónico en donde conste esta elección**, a fin de que estos fueran incluidos en la propuesta, y en ninguno de los intercambios de mensajes de correo electrónico previos a la suscripción del contrato, se advierte que el Gerente de Producto o algún otro representante de la firma vendedora, haya detallado o explicado al posible comprador para qué sirve cada opción, ni su configuración precisa, y si esta le era útil conforme a las características de la entidad de salud.

[10] Esto se solicitó en una charla entre los representantes legales de las compañías, que obra en video 05GRABACION AVANCES de la carpeta principal.

Ello evidencia una información deficiente por parte del vendedor, si se tiene en cuenta que, por los detalles y precisiones enunciadas que era necesario conocer para ajustar la propuesta y el producto a las particularidades del negocio de DIO S.A.S., no podría haber sido suministrada por teléfono, y no se encuentra probado que AVANCES SOFTWARE S.A.S. haya enviado a la empresa de salud algún video explicativo, en el que se le **demostrara de manera didáctica** para qué sirve cada opción, cada módulo, y si estos se ajustan a sus necesidades, cómo se usan, si son prácticos o complejos, las características de cada opción y el servicio que prestaría cada módulo con sus opciones a fin de que en efecto, como se dice en la propuesta, todos los incluidos en ella sean los que el cliente ha seleccionado previamente.

En la hoja 4 se detallan las condiciones de una promoción válida hasta el 30 de junio de 2018 – *es decir, por 15 días aproximadamente* –, que incluía un descuento en tres módulos, otro descuento por el número de equipos a los que había de instalarse las licencias, otro descuento por compra de licencias adicionales y uno más por realizar la compra en el mes de la vigencia de la promoción, lo que daba un precio a pagar de $37.858.579 para la instalación del software en 25 computadores ubicados en una sola sede principal de la misma empresa.

En la hoja No. 5 se encuentra el aparte *Instalación de licencias y capacitaciones,* en el que se ofrecen estas últimas – *sin precisar la cantidad* – y se indica que son vía Skype; aseguran el acompañamiento profesional de ingenieros y la asignación de un director de proyecto y un ingeniero capacitador. Además, incluyen un año de un servicio denominado *Soporte Pluss*, que incluye asistencias de soporte remotas e ilimitadas, garantía de funcionamiento del software, actualizaciones normativas y tributarias sin costo adicional, actualizaciones tecnológicas y funcionalidades continuas con un departamento de desarrollo para requerimientos de alta calidad.

En fin, la propuesta carece de la meticulosidad que requiere una que se refiera a productos de esta clase, pues no es uno de consumo masivo como Microsoft Word – *con el que erradamente lo asemejó el apoderado del demandado* –, sino que se trata de un desarrollo tecnológico muy particular que era desconocido completamente para DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. y del que debía recibir toda la información posible para poder tomar una decisión que realmente se ajustara a sus necesidades.

Lo que refulge claramente es que el apoderado del demandado le da a la propuesta el alcance que tiene una promesa de contrato o un contrato de adhesión, como si lo que está consignado en ella fuera absolutamente inmodificable y el cliente haya pactado contratar todos los módulos y opciones que allí se describen, cuando no existe prueba de tal elección.

Además, el representante legal de la firma de software en su interrogatorio ante la Superintendencia Financiera de Colombia manifestó que *«la propuesta hace parte del contrato»*, asunto que no está determinado en ningún aparte del clausulado y que resulta erróneo considerar pues, como se dijo, es una propuesta, no una promesa, y si el contrato realmente se celebró *«en consideración a la naturaleza misma del USUARIO»*, no podía entonces hacer parte de él la misma propuesta que le envía a todos sus potenciales clientes.

El 28 de junio de 2018 a las 10:29 horas, la Gerente Administrativa de DIO S.A.S, CARMENZA ALZATE, remitió al Ing. ALEXANDER HERNÁNDEZ un correo electrónico con un PDF que contenía *«ejemplos de posibles complicaciones que deben aparecer en la solicitud de procedimientos»*[11]. A ese mensaje, el profesional le contestó *(pág. 18 – 19, PDF04)*:

> «En respuesta a lo expresado y dialogado telefónicamente le indico que es totalmente **viable** realizarlo como un requerimiento o ajuste a la medida, los

[11] Según los testimonios, esto se refiere a que la Clínica necesita que en la misma orden de procedimientos, queden consignadas las posibles complicaciones de salud que puede sufrir el paciente con su realización.

> cuales sólo tienen valor por hora de desarrollo. Eso quiere decir que Avances Software ni nosotros como área comercial nos lucramos de ello, sino únicamente se tiene en cuenta el tiempo que le toma al Ingeniero en desarrollar esta opción para ustedes.
>
> En busca de viabilizar su Solución software Avances Software aprobó un **Bono para Requerimientos** equivalente a: *$1'000.00** (Valido por 6 meses).
>
> **Nota:** Este Bono se puede utilizar para este o cualquier requerimiento que ustedes desee hasta completar dicho valor, si el valor excede ustedes darán el excedente. (Este Bono se enviara físicamente a sus instalaciones, junto con la licencia que acredita ante cualquier entidad que tienen un Software legal)
>
> Espero que este Bono para requerimientos sea de su total agrado, que se entrega de forma excepcional para mostrarle el compromiso que tenemos siempre con la satisfacción de nuestros clientes» (sic).

Ante ello, la señora ALZATE le responde el mensaje a las 13:25 horas preguntando:

> «Es por un millón de pesos?
> Y cuanto valen los requerimientos <u>que ya le hemos mencionado</u>» (sic)

De esta última respuesta se advierte que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. ya había hecho al Ing. HERNÁNDEZ no una sola, sino varias observaciones además de las que constan en el correo del 6 de junio de 2018, y le había manifestado necesidades concretas intrínsecamente relacionadas con su negocio, para que estuvieran habilitadas, disponibles y desarrolladas en el *Manager Clinic* que iban a comprar. Todo ello antes de firmar el contrato.

Nótese cómo el representante comercial de AVANCES SOFTWARE S.A.S. le indica a su potencial cliente aquí demandante, que las necesidades puestas de presente telefónicamente *«era **totalmente viable** realizarlo como un requerimiento **o <u>ajuste a la medida»</u>***. Esto quiere decir en primer lugar, que el Ing. ALEXANDER HERNÁNDEZ aseguró a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. sobre la viabilidad de unos desarrollos y, en segundo lugar, que la empresa de software estaba dispuesta a modificar algunos módulos u opciones del programa estándar, para venderle a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. aquel que se ajustara a sus necesidades particulares.

Por ello, a fin de motivar la compra y demostrar compromiso de la empresa frente al cumplimiento de sus necesidades, le otorgó el bono por un millón de pesos, sumado a la promoción que contenía la propuesta *(pág. 4, PDF04)*. Ahora, si al cliente le están ofreciendo un bono para cubrir el costo de unos desarrollos específicos, es un indicio de que estos son viables – *sumado a la viabilidad manifiesta por el Gerente de Proyecto* –, porque si no lo fueran, no se ofrecería un descuento por el costo de algo que el representante comercial sabe que no será posible otorgar. Además, da certeza al cliente sobre las características específicas, es decir, las ajustadas al negocio, que tendrá el software que pretende adquirir.

De la respuesta enviada por el Gerente de Producto a las 14:34 del mismo 28 de junio se desprende que el bono se ofreció como un incentivo para que motivar la celebración el contrato:

> «Efectivamente el bono aprobado es por Un Millón de Pesos ***($1'000.000*)***. El valor de los requerimientos se dan tres días hábiles una vez solicitados al área de desarrollo, es por ello que por razones de tiempo teniendo en cuenta que el Dr. Jesus Daza viaja y el bono de descuento de los 9 millones esta aprobado hasta el 30/06/2018, Avances Software aprobó este bono excepcional en los requerimientos <u>para que podamos continuar con la adquisición del Software Manager Clinic</u>.

> **Nota:** Se hace la salvedad que los valores de hora de desarrollo son estándar, eso quiere decir que no va afectar el precio independiente que no se les envié antes de la adquisición del Software.
>
> * Adjunto encontrara el requerimientos que revisamos para subir las historias clínicas de forma masiva, ya se subió el de la alerta en la hc cuando el paciente ha venido mas de 3 veces en los últimos 3 meses y hoy se subió la que se solicito en este correo, estamos a la espera de la respuesta según el tiempo de contestación por parte del área de desarrollo.
>
> Quedo atento a su amable respuesta!». (sic)
>
> (Subrayado del Despacho)

Este bono es importante en el curso de la negociación previa, pues como se dijo, su otorgamiento daba a entender al cliente que las tres solicitudes de ajustes al programa – *importación masiva de historias clínicas, alerta de pacientes y la de posibles complicaciones* –, harían parte del software a adquirir y se iban a realizar bajo un costo que no se conocía para la fecha de la firma del contrato, pero del que le regalaban $1.000.000. Además, del mensaje queda claro que el bono es un incentivo, un atractivo que motiva al cliente para que continúe con la negociación para comprar el software. En su fallo, la juez lo considera como *«la publicidad, la propaganda con que se hizo para que se firmara el contrato por la proximidad del a oferta»*.

El bono se prometió dos días antes de firmar el contrato, lo cual evidencia que el Gerente de Producto utilizó motivaciones económicas para dar seguridad al cliente de que los ajustes a la medida que estaba solicitando, eran posibles, viables, y, por ende, el producto que compraba sí se iba a ajustar a su negocio.

La Revisora Fiscal de la sociedad demandante, en su testimonio, dijo que el bono había sido otorgado a la firma del contrato, fue enviado a la Gerente Administrativa y era *«para los requerimientos que ya se le habían manifestado al ingeniero Alexander, que él dijo que sí se pueden realizar, ellos nos dieron ese bono adicional fue para eso».* La confirmación de viabilidad de estas necesidades se dio por el Gerente de Proyecto antes de la firma del contrato, este las conocía y, desde la fecha de la propuesta – *13 de junio de 2018* – a la de la firma del contrato – *30 de junio de 2018* –, dejó pasar 17 días sin consultar sobre ellas al Área de Desarrollo para dar seguridad a su cliente a través de soluciones tecnológicas y no económicas, teniendo en cuenta que el tiempo de respuesta era de tan sólo tres días.

El entonces contador ÓSCAR VALENCIA, traído como testigo por la parte demandante, respecto de la razón por la cual les otorgaron el bono, dijo:

> «…realmente el señor Alexander lo que nos dijo fue que sí, que efectivamente era posible, que se podía simplemente tomar las historias clínicas y presentarlas en el nuevo programa y básicamente, como esa era la principal dificultad que nosotros veíamos, pues se tomó la decisión de aceptarlo porque era lo más difícil que nosotros pensábamos que podía pasar y que con mucha facilidad aparentemente se podía solucionar.
>
> (…) Cuando nosotros presentamos la inquietud de que no estábamos viendo, que era lo que necesitábamos, hablamos, yo personalmente por Skype, hablé con la ingeniera Claudia Becerra y ella nos indicó que era un desarrollo adicional. Nosotros hablamos con Alexander y le dijimos que **no podía ser un desarrollo adicional porque realmente era el punto neurálgico por el que habíamos tomado la decisión, y él entonces nos dijo que entonces nos iba a dar un bono de un millón como para que quedara cubierto dentro del mismo valor del negocio y pues, que no se desvirtuara la oferta inicial,** entonces nos dieron como un bono de un millón para ese desarrollo de incluir lo de las historias clínicas».

En el testimonio recibido de la ingeniera CLAUDIA BECERRA, a instancias de la parte demandada, respecto de la entrega de bono y su finalidad, expresó:

> «Estoy también algo segura de que se les dio un bono para que pudieran no pagar estos requerimientos, sino que como eran un cliente nuevo se les dio la opción de tenerlos allí para que **tuvieran** esos requerimientos que habían pedido. Probablemente le hizo la pregunta al ingeniero Alexander, él les contestó, hicieron una revisión, pero eso no implica que esto quedara en el contrato. Son dos cosas diferentes».

Para DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. las negociaciones y acuerdos previos con el Ing. ALEXANDER HERNÁNDEZ tenían validez y obligaban al licenciante, pero no sabían que para AVANCES SOFTWARE S.A.S., cualquier ofrecimiento manifestado por su Gerente de Producto no los obligaba de ninguna manera y no estarían incluidos en el software negociado.

Frente a este tópico, el aquí demandante no tuvo ninguna fuente de información de parte de AVANCES SOFTWARE S.A.S. que le diera a entender que, al ser expresadas al Ingeniero ALEXANDER HERNÁNDEZ las adecuaciones del software que DIO S.A.S. requería para suplir sus necesidades concretas, estas no serían consideradas por el licenciante como parte del contrato y el programa comprado no las incluiría – *como en efecto sucedía* –, porque para la empresa de software, cuando en el contrato se indica que el licenciante no está obligado a hacer desarrollos especiales si no se pactan por separado, claramente revelaba que el cliente primero compraba la licencia estándar y luego, si quería algo especial, debía cumplir con el requisito de radicar un requerimiento que en todo caso, no estaba obligado a desarrollar.

Esta particular interpretación que el licenciante da al aparte del contrato sobre la no obligatoriedad de los desarrollos especiales, es errada, y no puede afirmarse que este sea *«el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad»* ni *«la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato» (arts. 1621 y 1622, C.C.)*, pues al tratarse de un software cuyo funcionamiento y programación sólo conoce el vendedor, no podía dársele un sentido o connotación que no tenía – *la del requisito de radicación de requerimientos y posterior viabilidad* – y que tenía relación directa con la forma como la empresa en su organización interna manejaba las solicitudes, pero ello no tiene por qué ser conocido por el cliente ni se probó que DIO S.A.S. estuviera informado de ello.

DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. desconocía, y no se avizora por qué podría deducirlo del contenido de la propuesta o del contrato, que las únicas personas habilitadas y conocedoras de la viabilidad de los desarrollos eran los ingenieros del Área de Desarrollo y no el Ing. HERNÁNDEZ, Gerente de Producto. Con aquellos el demandante nunca tuvo contacto alguno en la etapa precontractual, no aparece prueba que demuestre que cuando el ingeniero ALEXANDER a través de correos electrónicos le manifestó al demandante que sus solicitudes sí eran viables, le dio a entender que el software contratado las tendría disponibles, y le ofreció un bono para cubrir su costo, no era porque ya tenía el concepto previo de viabilidad para esos desarrollos especiales, o porque él mismo supiera que el software sí soportaba esos desarrollos especiales. En todo caso, el potencial comprador creía estar negociando desarrollos que estarían disponibles en el software que estaban comprando.

Si bien a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. se le mencionó la palabra *"requerimientos"* en los correos electrónicos y la propuesta, sus empleados no tenían por qué saber, y AVANCES SOFTWARE S.A.S. no probó que le hubiera informado, que estos no eran una simple solicitud o pedimento hecho al Gerente de Producto o a cualquier otra dependencia, sino un trámite formal y electrónico que había que surtirse dentro de la plataforma después de firmado el contrato y que en todo caso, no iban a ser incluidos en el software adquirido, aunque los hubieran comunicado al Gerente de Producto.

Tampoco se les dijo que las necesidades formuladas al Gerente de Producto no podían ser evaluadas, validadas y calificadas como viables antes de la firma del contrato, sino después, y ya no por el Gerente de Producto sino por el Área

de Desarrollo y otros miembros del *staff* de la empresa con quienes no había negociado nada.

De los interrogatorios de parte y testimonios vertidos en la audiencia, quedó claro que para la empresa AVANCES SOFTWARE S.A.S., los requerimientos se refieren únicamente a las modificaciones o desarrollos adicionales que el usuario solicita por la plataforma de soporte de *Manager Clinic*.

Sin embargo, sólo es posible acceder a la plataforma de soporte si ya se ha comprado la licencia, razón por la cual, aunque el ingeniero HERNÁNDEZ comunicó a los posibles compradores que algunas de sus solicitudes se estaban tramitando como un requerimiento, no fue claro en indicarles que estas no estarían incluidas en el software comprado sino que tendrían que volverse a solicitar después de firmado el contrato, y que en todo caso, *i)* estas necesidades no iban a ser gestionadas ante el Área de Desarrollo por el mismo Gerente de Proyecto, sino que debía hacerlas la clínica oftalmológgica, *ii)* que esas necesidades no iban a ser satisfechas y mucho menos estudiadas por el Área de Desarrollo, si antes no se presentaban como requerimientos a través de la plataforma y *iii)* que las que ya le habían presentado no se habían tramitado aún, sino que lo serían después de la firma del contrato, sin garantizar su viabilidad y funcionalidad.

Ni en la propuesta ni en el contrato se dejó constancia o pacto sobre la forma en que los requerimientos estarían incluidos en el software, no se precisó que estos no harían parte del contrato, ni de que sólo se tramitarían después de comprado el producto. En el segundo párrafo del aparte *"¿Qué no incluye?"* de la propuesta se indicó:

> *«La asistencia plus no incluye desarrollo de requerimientos adicionales o ajustes a la medida. Los cambios normativos del Ministerio de Salud o de los Entes de vigilancia y control de cualquier orden, que afecten los formatos de alguna historia clínica o informe del sistema, no están incluidos dentro de las actualizaciones ofertadas y deben cotizarse como un requerimiento o desarrollo adicional»*

No se clarificó a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. cuáles solicitudes tenían la connotación de desarrollos especiales – *y no tenían porqué saberlo porque no son profesionales en informática* – y cuáles, un ajuste a la medida. Lo que da a entender este contenido es que uno de esos requerimientos o ajustes es, por ejemplo, el relacionado con disposiciones legales sobre la historia clínica o los informes del sistema – *sin que se precise cuáles informes* –, y no son parte de la asistencia plus, que es el mismo *Soporte Pluss* mencionado en la página 5 de la propuesta, que se trata de un paquete de servicios que incluye asistencias de soporte para "inquietudes", garantía y actualizaciones de software.

La palabra "o" entre *«requerimientos adicionales **o** ajustes a la medida»* bien puede entenderse como que uno y otro son diferentes, o que son iguales[12]. Su definición no es la misma[13], pero esta diferenciación o equivalencia, según se entienda, no estaba clara en la propuesta ni en el contrato, no se precisó que el cliente podía pedir cualquiera de los dos y que, en cualquier caso, las necesidades particulares de la clínica iban a ser tratadas por AVANCES SOFTWARE S.A.S. como requerimientos, y que estos no estarían incluidos en el software que estaban comprando, sino que su viabilidad se estudiaría después e implicaban un costo adicional que no estaba incluido en el contrato.

Así, un potencial cliente del programa *Manager Clinic* podía entender que, por ejemplo, el cambio de la opción de *facturación de productos* por la de

---

[12] La "o" disyuntiva implica una situación en la que debe elegirse entre dos opciones que se excluyen mutuamente. La "o" equivalente implica igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas.
[13] Requerir es *"solicitar, pretender, explicar su deseo"* y ajustar es *"conformar, acomodar algo a otra cosa, de suerte que no haya discrepancia entre ellas"*. Ver: https://dle.rae.es

facturación de cirugías era un *requerimiento – como una petición o solicitud –*, porque los clientes de la clínica no son solamente externos como los pacientes, sino también internos, como los especialistas. Y el que está interesado en comprar el software no tiene por qué saber si ese cambio de opción implica el pago de horas del desarrollador, si se puede eliminar la opción del sistema con un clic, dejar de usarla, o si fácilmente el mismo usuario del sistema puede crear el código y descripción del servicio de cirugías en el módulo de Facturación como si de vender gafas se tratara, para poder facturarlo.

Otro cliente podría entender que el cambio de la opción era un *ajuste a la medida*, porque previamente sabe que ninguna de las opciones del módulo de facturación permite crear los productos o servicios para la venta, y es necesario que el licenciante lo haga a través del Área de Desarrollo, porque su necesidad tiene una complejidad especial.

A este respecto se encuentra que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., al advertir que el módulo de *facturación de productos* no se ajustaba a su negocio y que no tenía por qué estar incluido si ya le habían dicho al Gerente de Proyecto lo que ellos facturaban, solicitó el cambio por el de *facturación de cirugías* en agosto de 2018 *(pág. 28, PDF04)*, recibiendo respuesta de AVANCES SOFTWARE S.A.S. con la cotización del cambio por $3.174.980 y precisándole al solicitante que:

> «Para aprobar la compra de esta opción se debe autorizar mediante correo electrónico la elaboración del otrosí al contrato de su licencia Manager Clinic, según la propuesta MC18AGO7434»

En primer lugar, se desconoce el contenido de la propuesta MC18AGO7434 allí enunciada porque no es la misma que obra en el proceso; en segundo lugar, es apenas en ese documento que puede inferirse que algunos desarrollos especiales pueden - *¿o deben?* – constar en un otrosí. No se sabe cuáles, porque por ejemplo, en la respuesta a la cotización de la alerta de pacientes *(pág. 20, PDF04)* por un valor de $208.750 no se exigió la elaboración de un otrosí.

Todo esto fue después de firmado el contrato, no antes, y no se clarifica en la propuesta ni mucho menos en el contrato, cuáles desarrollos deben ir pactados por separado en un otrosí y cuáles no, como tampoco se precisa que los desarrollos solicitados al Gerente de Proyecto no están incluidos en el software que se compra.

Trajo el demandado el testimonio de la ingeniera CLAUDIA BECERRA, miembro de su *staff* empresarial, quien al ser preguntada sobre el estado en que terminan los compromisos del ingeniero HERNÁNDEZ, dijo:

> «…como le digo, él pudo haber informado que sí había una opción para requerimientos o ajustes, incluso eso lo preguntan varios clientes. Sí, la opción de hacerle un ajuste sí, sí existe, pero la claridad de que se hacen posterior y de que tienen un análisis, es claro, o sea, porque si un cliente me pregunta a mí y yo le digo *"sí, sí se pueden realizar ajustes, tenemos una opción, sí"*, pues puede que él les haya informado porque esa era su labor, y la opción sí está, o sea, la empresa sí ofrece ese servicio, lo que pasa es que va bajo unas etapas, bajo un proceso».

No existió en la propuesta, ni en el contrato, ni mucho menos en la fase precontractual, esa claridad que menciona la testigo, que podía resultar muy evidente para el equipo de trabajo de AVANCES SOFTWARE S.A.S., pero no para un cliente externo que no sabe nada de sistemas, de programación, de licencias de software, ni del tratamiento interno que se le da a sus solicitudes.

Para sustentar la alegada validez de su postura según la cual los desarrollos sólo se hacen a través de requerimientos y que esto era de conocimiento del usuario comprador, AVANCES SOFTWARE S.A.S. refiere que en la propuesta MC18JUN07129 hay un aparte resaltado que se llama *¿Qué no incluye?*, y el

primer párrafo contiene lo mismo del parágrafo 3 de la cláusula TERCERA del contrato de licenciamiento *(pág. 6 y 10, PDF04)*:

> «El programa de computador es una versión estándar, de manera que EL LICENCIANTE no está obligado a hacer desarrollo especial y dado el caso que estos se pacten, deberá expresarse separadamente, bajo las condiciones (Costos, tiempo de entrega y demás) que en su momento se acuerden» (sic).
>
> (Subrayado del Despacho)

De esta reflexión acerca de la interpretación de la propuesta, se concluye que la información que obtuvo DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. sobre el proceso para el trámite de todas sus necesidades particulares expuestas precontractualmente al Gerente de Producto respecto del software que estaban negociando, no le fue suministrada en debida forma, en términos claros, suficientes y, sobre todo, oportunos.

Y esto es porque el demandante no sabe que ese "momento" que se menciona en la cláusula, en que se acuerdan los desarrollos especiales, sólo ocurre después de firmado el contrato de licenciamiento, no antes, porque para AVANCES SOFTWARE S.A.S. nada de lo dicho en la etapa negocial al Ing. ALEXANDER HERNÁNDEZ sobre desarrollos especiales afecta el contrato, ni está incluido en el producto tecnológico que se les está vendiendo, ni hace parte del precio que están pagando, ni se relaciona con la naturaleza misma del usuario.

Mírese también el correo electrónico del 9 de julio de 2018 que remitió el entonces contador de DIO S.A.S., ÓSCAR DAVID VALENCIA Q. a varios destinatarios de AVANCES SOFTWARE S.A.S. – *capacitación, contacto, gerencia y a su Gerente de Proyecto* –, y en el que se indicó *(pág. 23, PDF04):*

> «**Histórico de Historia Clínica**
> En el contrato se acordó que se iba a subir la base de datos de las historias clínicas que actualmente tenemos en el software actual y a la fecha aún no nos han notificado sobre cual es la estructura que ustedes necesitan que la casa de software SaludNet debe suministrar para que ustedes hagan la migración a su base de datos, y hasta tanto no se supla este requerimiento no tendríamos la información más importante a revisar en la visita en planta». (sic)
>
> (Negrilla y subrayado del Despacho)

Si en el correo del 28 de junio de 2018 el Ing. ALEXANDER HERNÁNDEZ dijo que había subido el requerimiento para historias clínicas, y esta respuesta tardaba tres días, ¿por qué habían transcurrido once días sin que se hubiera coordinado la migración masiva? Y peor aún ¿Por qué la propuesta no incluyó el costo y viabilidad de estos requerimientos, debidamente detallados?

Conforme a la jurisprudencia citada, la afirmación indefinida del demandante es que la importación masiva de historias clínicas se solicitó a la empresa tecnológica antes de la suscripción del contrato y que, en todo caso, AVANCES SOFTWARE S.A.S. no la suministró. Dejaría de ser indefinida si la empresa de software aporta prueba que acredite que desconocía esa necesidad del comprador en la etapa precontractual y que informó al comprador que esta no haría parte del software comprado con el contrato de licenciamiento, pero no fue así.

Preguntado sobre si **antes** de la firma del contrato existía la posibilidad de hacer requerimientos adicionales, el testigo MANUEL FERNANDO VILLAMIZAR PALOMINO, miembro del grupo de capacitadores y traído por la demandada AVANCES SOFTWARE S.A.S., respondió:

> «**Sí**, en este caso el cliente puede visualizar qué necesita o requiere personalizar el sistema de información, realiza la solicitud, basados en la viabilidad emitimos respuesta».

Contrario a ello, el representante legal de AVANCES SOFTWARE S.A.S. dijo ante la *a quo* que:

> «Sin embargo, nosotros **le dejamos muy claro tanto en la propuesta como en el proceso comercial,** que los desarrollos son un servicio adicional que ofrecemos a nuestros clientes y este servicio se hace **posterior** a la firma del contrato».

Y más adelante sostuvo:

> «Los requerimientos, como es un servicio adicional, tienen un costo, se hace una cotización bajo las cantidades de horas que un desarrollador gasta para hacer esa opción o función en el sistema. De hecho, **el requerimiento inicial de que ellos hablaban de la importación de las historias clínicas que se habló previo a la contratación**, ese requerimiento nosotros no le hicimos ningún cobro, ese requerimiento digamos que hicimos una nota crédito obsequiando el valor de ese servicio/requerimiento adicional. Se les realizó la cotización del requerimiento, a través de un archivo plano de Excel donde ellos relacionan una información, nosotros hicimos el desarrollo».

Ambas afirmaciones son contrarias, porque en la primera dice que los requerimientos son poscontractuales, y en la segunda dice que por uno de los requerimientos precontractuales formulados, le obsequiaron un bono, lo que indica que sí aceptaban solicitudes de modificaciones al sistema previo a la firma del contrato.

Ahora, si ante la *a quo* el representante legal de AVANCES SOFTWARE S.A.S. dijo que el requerimiento de importación masiva lo conocían desde la etapa precontractual ¿cuál fue la atención preventa y posventa que llevó a que, meses después, todavía no quedara claro cuál era la funcionalidad que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. necesitaba respecto de la migración de historias clínicas?

El demandante dice además que, en el curso de las negociaciones previas a la firma del contrato, DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S indicó al representante comercial de AVANCES SOFTWARE S.A.S. que necesitaba que las historias clínicas que están en el software actual, pudieran subirse al programa *Manager Clinic*, y que él le manifestó que ello era posible, pero luego la empresa les dijo que la importación era individual y no masiva.

Estas afirmaciones están contenidas en los hechos QUINTO, SEXTO y DÉCIMO SEGUNDO. Frente al primero de ellos relativo a la información previa de la necesidad, el demandado dijo que no es cierto y más adelante, dijo que las historias clínicas sí se pueden subir como archivo adjunto; agregó que luego de firmado el contrato, DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. solicitó el requerimiento adicional No. 37345 para la importación masiva de historias clínicas, el que se cotizó el 1º de agosto de 2018 y se instaló el 8 de octubre de 2018, quedando **habilitada la opción de importación masiva**.

Negó el hecho SEXTO y dijo que esa viabilidad dependía de que se ajustara a los módulos y opciones contenidas en la propuesta MC18JUN07129, y que no se ofertó nada diferente a lo allí consignado; también negó el hecho DÉCIMO SEGUNDO, afirmando que la solicitud de **importación masiva se determinó como no viable**.

En la respuesta a la comunicación de rescisión del contrato *(pág 34 – 35, PDF04)* DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. se refirió a los requerimientos 37673 para trazabilidad de pacientes, y 37672 para importación masiva de historias clínicas, a lo que AVANCES SOFTWARE S.A.S. manifestó que *«Las dos solicitudes fueron analizadas y como resultado del mismo se identificó como **no viable** su desarrollo» (pág. 37-38, PDF04)*.

Se contradice pues, el demandado, cuando en esta comunicación dice que los desarrollos no son viables, pero en la respuesta al hecho QUINTO dice que la importación masiva **se cotizó e instaló** *«sin costo alguno para el cliente»*, y en

la del hecho DÉCIMO SEGUNDO dice que no es cierto que haya dicho que la importación de las 400.000 historias clínicas deba hacerse individual y no masiva, sino que el requerimiento del demandante afectaba directamente el estándar y **no era viable técnicamente**; que la prueba de su defensa sería el interrogatorio de parte y las documentales aportadas con la contestación. Sin embargo, un interrogatorio de parte no prueba que un desarrollo técnico es posible o no, tampoco lo es una propuesta comercial, y los videos arrimados no sirven para probar que la importación se puede hacer masiva, o que no se puede hacer, dado que el demandado afirma ambas cosas.

Ante la Superintendencia de Industria y Comercio, manifestó el representante legal de AVANCES SOFTWARE S.A.S. que:

> «Nuestro producto es estándar y ese es el que ofrecemos; la clínica aprobó la propuesta comercial, pero **dentro del proceso comercial la entidad manifiesta o hace una solicitud indicando que el tema de las historias clínicas, que ellos quieren poderlas migrar al software**. Nuestro sistema, dentro del módulo clínico donde están las historias clínicas, tiene una opción que se llama *"Adjuntos"* en la que todos nuestros clientes nuevos que adquieren nuestro producto la utilizan para adjuntar sus historias clínicas de software anteriores, para subir imágenes, es una opción que les va a permitir al cliente subir sus historias clínicas.
>
> (…) Como es un producto - servicio aparte **que no tiene nada que ver con el contrato**, efectivamente la entidad hace su solicitud a través de un portal que ofrecemos, lo analizamos, lo revisamos y en la solicitud que ellos hacen es que ellos tienen un archivo de Excel y que desean que a través de un archivo de Excel se puedan subir **masivamente** esas 400.000 historias clínicas que indica el doctor Jesús Antonio. El Departamento de Análisis de Desarrollo verifica la solicitud, la analizan y dan contestación a esa solicitud donde se hace la cotización del requerimiento y se le da la viabilidad. A partir de esa viabilidad se les indica que sí se puede hacer esta solicitud.
>
> (…) El señor Jesús Antonio manifiesta que buscaba un producto amigable y lo consiguió con nosotros, porque firmó el contrato. Luego de esta etapa viene la aprobación del requerimiento y allí **nosotros hicimos la entrega de ese requerimiento, ellos actualmente en su licencia cuentan con esa opción que es importarlo desde archivos de Excel**».

Cuando se dice que el cliente expresó su necesidad de migración de historias clínicas *"en el proceso comercial"*, que es previo a la firma, es evidente que AVANCES SOFTWARE S.A.S. la conocía antes de suscribir el convenio, circunstancia que va en abierta contradicción con lo dicho al respecto en la contestación al hecho QUINTO de la demanda en donde afirma que la solicitud fue posterior, y también contradice el contenido del correo del 28 de junio de 2018 *(pág. 17, PDF04)* en el que el Gerente de Proyecto anuncia el envío del requerimiento que se revisó *«para subir las historias clínicas de forma masiva»*, y que era indispensable para continuar con el proceso de contratación.

Esto claramente da a entender a cualquier comprador, que si el representante comercial conoce que el desarrollo especial es una condición para contratar, y para concretar la compra ofrece un bono de descuento, quiere decir que lo que se compre lleva incluido ese elemento esencial del producto sin el cual el comprador no lo hubiese adquirido.

Se echan de menos las pruebas que debió aportar el demandado para sustentar su dicho y no explica por qué, pese a que desde las negociaciones previas conocía de la necesidad de importación masiva de historias clínicas, esta no se incluyó en la propuesta, ni en el software vendido a la clínica oftalmológica, y el usuario tuvo que hacer el requerimiento después de firmado el contrato, para que la empresa de software diseñara los desarrollos especiales, los cuales también se extrañan en el proceso, pues no se demostró su existencia y funcionalidad.

AVANCES SOFTWARE S.A.S. no aportó ni siquiera el archivo plano de Excel que se mencionó y que supuestamente se diseñó para esa importación, no trajo ni un solo video explicativo de cómo se hacía, no probó la funcionalidad de la opción en el sistema, dado que, se insiste, en la contestación al hecho QUINTO de la demanda dijo que esa importación sí se puede hacer, pero la testigo LADY JOHANA MEJÍA RAMÍREZ, al ser preguntada con fines de aclaración sobre si se podía o no hacer la migración masiva, dijo:

> «Él *[el apoderado del demandado]* me preguntó si el ingeniero Alexander dijo que sí se podía, yo dije que sí, pero una cosa es lo que se dice y otra lo que se hace. Él dijo que sí se puede, pero al momento de hacerlo, de ejecutarlo, no es posible.
>
> Él *[el apoderado del demandado]* me preguntó que si el correo dice que sí se puede, y yo le dije que eso sí dice el correo, pero no fue posible la migración porque el archivo de Excel que ellos nos enviaron no tenía la información completa para subir las 400.000 historias con toda la información que contiene una historia clínica.
>
> La ingeniera Marisol nos dijo *"ese plano tiene sólo cinco campos, es muy pequeño para lo que realmente contiene una historia clínica"*».

Ahora bien, a partir del contenido de la propuesta, a un potencial cliente **no** le es posible concluir que la etapa negocial antes de la firma del contrato es nula para el licenciante, ni que a través de la Asistencia de soporte remota e ilimitada para resolver "inquietudes", no puede expresar a los ingenieros, tecnólogos o auxiliares, absolutamente nada sobre las necesidades que ya conocía el Gerente de Producto; tampoco podría pensar que ese soporte no le iba a servir para pedir ajustes al sistema, o preguntar si algún cambio es posible desarrollarlo o no, porque absolutamente **todo** se hace a través de requerimientos en plataforma, asunto que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. desconocía, y que no se le precisó en ningún aparte de la propuesta ni del contrato.

De ninguna manera le era posible advertir al cliente que, cuando en la propuesta y en el contrato se le indica qué no incluye la licencia, esa exclusión cobijaba **todas las necesidades y ajustes que previamente había acordado hacer con el Gerente de Proyecto**.

Entonces, la clínica pasó de tener una negociación previa completamente personalizada frente al tipo de software que necesitaba, y con un Gerente de Producto que conocía sus circunstancias particulares, a comprar un producto no ajustado a sus necesidades y reformular absolutamente todas sus peticiones a través de un programa de soporte, sin asistencia personalizada del nivel de la que había tenido, sin la atención permanente del que fuera su asesor comercial, sin que ningún otro empleado de AVANCES SOFTWARE S.A.S. conociera las necesidades que pusieron de presente en la etapa precontractual – *que duró al menos un mes* – y sobre todo, fue muy tarde cuando el comprador demandante advirtió que algunas de las necesidades que ya el Gerente del Proyecto conocía y que negoció para que fueran incluidas en el software comprado, tenían costos adicionales que no estaban incluidos en la propuesta ni en el contrato, pese a que esta se presentó formalmente varios días después de haber tenido conversaciones con el Gerente de Proyecto sobre ellas.

Y es claro que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. no sabía que su Gerente de Producto ALEXANDER HERNÁNDEZ no volvería a tratar con ellos los asuntos propios de la adecuación del software a la naturaleza de su negocio, porque lo advirtieron apenas al comenzar las capacitaciones. Así lo expresó la testigo LADY JOHANA MEJÍA:

> «Cuando empezamos en julio para las capacitaciones para conocer mejor la parametrización, ellos nos mandan un ingeniero que estuviera con nosotros una semana (…). Le dije que nosotros no tenemos puntos de venta ni venta al público sino unas salas de quirófano que se prestan a los médicos y se presta todo el paquete, tenemos farmacia interna, pero no al público. El ingeniero dice

> *"A ustedes les vendieron eso"*, nosotros *"¿Cómo así? Si a Alexander Hernández se le explicó quiénes éramos nosotros"*. En ese momento se tuvo que mandar una carta solicitando cambio de producto porque nos vendieron facturación puntos de venta y nosotros no manejamos eso. Cuando se les pidió el cambio nos dijeron que había que comprar el otro producto, entonces le dije *"cómo nos venden un producto que no necesitamos"*. Por ahí empezó malestar.
>
> En agosto, como Revisora Fiscal que estuve en las negociaciones manifesté mi preocupación en un correo electrónico diciéndoles que no veía el avance en el tema de historias clínicas. Habíamos quedado en que ellos nos iban a suministrar unos archivos planos para hacer subir la información al software, ese archivo plano no nos lo enviaron completo, el que nos mandaron, la ingeniera Marisol que es la que nos provee la historia clínica, dijo que con eso era imposible subir las historias clínicas; teniendo ese dato le manifestamos la inconformidad al ingeniero Alexander, y que no podíamos continuar con las capacitaciones parametrizando información sin tener claro y **ver la viabilidad de nuestra base de datos de historias clínicas en el software de ellos, porque era lo más importante para la empresa**.
>
> Alexander en algún momento me dijo *"ya no es conmigo"* o sea, el ya vendió, *"ya es con Desarrollo, tienen que subir todos los requerimientos al Área de Desarrollo para que ellos evalúen y les den respuesta"*. Ya el contador Óscar Valencia empieza a subir los requerimientos del tránsito de los pacientes, subir historias clínicas, posibles complicaciones, como cuatro puntos que se le habían dicho a Alexander. A los días, como agosto, septiembre del 2018, la respuesta del Área de Desarrollo es que no se puede, que el software es estándar y los requerimientos no se podían hacer. Lo que nos dijo el asesor Alexander era una cosa, y el Área de Desarrollo dijo otra cosa».

De lo discurrido en las audiencias quedó claro que cualquier solicitud de modificación de los módulos y sus opciones, sea que se formulara antes o después de firmado el contrato, siempre iba a ser tratada como un requerimiento, cosa que DIO S.A.S. desconocía; y de lo que puede entreverse en las comunicaciones electrónicas, se advierte que el usuario aquí demandante tenía el convencimiento de que las necesidades particulares que le expresaron en la negociación precontractual al Gerente de Producto, iban a estar al menos aprobadas e incluidas en el software que iba a adquirir, pero AVANCES SOFTWARE S.A.S. bien sabía que no era así.

Es más, la misma testigo, al ser preguntada sobre la fecha en la que evidenció que no se podría cumplir el contrato – *que para DIO S.A.S. incluía la negociación precontractual –,* aseveró:

> «Empezamos a evidenciar el 1º de agosto de 2018. Cuando yo mando el correo al contador del diagnóstico y él se lo reenvía a Alexander Hernández, le manifiesto que en la demostración que nos hizo para que el software pueda cumplir con las condiciones que se pactaron inicialmente, llevábamos 20 días perdidos porque **la Ingeniera Claudia Becerra nos había dicho cómo subir los requerimientos, pero no lo tomamos como si fuera una adición al contrato, sino que fuera parte de la negociación**».

En ningún aparte de la propuesta ni del contrato, se dejó constar que esos desarrollos especiales **sólo** podían solicitarse formalmente después de comprada la licencia y que no estaban incluidos en ella y, visto el contenido de los correos electrónicos durante las negociaciones previas, los testimonios e interrogatorios de parte, queda claro que a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. se le dio a entender en la etapa precontractual, que las necesidades expresadas al Gerente de Producto serían tenidas en cuenta, validadas, calificadas como viables, desarrolladas y configuradas en el programa *Manager Clinic* que finalmente les fuera instalado, justamente porque **el Gerente de Proyecto conocía cuáles eran los asuntos neurálgicos que condicionaban la firma de contrato y sin los cuales DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S nunca hubiese contratado**.

Ahora, si el representante comercial de la firma que está vendiendo un software, es conocedor del negocio del cliente que está atrayendo, y si es cierto, como lo

dijo la misma testigo, que a él se le explicó *«la trayectoria, las historias clínicas que teníamos, la cantidad de bases de datos, cómo habían sido los años de desarrollo de una historia clínica (…), se le explicó a él muy claramente toda la información…»*, ¿Cómo es posible que termine vendiendo un módulo de facturación que el usuario no necesita y éste tenga que pagar un monto adicional por el cambio, que debió venir ya incluido con la propuesta y la instalación? ¿Por qué en el curso de toda la negociación no les mostró el formato de historia clínica y les dijo que este no podía modificarse? ¿Por qué no cotizó dentro de la propuesta el valor del módulo de facturación de cirugías, el de importación masiva de historias clínicas, el de trazabilidad de pacientes, el de posibles complicaciones? ¿Qué hace entonces un Gerente de Producto? ¿Es apenas un vendedor y no un asesor de software?

Si el Gerente de Producto hizo un contacto con el cliente, lo conoce, lo estudia, sabe las características de su negocio, ¿por qué no realizó un documento adicional o pasó un informe previo al Área de Desarrollo para que estudiara la viabilidad y cotizara los ajustes a la medida de las necesidades de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., de manera que pudiera incluirse en la propuesta y en el contrato?

Esto hubiera permitido que, a más tardar el mismo día de la firma del contrato, sea absolutamente claro para el comprador cuáles son los módulos y opciones que le sirven a su negocio, cuáles necesita instalar y cuáles no, su costo y, especialmente, si el producto que está comprando con el contrato de licenciamiento es el mismo que negoció con el Gerente de Producto.

Todo ello hubiera servido para informar suficientemente al usuario antes de suscribir el contrato y el otrosí que incluya los desarrollos adicionales ya acordados, y no haya lugar a que posteriormente se vea sorprendido con las políticas internas de la empresa, que desconocieron en el contrato, absolutamente todo lo acordado y solicitado en el proceso precontractual.

Ello se evidencia en el documento del 29 de agosto de 2018 a través del cual el entonces Contador ÓSCAR VALENCIA se dirigió a AVANCES SOFTWARE S.A.S. para informar sobre la rescisión del contrato, donde quedó claro que la empresa tomó esa decisión porque *i)* los requerimientos No. 37673 para trazabilidad de pacientes y No. 37672 para importación de 400.000 historias clínicas, no habían sido cumplidos por el Área de Desarrollo, *ii)* le incluyeron el módulo de facturación de productos, que no necesitaba, y no les permitieron cambiarlo sin costo por el de cirugías, *iii)* la revisión de las necesidades del cliente no se hizo de manera correcta por el vendedor y todo lo pedido afecta el estándar – *cosa que desconocían* – y*, iii)* el formato de historia clínica que maneja *Manager Clinic* es inmodificable y no se ajusta a las necesidades de DIO S.A.S.

AVANCES SOFTWARE S.A.S. no demostró en el proceso haber cumplido con esos requerimientos mencionados, estando en mejor posibilidad de hacerlo pues es el dueño de la licencia y el único que a la hora de ahora, puede acceder a ella; además, queda claro que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. se sorprendió al saber que tendría estar pagando por cada requerimiento que hacía – *entre esos el del módulo de facturación de cirugía* – porque, si bien la propuesta que se les presentó no contenía específicamente todas las necesidades expuestas al Gerente de Proyecto, no resultaba lógico entonces haber perdido todo el tiempo de negociación previa con éste para ajustar un software a sus necesidades, cuando estas no iban a estar incluidas en el programa que estaban comprando.

La atención post venta fue deficiente y, además, desconocía el comprador que el formato de historias clínicas no podía modificarse, asunto que bien pudo ponérsele de presente en la etapa contractual porque era vital para el negocio, pero no se hizo, imposibilitando el uso del programa *Manager Clinic* para el demandante.

Así las cosas, es diáfano concluir que AVANCES SOFTWARE S.A.S. presentó una propuesta estándar, un contrato estándar y un programa estándar, y nada de lo que ofreció en la propuesta a DIAGNÓSTICO OFTALMOLOGICO S.A.S. tuvo en cuenta las necesidades particulares previamente conocidas por su representante comercial. Es decir, todo lo negociado en la etapa precontractual en cuanto a las especificaciones del programa que DIO S.A.S. necesitaba, fue desconocido por AVANCES SOFTWARE S.A.S. en el contrato, y terminó vendiendo un producto sin los desarrollos especiales que el comprador había negociado.

De la conclusión referida refulge claramente que, a más de haber desdeñado todo lo negociado en la etapa precontractual, el licenciante desatendió el contenido de la cláusula DÉCIMA del contrato, según la cual este *«se celebra en consideración a la naturaleza misma del USUARIO»*, cuando la realidad es que se trata del mismo documento que suscribe con todos los clientes.

Además de ser una cláusula que no se ajusta a la realidad, hace creer al cliente que el producto que ha negociado por espacio de un mes o más, es aquel cuyas adecuaciones coordinó con el asesor comercial o Gerente de Proyecto, y no la versión estándar, que las desconoce totalmente.

El que sí sería un contrato ajustado a la naturaleza del usuario, es uno en el que se incluyan todos los desarrollos especiales, ajustes y/o modificaciones solicitados, cotizados y aprobados en la etapa precontractual, de acuerdo con las características propias del negocio del comprador.

En concreto y frente al error sobre la calidad del objeto, a voces de los artículos 1511 y 1604 del C.C.:

> **Art. 1511.- Error de hecho sobre la calidad del objeto.** El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata y realmente es una masa de algún otro metal semejante.
>
> El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

> **Art. 1604.- Responsabilidad del deudor.** El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.
>
> (…) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Y a propósito de las consecuencias que trae para el contrato la existencia del vicio del consentimiento, los artículos 1740 y 1741 del Código Civil prevén:

> **Artículo 1740. Concepto y clases de nulidad.** Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.
>
> La nulidad puede ser absoluta o relativa.

> **Artículo 1741. Nulidad absoluta y relativa.** La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.
>
> Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.
>
> Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Todas las diferencias expuestas en este fallo, entre lo que AVANCES SOFTWARE S.A.S. y DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. consideraban válido durante las negociaciones precontractuales, en el sentido de determinar las características especiales del software que DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. estaba comprando, evidencian que en efecto, tal como se afirma en el hecho SÉPTIMO de la demanda, es cierto y se encuentra probado en el proceso: que AVANCES SOFTWARE S.A.S. no suministró la información *«clara, oportuna, veraz, suficiente, verificable, precisa e idónea, respecto del* ***alcance y limitaciones del programa de conformidad con las necesidades de la empresa****»*.

Esto condujo a que el comprador DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. creyera estar concretando la compra de un software con los ajustes y modificaciones solicitadas al Gerente de Proyecto, pero AVANCES SOFTWARE S.A.S. sólo le vendió la licencia estándar, sin tener en cuenta la naturaleza del cliente que consta en la cláusula DÉCIMA, ni las necesidades expresadas por la clínica a su representante comercial en la etapa contractual, causando con esto un error en la calidad del objeto sobre el cual versa el contrato, es decir, que uno era el software negociado entre DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. y el Gerente de Proyecto de AVANCES SOFTWARE S.A.S., que incluía la versión estándar y los desarrollos especiales, y otro era el software realmente contratado, que era sólo el estándar.

Este error en la calidad del objeto se traduce sin duda un **vicio del consentimiento** que conduce a la nulidad relativa del contrato y le daba derecho a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. para rescindirlo.

Y de lo dicho trasunta, emerge claramente que el error fue causado por el licenciante AVANCES SOFTWARE S.A.S. en perjuicio de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., pues aquel conocía desde la negociación previa las necesidades concretas y ajustes al programa que el comprador necesitaba que sin embargo no estarían incluidas en el contrato, y la labor comercial de su Gerente de Proyecto generó una situación de certeza para DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. no sólo frente a la viabilidad de los desarrollos especiales, sino de que estos estarían incluidos en el software que estaba comprando y **sin los cuales no hubiera contratado**; la ruptura de esos acuerdos negociales y la alteración de la calidad del objeto contratado se materializó al momento de firmarse el contrato de licenciamiento No. MC18JUN7247, con conocimiento pleno del licenciante, pero no del usuario.

Esta ruptura y alteración se concretó por la inviabilidad de los desarrollos, el costo adicional de todos ellos y la imposibilidad de que el programa sirviera a las necesidades de la empresa de salud que habían sido expresadas en la etapa precontractual, y que fueron advertidas por esta, no a la firma del contrato, sino durante la implementación del programa.

Este error además, no se encuentra justificado y contraría la buena fe negocial, habilitando a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. para rescindir el contrato, pues durante toda la etapa precontractual y contractual fue privado de información indispensable, vital, completa, veraz y oportuna, y se creó una situación de confianza que lo indujo a firmar un contrato oneroso en el que el licenciante no incluyó en el producto contratado, absolutamente ninguna de las necesidades ofrecidas y acordadas en las negociaciones previas.

iii) Indebida valoración probatoria por error y omisión

Pese a que la nulidad del contrato conduce a que los efectos del mismo no se produzcan y, por ende, resultaría inocuo valorar las pruebas del cumplimiento o no del mismo por las partes, el Despacho considera que es necesario estudiar los reparos del demandante a este respecto.

En la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373 del C.G.P. la juez de primera instancia, practicadas las pruebas testimoniales, corrió traslado para alegar y de inmediato profirió la sentencia que resolvió la litis.

Sumado a que no estableció un problema jurídico en el *sub judice* y al deficiente manejo que tuvo de las vistas públicas, pues permitió la discusión airada de los apoderados en el medio de los testimonios y la interrupción de los mismos por situaciones que no versaban concretamente sobre las objeciones a las preguntas, la *a quo* incurrió en varios yerros respecto de la valoración probatoria, que el apelante señaló en sus reparos al fallo.

En primer lugar, desdeñó la prueba documental trasladada de la Superintendencia de Industria y Comercio, argumentando que no era necesario escuchar los interrogatorios de las partes allí vertidos porque era suficiente con los recibidos en este proceso civil, sin conocer siquiera si las afirmaciones o negaciones de los representantes legales de las firmas enfrentadas coincidían en ambos casos, si las preguntas formuladas y las respuestas a ellas fueron las mismas, si alguna prueba documental del expediente traído sirve a esta litis, etc., máxime cuando el apoderado actor insistía en que esta prueba trasladada contenía una confesión del representante legal de la pasiva. Absolutamente nada evaluó la falladora de esta prueba, lo cual no explica que la haya decretado en audiencia inicial después de recibidos los interrogatorios, para luego ignorarla por completo.

Aspecto de no poca monta es también que la juez de primera vara no dijo nada acerca del contenido de los correos electrónicos que las partes intercambiaron antes de la suscripción del contrato y que le hubieran servido para advertir la existencia del vicio del consentimiento que este Despacho encontró configurado. Si no le servía la prueba documental trasladada, al menos era necesario haber estudiado estas probanzas, estos mensajes de correo cuyo contenido y autenticidad no fue desconocido por las partes.

Precisamente sobre ello, consideró recientemente la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que,

> «La apreciación en conjunto de los medios demostrativos guarda relación con el denominado principio de unidad de la prueba, que impone un examen concentrado de todos ellos con independencia de su naturaleza y del interés del sujeto que los aportó, en palabras de Devis Echandía, *"Significa este principio que el conjunto probatorio de juicio forma una unidad, y que, como tal, debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas globalmente se forme"*.
>
> Esta exigencia se relaciona también con el principio de adquisición o comunidad de la prueba, por virtud del cual, ésta no pertenece a quien la aporta, sino que una vez practicada e introducida legalmente es del proceso y, por lo tanto, *"debe tenérsela en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, sea que resulte en beneficio de quien la adujo o de la parte contraria, que bien pude invocarla (…)".*
>
> Desde esa perspectiva, en el sistema de la sana crítica adoptado por nuestro ordenamiento procesal civil, la apreciación probatoria es una operación de carácter crítico y racional que no puede cumplirse de manera fragmentada o aislada, sino en conjunto, con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, que, necesariamente, comprende el cotejo o comparación de todos los medios suasorios allegados al proceso, con el fin de establecer sus puntos de convergencia o de divergencia»[14].

En tal sentido es claro y le asiste razón al inconforme frente a que, al no valorar la prueba trasladada, la juez de primera instancia fragmentó las probanzas y escogió, no restarle valor probatorio, sino relevarse de su examen, lo cual afecta

[14] Sentencia SC-329 del 7 de septiembre de 2020, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

los principios enunciados en la cita jurisprudencial y conduce a la configuración de un defecto por indebida valoración probatoria que no es admisible y afecta al proceso y a las partes.

En el mismo orden de ideas, la juez *a quo* tuvo como parcializados todos los testimonios traídos al juicio, por tratarse de personas que tienen o tenían relación laboral con las partes. Al respecto dijo: *«lo que reclama el Juzgado es que esas declaraciones debían venir de personas ajenas a la parte demandada, para que las declaraciones testimoniales gozaran de plena imparcialidad (…). Fíjese por ejemplo la declaración de Óscar Valencia, fue contador de la parte demandante, entonces eso hace que se afecte la imparcialidad de que trata el Código General del Proceso».* Se pregunta este Despacho entonces quiénes son esas personas imparciales que no estén relacionadas con la compra del software – *asunto medular del juicio* – y aun así podían declarar sobre ella.

De otro lado y en cuanto a que la juez concluyó que AVANCES SOFTWARE S.A.S. sí cumplió con sus obligaciones contractuales, el apelante se duele del valor probatorio que aquella dio al acta de asistencia a capacitaciones, porque esta no proviene del demandante y no cumple con las previsiones de los artículos 243 y ss. del C.G.P.

Pues bien, instaladas las licencias, correspondía a AVANCES SOFTWARE S.A.S. capacitar a 25 personas de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. en el curso de los 60 días siguientes a la instalación del software, que según se dijo, fue el 6 de julio de 2018.

Como prueba del cumplimiento de esta obligación, la demandada allegó: *a)* los tiquetes aéreos para el capacitador MANUEL FERNANDO VILLAMIZAR con ida a Pereira el 8 y regreso a Bogotá el 15 de agosto de 2018 *(pág. 34 – 37, PDF13)*; *b)* Un listado de programación de capacitaciones remotas y descripción de su desarrollo *(pág. 38 – 44, PDF13)*; y *c)* un acta de asistencia en planta capacitación del 8 de agosto de 2018.

En su decisión, la juez *a quo* concluyó a frente a las capacitaciones, lo siguiente:

> «La parte demandada allegó como prueba un acta de asistencia en planta de capacitación de fecha 8/ago/2018 en la que se logra probar que se dio cumplimiento a la obligación referida en este numeral. (…) Es innegable que con la presentación de esta acta pues se puede establecer que la capacitación se llevó a cabo, independiente de que no se tenga en cuenta la declaración de la persona que se enuncia haber hecho esas capacitaciones presenciales y remotas»

En primer lugar, la juez sólo tuvo en cuenta el acta de capacitaciones en planta, pero no las remotas y además, desestimó la versión del capacitador MANUEL FERNANDO VILLAMIZAR PALOMINO porque, al ser trabajador de la demandada, su imparcialidad estaba afectada ¿Quién más, entonces, podía declarar sobre ellas?

Según el registro de capacitaciones remotas *(pág. 38 – 44, PDF13)*, se programaron 24 horas del 6 de julio al 5 de septiembre de 2018. En las capacitaciones remotas se realizaban *«ejercicios prácticos sobre la base de simulacro» (capacitación #13, pág., PDF13)*. También se dejaban tareas que los empleados de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. debían realizar.

Según el documento allegado, las capacitaciones Nos. 16 y 17 no se pudieron realizar porque el cliente las canceló. La #18 se acordó reprogramar, pero no existe prueba de que esta reprogramación se haya hecho. Las Nos. 22, 23 y 24 no se gestionaron, es decir, no fueron realizadas.

Este documento, que parece ser un informe arrojado por un sistema y gestionado por varios de los capacitadores de AVANCES SOFTWARE S.A.S., pero sin que haya confirmación por el usuario DIAGNÓSTICO

OFTALMOLÓGICO S.A.S., no puede tenerse como prueba fehaciente de la realización de las capacitaciones, no sólo porque no tiene ni siquiera firma digital del capacitador, sino porque carece de la verificación de realización de la clase por parte del usuario.

Además, si para esas fechas la empresa de salud ya tenía acceso al sistema, no se entiende por qué este reporte no lo firma digitalmente el beneficiario de la capacitación, sino que apenas tiene un *check* positivo en la fecha de la misma, desconociéndose quién lo hizo, y tampoco se explica desde dónde se genera este reporte, dónde está su original, quién lo elaboró y cuándo, y no puede decirse que se trate un documento virtual pues *«la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos» (inc. 2º, art. 247 C.G.P.).*

Entonces, ese documento que el demandado aportó como prueba de haber cumplido con las capacitaciones remotas, no comprende la totalidad de las pactadas ni reúne los requisitos de los documentos privados, lo cual debió tener en cuenta la *a quo* al momento de establecer si AVANCES SOFTWARE S.A.S. había cumplido con esta obligación contenida en el contrato.

En cuanto a las capacitaciones presenciales, el testigo MANUEL FERNANDO VILLAMIZAR afirmó que fue a dictarlas en tres días, de ocho horas diarias cada uno, para un total de 24 horas en las instalaciones de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. Sin embargo, el acta de asistencia en planta capacitación del 8 de agosto de 2018 *(pág. 45 – 49, PDF13)* registra actividades realizadas el 8 de agosto de 2018 desde las 8:00 de la mañana y el 9 de agosto de 2018 desde las 8:00 de la mañana, pero no existen registros de días posteriores, con lo cual, inicialmente, podrían contarse apenas 16 horas de capacitación.

El documento, sin embargo, no está firmado por el capacitador en nombre del licenciante, y por cuenta de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. hay una firma, pero se desconoce a quién corresponde, así que no existe certeza sobre la persona que lo signó, ni la fecha en que se firmó, incumpliendo con ello el requisito del inciso 1º del artículo 244 y el 253 del C.G.P. En todo caso, ese documento no es prueba del cumplimiento de las capacitaciones, pues según el contrato eran 48 horas, no 24, ni 16.

En su versión, el capacitador dijo que desconoce el número de horas pactadas en el contrato y, refiriéndose a las remotas, dice que estas quedan en un portal link donde se ven junto con la etapa en que va el proceso de capacitación; terminadas estas, agrega, se emite un acta de finalización. Esta acta se echa de menos y no puede equipararse al acta de asistencia en planta.

En consecuencia, la indebida valoración probatoria hecha por la juez de instancia condujo a tener por cumplidas unas obligaciones de capacitación por parte del demandado, que realmente no estaban acreditadas con prueba idónea.

Otro aspecto que la juez de primer grado abordó para tener como contratante cumplido a AVANCES SOFTWARE S.A.S., fue que el demandante no aportó dictamen pericial que demostrara en primer lugar, que sí tenía 400.000 historias clínicas por importar y, en segundo lugar, que estas no pudieron migrarse al *Manager Clinic* de forma masiva.

A propósito de la exigencia de la prueba pericial, ya se trató este tema de manera suficiente cuando se analizó sobre la carga de la prueba y se concluyó que, sea que se trate o no de negaciones y afirmaciones indefinidas, AVANCES SOFTWARE S.A.S. se encontraba en mejor posición para demostrar entre otros, este punto.

Según el acta de instalación contrato No. 2715 del 6 de julio de 2018, AVANCES SOFTWARE S.A.S. instaló 26 licencias para DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. *(pág 32 – 33, PDF13)*. La instalación la hizo

SEBASTIÁN BERNAL, quien no era ni el Director de Proyecto ni el Ingeniero Capacitador encargado del proyecto del software que se anunciaba en la propuesta, sino un practicante de una carrera técnica contable, quien dijo haber instalado al menos 7 de las licencias, pero dice que él no firmó el acta de instalación. Pese a que el 5 de julio de 2018 se cotizaron cinco licencias adicionales, se desconoce el otrosí que se firmó para estas y la fecha de su instalación.

El acta de instalación no viene firmada por el representante legal de AVANCES SOFTWARE S.A.S., y la firma que, se dice ahí, corresponde a la de JESÚS ANTONIO DAZA CRUZ como representante legal de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., no es la misma que aparece en otros documentos signados por el mismo profesional. En todo caso, ese documento no fue tachado de falso por el demandante ni desvirtuado su contenido, a pesar de estas precisiones.

Para el 6 de julio de 2018, fecha de la instalación, AVANCES SOFTWARE S.A.S. no había dado respuesta al usuario sobre la necesidad de importación masiva de historias clínicas que se refirió en el correo electrónico del 6 de junio de 2018; tampoco sobre la de la inclusión de posibles complicaciones en la orden solicitud de procedimientos, ni sobre el costo de los otros requerimientos *"que ya le habían mencionado"* al Gerente de Proyecto ALEXANDER HERNÁNDEZ, según se dice en el correo electrónico del 28 de junio de 2018 *(pág. 17 a 19, PDF04)*.

El 9 de julio de 2018 todavía AVANCES SOFTWARE S.A.S. no le había dado a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. la estructura que necesitaban del programa anterior para migrar las historias clínicas a *Manager Clinic (pág. 23, PDF04)*. Ello seguramente se refiere al archivo plano de Excel.

En particular, sobre la cantidad de historias clínicas, si bien a AVANCES SOFTWARE S.A.S. no le consta, tampoco es del caso desechar esa afirmación, pues la empresa demandante tiene una trayectoria de varios años y su archivo de historias clínicas claramente debe ser considerable. El interrogatorio de parte del representante legal de la clínica vertido ante el Superintendente de Industria y Comercio es además prueba de su dicho, y allí claramente afirma que ese es el número de consultas, que tiene 400.000. Los testimonios traídos por el demandante también mencionan esa cantidad.

En el correo del 28 de junio de 2018 el Gerente de Proyecto se refiere a la radicación del requerimiento para la importación masiva de historias clínicas, lo que indica que no eran pocas y que el demandante requería su migración masiva al otro sistema, no individual.

Frente a la demostración de que la importación masiva sí se podía hacer o no, se insiste, si la prueba idónea para la *a quo* era un dictamen pericial, debió haberlo decretado y no echarlo de menos en el fallo. Sin embargo, a juicio de esta instancia, AVANCES SOFTWARE S.A.S. bien pudo haber demostrado a través de un video en el que ejecutara la opción desde el software instalado a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S., para demostrar que así sean 50.000 o 400.000 historias, su importación masiva es posible.

Ninguno de los videos aportados prueba la posibilidad de importación masiva; es más, ni siquiera prueban que el software instalado a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. esté funcionando correctamente, pues lo que se aduce como prueba de funcionamiento es un video en donde se refieren las ciudades del país donde el *Manager Clinic* está siendo usado, pero no se prueba el funcionamiento de aquel que compró y se instaló en los computadores de la empresa demandante.

Tampoco las capacitaciones son prueba del funcionamiento del software en la clínica oftalmológica, pues el mismo capacitador MANUEL FERNANDO dijo que *«las pruebas de funcionamiento se hacen en las capacitaciones, allá se habilita*

una base de simulacro», es decir que la prueba de funcionamiento no se hace con la licencia comprada e instalada sino con una de prueba.

El mismo testigo dijo que la importación que se hace es masiva, con un archivo de Excel que tiene cinco o seis campos, *«donde yo diligencio la cédula del paciente, la fecha de registro del documento, registro otra serie de campos que no recuerdo, pero en ese archivo usted parametriza y configura para posteriormente generar la importación, para que esos adjuntos queden asociados al nuevo sistema».*

AVANCES SOFTWARE S.A.S. no probó ni el funcionamiento del software instalado, y tampoco la posibilidad de migración masiva de la que, se insiste, unas veces dijo que sí se cotizó e instaló, y otras dijo que no era viable. La juez *a quo* afirmó que los testimonios no sirven para demostrar esta funcionalidad de la importación masiva, y le asiste razón, pero la carga de la prueba, como se dijo, correspondía a AVANCES SOFTWARE S.A.S., dueña de la licencia, conocedora del funcionamiento, y de las opciones y módulos que dice haber desarrollado para la clínica.

En definitiva, frente a la valoración probatoria, la sentencia de primera instancia contiene conclusiones derivadas de yerros y omisiones carentes de fundamento legal y fáctico, que condujeron a tener a AVANCES SOFTWARE S.A.S. como contratante cumplido y a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. como incumplido, que no corresponden con la realidad que las pruebas demuestran.

C O N C L U S I Ó N

Visto lo que precede y habiéndose agotado el estudio del recurso de alzada, el Despacho revocará la sentencia de primera instancia, y en su lugar, declarará que el contrato de licenciamiento No. MC18JUN07247 ANUAL suscrito entre las partes, está viciado de nulidad por error de hecho sobre la calidad del objeto sobre el que se contrató, el que fue causado por AVANCES SOFTWARE S.A.S. y que afectó el consentimiento de DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. Esto significa que las cosas volverán al estado en que se encontraban antes de firmar el contrato.

Como consecuencia de esta declaración, se condenará a AVANCES SOFTWARE S.A.S. a devolver a DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. las sumas que pagó por la compra del software *Manager Clinic*, indexadas a la fecha de este fallo. Asimismo, se condenará en costas al demandado, en ambas instancias.

D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por el JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE BUCARAMANGA dentro del proceso VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL promovido por DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. contra AVANCES SOFTWARE S.A.S.

SEGUNDO.- DECLARAR NULO el contrato de licenciamiento MC18JUN07247 ANUAL suscrito entre AVANCES SOFTWARE S.A.S como licenciante y DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. como usuario, por haberse configurado el vicio del consentimiento por error de hecho en la calidad del objeto sobre el que se contrató, y que fue causado por el demandado en perjuicio del demandante.

TERCERO.- CONDENAR a AVANCES SOFTWARE S.A.S. a devolver al demandante DIAGNÓSTICO OFTALMOLÓGICO S.A.S. la sumas pagadas con ocasión del contrato de licenciamiento declarado nulo, que indexadas a la fecha equivalen a la suma de VEINTICINCO MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL CIENTO CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($25.914.159).

El pago de esta suma deberá realizarlo dentro de los ocho (8) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

CUARTO.- CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada y a favor de la parte demandante apelante. Como agencias en derecho en segunda instancia, se fija la suma de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el Acuerdo PSA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Liquídense por la Secretaría del Juzgado de conocimiento, conforme lo dispone el artículo 366 del C.G.P.

Las agencias de primera instancia las fijará la *a quo*.

QUINTO.- En la oportunidad legal y por Secretaría, DEVUÉLVASE el expediente digital al juzgado de origen, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LEONEL RICARDO GUARÍN PLATA
JUEZ

Para notificación por estado 039 del 27 de mayo de 2022.

Firmado Por:

Leonel Ricardo Guarin Plata
Juez Circuito
Juzgado De Circuito
Civil 011
Bucaramanga - Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
a6814aa4a85049a632b1f23d4cba717ae71f22a003a59ec50fd52d37245286d4
Documento generado en 26/05/2022 04:28:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica