

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

LABORATORIOS ALCON DE COLOMBIA S.A.

contra

INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A.

TABLA DE CONTENIDO

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL - SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE 1

I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR 1

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA 3

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL 7

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES 8

CAPÍTULO SEGUNDO 8

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES 8

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO 24

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN, LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS, LA POSICIÓN DOMINANTE Y EL ABUSO DE DICHA POSICIÓN 29

CAPÍTULO TERCERO 62

DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

I. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA 1.1. DE LA DEMANDA 62

II. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA 1.2. DE LA DEMANDA: LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO 77

III. LAS PRETENSIONES DE CONDENA 85

CAPÍTULO CUARTO	
EL JURAMENTO ESTIMATORIO Y LAS COSTAS	95
CAPÍTULO QUINTO	
DECISIÓN - PARTE RESOLUTIVA	97

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

LABORATORIOS ALCON DE COLOMBIA S.A.

contra

INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A.

LAUDO

Bogotá D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Luis Helo Kattah Presidente, Alfredo Luis Fuentes Hernández y Fabricio Mantilla Espinosa, con la secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **LABORATORIOS ALCON DE COLOMBIA S.A.**, parte convocante (en lo sucesivo, la convocante o Alcon) e **INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A.**, parte convocada (en lo sucesivo, la convocada o INO).

El presente laudo se profiere en derecho, dentro de la oportunidad conferida por la ley y con el voto unánime de los árbitros.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE ESTE PROCESO ARBITRAL - SINOPSIS DE SU CONTENIDO Y DEL TRÁMITE

I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR

1. El 7 de septiembre de 2012 Alcon e INO celebraron contrato de Compraventa de Equipos Médicos, cuya copia obra en el expediente.
2. En dicho Contrato las partes acordaron pacto arbitral, cuyo contenido obra a folio 06 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y que se transcribe a continuación:

“Tribunal de Arbitramento: Cualquier disputa que se presente entre las Partes con ocasión del presente Contrato será resuelta de manera definitiva por un tribunal de arbitramento constituido y gobernado conforme a las siguientes reglas:

El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros colombianos nombrados de común acuerdo por las partes. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación de los árbitros dentro de los 15 días calendario siguientes a la fecha en que una de las Partes haya requerido a la otra por escrito para tal efecto, éstas manifiestan expresamente que delegan dicha facultad en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

“El tribunal sesionará en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.; y

El arbitraje será institucional y el Tribunal fallará en derecho aplicando las leyes de la República de Colombia.”

3. El 31 de octubre de 2017, con fundamento en la cláusula transcrita, la convocante mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del tribunal de arbitraje pactado, con el objeto que se hicieran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.
4. En acta de 14 de noviembre de 2017 que obra a folio 39 del Cuaderno Principal N° 1, consta que tuvo lugar reunión para designación árbitros. Al no haberse logrado acuerdo entre las partes en relación con los integrantes del Tribunal se procedió a solicitarle al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá que procediera a sortear a los árbitros que integrarían el tribunal.
5. El 21 de noviembre de 2017, por sorteo público se designaron como árbitros principales a los doctores Luis Helo Kattah Presidente, Alfredo Luis Fuentes Hernández y Fabricio Mantilla Espinosa, quienes aceptaron en forma oportuna.
6. El 18 de enero de 2018 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Luis Helo Kattah y como secretario al doctor Fernando Pabón Santander (Acta No. 1, folios 83 a 86 del Cuaderno Principal N° 1). En dicha audiencia, se inadmitió la demanda de Alcon.
7. El 19 de enero de 2018, la convocante subsanó la demanda.

8. Por auto de 6 de febrero de 2018 se admitió la demanda y se dispuso dar traslado de la misma a la sociedad demandada por el término legal de 20 días hábiles.
9. El 26 de marzo de 2018, INO, por conducto de apoderado designado para el efecto, presentó contestación de la demanda.
10. Por auto de 13 de abril de 2018, se dio traslado a la parte convocante, por el término legal de cinco días y para los efectos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, del escrito de contestación de la demanda. De igual manera, se dio traslado de la objeción al juramento estimatorio por la convocada.
11. El 3 de mayo de 2018, tuvo lugar la audiencia de conciliación, diligencia que se suspendió por solicitud de las partes y se reanudó el 21 de mayo de 2018, fecha en la que culminó sin que las partes llegaran a acuerdo conciliatorio alguno.
12. En la misma audiencia de 21 de mayo de 2018, se señaló el monto correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal. Oportunamente, esto es, dentro del término previsto en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la convocante entregó a órdenes del Tribunal la totalidad de las sumas de dinero fijadas para cada parte por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de funcionamiento y otros.
13. El 27 de junio de 2018, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal decidió sobre su propia competencia y decretó las pruebas del proceso.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

A. Hechos en que se fundamenta la demanda

Los hechos que invoca la Convocante en la demanda se sintetizan a continuación:

1. El 7 de septiembre de 2012 ALCON e INO suscribieron el Contrato materia de este litigio.

2. EL plazo, las condiciones de pago y las sumas adeudadas por INO a ALCON fueron renegociadas a través de tres otrosíes.
3. ALCON cumplió con su obligación contractual principal de entregar los equipos médicos a INO.
4. ALCON cumplió con su obligación contractual de ofrecer y prestar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo a los equipos médicos que le vendió a INO.
5. ALCON emitió facturas a nombre de INO por concepto de la venta de equipos médicos, así como también por los servicios de mantenimiento correctivo y preventivo de los equipos médicos.
6. A partir del 13 de junio de 2016, INO dejó de pagar las cuotas que debía cumplir con ALCON.
7. INO no accedió a negociar la deuda con ALCON.

B. Las pretensiones de la demanda

La convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

"Las pretensiones declarativas quedarán conforme fueron presentadas en la demanda arbitral:

- 1.1. Que se declare que sin justificación legal y/o contractual alguna, durante la ejecución del Contrato, INO incumplió la obligación principal contractual de pagar de manera completa y oportuna el valor de los equipos médicos y los mantenimientos recibidos por parte de ALCON.
- 1.2. Consecuentemente, que se declare la resolución del Contrato y el reconocimiento y pago, a cargo de INO y a favor de ALCON, de las indemnizaciones a que haya lugar.
- 1.3. Que se declare y reconozca que INO debe a ALCON los intereses moratorios, o subsidiariamente los intereses que sean decretados por el Tribunal, respecto

de las sumas de dinero adeudadas por INO con ocasión de las facturas emitidas por ALCON desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de cada factura.

1.2. Las pretensiones condenatorias quedarán así:

2.1. Que se condene a INO a pagar a ALCON todas las sumas, costos y extra costos resultantes de la prosperidad de las pretensiones declarativas. Discriminadas de la siguiente manera:

2.1.1. Por concepto de lucro cesante, obtenido del capital total incumplido por parte de INO, el valor asciende a **\$1.423.751.687**, de acuerdo con la suma total de las facturas que se relacionan a continuación:

	N° de Factura	Fecha de emisión	Valor
1	163495	11/28/12	\$ 609.793.130
2	163497	11/28/12	\$ 114.120.851
3	163498	11/28/12	\$ 98.536.738
4	166381	02/15/13	\$ 197.775.539
5	180873	11/18/13	\$ 10.296.067
6	182667	12/18/13	\$ 10.296.067
7	183412	01/15/14	\$ 10.296.067
8	185167	02/18/14	\$ 10.296.067
9	185296	02/20/14	\$ 3.091.688
10	186835	03/19/14	\$ 10.811.349
11	188321	04/16/14	\$ 10.811.349
12	189876	05/20/14	\$ 10.811.349
13	191588	06/19/14	\$ 10.811.349
14	193166	07/18/14	\$ 10.811.349
15	195003	08/20/14	\$ 10.811.349
16	196776	09/18/14	\$ 10.811.349
17	198793	10/22/14	\$ 10.811.349
18	199840	11/11/14	\$ 188.863.872
19	200566	11/21/14	\$ 10.811.349

20	202076	12/15/14	\$ 10.811.349
21	205045	02/20/15	\$ 10.811.349
22	206389	03/16/15	\$ 10.811.349
23	208356	04/21/15	\$ 10.811.349
24	210096	05/15/15	\$ 10.811.349
25	223902	01/22/16	\$ 10.811.349
26	243719	01/17/17	\$ 8.215.366
			\$ 1.423.751.687

2.1.2. Por concepto de daño emergente, los intereses moratorios causados por el incumplimiento en los pagos de las facturas emitidas por ALCON a nombre de INO, calculado desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de cada factura hasta el 31 de octubre de 2017 (fecha de presentación de la demanda arbitral). La suma por este concepto asciende a \$ 112.839.924.

- 2.2. Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulte a favor de ALCON, se liquiden intereses legales puros.
- 2.3. Que se condene al INO a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho.”

C. La contestación de la demanda

El 26 de marzo de 2018 el Instituto Nacional de Oftalmología S.A. presentó escrito de contestación de demanda en el que se pronunció sobre los hechos de la misma, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

- Imposibilidad de cumplir el contrato en los términos impuestos por la convocante, a causa de la excesiva onerosidad impuesta en las estipulaciones contractuales
- Ineficacia de las estipulaciones consideradas como abusivas dentro del contrato, por considerar que no son propias de un contrato de compraventa puro y simple.
- Excepción Innominada

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

A. Pruebas

Mediante providencia de 27 de junio de 2018, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

1. El 16 de julio de 2018 tomó posesión como perito el representante legal de la firma Íntegra Auditores Consultores S.A. (en lo sucesivo, Íntegra). En la misma fecha se recibieron los testimonios de Nelson Rogelio Pérez Díaz, Mary Lorena Ordóñez Vélez y Carlos Andrés Ramírez Charry. En la misma fecha se aceptaron los desistimientos de los testimonios de Luisa Fagua y de Augusto Moreno.
2. El 17 de julio de 2018 se practicó la declaración de parte de la representante legal de INO y la declaración de parte de la representante legal de Alcon.
3. El 15 de agosto de 2018 se puso a disposición de la convocada la experticia de parte que fue aportada por Alcon y se dio traslado a las partes del peritaje rendido por Íntegra.
4. El 1º de octubre de 2018, se practicó el interrogatorio al perito de Íntegra, responsable del peritaje.
5. El 5 de octubre de 2018 se practicó el interrogatorio al perito Rafael Humberto Arias Sánchez.
6. En la misma fecha, habida consideración de que todas las pruebas decretadas en el trámite arbitral se encontraban practicadas y que a la fecha ninguna estaba pendiente de decreto o práctica, se declaró concluida la instrucción del proceso y se citó a las partes a audiencia de alegaciones finales.

B. Alegaciones finales.

Una vez concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas solicitadas por las partes y decretadas por el Tribunal, el 6 de noviembre de 2018 se llevó a cabo

la audiencia en la que las partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron los correspondientes resúmenes escritos que obran en los autos.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES.

De lo expuesto en precedencia, resulta claro que la relación procesal se constituyó en regular forma y se corrobora que las partes que han concurrido a este proceso, son legalmente capaces, con facultad y posibilidad legal para transigir, estuvieron representadas en este trámite arbitral por abogados inscritos, amén de que la demanda cumple con las exigencias legales, de suerte que los presupuestos procesales de competencia del juez, capacidad para ser parte y su debida representación, así como la demanda en forma, están satisfechos, lo que permite al Tribunal proferir una decisión de fondo.

En este orden de ideas, como quiera que la relación procesal existente en el presente caso se ha configurado en regular forma y que en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que, en cuanto tenga virtualidad legal para invalidar lo actuado y no aparezca saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, es de rigor decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes y en orden a hacerlo son pertinentes las siguientes consideraciones.

CAPÍTULO SEGUNDO CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES

1. Objeto

Según consta en documento suscrito el 7 de septiembre de 2012, las partes suscribieron el denominado Contrato de Compraventa de Equipos Médicos, en virtud del cual, según reza el Capítulo III, relativo al objeto, "ALCON transfiere a título de venta y enajenación perpetua, y recíprocamente el Cliente adquiere al mismo título, los equipos, maquinarias, herramientas y demás accesorios de los mismos, los que por sus características y especificaciones se relacionan en el Anexo 1"

El Anexo 1 es el siguiente:

EQUIPOS, PRECIOS CON DESCUENTO (1)									
Equipos	Precio de Lista Equipo	Valor Descuento Equipo	Precio Neto de Equipos (Valor a facturar)	Precio Lista Mantenimiento	Valor Descuento Mantenimiento	Precio Neto de Mantenimiento	Precio Lista Total	Total Descuento	Precio Neto con Descuentos Total
WAVELENGTH EX500Hz Laser	941.325.000	167.060.000	774.245.000	493.075.000	208.308.542	284.766.458	1.434.400.000	375.388.542	1.059.011.458
ALLEGRO Topolyzer VARIO	89.092.377	19.728.377	69.364.000	16.137.000	6.805.417	9.331.583	105.229.377	26.533.794	78.695.583
ALLEGRO Oculyzer II	185.177.454	40.500.454	144.677.000	33.170.500	14.011.574	19.158.926	218.347.954	54.512.028	163.835.926
ALLEGRO BioGraph	99.452.331	22.010.331	77.442.000	17.930.000	7.569.907	10.360.093	117.382.331	29.580.238	87.802.093
ALLEGRO Analyzer	176.112.046	39.146.046	136.966.000	31.377.500	13.258.379	18.119.121	207.489.546	52.404.425	155.085.121
YAG	53.790.000	26.190.000	27.600.000	30.460.000	9.138.000	21.322.000	84.250.000	35.328.000	48.922.000
CAMPIMETRO MARCA CARL ZEISS MEDITEC-KAIKA	68.600.574	-	68.600.574	-	-	-	68.600.574	-	68.600.574
INVERSOR DE IMAGEN PARA RETINA EIBOS 2 - ROCOL	29.160.000	-	29.160.000	-	-	-	29.160.000	-	29.160.000
MICROSCOPIO DE CONTEO DE CEDULAS KONAN - ROCOL	58.312.872	-	58.312.872	-	-	-	58.312.872	-	58.312.872
CAMARA DE ANGIOGRAFIA MARCA TOPCON VISMEDICAL	98.820.000	-	98.820.000	-	-	-	98.820.000	-	98.820.000
CONSTELLATION B	152.405.000	30.287.000	122.118.000	73.350.000	10.658.000	62.692.000	225.755.000	40.945.000	184.810.000
PUREPONT LASER + SL1000 + Adaptador + Filtro + Filtro Microscopio	109.832.106	10.321.106	99.511.000	38.600.000	16.984.000	21.616.000	148.432.106	27.305.106	121.127.000
OTC CIRRUS 4000 KAIKA	176.381.200	-	176.381.200	-	-	-	176.381.200	-	176.381.200
TOTAL	2.238.460.960	355.263.314	1.883.197.646	734.100.000	286.733.819	447.366.181	2.972.560.960	641.997.133	2.330.563.827

2. Precio y forma de pago

Precio inicial de los equipos y del servicio de mantenimiento

En armonía con lo registrado en el cuadro que antecede, el Capítulo V del Contrato regula lo relativo al precio de los equipos, del mantenimiento de los mismos y a su forma de pago, estableciendo en el inciso primero que el valor total del contrato antes de descuentos es de \$2.972.560.960, antes de IVA. Esto significa, en principio, que INO debía pagar la suma indicada más el correspondiente valor del IVA.

Precio de los equipos y del servicio de mantenimiento con el descuento sobre equipos y mantenimiento

No obstante lo anterior, en el inciso segundo del Capítulo V se contempla la posibilidad de un “Descuento sobre Equipos y Mantenimientos” en favor del Cliente por valor de \$641.997.132.

Según reza la citada estipulación contractual, el descuento en favor de INO “se podrá mantener siempre y cuando cumpla con las condiciones establecidas en este Contrato”.

Lo anterior significa que con el descuento indicado, el precio de los equipos y del mantenimiento se reduce a la suma de \$ 2.330.563.828.

Forma de pago

INO se obligó a pagar la cantidad de \$ 2.330.563.828 en el plazo de cinco (5) años, contados a partir del 7 de septiembre de 2012, fecha de suscripción del contrato. El plazo del contrato se extendió entonces hasta el 7 de septiembre de 2017.

Para tal efecto, ALCON se comprometió a facturar los Equipos “con el valor neto después de aplicado el “Descuento del Equipo”, sin perjuicio de que si el cliente no cumple con las condiciones del contrato pueda posteriormente facturarle el valor del Descuento del Equipo” y se dispuso que “Las facturas se expedirán gradualmente con la entrega individual de cada equipo”.

Establecido así el precio de los equipos y del servicio de mantenimiento, INO se obligó a pagarlo de la siguiente forma:

\$ 1.338.732.488 en 20 cuotas mensuales, a partir del mes siguiente a la emisión de la factura, así:

- \$ 180.000.000 en 6 cuotas de \$30.000.000 cada una.
- \$ 540.000.000 en 6 cuotas de \$90.000.000 cada una, y
- \$ 618.732.488 en 8 cuotas de \$77.341.561 cada una.

Para el pago de la diferencia de \$991.831.339, según reza el contrato, ALCON le otorgó a INO, durante la vigencia del plazo, “un Beneficio Especial”, en atención a su fidelidad comercial, representado en descuentos otorgados por la adquisición de Productos Alcon, equivalente al mostrado en el Anexo IV, o de cualquier otro producto que las Partes convengan de manera expresa, mediante la firma de Otrosí al Contrato”

El *Beneficio Especial* consistía en que con la compra mensual de los productos indicados en el Anexo IV del contrato, el descuento por beneficio señalado en el mismo anexo, equivalente aproximadamente al 97% del valor de compra, se debía imputar mensualmente al pago de la factura de los equipos. En otras palabras, INO podía abonar al valor de las facturas de los equipos el 97%, aproximadamente, del

valor de las compras de los productos relacionados en el Anexo IV. La diferencia era imputable entonces al valor de compra de los productos.

Se ha establecido que los productos a que se refiere el citado Anexo IV del contrato son las tarjetas electrónicas denominadas WaveCard EX 500 20 Proceduras, que permiten habilitar el funcionamiento o la realización de procedimientos del equipo Laser LX500, lo cual en la práctica resulta ser un mecanismo que garantiza el pago del saldo de la financiación del precio de los equipos, en el caso la suma de \$\$991.831.339.

Respecto a este "*Beneficio Especial*", en el Capítulo V del Contrato se estipuló que:

"Las Partes reconocen que el sistema aquí establecido es un beneficio que se le ofrece al Cliente en atención a su fidelidad comercial con Alcon, el cual supone: (i) contar con una posibilidad de pago de los Equipos que solo se otorga a clientes que hayan tenido o pretendan tener una relación de largo plazo con Alcon para la compra de Equipos y Productos; (ii) contar con un beneficio especial de descuentos sobre el valor de los Productos durante el Plazo, y (iii) poder adquirir los Equipos y los Mantenimientos con el Descuento sobre los mismos..."

Adicionalmente en el Parágrafo II del Capítulo V se convino lo siguiente:

"Las Partes entienden y aceptan que el sistema aquí establecido no implica para el Cliente la obligación de efectuar compras de Productos, sino que supone el otorgamiento de ciertos beneficios derivados de esas compras en el evento de llegar a producirse. En cualquier caso, las compras de Productos se sujetarán a los términos y condiciones que las Partes establezcan en las órdenes de pedido y/o en las facturas correspondientes, especialmente en términos de precio, plazos de pago, condiciones y plazos de entrega, y similares."

Según la estipulación que antecede es potestativo del Cliente acogerse o no acogerse al "*Beneficio Especial*" para efectos, en el caso en estudio, del pago de la mencionada diferencia de \$991.831.339.

Si el cliente no se hubiera acogido al "*Beneficio Especial*", habría tenido que pagar dicho valor mediante abonos en dinero en efectivo, por transferencia bancaria, a la cuenta indicada por ALCON y no tendría el "*Descuento sobre Equipos y Mantenimientos*" por valor de \$ 641.997.132.

En otras palabras, habría tenido que pagar en efectivo un total de \$ 2.972.560.960 como precio de los equipos y del mantenimiento de los mismos, más el valor del correspondiente IVA, en cuyo caso habría adquirido una tarjeta WaveCard especial que le habría permitido realizar en forma ilimitada los procedimientos del equipo

Laser LX500, según lo explicó la representante legal de Alcon se ha establecido en este proceso¹.

Sin embargo, habiéndose acogido INO al *"Beneficio Especial"*, le dio la posibilidad de conservar el descuento sobre el equipo y los mantenimientos, por valor de \$641.997.132, siempre que cumpliera con las condiciones establecidas en el contrato, y de pagar el saldo del precio de los equipos mediante la compra de productos Alcon y el abono de los descuentos por beneficio acordados en el Anexo IV del contrato, que a continuación se transcribe:

Producto	Año 1 Cantidad Mensual	Año 2 Cantidad Mensual	Año 3 Cantidad Mensual	Año 4 Cantidad Mensual	Año 5 Cantidad Mensual	Precio de Compra	Descuento por Beneficio
WaveCard EX 500 20 Proceduras	2	8	8	9	10	\$ 4.055.080	\$ 3.933.428
Total	2	8	8	9	10		

Como puede apreciarse, este Anexo IV contiene la *"Descripción de productos con Beneficio Especial"*, que en otros apartes del contrato se denominan *"Cantidades Estimadas de Productos"*, y corresponden a las unidades de productos mensuales que el Cliente debía adquirir para obtener el Beneficio Especial.

En total eran 444 unidades del producto WaveGard EX 500 20 Proceduras, ya mencionado, que en principio debían ser adquiridas en el término de los 5 años, así: 24 en el primer año, 96 en el segundo año, 96 en el tercer año, 108 en el cuarto año y 120 en el quinto año. El precio de compra de cada unidad se fijó en la suma de \$ 4.055.080, lo cual significa que el precio de las 444 unidades habría ascendido a la suma de \$ 1.800.455.520, y el descuento por beneficio se determinó en la suma de \$ 3.933.428, lo cual significa que dicho descuento habría ascendido a la suma de \$ 1.746.442.032.

¹ Página 38 de su declaración.

Sobre estos descuentos en el contrato se estipuló que su valor, “no obstante corresponder a un descuento real y efectivo sobre el valor de los Productos, será en todo caso pagado por el Cliente de manera simultánea al pago del valor de los Productos adquiridos y facturados, y dicho importe se imputará mensualmente al pago de la Factura de los Equipos.”

Esto significa que INO debía pagar los productos que adquiriera mensualmente denominados WaveCard EX 500 20 Proceduras al precio de compra estipulado y el valor del descuento por beneficio se debía imputar al pago de las facturas de los equipos correspondientes al saldo de \$991.831.339.

Ahora bien, el valor total de compra de los productos, que asciende a \$ 1.800.455.520, y el valor total del descuento por beneficio, que asciende a \$ 1.746.442.032, exceden el valor del saldo del precio financiado a través de este mecanismo, que, según vimos, asciende a \$ 991.831.339, lo cual plantea un interrogante acerca del desequilibrio que se genera como consecuencia de esta situación.

¿Se trata acaso de cobrar sumas que superan el valor de lo debido en virtud del precio pactado?

La respuesta al interrogante planteado la brinda el mismo texto contractual en su Capítulo V, al disponer, de una parte, lo siguiente: “Las Partes acuerdan que si el cliente adquiere durante el Plazo una cantidad acumulada de Productos equivalente a las cantidades contempladas en el Anexo IV (las Cantidades Estimadas de Productos), el valor de la Factura de los Equipos se entenderá cancelado en su totalidad”; y, de otra, que “si por cualquier causa el valor de los descuentos cuyo monto hubiere sido efectivamente entregado en dinero a Alcon excediere el Precio de los Equipos, la diferencia permitirá que el Cliente termine de pagar el Equipo antes del Plazo establecido, o se aplicará bien sea para la adquisición de nuevos Equipos por parte del Cliente, o bien para la compra futura de Productos”.

La posibilidad de pagar el equipo antes del plazo establecido prevista en la estipulación contractual que antecede fue explicada tanto en el informe contentivo de la experticia de parte aportada por la convocante al reflejar lo que en su opinión corresponde al tercer escenario económico o financiero derivado del contrato², como en la declaración que rindió ante este tribunal la representante legal de la misma convocante³.

Lo anterior significa, en el supuesto planteado, que el mecanismo previsto en el contrato brinda no solo una sino tres posibilidades de aplicación del mayor valor

² Folio 124 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

³ Pág. 44 de la declaración de parte.

pagado, lo cual no implica cobrar ni pagar más de lo debido en relación con el precio pactado.

¿Pero qué ocurre si, por el contrario, el cliente no adquiere los productos en las cantidades y oportunidades indicadas en el Anexo IV?

El contrato prevé que, si después de 12 meses de su celebración el cliente no ha comprado lo acordado en el Anexo IV, "Alcon podría extender por 12 meses este contrato, renegociar los plazos o requerir el pago en efectivo del valor sin "Descuento sobre Equipos". Y dispuso además que, si "Alcon elige el pago en efectivo, el Cliente deberá pagar el saldo pendiente del valor total de los equipos a más tardar dentro de los 30 días a partir de la fecha que se le notifique".

En el caso en estudio, como se verá más adelante, las partes optaron por renegociar en tres ocasiones los términos y condiciones del contrato, no solamente por el hecho de no haber adquirido INO la cantidad de productos acordada, lo que llevó a un acuerdo de modificar la cantidad de "productos consumibles", sino también por el hecho de no haber pagado el precio de los equipos y mantenimiento en las oportunidades convenidas.

El contrato también prevé que al finalizar el plazo del mismo se deben sumar todos los descuentos imputados mensualmente al precio de los equipos y "En caso de que la sumatoria de los valores imputados al Precio de los Equipos sea inferior a éste, este contrato podrá ser renegociado, siempre y cuando ambas partes manifestaran el interés y la viabilidad para hacerlo y cumplirlo".

Además se estipuló que si después de la renegociación el cliente mantiene saldos por pagar, éste saldo será cancelado por el Cliente en la forma indicada en el parágrafo I del Capítulo V, antes transcrito.

En el mismo supuesto, si las partes no llegaban a un acuerdo sobre la renegociación del contrato, se pactó la pérdida del Descuento sobre los Equipos y Mantenimientos y se estipuló que Alcon procedería en ese momento a facturar su valor, el cual debía ser pagado por el cliente "en los términos y condiciones que en su momento establezca Alcon como se expresa en PARÁGRAFO I, sin perjuicio de que Alcon y el Cliente de común acuerdo determinen unas condiciones especiales para su pago."

3. Obligaciones de las partes

El Capítulo IV del Contrato consagra diversas estipulaciones relacionadas con la compraventa de los equipos, como las relativas a las obligaciones de ambas partes.

En cuanto a las **Obligaciones de ALCON**, el segundo inciso del Capítulo IV dispuso lo siguiente:

“Obligaciones de Alcon: Son obligaciones de Alcon bajo el presente contrato las siguientes: (i) Entregar los equipos en las fechas acordadas durante la firma del presente Contrato, obligación esta que el Cliente declarará cumplida a su total y entera satisfacción, mediante la firma de ambas Partes de las Actas de Entrega de cada Equipo, una vez comprobado que se cumplió con el protocolo de entrega en funcionamiento. (ii) Recibir del Cliente el pago del Precio por los Equipos (según éste se define más adelante). (iii) Proporcionar los Servicios de Garantía en los términos y condiciones establecidos en el Anexo II. (iiii) Proporcionar los Servicios de Mantenimiento en los términos y condiciones establecidos en el Anexo III.”

Respecto a la entrega de los equipos, además de lo estipulado en el numeral (i) anterior, se acordó que si bien ALCON la haría en la fecha “a definirse con la firma del presente contrato”, se precisó que “las fechas estimadas de entrega de cada equipo serán las que se reflejen en el Anexo 1” y se previó que si se presentaban demoras en dicha entrega, en particular de los equipos que ALCON debía adquirir de terceros proveedores, ALCON debía informar de ese hecho a INO, y que si dichas demoras ocurrían por hechos no imputables a ALCON, no habría incumplimiento de ALCON al contrato celebrado.

Adicionalmente ALCON declaró que haría la entrega de equipos “en perfecto estado y funcionamiento” e INO se obligó a declarar que los recibiría en el mismo estado “una vez se hayan realizado las pruebas de buen funcionamiento de los mismos, con base en el conocimiento profesional y técnico del personal de ambas partes encargados de entregar y recibir respectivamente”.

En cuanto a la garantía de los equipos se pactó que ALCON la otorgaba al cliente sobre los equipos nuevos, por el término de un (1) año, en las condiciones detalladas en el Anexo II, en el cual se advierte que tratándose de equipos ALCON, que a continuación se relacionan, la garantía es de “1 año a partir de la fecha de instalación, según conste en el REPORTE DE SERVICIO firmado por las dos partes, para los equipos:

EQUIPOS	SERIAL
WAVELIGHT® EX500Hz Laser	1016-2-248
ALLEGRO Topolyzer VARIO	1029-1-264
ALLEGRO Oculyzer II	1021-1-271
ALLEGRO BioGraph	1088-1-237
ALLEGRO Analyzer	1071-1-302
CONSTELLTION® B	1202210601X

PUREPOINT™ Laser + SL 1000 + Adaptador + Filtro + Filtro Microscopio	1201726701X
--	-------------

Y se aclara que *“Las condiciones de la Garantía son las mismas que las definidas en el CONTRATO DE MANTENIMIENTO del Anexo III”*

Respecto al período de garantía de los equipos de otros proveedores, se estableció que dicho período es *“El que el Proveedor defina según sus políticas”* y se refiere a los siguientes equipos:

CAMPIMETRO MARCA CARL ZEISS MEDITEC-KAIKA
INVERSOR DE IMAGEN PARA RETINA EIBOS 2 - ROCOL
MICROSCOPIO DE CONTEO DE CELULAS KONAN - ROCOL
CAMARA DE ANGIOGRAFIA MARCA TOPCON Vismedical
OTC CIRRUS 4000 KAIKA

En cuanto al servicio de mantenimiento de los equipos, Alcon se obligó a proporcionar al cliente, por la compra de cada equipo, durante el plazo del contrato, los servicios de mantenimiento preventivo y correctivo, según la especificación contenida en el Anexo III, denominado *“Contrato de Mantenimiento”*, previa programación por escrito acordada entre las partes, y se convino que este servicio se mantendría *“durante el término del contrato siempre y cuando se encuentre vigente”*.

Se precisó que el servicio de mantenimiento para equipos nuevos se proporcionaría *“a partir de la finalización del Término de Garantía y hasta la finalización del Plazo del Contrato”*.

Se aclaró igualmente que los servicios de mantenimiento incluyen los servicios y repuestos que se indican en el Anexo III, advirtiéndose que *“serán sin costo los que allí se indican como tales”*, toda vez que *“cualquier otro servicio de mano de obra o repuesto será facturado y cobrado a las tarifas que Alcon tenga establecidas en la fecha de prestación del servicio”*.

Para los servicios y repuestos excluidos se pactó que el cliente debía pagarlos en los términos comerciales que Alcon le tenía aprobados, salvo que se conviniera algo diferente para una específica transacción.

Finalmente se estipuló que Alcon podía facturar y cobrar los servicios y repuestos incluidos en el Anexo III *“si se comprobaba que hubo negligencia o maltrato en el uso del equipo por parte del Cliente”*.

El anexo III del Contrato se refiere al Contrato de Mantenimiento y según consta en el documento contentivo del mismo se suscribió el 7 de septiembre de 2012

Este contrato regula las relaciones entre las partes por razón o con ocasión del servicio de mantenimiento que ALCON se obligó a prestar para los equipos marca ALCON, antes relacionados.

Se precisó que se encuentran excluidos del anterior servicio de mantenimiento los equipos de otros proveedores, al haberse convenido que dicho servicio debía ser contratado directamente por INO con los distribuidores autorizados en Colombia de los mencionados equipos (cláusula ocho), y se estableció que ALCON debía prestar el servicio de mantenimiento por el término de cinco (5) años, en el entendido que el primer año corresponde al Servicio de Garantía acordado en el Anexo II.

Se reiteró que los términos y condiciones acordados en el Anexo III para la prestación del servicio de mantenimiento son aplicables al período inicial de garantía, por expresa referencia que a estos términos y condiciones hace el Anexo II.

Pues bien, dichos términos y condiciones son básicamente los siguientes:

- Los equipos debían mantenerse en la dirección del cliente, en este caso, en la Calle 127 A # 7-63, 5 piso, de Bogotá.
- Si a juicio de ALCON el traslado del equipo era necesario, así lo debía informar al cliente y el gasto de transporte sería asumido por ALCON.
- ALCON se comprometió a realizar las visitas anuales preventivas indicadas en el cuadro anterior y se convino que serían programadas de común acuerdo con INO.
- El objeto de estas visitas consistía en que ALCON debía efectuar una recalibración y revisión funcional de los instrumentos: electrónica, mecánica, óptica e hidráulica si hubiere lugar, y asegurarse que tales instrumentos cumplieran con los estándares de funcionamiento exigidos por el fabricante.
- Se convino que la suma acordada por el servicio de mantenimiento incluía mano de obra, repuestos, alojamiento y alimentación de uno de los ingenieros empleados por ALCON para llevar a cabo el trabajo y que la decisión de reparar o reemplazar cualquier repuesto de los instrumentos mencionados era de ALCON, basándose en el propósito de mantener los equipos en perfectas condiciones de funcionamiento.

No obstante lo anterior, se excluyeron algunos costos que debían ser asumidos y pagados por INO, como los daños ocasionados por causa de fuerza mayor o caso fortuito. Igualmente se excluyeron los costos de "la ejecución ordenados por el cliente, tales como actualizaciones de hardware y software, modificaciones, accesorios, consumibles, piezas de mano, etc. [que] no son considerados repuestos y son

diferentes a los establecidos en este contrato. Estos deberán ser pagados por EL CLIENTE a ALCON según los precios vigentes en ese momento y en las condiciones comerciales aprobadas". (Cláusula tres)

Como complemento de lo anterior, en la cláusula cuatro se acordaron algunos puntos con el propósito de facilitar el alcance del acuerdo de servicio, entre ellos el relacionado con las instalaciones requeridas para el buen funcionamiento de los equipos, la responsabilidad del cliente por el manejo inadecuado de los mismos, la ausencia de responsabilidad de Alcon por el mantenimiento de los equipos por parte de terceras personas, el alcance de las obligaciones de Alcon, etc.

Adicionalmente se acordó que "el valor individual del mantenimiento de los equipos por los 4 años amortizado durante los 5 años del Plazo del Contrato de Compra Venta de los Equipos Médicos, son los que se reflejan en el Anexo I del Contrato en mención del cual este Anexo hace parte".

Por último, las partes estipularon que "en caso de que EL CLIENTE incumpla en cualquiera de los pagos que adeude a ALCON por concepto de servicio de mantenimiento, ALCON podrá, sin perjuicio de las demás acciones y derechos que tenga, suspender de forma inmediata la prestación del servicio objeto de este contrato, sin que sea necesario enviar requerimiento alguno a EL CLIENTE o constituirlo en mora. EL CLIENTE será el único responsable por los efectos o consecuencias que ocurran por la suspensión en la prestación del Servicio antes indicada, y, por lo tanto, ALCON no tendrá ningún tipo de responsabilidad en tal evento".

En cuanto a las **Obligaciones de INO**, estas dicen relación con el pago del precio, el recibo de los equipos, la responsabilidad derivada del uso de los mismos, el pago de los gastos e impuestos sobre los equipos, el mantenimiento de aquellos adquiridos de proveedores distintos a ALCON y las demás obligaciones derivadas de la ley y del contrato.

En efecto, en el inciso tercero del Capítulo IV se dispuso lo siguiente:

"Obligaciones del Cliente: Son obligaciones del Cliente bajo el presente Contrato principalmente las siguientes: Pagar el valor total de los Equipos adquiridos de conformidad con el presente Contrato, en los términos y condiciones aquí establecidos (i) Recibir los Equipos en el lugar definido por el Cliente y previamente informado a Alcon, en el estado en que se encuentran según acordado por las Partes (ii) Asumir íntegramente las responsabilidades derivadas del uso y operación de los Equipos a partir del momento de su entrega a satisfacción del Cliente mediante la firma por ambas Partes de las Actas de Entrega de cada Equipo. (iii) Asumir cualesquiera impuestos, gastos, seguros y cargas relacionados con los Equipos y los servicios de mantenimiento ofrecidos por proveedores distintos a Alcón, específicamente aquellos

que se causan o liquidas a partir de la fecha del presente Contrato, así como para los equipos que Alcón ha comprado de proveedores terceros para incluir en este Contrato.
(iv) Las demás derivadas de la ley o de otros apartes del presente Contrato”.

Adicionalmente, el cliente se obligó a mantener en estricta confidencialidad durante la ejecución del contrato y por dos años más, después de su terminación, la información relacionada con ALCON que se describe en el mismo contrato, y asumió la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

4. Efectos del incumplimiento

El Capítulo VI del contrato se refiere a este asunto y allí se estipula lo siguiente:

“Resolución o Cumplimiento: El presente Contrato se resolverá en cualquier tiempo por incumplimiento en las obligaciones de entrega o de pago con las correspondientes restituciones mutuas a que haya lugar según lo determine la Parte cumplida, en los términos señalados en los artículos 942 y 948 del Código de Comercio, y en las demás normas concordantes o complementarias de éstas. No obstante, lo anterior, la Parte cumplida podrá también optar por preservar (sic) en el Contrato, exigiendo las obligaciones a cargo de la Parte incumplida con la correspondiente indemnización de perjuicios, todo lo cual procederá de conformidad con las normas aplicables sobre la materia.

“Consecuencias de la resolución o de la acción de cumplimiento: La resolución del Contrato dará lugar a las restituciones mutuas con la correspondiente indemnización de conformidad con las normas aplicables. Por su parte, la decisión de Alcon de preservar (sic) en el Contrato cuando ocurre un incumplimiento del Cliente causara la aceleración del Plazo y la terminación de cualquier beneficio que Alcon haya otorgado al Cliente en razón del Plazo y/o del presente Contrato incluyendo sin limitarse a los Servicios de Mantenimiento y al Descuento del Precio de los Equipos.

“Las consecuencias aquí previstas deberán producirse en un plazo no superior a diez (10) días hábiles a partir de la fecha en que la Parte cumplida le anuncie a la Parte Incumplida su intención de resolver el Contrato o de perseverar en el según corresponda siempre que en ese plazo no se hubieran adoptado los correctivos correspondientes, todo lo cual se entenderá sin perjuicio de que sus Partes en su momento pacten un término distinto”.

5. Las modificaciones al contrato

Las modificaciones se acordaron mediante la suscripción de los siguientes Otrosíes:

Otrosí N° 1

Transcurrido más de un año de vigencia del contrato, las partes acordaron modificarlo parcialmente mediante el **Otrosí N° 1**, suscrito el día 3 de octubre de 2013.

Mediante este otrosí, se acordaron los siguientes cambios:

- Se extendió la vigencia del contrato por cinco (5) años, contados a partir del 3 de octubre de 2013, es decir, se extendió su vigencia hasta el 3 de octubre de 2018.
- Se aclaró que el mes de octubre de 2013 quedó como mes 1 de consumo y septiembre de 2018 como mes 60 y que el servicio de mantenimiento se extendió hasta el mes de septiembre de 2018.
- Se modificaron las cantidades consumibles en la lista de productos del Anexo IV, el cual quedó así:

Código	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
WAVELIGHT EX500 WAVEGARD (X200)	2	3	4	5	4

El total de unidades del producto Wavelight EX 500 WaveCard (X200) que debían comprarse en el término de 5 años se redujo a la cantidad de 216, así: 24 en el primer año, 36 en el segundo año, 48 en el tercer año, 60 en el cuarto año y 48 en el quinto año.

Manteniéndose el precio de compra de cada unidad en la suma de \$ 4.055.080, el precio de las 216 unidades habría sido de \$ 875.897.280, y el valor del descuento por beneficio, mantenido en la suma de \$ 3.933.428 por unidad, habría ascendido a \$ 849.620.448.

Además, se precisó lo siguiente:

“Es importante tener en cuenta que EL CLIENTE debe mantener los niveles mínimos de compra mencionados anteriormente, de acuerdo a lo pactado en el capítulo VI del contrato originario”

Por lo anterior, a partir de la fecha de la firma del presente documento, el único anexo válido de consumos, aplicable al contrato originario que se modifica por medio del presente otro sí modificatorio, es el que se adjunta”

“En lo demás, el contrato originario conserva todas y cada una de las cláusulas que lo integran, sin modificación alguna, frente a lo cual las partes se ratifican la validez de las mismas, con la firma del presente otrosí modificatorio”

Se modificó el compromiso de pagos en efectivo, así:

\$1.423.290.000 en 57 cuotas mensuales de \$24.970.000, la primera iniciando en enero de 2014 y la última en septiembre de 2018.

En resumen, las modificaciones acordadas mediante este otrosí fueron las siguientes:

- Se extendió el plazo de vigencia del contrato hasta el 3 de octubre de 2018.
- El servicio de mantenimiento de los equipos se extendió hasta el 30 de septiembre de 2018.
- Se redujeron los productos consumibles.
- Se aumentó la parte del precio que debía pagarse en efectivo en \$84.557.512, al pasar de \$1.338.732.488 a \$1.423.290.000.
- Se amplió el plazo para el pago de dicho valor al pasar de 20 a 57 cuotas mensuales.
- El valor de todas las cuotas mensuales se redujo a la suma de \$24,970.000

Otrosí N° 2

Transcurrido algo más de otro año de vigencia del contrato, las partes acordaron modificarlo nuevamente mediante el **Otrosí N° 2**, suscrito el día 31 de octubre de 2014.

En las consideraciones las dos partes indican que el valor residual de los equipos asciende en esa fecha a \$ 1.609.331.062 y “que las partes conjuntamente están interesadas en renegociar la forma de pago del valor residual extendiendo la vigencia del contrato por 5 años más, así como el servicio de mantenimiento de los equipos, contados a partir de la fecha de suscripción del presente otrosí y de conformidad con lo que se estipula en el presente instrumento”.

Así las cosas, se acordó que INO debía pagar a ALCON las siguientes sumas de dinero:

\$ 1.609.331.062 por concepto de valor residual de los equipos

\$ 518.944.775, IVA incluido, por cinco (5) años de mantenimiento de los equipos, contados a partir del 1 de noviembre de 2014, esto es, hasta el 1 de noviembre de 2019.

\$ 188.863.872, IVA incluido, por concepto de intereses de financiación de los equipos, a un plazo de 5 años y una tasa del 5% E.A.

TOTAL: \$ 2.317.139.709

Se convino en que INO debía pagar este valor de **\$ 2.317.139.709** en un plazo de cinco (5) años, contados a partir del 1 de noviembre de 2014 y [hasta] el primero de noviembre de 2019, en la siguiente forma:

La suma \$1.776.000.000 en 60 cuotas mensuales, así:

Cuotas	Valor	Vr. Total	Periodos
12	\$ 15.000.000	\$ 180.000.000	Noviembre 1 de 2014 y octubre 31 de 2015.
12	\$ 20.000.000	\$ 240.000.000	Noviembre 1 de 2015 y octubre 31 de 2016.
12	\$ 25.000.000	\$ 300.000.000	Noviembre 1 de 2016 y octubre 31 de 2017.
12	\$ 42.000.000	\$ 504.000.000	Noviembre 1 de 2017 y octubre 31 de 2018.
12	\$ 46.000.000	\$ 552.000.000	Noviembre 1 de 2018 y octubre 31 de 2019.

La diferencia de \$ 541.955.880,76 mediante compra de los siguientes consumibles:

Código	Precio Unidad	\$ Amortización Producto	Total Amortización	Unidades Mensuales				
				Año 1	Año2	Año3	Año4	Año5
WAVELIGHT EX500 WAVECARD (X50)	\$ 4.055.080	\$ 3.933.428	\$ 519.212.443	1	2	2	3	3
RESTORPAK	\$ 1.603.743	\$ 208.487	\$ 17.512.874	1	1	1	2	2
SN60ATMONARCH	\$ 327.486	\$ 32.747	\$ 3.929.592	2	2	2	2	2
SA60ATMONARCH	\$ 215.162	\$ 21.516	\$ 1.290.972	1	1	1	1	1
Total Consumibles			\$ 541,945,880,76					

En relación con la compra de consumibles se aprecia lo siguiente:

- Se amplió la lista de los productos consumibles al pasar de uno (1) a cuatro (4).
- Se disminuyeron nuevamente las unidades del producto Waveligth EX 500 WaveCard (X200) que debían comprarse en el término de 5 años, al pasar de 216 a 132.

En cuanto a este consumible se convino que debían comprarse 12 unidades en el primer año, 24 en el segundo año, 24 en el tercer año, 36 en el cuarto año y 36 en el quinto año.

Teniendo en cuenta que tanto el precio de compra de cada unidad como el valor del descuento por unidad se mantuvieron en las sumas de \$ 4.055.080 y \$ 3.933.428,

respectivamente, el precio de compra habría ascendido a \$ 535.270.560 y el valor de descuento a la suma de \$ 519.212.496.

De los productos nuevos que podían comprarse, se tiene lo siguiente:

En cuanto al RESTORPAK se estableció que serían 84 unidades en 5 años, distribuidas así: 12 en el primer año, 12 en el segundo año, 12 en el tercer año, 24 en el cuarto año y 24 en el quinto año. Teniendo en cuenta que el precio de compra de cada unidad se fijó en \$ 1.603.743 y el descuento en \$ 208.487, el precio de compra habría ascendido a \$ 134.714.412 y el valor de descuento a la suma de \$ 17.512.908.

En cuanto al SN60ATMONARCH se estableció que serían 120 unidades en 5 años, distribuidas así: 24 en el primer año, 24 en el segundo año, 24 en el tercer año, 24 en el cuarto año y 24 en el quinto año. Teniendo en cuenta que el precio de compra de cada unidad se fijó en \$327.466 y el descuento en \$ 32.747, el precio de compra habría ascendido a \$39.295.920 y el valor de descuento a la suma de \$ 3.929.640.

En cuanto al SA60ATMONARCH se estableció que serían 60 unidades en 5 años, distribuidas así: 12 en el primer año, 12 en el segundo año, 12 en el tercer año, 12 en el cuarto año y 12 en el quinto año. Teniendo en cuenta que el precio de compra de cada unidad se fijó en \$ 215.162 y el descuento en \$ 21.516, el precio de compra habría ascendido a \$ 12.909.720 y el valor de descuento a la suma de \$ 1.290.960.

Finalmente, las partes acordaron que "...en lo demás, el contrato originario conserva todas y cada una de las cláusulas que lo integran, sin modificación alguna, frente a lo cual las Partes se ratifican la validez de las mismas, con la firma del presente otrosí modificatorio"

Otrosí N° 3

Transcurridos 20 meses más de vigencia del contrato, las partes acordaron modificarlo nuevamente mediante el otrosí N° 3 suscrito el día 28 de junio de 2016.

La modificación consistió en excluir del Anexo III del "Contrato de Mantenimiento# los siguientes equipos:

- Yag Laser
- Laser Verde
- Constellation
- Regla biométrica

Y se precisó que "Por lo tanto, y al ser estos equipos de propiedad del Cliente, es éste quien tendrá la obligación de contratar el mantenimiento de acuerdo a lo establecido en la legislación aplicable. Asimismo, la exclusión de estos equipos del contrato no

afecta los pagos que el Cliente deba a la fecha por servicios de mantenimiento prestados previamente”.

Finalmente, las partes acordaron que “... en lo demás, el contrato originario conserva todas y cada una de las cláusulas que lo integran, sin modificación alguna, frente a lo cual las Partes se ratifican la validez de las mismas, con la firma del presente otrosí modificatorio”.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

El Tribunal se referirá a continuación a la naturaleza jurídica del contrato suscrito el 7 de septiembre de 2012 entre Laboratorios Alcon de Colombia S.A. y el Instituto de Oftalmología S.A., intitulado “CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS MÉDICOS”. El régimen jurídico aplicable a un contrato depende de las obligaciones que éste contenga, antes que del nombre escogido por las partes para denominarlo, tal como, acertadamente, lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia: “... los contratos se consideran preferentemente por el contenido -prisma cualitativo- que por su nombre (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*)”⁴.

Utilizaremos, entonces, la expresión “naturaleza jurídica”⁵ para precisar el régimen jurídico aplicable al mencionado contrato, en virtud de las obligaciones estipuladas por las partes.

El Capítulo IV del Contrato, entre las obligaciones de INO, establece las de pagar el precio en dinero de los equipos adquiridos y de los servicios de mantenimiento, precio cuyo monto, plazo y descuentos se regulan en el Capítulo V y cuya forma de pago se establece a través del sistema de financiación, antes analizado por el Tribunal.

Por su parte, el mismo Capítulo IV pone en cabeza de Alcon las obligaciones de entregar los equipos y proporcionar los servicios de mantenimiento (Anexo III). Alcon se obligó a prestar estos últimos a dos títulos distintos: durante el primer año, como

⁴ C.S.J. Cas. Civ. 13/12/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 6462.

Véase también: C.S.J. Cas. Civ. 31/05/1938. M.P. Juan Francisco Mújica. G.J. TXLVI, pp. 566-574., C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984. M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. CLXXXVI, pp. 249-257., C.S.J. Cas. Civ. 08/05/2001. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 6669., y C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 5817.

⁵ Sobre los distintos sentidos atribuidos a la expresión “naturaleza jurídica”, véase: Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 101-103., Ross, Alf. “Tü-Tü”. Ed. Abeledo-Perrot, Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, 1976., y Bulygin, Eugenio. *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

una Garantía de buen funcionamiento⁶, en los términos establecidos en los Anexos II y III y de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 932 y 933 del Código de Comercio⁷. Después del primer año, los servicios se debían prestar como una obligación distinta de la de entrega de los equipos y cuya contraprestación correspondía al pago de una suma de dinero (Anexo III).

Como podemos ver, en virtud de un mismo contrato, INO se obligó a pagar distintas sumas de dinero como contrapartida de distintas obligaciones asumidas por Alcon, a saber, la transferencia de dominio de unos equipos y la prestación de unos servicios de mantenimiento preventivo y correctivo de dichos equipos. Así las cosas, el contrato origen de las desavenencias entre las partes no corresponde a una simple compraventa de bienes muebles, puesto que las obligaciones allí estipuladas no sólo comprenden las transferencias de dominio de los equipos y al pago de un precio por los mismos, sino, además, a la prestación de ciertos servicios materiales y el pago de una contraprestación por los mismos⁸. Por consiguiente, estamos en presencia de un *contrato atípico mixto* cuyo régimen jurídico corresponde al de los distintos contratos especiales en los cuales se pueden calificar⁹ las obligaciones estipuladas por las partes. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

“Al respecto debe señalarse que es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido *lato*, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a

⁶ Respecto de la garantía de buen funcionamiento, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de su laconismo, ha afirmado de forma reiterada y enfática que el vendedor está obligado a “reparar e indemnizar los perjuicios” y, en sentencia de 14 de enero de 2005, precisó que, en desarrollo de esta garantía, el vendedor estaba obligado a reparar la maquina vendida y al reemplazo de ciertas piezas. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1991. M.P. Alberto Ospina Botero. G. J. CCXII, número 2451, pp. 121-145., C.S.J. Cas. civ. 13/12/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp: 6462., C.S.J. Cas. civ. 14/01/2005. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp: 7524., C.S.J. Cas. civ. 04/08/2009. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Exp: 11001-3103-009-2000-09578-01., y C.S.J. Cas. civ. 19/10/2009. M.P. William Namén Vargas. Exp: 05001-3103-009-2001-00263-01.

⁷ Interrogatorio de parte de la doctora Martha Luz Duarte Díaz, representante legal de INO: SRA. DUARTE: La garantía del primer año de manera gratuita. Lo que sé que la garantía sí hay dentro del primer año en 2013.

⁸ En el Interrogatorio de parte de la señora Victoria Brito Gómez, representante legal de Alcon, se señala lo siguientes sobre el contrato: “SRA. BRITO: ... nosotros llamamos a este tipo de contratos EFA por sus siglas en ingles que son: equipment finance agreement, que son contratos de financiamiento de equipos, donde en general tienen dos componentes, uno relacionado al equipo en sí mismo y otro relacionado con lo que es el mantenimiento. Los equipos en nuestras políticas no estamos obligados a incluir contratos de mantenimiento en esto que nosotros llamamos... es una decisión de las partes incluir o no los contratos de mantenimiento...”

⁹ “La calificación jurídica de un hecho es un tipo de interpretación de hechos, que se realiza desde la perspectiva de las normas jurídicas. Calificar un hecho es subsumir al hecho individual dentro de una categoría prevista en una norma jurídica. El hecho interpretado/calificado no existiría (no sería posible tal interpretación: la calificación) si no existiera la norma jurídica (que es la que crea la clase genérica de hechos en la que se subsume el hecho individual), de manera que no es posible sostener que los problemas de calificación son cuestiones específicamente de hecho”. González Lagier, Daniel. *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Ed. Palestra/Temis, Lima, Bogotá, 2005, pp. 41-42.

establecer el *significado efectivo* o de *fijación del contenido* del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-.

Específicamente, la *calificación* del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable.

Por tanto, la calificación es una labor de *subsunción* del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos.

Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica¹⁰.

En este orden de ideas, los contratos que celebran las partes, cuyas obligaciones corresponden a más de un régimen especial legal -*contratos atípicos mixtos*- son válidos¹¹ y las obligaciones que de ellos se derivan están regidas tanto por las normas

¹⁰ C.S.J. Cas. Cív. 19/12/2011. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 11001-3103-005-2000-01474-01.

¹¹ En la roma arcaica, las relaciones de intercambio que nosotros denominamos "contratos" se desarrollaban dentro de unos esquemas rígidos y preestablecidos, de lo que se seguía que la validez del negocio dependía del hecho de que éste tuviese una denominación, lo cual se explica por el carácter procesal del derecho romano: sólo había un derecho cuando se tenía una acción, y el número de acciones era limitado -*ex nudo pacto non oritur actio*-. En la época clásica, la expansión económica imperial y el contacto comercial con otros pueblos llevaron al pretor a procurar los mecanismos jurídicos necesarios para la organización de la nueva realidad económica, lo cual se traduce en la creación de nuevas acciones, como las de venta y la

de los distintos tipos especiales -a saber: compraventa y prestación de servicios¹², como por las reglas de la teoría general del contrato comercial y civil¹³. Por consiguiente, el laudo, en su parte resolutive, desestimaré la excepción de mérito denominada “*Ineficacia de las estipulaciones consideradas como abusivas dentro del contrato, por considerar que no son propias de un contrato de compraventa puro y simple*”.

Ahora bien, después de la celebración del Contrato, las partes, mediante tres otrosíes¹⁴, modificaron algunas de sus obligaciones. El Otrosí N° 1, de 3 de octubre de 2013, modificó la duración del Contrato y los plazos y montos para el pago del precio (art. 1693 inc. 2 C.C.); el Otrosí N° 2, de 31 de octubre de 2014, no sólo cambió montos y plazos para el pago escalonado del precio (art. 1693 inc. 2 C.C.), sino que, además, estableció el pago de intereses por la financiación de los equipos e incluyó nuevos bienes que Alcon debía suministrar a INO y cuyo precio incluía un porcentaje que servía para amortizar el precio de los equipos (arts. 968-980 C.Co.)¹⁵; el Otrosí N° 3,

compra, “*de emptio*” y “*de vendito*”. En la época bizantina, se concede la acción *praescriptis verbis* a todos los contratos innominados. Si una de las partes había ejecutado espontáneamente su obligación, disponía, entonces, de esta acción para obligar a la otra parte a ejecutar la suya. Se consideraba así que la convención tenía una *causa* y, por ende, se volvía obligatoria. A diferencia del derecho colombiano, los romanos no elaboraron nunca un *régimen general del contrato*, es decir, un conjunto de normas aplicables a todas las situaciones definidas como “contrato”; ellos, por el contrario, reglamentaron sus intercambios económicos únicamente a través de *regímenes especiales*.

Consúltese al respecto: Arangio-Ruiz, Vincenzo. *Istituzioni di diritto romano*. Ed. Eugenio Jovene, Napoli, 1998, pp. 77-97, Gaudemet, Jean. *Droit privé romain*. Ed. Montchrestien, Paris, 1998, pp. 253-267., Gautier, Pierre-Yves. “Sous le Code civil des Français: Rome (l’origine du droit des contrats)”. In *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*. Ed. Dalloz, Paris, 2004, pp. 51-75., De Martino, Francesco. *Individualismo y derecho romano privado*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Trad. Fernando Hinestrosa, Bogotá, 2005. y Gazzaniga, Jean-Louis. *Introduction historique au droit des obligations*. Ed. PUF, Paris, 1992, pp. 117-136.

¹² C.S.J. Cas. Civ. 31/05/1938. M.P. Juan Francisco Mújica. G.J. TXXLVI, pp. 566-574.

¹³ El Código de Comercio consagra un *régimen general* del contrato (Libro Cuarto, Título I, Capítulo VI, principalmente), al igual que el Código Civil (Libro Cuarto, Títulos I a XXI, principalmente).

¹⁴ “Otrosí: Acuerdo que modifica una convención, adaptándola o completándola mediante nuevas cláusulas. [...] Más precisamente, acto escrito adicional que contiene la modificación”. Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Ed. PUF, Paris, 2011, p. 111.

¹⁵ Testimonio de la señora Mary Lorena Ordóñez Vélez:

SRA. ORDÓÑEZ: Sí era lo que les estaba mencionando, el primero si me acuerdo que yo misma le propuse a la doctora que si estaba ya usando lentes de otra casa porque no aprovechaba este beneficio especial que tiene Alcon de comprar el mismo lente y adicionalmente apoyar, o sea ir amortizando su deuda, o sea sí y fue por sugerencia también , o sea las dos lo revisamos, pero si usted se fija en el otrosí no tiene cantidades grandes le dije inclúyalos, creo que es una o dos unidades, porque si va más pues sale ganando y si no pues igual no pierde nada, o sea las unidades son muy pocas.

Interrogatorio de parte de la señora Victoria Brito Gómez, representante legal de Alcon:

SRA. BRITO: ... Entonces es un mecanismo de pago que es llamado en el contrato un beneficio especial, porque en efecto es un beneficio especial, quita trabajo administrativo y que favorece... el otrosí número 3, 2-3, se incluyen otros productos que no son las tarjetas, tratando de ayudar un poco a justamente facilitar el financiamiento, se incluye el resto, los...son lentes intraoculares, que se utilizan en las cirugías, entonces justamente lo que se busca o lo que se buscó con este otrosí, bueno sí igualmente estas comprando... y estas comprando estos lentes intraoculares, pues bueno, vamos a incluirle un descuento para nosotros es menor

de 28 de junio de 2016, extinguieron todas las obligaciones de mantenimiento concernientes a algunos equipos que INO había vendido a terceros (art. 1625 C.C.)¹⁶.

De las pruebas practicadas en el proceso se desprende claramente que estas modificaciones introducidas por las partes al Contrato de 7 de septiembre de 2012 fueron el resultado de las negociaciones libremente adelantadas por los contratantes, con ocasión de los incumplimientos de INO en los pagos de las sumas inicialmente pactadas¹⁷. En el expediente no obra prueba alguna de que, tal como lo sostiene la Convocada, Alcon haya ejercido una presión indebida y abusiva que, como consecuencia de una supuesta posición predominante en el mercado y preponderante respecto de INO, le hubiese permitido imponer condiciones contractuales¹⁸.

Así las cosas, no puede entenderse que las obligaciones asumidas en el contrato de septiembre de 2012, de alguna manera condicionaran la aceptación de obligaciones adicionales de suministro de bienes acordadas en octubre de 2014, en los términos establecidos en el numeral 3º del artículo 50 del decreto 3153 de 1992.

En este contexto, la *buena fe*, tanto en la celebración como en la ejecución de los contratos (arts. 871 C.Co., 1603 C.C.), antes que una verdadera obligación es, más bien, un postulado moral que establece la manera cómo deben celebrarse y ejecutarse las obligaciones contractuales: sin engaños ni presiones indebidas; una suerte de barrera de contención, sólo para sancionar los proceder dolosos y temerarios de los contratantes.

valor de la venta para ayudarle a financiar este problema que tenemos de retraso en el financiamiento del equipo.

¹⁶ Interrogatorio de parte de la doctora Martha Luz Duarte Díaz, representante legal de INO:

SRA. DUARTE: Cuando nosotros vendimos unos equipos y mucha plata de esos equipos se pagó a las cuotas de INO, había un equipo de Angio que se vendió que era marca Topo, que Alcon nunca le prestó el mantenimiento porque nos dijeron: busquen a la compañía Topo, se vendió un ...láser y un Alcon láser, lo que yo pasé un papelito que de esos equipos no existían en nuestra compañía porque los habían vendido, entonces por qué me cobraban el mantenimiento de esos equipos, son equipos que ya habían sido vendidos, entonces cómo me van a cobrar un mantenimiento si vendí la cámara de Angio, si vendí el... y vendí el Jac y ellos me iban a cobrar mantenimiento sobre esos equipos, y hablamos con Lorena: quítele el mantenimiento que ustedes me están haciendo pero a eso, pero en ningún momento de eximer láser ni en ningún otro láser.

¹⁷ Interrogatorio de parte de la doctora Martha Luz Duarte Díaz, representante legal de INO:

DR. JIMÉNEZ. **Pregunta 7:** Para mayor claridad de lo que acaba de responder. Es decir, informe como es cierto sí o no, que para la suscripción del otro sí número 1 ocurrió una negociación directa entre las partes para llegar a los acuerdos consignados allí en ese documento que fue firmado por las partes.

SRA. DUARTE: Si, se hizo una renegociación del contrato para poder alcanzar las metas de pago.

¹⁸ Véase: Rengifo García, Ernesto. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 377-379., y Velandía, Mauricio. *Derecho de la competencia y del consumo*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 185-186.

III. CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN, LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS, LA POSICIÓN DOMINANTE Y EL ABUSO DE DICHA POSICIÓN.

1. Los alegatos de las partes sobre la contratación por adhesión, la presencia de cláusulas abusivas y el abuso de la posición dominante

[§1.] Para resolver sobre las pretensiones declarativas y de condena relacionadas con el incumplimiento de la obligación contractual principal a cargo del Instituto Nacional de Oftalmología, INO, -de pagar de manera completa y oportuna los equipos y los mantenimientos recibidos de la convocante-, el Tribunal considera necesario poner de presente los planteamientos de la primera excepción propuesta por INO, basados en que el contrato suscrito entre las partes sería *“de imposible cumplimiento”* a causa de la *“excesiva onerosidad impuesta en las estipulaciones contractuales”*, por lo que solicita al Tribunal *“revisar el contenido obligacional del contrato”*.

[§2.] Sustenta la convocada la imposibilidad de cumplir con el contrato teniendo en cuenta que su contenido obligacional deriva de lo siguiente:¹⁹

- (i) Un *“ropaje dispuesto para el contrato”*, que *“disfraza un lesivo contrato de adhesión”* cuyo objeto real no fue una compraventa pura y simple de equipos médicos como lo quiere hacer ver la convocante. Al respecto, INO afirma que, de buena fe, creyó haber adquirido equipos con un descuento comercial con pago a plazos. No obstante, indica que debió asumir un contrato de suministro a 5 años en condiciones desfavorables y perjudiciales.
- (ii) Las cláusulas del contrato de adhesión fueron *“predispuestas por ALCON”*.
- (iii) *“INO no esperaba en encontrar cláusulas abusivas que en conjunto con el resto del contrato le generaran un desequilibrio de tal magnitud que resultara perjudicado”*.
- (iv) *“Es muy probable que ALCON tenga posición de dominio en el mercado relevante, y que por ello asuma una conducta abusiva en materia contractual, negándose a contratar en condiciones diferentes a las predispuestas en sus contratos de adhesión, (...) en perjuicio de sus clientes”*.²⁰
- (v) Las cláusulas predispuestas por ALCON *“contrarias a la buena fe contractual”*.
- (vi) En *“todo el texto del contrato hay múltiples obligaciones unilaterales a cargo de INO y que dejan entrever que ALCON ejerció un abuso de su posición de*

¹⁹ Ver contestación de la demanda de 26 de marzo de 2018, “EXCEPCIONES DE MÉRITO”. Págs. 5 y 6.

²⁰ Esta afirmación se presenta para tratar de fundamentar la segunda excepción de mérito. Ibid. Pg. 7.

dominio contractual durante la celebración del contrato". Y dicho abuso igualmente se ejerció "durante la ejecución" del contrato.

- (vii) "INO no pudo cumplir con la meta impuesta por ALCON para obtener el beneficio especial, solicitó revisar el contrato, el resultado fue una carga más onerosa que la inicial (...)".

[§3.] A su vez, la convocante en el descorre del traslado de las excepciones señala, en resumen, respecto de estas afirmaciones lo siguiente:²¹

- (i) "Si bien es claro que en el giro de los negocios se cuenta con un contrato marco diseñado por ALCON, el mismo fue puesto a consideración de INO para que se hicieran las consideraciones pertinentes".
- (ii) "El contrato fue negociado entre las partes (...) y entre pares tales como ALCO e INO ²² (...) ambas hicieron concesiones mutuas llegando a un acuerdo claro que se ajustaba a las necesidades de ambas (...) ambas tuvieron la oportunidad de exponer sus intereses, negociar y renegociar las condiciones del contrato, como incluso se refleja con la celebración de otrosíes al contrato".
- (iii) Respecto a la afirmación de la convocada que creyó de buena fe haber adquirido unos equipos con descuento comercial, ello "entrevé una falta en la obligación de tener la diligencia debida en la celebración del contrato, el cual fue puesto a su disposición para su estudio y análisis por lo tanto se entiende que INO entendía las cargas a él impuestas".
- (iv) "El contrato no fue de adhesión y menos contiene cláusulas abusivas que generen un perjuicio a la convocada (...), el contrato presenta tres otrosíes, los cuales no son comunes en los contratos de adhesión".
- (v) "En el contrato no existe (...) una venta atada, simplemente ALCON presentó a INO diferentes alternativas comerciales (...) quien escogió la de comprar unos equipos con descuento especial y celebrar a la par un contrato de servicios de mantenimiento de los mismos". ALCON no se negó a contratar con INO si no adquiriría el servicio de mantenimiento, simplemente hizo parte de la negociación celebrada entre ambas partes"

[§4.] En este contexto, el Tribunal examina a continuación algunos elementos generales que caracterizan la contratación por adhesión, las cláusulas abusivas y el

²¹ Descorre traslado de Excepciones presentado por ALCON de Colombia S.A. con fecha 23 de abril de 2018. Págs. 4 y 5.

²² Ibid. Se señala INO no ostenta la calidad de consumidor en el contrato, como se define éste en el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, Numeral 3.

ejercicio de la posición dominante en la contratación, a efectos de examinar el contrato materia de la controversia, su ejecución y sus efectos jurídicos, tomando en consideración las alegaciones de las partes.

2. Consideraciones jurídicas sobre los alegatos de las partes

[§5.] La jurisprudencia, la doctrina y los desarrollos legislativos en Colombia aplicables a la contratación por adhesión y/o la presencia de cláusulas abusivas en los contratos permiten al Tribunal reseñar los siguientes elementos:

- (i) Los contratos de adhesión, en contraste con los de libre discusión entre las partes, se definen como aquellos en los cuales una de las partes, predisponente, quien generalmente ejerce una posición dominante, establece con antelación a su suscripción las cláusulas y/o condiciones que regirán la relación negocial, de manera tal que la otra parte, el adherente, no está en posibilidad de introducir modificaciones y no puede hacer otra cosa que aceptar o rechazar el contrato²³.
- (ii) La “posición dominante” que permite a una de las partes predisponer las condiciones de la relación contractual no debe confundirse con el alcance de esta expresión en el ámbito de los actos o acuerdos contrarios a la libre competencia regulados por el derecho de la competencia (artículo 45 del Decreto 2153 de 1992), pues una es la posición dominante en el mercado, y otra la que pueda llegar a tener una parte en una relación contractual para dictar o fijar los contenidos de un negocio jurídico y para ejercer el control de dicha relación, sin que ello suponga, necesariamente, que goce también de una posición dominante frente al mercado en general.²⁴
- (iii) Los criterios materiales que usualmente contribuyen a definir la naturaleza de las cláusulas abusivas contenidas en los contratos de adhesión son el *abuso de poder económico* que permite a uno de los contratantes imponer sus condiciones al otro; y la *ventaja excesiva* que “consiste en un desequilibrio manifiesto de los derechos y obligaciones de las partes, lo que constituye una vulneración directa a la justicia contractual.”²⁵

²³ Véase una discusión sobre antecedentes de los contratos de adhesión en el derecho comparado y en Colombia en Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *Contratos Mercantiles: Contratos Atípicos*. Capítulo II. Séptima Edición actualizada. Eds. Legis y Universidad Javeriana. Bogotá, 2012.

²⁴ Ver Laudo arbitral proferido el 25 de abril de 2017 en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que dirimió las controversias entre Automotora Nacional S.A. - Autonal S.A. y la Sociedad de Fabricación de Automotores S.A.- Sofasa S.A. Pg. (...).

²⁵ Suescún Melo, Jorge, *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Tomo II. Estudio No. XXIV: “Noción y régimen de las cláusulas abusivas en el derecho comparado y su aplicación en el derecho colombiano. Segunda Edición. Colección Literatura Jurídica, Legis-Universidad de Los Andes. Págs. 196 y 197.

(iv) La adhesión de una “parte débil” a los contenidos predispuestos de un contrato puede ser de carácter parcial, es decir, algunos negocios jurídicos que se suscriban en circunstancias de posición dominante de uno de los contratantes pueden contener cláusulas dictadas o extendidas por éste, y otras, que sean el resultado de la libre negociación entre las partes, con lo cual el contrato se diferencia de los suscritos en condiciones de contratación en masa o bajo condiciones uniformes.²⁶ En estos casos, no sería necesario que las disposiciones del contrato hayan sido dictadas “en su integridad” por la parte que ostente una posición dominante para que puedan producirse, eventualmente, las aludidas consecuencias desfavorables para el contratante más débil.²⁷ Ha destacado la doctrina al respecto:

“(…) aunque el terreno preferido por las cláusulas abusivas sea el del contrato de adhesión, lo cierto es que eventualmente pueden encontrarse cláusulas abusivas en contratos que no sean de adhesión (…). Solo en los contratos de adhesión puede llegarse a concluir de manera abstracta, que una cláusula, aisladamente contemplada, es abusiva. En los demás casos es menester hacer una comparación cualitativa del conjunto de los derechos y obligaciones originadas por el contrato, para llegar a tal conclusión”.²⁸

(v) En el derecho comparado y en Colombia existen dos vías, que se combinan, para determinar la existencia, o no, de cláusulas abusivas, y sancionar los abusos que ellas conlleven. Una de ellas consiste en la intervención del legislador tipificando: (i) los contratos de adhesión; (ii) qué debe entenderse por “cláusulas” y por “prácticas” abusivas; (iii) las circunstancias que presumen la presencia de abuso de posición dominante; y (iv) deberes de información y de buena fe, entre otras regulaciones, con miras a prevenir y a corregir desequilibrios injustificados entre las obligaciones mutuamente contraídas en determinados contratos, usualmente utilizados en ciertos sectores y transacciones económicas. Otra vía consiste en el ejercicio, por parte de los jueces, del poder de control en los acuerdos contractuales, sean estos de adhesión o no, con miras a determinar si algunas de sus cláusulas reúnen los elementos materiales que las conviertan en abusivas, por efecto del abuso del poder económico de uno de los contratantes, en perjuicio del contratante débil.

²⁶ Laudo arbitral del 25 de abril de 2017. Op.Cit.

²⁷ Ibid. Pg. (...)

²⁸ Larroumet, Christian. *Teoría General del Contrato* V.I. 1993. Editorial Temis. Pgs. 339 y 345. Citado en Suescún, Jorge. Op. Cit. Pgs. 193 y 195.

- (vi) En este contexto, para prevenir y corregir la desigualdad de poder contractual entre predisponentes y adherentes, el desarrollo del derecho privado colombiano ha contemplado en las últimas décadas la adopción de normas legales y administrativas especiales de protección del Estado para plantear correctivos frente a la ya asentada y creciente presencia de contratos de adhesión y de cláusulas predispuestas que puedan redundar en abusos contra adquirentes de servicios, productos, tecnologías y otros activos del tráfico económico.
- (vii) Así, de forma sintética, en lo referente a la protección de los derechos de los consumidores, destacamos la vigencia de Ley 1480 de 2011 “Estatuto del Consumidor”, que regula, entre otros aspectos, la responsabilidad de productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial. Define como consumidor o usuario. *“Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica*. Establece el derecho del consumidor o usuario de ser protegido de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión.²⁹
- (viii) En el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, si el usuario del servicio es suscriptor de un contrato de servicios públicos domiciliarios está sujeto a la Ley 142 de 1994. En este caso el usuario, persona natural o jurídica, es el que se beneficia con la prestación del servicio público, bien como propietario o como receptor directo del servicio. A este último usuario se le denomina también consumidor.³⁰

²⁹ La Ley 1480 de 2011 en su artículo. 5 (#4) define el **contrato de adhesión** como “*Aquél en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas*”. El Título VII de la Ley, sobre Protección Contractual, dispone, entre otras reglas, que las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor (art.34); la prohibición de ventas atadas (art. 36); las condiciones mínimas que deben cumplir los contratos de adhesión (art.37); la prohibición de cláusulas que permitan modificar unilateralmente el contrato o sustraerse de sus obligaciones (art.38); y la prohibición de incluir **cláusulas abusivas** en los contratos, entiendo por éstas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos.

³⁰ El artículo 128 de la ley 142 de 1994 define el “Contrato de Servicios Públicos” como “*un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a las estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados. Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio*”. Dada la **posición dominante** que, por definición tienen las empresas de servicio público respecto de sus usuarios (art. 14) en aras de

- (ix) Y en el ámbito de los contratos bancarios o financieros, son aplicables las reglas de la Ley 1328 de 2009, o Régimen de Protección del Consumidor Financiero, el cual contempla normas de protección al consumidor financiero en las relaciones entre éstos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Se incluye dentro del concepto de consumidor financiero a *“toda persona que sea consumidor en el sistema financiero, asegurador y del mercado de valores”*.³¹
- (x) En lo que respecta al examen judicial de la presencia de cláusulas o de combinaciones de cláusulas abusivas, se suelen tener en cuenta las ventajas o derechos que éstas atribuyan al predisponente y las obligaciones y cargas a que, para el ejercicio de sus derechos, se sujeta al adherente. Más específicamente, al entrar a determinar, de modo general, la presencia de cláusulas abusivas, se suelen estudiar, según doctrinantes y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -como se examina más adelante- cuestiones tales como:³²
- a) la “desviación de la buena fe contractual” como fuente de las facultades y cargas de las partes que intervienen en un negocio jurídico;
 - b) “el detrimento del adherente” o el “desequilibrio de las prestaciones”. En este contexto, las cláusulas tendrían el carácter de abusivas si, por ejemplo, atribuyen al predisponente derechos y facultades exorbitantes o le reducen o suprimen responsabilidades en la ejecución del contrato; e igualmente lo serían si introducen o restricciones injustificadas en los derechos y facultades del adherente, o le aumentan sus cargas obligacionales.³³

proteger a los usuarios, la Ley establece una presunción de “abuso de la posición dominante” si se dan las condiciones establecidas en cualquiera de las 26 cláusulas listadas por su artículo 133.

³¹ En su artículo 2 (f) define los **contratos de adhesión** como aquellos *“elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad”*. En los artículos 5, 6 y 7 se regulan los derechos de los consumidores financieros y las prácticas de autoprotección de éstos, así como las obligaciones de las entidades vigiladas, y en el artículo 11 se consagra una **prohibición de inclusión de estipulaciones abusivas** en los contratos de adhesión, tipificando cuatro modalidades de cláusulas, y otras que establezca la Superintendencia. Finalmente, el artículo 12 tipifica las modalidades de “prácticas abusivas”.

³² Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Teoría General del Contrato*. V.I. Ed. Civitas. Pág. 379. Citado en Suescún, Jorge. Op. Cit. Págs. 200-201.

³³ En el caso de contratos típicos, el carácter abusivo se podría medir por el examen del criterio de “*desviación del contenido del derecho legal dispositivo*” cuando este exista, en cuyo caso también habrán de valorarse las ventajas o derechos atribuidos al predisponente y las obligaciones y cargas a que se ha sujetado al adherente. Ibid.

(xi) Igualmente, en el ejercicio del poder de control de los jueces en los contratos, se ha utilizado tradicionalmente la regla de interpretación "*contra preferentem*" establecida en el artículo 1624 del Código Civil, en virtud de la cual las **cláusulas ambiguas** que hayan sido **extendidas o dictadas por una de las partes** se interpretarán contra ella, *siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que hay debido darse por ella*. Esta norma ha contribuido a ofrecer protección a quienes suscriben contratos de contenido preestablecido o contratos con cláusulas abusivas, pero no la suficiente para lograr el equilibrio contractual, principalmente por la limitación de que si cláusula es clara y adolece de ambigüedad debe tener cabal observancia. Así lo ha puesto de presente la clásica sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 1980, basada en la autonomía de la voluntad, al señalar:³⁴

"Los jueces tienen facultad amplia de interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo contenido sea claro y determinante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno de los contratantes (...) inspiradas en la equidad, jurisprudencia y doctrina han sostenido que estos contratos deben ser interpretados a favor de la parte que ha dado su consentimiento por adhesión. Más este criterio interpretativo no puede entrañar un principio absoluto: es correcto que se acoja cuando se trata de interpretar cláusulas que por su ambigüedad u oscuridad son susceptibles de significados diversos o sentidos antagónicos, pero no cuando las estipulaciones (...) son claras, terminantes y precisas. En tal supuesto esas cláusulas tienen que aceptarse tal como aparecen, pues que son el fiel reflejo de la voluntad de los contratantes y por ello se toman intangibles para el juez. Pueden aparecer para éste exageradas, rigurosas y aún odiosas tales estipulaciones: sin embargo, su claridad y el respeto de la autonomía de la voluntad contractual le vedan al juzgador, pretextando interpretación, desconocerles sus efectos propios"

(xii) En este contexto, la misma Corte, en sentencia de 19 de octubre de 1994³⁵, desarrolló conceptualmente el mecanismo de control de las cláusulas abusivas sobre la base de la noción del **abuso del derecho** en que puede incurrirse al redactar, ejecutar o liquidar un negocio jurídico. En este caso, la Corte, a partir del ordenamiento constitucional (artículo 95 #1, inc.3), cimienta el control judicial en evitar el abuso del derecho, cuya prohibición guarda una estrecha relación con la **exigencia de la buena fe**, consagrada en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Para la Corte las situaciones de abuso

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 29 de agosto de 1980. M.P. Humberto Murcia Ballén.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 19 de octubre de 1994. M.P. Carlos Esteban Jaramillo. Exp.# 3972.

no solo serían fuente de indemnización de perjuicios,³⁶ sino justificación suficiente para denegar protección a pretensiones que impliquen el ejercicio de prerrogativas provenientes de cláusulas abusivas.³⁷

Introduce igualmente la Corte Suprema, en dicha sentencia, el concepto de la ***afectación del equilibrio económico del contrato***, al señalar que los abusos en el ejercicio del “poder de negociación” por parte de quien se encuentra de hecho o de derecho en una posición dominante, configuran un supuesto de claro de abuso cuando, atendiendo las circunstancias particulares que rodean el caso, la posición de dominio resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, *en detrimento del equilibrio económico de la contratación*. El control judicial conlleva entonces el análisis del contenido mismo del contrato y sus prestaciones.³⁸

Aporta, además, esta sentencia, criterios de análisis para identificar y sancionar judicialmente la presencia del abuso de la posición dominante, cuando se ha empleado con exceso o anormalidad el poder de negociación en los contratos: (i) al momento de estructurar sus cláusulas mediante la introducción en el mismo de *estipulaciones que generan un desequilibrio económico injusto o carente de razonabilidad*, y (ii) en la fase de ejecución del negocio jurídico cuando se causa menoscabo al otro contratante mediante el *ejercicio ilegítimo de las facultades otorgadas en el contrato a la parte fuerte*. En estas circunstancias, podrían identificarse cláusulas que, si bien son válidas y vinculantes para la parte débil, se tornan en abusivas como consecuencia de las referidas manifestaciones de abuso de la posición contractual en que se encuentra uno de los contratantes.

(xiii) Tales criterios se reiteran en posteriores pronunciamientos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia de febrero de 2001 que sistematiza las características de una cláusula abusiva, como aquella: “(i) que su negociación no haya sido individual; (ii) que lesione los requisitos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad- y (iii) que genere un

³⁶ El Artículo 830 del Código de Comercio establece que quien abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

³⁷ Suescún, Jorge, Op. Cit. Pg. 2018

³⁸ Si bien esta sentencia se refiere a las entidades financieras, y la Corte menciona la aplicación del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que proscribe cláusulas exorbitantes, la doctrina señala que la providencia no invoca dicha norma como fundamento de su decisión, por lo que la jurisprudencia se fundamentó en principios generales de protección ante circunstancias que puedan resentir el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante. Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *La protección del contratante y la evolución del derecho contemporáneo*. Publicado en Responsabilidad Civil y del Estado. No. 9; Sept. 2000. Pgs. 44 y 45. Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado. Citado en Suescún, Jorge. Op. Cit. Pg.221.

desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes”.³⁹ En el caso estudiado en dicha providencia, la Corte no dio aplicación a la cláusula considerada abusiva, es decir, no le reconoció sus efectos, pero sin declararla nula, pese a que estimó que la cláusula en cuestión era susceptible de anulación por objeto ilícito.⁴⁰

(xiv) Por último, en cuanto a los alcances de las decisiones judiciales para prevenir o corregir los efectos de las cláusulas abusivas, en jurisprudencia de 2011 la Corte se orienta a que deben ser invalidadas por el juez con fundamento en el artículo 13 de la Carta que consagra el derecho a la igualdad y obliga a la Estado a proteger a personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, así como a sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.⁴¹ Se hace énfasis en que con base en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil el contrato de buena fe implica para quien ostenta una posición de privilegio abstenerse de introducir cláusulas abusivas. Desatender esta prohibición “*vicia por objeto ilícito la disposición que se acuña en el contrato*”. Así, esta jurisprudencia se orienta por señalar que “*el objeto ilícito genera nulidad absoluta, que puede declarar oficiosamente el juez con respecto a la cláusula, cuando dicho abuso sea manifiesto*”.⁴²

[§6.] En balance, como lo podemos apreciar, no existe en Colombia una regulación general de los contratos de adhesión y de las cláusulas abusivas, salvo en relaciones negociales correspondientes a los servicios públicos domiciliarios, a la actividad financiera, y a los consumidores o usuarios definidos como tales en el Estatuto del Consumidor. No obstante, en el marco de lo señalado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 “*cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido*”, la doctrina y la jurisprudencia han tenido un importante desarrollo para estudiar contratos de adhesión y otros contratos que puedan contener y cláusulas cuyo contenido se considere abusivo por el ejercicio del poder económico y contractual de una de las partes y las ventajas excesivas que resultaren para ésta, en perjuicio de la parte débil y de la justicia contractual.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia 2 de febrero de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp.5670.

⁴⁰ “Con todo, (...) el régimen de las cláusulas abusivas difiere de la nulidad, de suerte que para que opere el primero no es menester que la estipulación infrinja una norma de orden público, pues de otra manera (...) sobraría o sería redundante el aludido régimen de las cláusulas abusivas, pues bastaría con el de la nulidad”. Suescún, Jorge, Op. Cit. Pg.231.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 14 de diciembre de 2011. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

⁴² Arrubla Paucar, Jaime Alberto, *La interpretación del contrato*. En Derecho de las obligaciones: Con propuestas de modernización. Tomo II, Capítulo VIII, pg. 347; Segunda Edición. Marcela Castro de Cifuentes, Coordinadora. Universidad de Los Andes-TEMIS. Bogotá, 2016Segun

[§7.] De esta manera, el juzgador determinará, como en este caso, en las controversias sometidas a su consideración, si se está en presencia de un contrato de adhesión, si se han pactado cláusulas abusivas, si existen circunstancias que hagan presumir la posición dominante de una de las partes, y si se presenta o no un abuso de dicha posición; todo ello dentro del marco de las cláusulas del contrato celebrado entre las partes, de las circunstancias presentes en su celebración, y de las particularidades identificadas en su ejecución, dando aplicación, naturalmente, a los preceptos constitucionales y legales que fundamentan su decisión y a los principios generales del derecho que la jurisprudencia y la doctrina han considerado aplicables al estudio de tales contratos y cláusulas.⁴³

3. El “Contrato de Compraventa de Equipos Médicos” entre Alcon e INO

3.1 Sobre el alegato de la existencia de un contrato de adhesión y de posición de dominio de Alcon en el mercado

[§8.] Procede, en primer lugar, el Tribunal a realizar un examen de las circunstancias en que fue celebrado el Contrato de Compraventa de Equipos Médicos entre Laboratorios ALCON de Colombia y el Instituto Nacional de Oftalmología con fecha 7 de septiembre de 2012, en adelante “el Contrato”, así como de su ejecución y modificaciones, con el fin de determinar, como lo afirma la convocada, si se trató de un *“lesivo contrato de adhesión”* cuyas cláusulas *“fueron predispuestas por ALCON”*.

[§9.] Como punto de partida, el Tribunal examinará si el Contrato objeto de este litigio se encuentra regulado por el Estatuto del Consumidor consagrado en la Ley 1480 de 2011, cuyas normas son aplicables en general a las relaciones de consumo en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y, suplementariamente, las normas establecidas en el Estatuto.

[§10.] En el Capítulo III del Contrato se delimita su OBJETO como la transferencia *“a título de venta real y enajenación perpetua, y recíprocamente el cliente adquiere al mismo título, los equipos, maquinaria, herramientas y demás accesorios de los mismos (...)”*. La modalidad de adquisición de los *Equipos médicos* que se relacionan en el Anexo I del Contrato (los “Equipos”) no cuenta, evidentemente, con una regulación especial en ordenamiento jurídico nacional. De otro lado, al examinar el ámbito de aplicación que la propia Ley 1480 establece para amparar el ejercicio de los derechos de los consumidores, no cabe atribuirle al Instituto Nacional de Oftalmología

⁴³ Ver al respecto las consideraciones contenidas en: C. Posada Torres, *“Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano”*, En Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia. N.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 141-182. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n29.07>

el carácter de un *Consumidor o usuario*. En efecto, el artículo 5 define al consumidor, como la persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial **cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica**.

Para el Tribunal es claro, del texto del contrato (Capítulo I) y del análisis de las pruebas allegadas al proceso arbitral, que la negociación, suscripción y ejecución del Contrato fue de naturaleza especializada entre una sociedad, ALCON, que se ocupa de ventas de equipos médicos y productos consumibles, *esencialmente productos farmacéuticos y quirúrgicos para oftalmología*; y que el cliente, INO, adquirió los equipos y su mantenimiento con miras a la prestación de servicios médicos de oftalmología, actividad intrínsecamente ligada con su actividad económica y su objeto social de adelantar *“la consulta y cirugía médica especializada en oftalmología, otorrinolaringología, cirugía plástica y en general la prestación de todos los servicios médicos especializados (...)”*⁴⁴

[§11.] Así lo confirma la declaración de parte de la representante legal y principal accionista de INO, señora Marta Luz Duarte Díaz, al referirse a las motivaciones que acompañaron la negociación y compraventa de equipos:

“SRA. DUARTE: Bueno, quiero aclararles para que tengan conocimiento, INO Colombia S.A. o Instituto Colombiano de Oftalmología S.A. se creó en el año 2010, pero empezó hasta el año 2012 porque construyó su propia sede en la 127 donde hace servicios para cirugías de oftalmología y cirugía plástica, en ese entonces cuando se creó o la creamos empezó a actuar en 2012, en 2012 yo me reuní en varias ocasiones con miembros de Alcon como el gerente de esa época Federico, que es de Costa Rica, y nos propuso o les propusimos también entre ambos, era adquirir los equipos para el servicio de oftalmología, estos equipos son equipos de diagnóstico y equipos en el cual uno realiza la cirugía, entre estos equipos de diagnóstico estaba la angiografía, una regla biométrica para el cálculo de lentes intraoculares y un set para cirugía refractiva, cirugía refractiva quiere decir para corregir la miopía, el astigmatismo y la hipermetropía.” (Resaltado fuera de texto)

De esta manera, se reitera, en el marco de la Ley 1480 de 2011 el Instituto Nacional de Oftalmología no tiene la condición de un “consumidor” sujeto de la relación de consumo, en la medida en que el Contrato fue celebrado por una persona jurídica que no tenía la intención de disfrutar para sí los bienes y equipos adquiridos, sino exclusivamente de involucrarlos en una actividad económica de prestación de servicios médicos especializados en diagnósticos y cirugías de oftalmología.

⁴⁴ Ver objeto social de INO en Certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá de 13 de marzo de 2018.

[§12.] En todo caso, el Tribunal considera pertinente referirse a la definición que trae el Estatuto del Consumidor (artículo 5 #4) sobre el **contrato de adhesión**: “*Aquél en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas*”. Al respecto, si bien se puso de presente en el proceso arbitral que ALCON cuenta con un modelo de contrato prediseñado para las relaciones negociales con sus clientes, no se demostró que tal modelo haya sido impuesto al Instituto Nacional de Oftalmología, ni que éste no tuvo otra alternativa que aceptar las cláusulas dispuestas por ALCON.

Por el contrario, del análisis de las pruebas se demuestra que el alcance del contrato si fue objeto de negociación entre las partes y que INO y sus representantes entendieron las condiciones y obligaciones que suscribían:

- (i) De la declaración de la testigo a cargo de la representación comercial de ventas de ALCON, con anterioridad y al momento de suscripción del Contrato, señora Mary Lorena Ordóñez Vélez, se desprende que se adelantaron varias reuniones con el cliente INO desde fines de 2011, es decir, aproximadamente ocho meses antes de la respectiva firma del Contrato, con miras a definir sus características y condiciones:

“DR. HELO: Ubiquémonos en el año 2012, época en que se celebra el contrato, el contrato se celebra en diciembre de ese año, que nos puede decir si tiene conocimiento de ello acerca de la celebración de ese contrato, qué antecedentes tuvo, cómo se negoció ese contrato etc.?”

SRA. ORDÓÑEZ: ... en varias ocasiones me senté junto con el cliente a revisar las propuestas de cuál sería la mejor opción para ellos y para nosotros de cómo negociarlo.

DR. HELO: Qué negociaron con INO?

SRA. ORDÓÑEZ: Nosotros normalmente con todos los clientes, no solo con INO sino con todos los clientes, qué hace primero un representante, se acerca al cliente y revisan qué equipos necesitan para lo que van a hacer en su momento, en este momento INO era una empresa que estaba iniciando, tenía unos objetivos ambiciosos, pero Alcon obviamente quería apoyarlo, entonces establecimos, o sea eso no es de una sola reunión si no de varias reuniones junto con el cliente para revisar quién necesita qué equipos para determinar qué es el volumen que necesitan y cómo poderlo agar en ese momento, hacia diciembre eso fue desde el 2011 que se estuvo hablando porque esto fue un proyecto muy bien establecido, nosotros fuimos yo estuve personalmente visitando la obra cuando estaba en obra negra, fuimos dimos vuelta y decidimos apoyar y creer en este iniciativa de empresa.

SRA. ORDÓÑEZ: (...) Durante ese proceso previo como representante lo que hacía era sencillamente hacer reuniones con el cliente para lograr un acuerdo en la forma de pago y en qué necesitaban para iniciar a trabajar en oftalmología obviamente INO nació en ese momento, o sea INO no tiene trayectoria hacia atrás, sino que nació, era una obra ambiciosa como les digo de querer iniciar en oftalmología y Alcon se caracteriza por apoyar muchísimo obras que están empezando para llevar oftalmología, o sea Alcon es solo oftalmología.

DR. HELO: Recuerda cuánto tiempo duraron negociando ese contrato?

SRA. ORDÓÑEZ: No lo recuerdo, pero tengo archivos en mi computador de 2011, donde hay como formas de posibilidades que finalmente no quedaron así, sino que quedaron como las establecidas en el 2012, o sea cuando ya se llegó a un acuerdo, porque inicialmente inclusive les digo solamente estaban los equipos de Alcon, después se decidió incluir equipos de otras casas diferentes, inclusive creo que había una máquina de anestesia, o sea cosas que nada que ver con Alcon.

DR. JIMÉNEZ: (...) cómo llega en una negociación a establecerse si hay o no por ejemplo suministros de otros elementos distintos a equipos?

SRA. ORDÓÑEZ: En unas conversaciones previas era lo que yo les decía que desde el 2011 estábamos teniendo negociaciones, el qué le conviene más al cliente, de acuerdo a su flujo de caja, de acuerdo a la expectativa que tiene se hace entre las dos partes, en este caso INO y Alcon establecen cómo se puede hacer. (...)

SRA. ORDÓÑEZ: (...) la negociación la hice yo con la doctora Martha Luz Duarte, mirando quién necesitaba, quién no necesitaba, qué le sirve... porque nosotros desde el área comercial también queremos que la relación fluya más adelante no que se vaya a quedar estancada, entonces necesitamos también aconsejarla en qué le conviene más y qué no, pero si es algo siempre muy de acuerdo con el cliente, en ese momento estuvo si no estoy mal, Juan Carlos segura, un muchacho que estuvo como representante legal, él también participó en este tipo de negociaciones, pero más directamente la doctora Martha Luz." (Subrayado fuera de texto)

- (ii) En la declaración de parte de la representante legal de INO se afirma que en el momento en que autorizó expresamente el ingreso en la clínica de los equipos objeto del contrato, no conocía el texto del contrato. Al respecto el Tribunal encuentra que si bien los meses previos de negociación contractual no fueron aparentemente suficientes para que el Cliente conociera el alcance jurídico de un negocio valorado en \$ 2.972.560.960 de pesos, más IVA, la autorización de INO de ingresar los equipos en la clínica para su instalación se concretó el 29 de junio de 2012, es decir, 67 días antes de la firma del Contrato, período en el cual tuvo la convocada oportunidad suficiente y razonable para enterarse

sobre texto del contrato y, de ser el caso, hacer observaciones sobre las obligaciones mercantiles que asumía, y que ahora cuestiona:

“SRA. DUARTE: (...) los equipos entraron en la institución en el 2012, nosotros ni habíamos inaugurado las salas de cirugía, los equipos entraron en junio 29 para su instalación y los equipos empezaron a realizar sus labores casi a finales del año 2012, el contrato que se firmó, solamente se firmó hasta septiembre, (...)”.⁴⁵

(iii) Adicionalmente, del contenido de la declaración de parte de la representante legal de INO el Tribunal no considera que hubo desconocimiento sobre el alcance del negocio jurídico y de las obligaciones y condiciones de su financiamiento:

“DR. JIMÉNEZ: **Pregunta No. 1.** (...) yo quisiera que Ud. nos hiciera un relato para este juicio, de cómo fue la etapa previa a la suscripción del contrato en términos de negociación entre Alcon y INO.

SRA. DUARTE: (...) fue una venta de equipos que costaban más o menos 3 mil millones y esa venta era atada a 5 años a unos pagos y eso también estaba atado a un mantenimiento de estos equipos, este mantenimiento se pagaba mensualmente, fuera de ese mantenimiento nosotros teníamos que usar una tarjeta, esa tarjeta para que funcionara el láser, es como un taxímetro, no puede arrancar el eximerlaser si no tiene esa tarjeta, entonces sin esa tarjeta nosotros no podíamos planear un procedimiento(...) y además había que hacer utilización de otros insumos, como son lentes intraoculares, gotas y eso se abonaba hacia el costo de los equipos. (...)

DR. FUENTES: Esos equipos intraoculares, esos lentes, estaban incluidos en el contrato?

SRA. DUARTE: Si, o sea uno compra un lente digamos a Alcon por 500 o por 1.700 un porcentaje de esos lentes iba para pago del contrato. Digamos de 500 mil pesos de un lente, 120 mil pesos iban para el pago del contrato. Todos los insumos o las goticas, por ejemplo le formulaba uno unas gotas de... para después de la cirugía, esas goticas un porcentaje iba para el pago del contrato.

DR. FUENTES: Es decir, hacía parte del sistema de pago del contrato.

SRA. DUARTE: Si, nosotros había una deuda a largo plazo, esa deuda en largo plazo, que Alcon lo pone así: una deuda de largo plazo que eran los 2.300 millones de pesos y una deuda a corto plazo eran los insumos en los cuales ellos nos ponían unas metas, entonces nos pasaban cada mes, usted consumió tanto de lentes intraoculares, entonces se le abonó tanto pero su meta no está cumplida porque usted tenía que consumir 10 lentes intraoculares, más o menos es eso. (...).”

⁴⁵ Parte de la respuesta a la pregunta No. 1 de la convocante.

(iv) Finalmente, el Tribunal ha verificado en la declaración de parte de INO que el texto del contrato fue efectivamente examinado por la persona responsable de estudiarlo, con anterioridad a la suscripción de su versión final de septiembre de 2012, luego de alcanzarse un acuerdo de formas de pago:

“DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 4.** Indique cómo es cierto si o no, que el Instituto Oftalmológico tuvo la oportunidad de revisar el templete del contrato en varias oportunidades hasta que se llegó a la versión final firmada en septiembre de 2012. (...)”

SRA. DUARTE: Ya la firma, pues obviamente se habló con la parte comercial de Alcon y se llegó a un acuerdo de formas de pago.

DR. HELO: Pero yo le pregunto para la firma del contrato la compañía ordenó revisarlo del departamento jurídico o de algún abogado, para firmarlo lo leyeron, lo estudiaron, qué nos puede decir al respecto.

SRA. DUARTE: Esa es la parte en la cual el gerente encargo se hacía cargo de esa parte, del estudio del contrato.

DR. HELO: Pero el contrato lo firmaron.

SRA. DUARTE: El contrato fue firmado, sí.”

[§13.] Así mismo, para evaluar la excepción planteada por INO sobre la existencia de un **contrato de adhesión** cuyas cláusulas, se indica, fueron predispuestas por ALCON, el Tribunal estima pertinente observar que esta controversia contractual se refiere no solo al texto principal suscrito el 7 de septiembre de 2012, sino a lo acordado por las partes en sus tres (3) Otrosíes del 3 de octubre de 2013, 31 de octubre de 2014, y el 28 de junio de 2016. De acuerdo con el primer texto firmado entre las partes, las “*modificaciones, adiciones y aclaraciones*” introducidas en virtud de tales Otrosíes *son válidas* en la medida en que constan por escrito y están debidamente firmadas por los dos representantes legales.⁴⁶ El Tribunal advierte claramente que las modificaciones introducidas en los Otrosíes no fueron predispuestas por ALCON, sino, en cada caso, el fruto de conversaciones y renegociaciones cuyos textos recogían las inquietudes de las partes, lo que contradice la alegación de imposición de cláusulas bajo un contrato de adhesión:

Respecto al Otrosí No.1

“DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 6:** indíqueme por favor a este Tribunal, cómo se llegó al proceso de negociación para la suscripción del otro sí número 1. Qué factores llevaron a que las partes se sentaran a suscribir el otro sí número 1.

SRA. DUARTE: Los cálculos que nosotros habíamos hecho en pacientes y digamos en el mercado que nos íbamos a mover la compañía pues no resultó,

⁴⁶ Capítulo IX del Contrato, título sobre Integridad del Contrato y prevalencia.

(...) entonces por eso hicimos una reforma de ese contrato, pues hicimos una aclaración porque no podíamos alcanzar las metas económicas.

DR. JIMÉNEZ. **Pregunta 7:** Para mayor claridad de lo que acaba de responder. Es decir, informe como es cierto sí o no, que para la suscripción del otro sí número 1 ocurrió una negociación directa entre las partes para llegar a los acuerdos consignados allí en ese documento que fue firmado por las partes.

SRA. DUARTE: si, se hizo una renegociación del contrato para poder alcanzar las metas de pago."

Respecto al Otrosí No.2

"DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 8:** Indíquele por favor a este Tribunal por qué razón en el otro sí número 2 hubo una variación a los consumibles,, quisiéramos que ud. nos contara la génesis de cómo se llegó a este acuerdo entre las partes.

SRA. DUARTE: Básicamente el uso o consumo de insumos de la compañía, como eran las tarjetas u otros como son lentes intraoculares o gotas, es de acuerdo al número de pacientes que se van a operar, o que se calcula que se van a operar, entonces no solamente el pago era con las tarjetas que ya eran programadas

... se volvió a hacer un contrato nuevo con otra clasificación o una menor cuantía las tarjetas en su año inicial y luego al final un mayor número de tarjetas y se metieron los otros insumos como sabemos de los lentes intraoculares para poder pagarle a Alcon la plata de la compra de los equipos."

Respecto al Otrosí No.3

"DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 18.** Diga cómo es cierto, sí o no, que aproximadamente hacia el año 2016 INO solicitó que no se siguiera prestando el servicio de mantenimiento para evitar seguir generando los costos asociados con la facturación. (...)

DR. JIMÉNEZ: Cito el folio 000013 del expediente, está denominado el documento como otrosí numero 3 al contrato de compraventa de equipos médicos firmado entre Laboratorios Alcon S.A - Instituto Nacional de Oftalmología y voy a leer la cláusula primera que dice así:

"Las partes acuerdan que a partir de la firma del presente otrosí los siguientes equipos quedan excluidos del anexo 3 contrato de mantenimiento del contrato: (...)

SRA. DUARTE: Usted lo ha leído, confirma exactamente los equipos que nosotros dijimos, el Alcon láser, el Jac láser, la cámara de Angio y la regla biométrica, esos equipos los vendimos entonces ahí Lorena nos estaba cobrando ese mantenimiento, yo pasé la carta que por qué nos cobraban los mantenimientos (...)

DR. FUENTES: (...) el 28 de junio de 2016, se firmó el otrosí número 3 y en ese otrosí número 3 se dice, fue parte de la pregunta, en la cláusula primera, que las partes acuerdan que a partir de la firma del presente otrosí los siguientes equipos quedan excluidos del anexo 3 del contrato de mantenimiento del contrato y menciona cuatro equipos que fueron Jaclaser, Laser Verde, la

Costelation y la regla biométrica; la pregunta concreta es: con la exclusión que se logró en virtud del otro si 3, suscrito el 28 de junio del año de 2016, se solucionó esta situación? (...).

SRA. DUARTE: Es que el mayor costo de mantenimiento lo hacia el EximerLaser, digamos que uno paga 50 mil o 40 mil dólares por el mantenimiento del equipo, más o menos es eso, estos equipos el mantenimiento comparado era como un 5%, 6%, 7% de ese mantenimiento, del costo del mantenimiento de los equipos.

DR. HELO: Pero quedó solucionado la inquietud ustedes tenía?

SRA. DUARTE: Ahh, sí sí, con Lorena sí, ella luego descontó esos mantenimientos que no debían realizarse, ella los descontó al costo total...

[§14.] Finalmente, en cuanto al señalamiento de la convocada de que *“es muy probable que ALCON tenga posición de dominio en el mercado relevante (...) negándose a contratar en condiciones diferentes a las predispuestas”*, esta afirmación no fue probada por INO en el proceso arbitral. Por el contrario, de las declaraciones testimoniales se desprende la presencia de otros oferentes con tecnologías similares y competitivas en el mercado:

- (i) En la declaración testimonial del ingeniero electrónico señor Nelson Rogelio Pérez Díaz, se destaca lo siguiente:

“DR. JIMÉNEZ: Conoce usted si en otras marcas u otros productores de esta clase de equipos manejan ese mismo tipo de tecnología, es decir, el equivalente a una... y si sí cuéntenos por qué sabe eso?”

SR. PÉREZ: Sí, equipos como... que ahora es distribuido o soportado por Johnson y Johnson a nivel internacional en ese momento eran equipos que utilizan esas tarjetas para tratamiento, conozco eso porque Alcón tuvo esa compañía hace más de veintipico de años, veintidós, veinticinco años la tuvo y en ese momento también se trabajaba tarjetas por procedimientos. (...)

DR. MATEUS: (...) quisiera entender, no me quedó claro, si el producto que actualmente comercializa o que en su momento comercializó Johnson y Johnson, el cual usted hizo mención, era susceptible de ser utilizado con el equipo que tenía INO?”

SR. PÉREZ: No, en lo absoluto, son sistemas y son tarjetas incompatibles y son las de... las Johnson y Johnson son exclusivas para ellos y no hay manera de intercambiar, son únicas para cada destino”.

- (ii) En la declaración de la señora Mary Lorena Ordóñez Vélez,

“DR. HELO: Una pequeña precisión, cuando habla de nuestros equipos, significa que son equipos elaborados aquí en Colombia por laboratorios o son importados?”

SRA. ORDÓÑEZ: (...) Todos son importados (...) tenemos una lista de precios que es como el precio que es para todo el mundo, quiere comprarlo en... o quiere comprarlo dentro de una forma de financiación (...)

Esto con la idea de que el cliente atraerlo y pues es bueno trabajar con Alcon y no con otra compañía, porque estos equipos los venden otras compañías diferentes a Alcon (...).

En este momento si ustedes se dan cuentan el equipo necesita tarjetas y no solamente el equipos de Alcon, cualquier equipo de la competencia en este momento está Rocol que es otra compañía que vende esos equipos y Andrick que también vende los mismo equipos, entonces para que esos equipos funcionen también necesita un consumible, que es una tarjeta, haga de cuenta una tarjeta de crédito que mantiene los procedimiento ahí y si la pasa el equipo lo lee y dice ah ok puedo hacer el procedimiento (...) sí yo como INO, como cualquier compañía que voy a comprar un equipos, digo no, no quiero trabajar con Alcon, trabajo con otro diferente, sencillamente le compro las tarjetas y esas sí tienen un costo mucho más alto y lo facturan en dólares, que son o Rocol o Andrick, cualquier equipo de la competencia.

DR. HELO: Esas tarjetas que puede conseguir afuera de Alcon sirven para operar los equipos?

SRA. ORDÓÑEZ: No, no porque cada fabricante hace su equipo y las tarjetas son para su equipo, o sea si yo tengo el equipo de Alcon yo no puedo ir a decirle a Andrick véndame tarjetas para funcionar con el equipo de aquí porque obviamente no le va a funcionar y lo mismo lo contrario (...).

DR. JIMÉNEZ: (...) alguien distinto a ustedes en el mercado me puede prestar esos servicios y/o vender esos consumibles de los equipos?

SRA. ORDÓÑEZ: Para mi equipo no, pero si yo digo no, yo no quiero trabajar con Alcon trabajo con Andrick o Rocol que serían los otros dos, ellos me venden sus insumos y yo tampoco pudiera venderles los insumos de ellos, si es esa la pregunta?

DR. JIMÉNEZ: (...) o sea cada marca de alguna manera es la única que está en capacidad técnica y operativa por el tema de esto del Invima para proveer suministro de... (Interpelado)

SRA. ORDÓÑEZ: De su equipo”.

3.2 Sobre el alegato de la existencia de cláusulas abusivas en el contrato contrarias a la buena fe contractual

[§15.] En la primera excepción de mérito de la contestación de la demanda por parte del Instituto Nacional de Oftalmología se plantea que el Tribunal debe revisar el “contenido obligacional” del Contrato en un plano de equilibrio contractual. Para ello sostiene que las cláusulas predispuestas por ALCON son abusivas y contrarias a la

buena fe contractual, e indica específicamente que: *“el objeto real del contrato (...) no fue una compraventa pura y simple de equipos médicos (...) lo que realmente subyace es una compraventa a crédito con ventas atadas, obligando al cliente (en este caso INO) a asumir el pago de un contrato de servicios de mantenimiento a cinco años, y de suministro de los productos de ALCON por período igual y con la obligación de compra de unas cantidades mínimas, que no obedecen a las verdaderas necesidades de la convocada, y cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un supuesto descuento en el precio de los equipos y hace más oneroso el contrato”*.

[§16.] En este contexto, pese a que el Tribunal no ha identificado la existencia de un contrato de adhesión cuyas cláusulas hayan sido predispuestas por ALCON, se analizará a continuación si el Contrato y sus modificaciones negociado entre las partes contempla cláusulas que produzcan un desequilibrio en perjuicio de INO. Para este efecto, se tomará como punto focal del análisis el Capítulo V del Contrato: PRECIO Y FORMA DE PAGO, cláusula que contiene los elementos del precio de los equipos y su determinación; el otorgamiento del descuento y las condiciones para gozar del mismo; la forma de pago, y demás elementos citados por la convocada para afirmar que el *objeto real del contrato* generó un desequilibrio de tal magnitud que resultó perjudicada. Lo anterior no obsta para que el Tribunal se refiera a obligaciones y derechos consagrados en otros Capítulos del Contrato.

[§17.] Como lo hemos puesto de presente en este Laudo, según la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, las **características típicas de las cláusulas abusivas** comprenden (i) que su negociación no haya sido individual; (ii) que genere un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones que contraen las partes” y (iii) que lesione los requisitos emergentes de la buena fe negocial.⁴⁷

[§18.] Respecto a la primera característica, la declaración de parte y los testimonios arriba reseñados no arrojan duda en el sentido que la etapa de negociación y formación del contrato y sus Otrosíes no se caracterizó por la simple aceptación de un formulario impreso e impersonal predispuesto por ALCON y destinado a la sola firma de INO quien señala que *“no esperaba encontrar cláusulas abusivas”* y que hubo *“un ropaje dispuesto para el contrato”*. Las condiciones de precio y forma de pago del negocio jurídico, esencialmente contenidas en la cláusula o Capítulo V, que ahora se cuestionan por INO en este proceso arbitral, fueron conocidas por las partes y materia de conversaciones que trataron de recoger sus intereses, para llegar finalmente a los textos libremente suscritos entre ellas.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia 2 de febrero de 2001. Op.Cit.

[§19.] En cuanto a la segunda característica de un posible desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones que contrajeron las partes, ciertamente, considera el Tribunal, no se trató de una compraventa “pura y simple” de equipos médicos, como lo afirma la convocada, sino que el acuerdo protocolizado y sus Otrosíes puede calificarse como un contrato atípico mixto, a cuyo régimen jurídico se ha referido este Laudo. La racionalidad técnica y financiera de los principales componentes de este contrato “atípico” de compraventa de equipos médicos, no fue desconocida por el Instituto Nacional de Oftalmología que, a raíz de las negociaciones adelantadas, se informó sobre las condiciones de adquisición y operación de los equipos y sobre de los servicios contractuales complementarios que recibía, cuyo valor se incluyó dentro del precio convenido en el contrato:

- (i) En lo que respecta al cuestionamiento del pago de servicios de mantenimiento durante el contrato valorados dentro del precio a que se refiere la cláusula quinta del contrato, el Tribunal constata que INO no fue obligada ni asaltada en su buena fe al asumir la obligación pagar un precio por este servicio. El Instituto Nacional de Oftalmología conocía acerca de la racionalidad técnica de acordar el servicio de mantenimiento de los equipos que compraba, cuyo valor se tasó, desde un inicio, para ocho (8) de los equipos adquiridos, tal como consta en el Anexo I del Contrato y en el Capítulo V, de cuyo texto se desprende que INO adquiría el derecho a exigir a ALCON el mantenimiento de tales equipos,⁴⁸ así como la obligación de pagar un precio cierto por tales servicios. INO tampoco desconocía que por los otros cinco (5) equipos que adquiría, individualizados en el Anexo I, no asumía obligaciones de pagar el mantenimiento. Manifiesta, en esta materia, la representante legal de INO:

“DR. JIMÉNEZ. **Pregunta 10:** Conoce usted en su calidad de representante legal que los equipos que fueron adquiridos por compra a Alcon necesitan un mantenimiento de carácter preventivo en virtud de unas disposiciones de la Secretaria de Salud?

SRA. DUARTE: Sí lo conozco por experiencia que todos los equipos tienen que tener un mantenimiento.

DR. JIMÉNEZ: Le agradecería, sin agotar otra pregunta, que nos explicara un poco más dada su formación profesional y su experiencia, en qué consisten esos mantenimientos y cada cuánto se deben hacer (...).

SRA. DUARTE: Esos equipos necesitan un mantenimiento porque ellos se manejan con gases para su funcionamiento, tienen una cabeza óptica que tiene que tener esos ensayos para prenderlos, uno tiene que optimizar si el láser está colocado en buena posición, hacerle pruebas pues para poder

⁴⁸ El Capítulo IV del Contrato “COMPRAVENTA DE LOS EQUIPOS” establece la obligación e ALCON de proporcionar los Servicios de Mantenimiento en los términos y condiciones establecidos en el Anexo III.

ponerlo en el ojo, entonces todos los equipos de oftalmología y más estos equipos quirúrgicos, porque... es un aparato quirúrgico necesitan un mantenimiento y depende el número de procesos, si yo opero 500 ojos al mes obviamente que tengo que tener el mantenimiento mensual o quincenal de los ingenieros, en estos equipos porque son equipos que hacen ablaciones en la córnea en micra, 20, 50, 100 micras entonces necesitan un ingeniero especializado y necesitan un mantenimiento especializado.

“DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 19.** Diga cómo es cierto sí o no, y yo afirmo que es cierto, que por lo menos 1, 2, 3, 4, 5 equipos, de conformidad con el **anexo número 1 del contrato**, para los mismos no fue pactado por no ser equipos marca Alcon precio de mantenimiento, por ende en ese orden de ideas nunca le fue cobrado. (...)”

SRA. DUARTE: (...) Hay equipos que nunca tuvieron mantenimiento por no ser de la casa de Alcon y hay equipos que sí tuvieron mantenimiento que nos lo estaban cobrando y nosotros ya lo habíamos vendido

- (ii) En cuanto a los cuestionamientos de la convocada sobre la posible existencia de “ventas atadas”, se dice que se obligó a INO a adquirir unas cantidades mínimas de productos de ALCON, por lo que el Tribunal se referirá a continuación a lo pactado por las partes. En el Capítulo V del Contrato, como se reseñaba en la primera parte de este Laudo, al definir ALCON e INO la forma de pago de los *Equipos y Mantenimiento* por un valor de \$ 2.972.560.960 más IVA, se convino un esquema de financiamiento que puede resumirse así: (a) el otorgamiento de un descuento de \$ 641.997.132 sobre dicho precio, sujeto a determinadas condiciones; (b) el pago del precio “con descuento”, es decir, \$ 2.330.563.827, en dos modalidades: un 57% mediante 20 cuotas mensuales especificadas en su valor; y un 43% mediante la adquisición y pago con descuento de determinados productos de ALCON. Estos productos correspondían inicialmente a un número de tarjetas requeridas para la operación de los equipos, cuyo precio de adquisición sería acreditado en más de un 90% a la amortización del referido 43% del precio “con descuento” (Anexo IV).

Ahora bien, los valores de las cuotas mensuales y los productos de ALCON, que gozarían de un beneficio de amortización de los pagos fueron objeto de modificaciones acordadas entre las partes en los 3 Otrosíes suscritos.

No obstante, el PARÁGRAFO II del Capítulo V determinó que *“Las partes entienden que el sistema aquí establecido no implica para el Cliente la obligación de efectuar compras de productos, sino que supone el otorgamiento de ciertos beneficios derivados de esas compras en el evento de llegar a producirse”*. Es decir, INO tenía la posibilidad de amortizar un porcentaje del

precio del contrato y mantenimiento comprando ciertos productos de ALCON, pero no la obligación de hacerlo. Si no lo hacía, por no estar obligado a ello, el PARAGRAFO I del mismo Capítulo determinaba que “en cualquier momento” INO podría realizar “abonos de dinero en efectivo”.

El Tribunal observa, sin embargo, que según el PARAGRAFO I se establecieron claros desincentivos económicos para INO en cuanto a la posibilidad de que al finalizar el plazo del contrato “no lograra adquirir una cantidad de Productos equivalente a las cantidades estimadas de Productos”. Este desincentivo consistía en perder el beneficio del descuento otorgado sobre los equipos y mantenimiento. Igualmente, dicho parágrafo determinó que INO perdería el beneficio del descuento si optaba por “pagar el saldo total” del equipo con abono en efectivo. Así, los costos financieros para INO de no adquirir los productos de ALCON habrían, eventualmente, inducido a optar necesariamente por el suministro de productos de ALCON, como forma de pago un porcentaje del contrato. No obstante, como se ilustra más adelante, la conducta contractual de ALCON en la ejecución del contrato revela que este desincentivo de pérdida del descuento no le fue aplicado a INO, incluso en la situación de incumplimiento de las obligaciones de pago del Instituto, la que según el Capítulo VI del Contrato autorizaba a ALCON a dar por terminados los beneficios de descuento del precio de los equipos.

En adición a lo anterior, según el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 que define distintas conductas que constituyen abuso de la posición dominante, las ventas atadas comprenden aquellas “*que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones*”. A este respecto, se evidenció que “los productos de ALCON”, inicialmente las “WAVECARDS EX 500 -xx Procedures”,⁴⁹ y posteriormente los lentes y dispositivos añadidos como “consumibles” en el Otrosí No. 2 “RESTORPARK, SN60ATMONARCH, y SA60ATMONARCH”, sí hacían parte del objeto del negocio y de la operación de los equipos para la prestación de los servicios de oftalmología del Instituto. Respondiendo a la pregunta sobre el mecanismo de pago atado a la fidelidad comercial, responde la testigo Mary Lorena Ordóñez:

⁴⁹ Como se reseñó el testimonio arriba transcrito de la Sra. Mary Lorena Ordóñez Vélez las tarjetas que debían adquirirse en virtud del Contrato únicamente funcionan con en los equipos de Alcon, pero sin que ello se trate de una imposición en la medida en que otras empresas como Jhonson & Jhonson, Rocol y Andrick utilizan estas tecnologías de WaveCards para hacer funcionar los equipos de láser.

“SRA. ORDÓÑEZ: (...) en el primer contrato en el 2012 solamente se hizo con la tarjeta y la tarjeta es solamente un medio de financiación, ahí no había consumibles de nada, en primer otrosí mejor dicho, yo sí me senté con la doctora y le dije doctora si ustedes ya están haciendo cataratas que es otra cirugía diferente y ustedes están comprando lentes que los pueden comprar a cualquier casa, por qué no nos compran a nosotros estos 3 lentes, nosotros tenemos muchísimos más productos, pero eso era lo que yo le veía como que podía ser para ellos una salida y les dije incluyamos estos 3 lentes, nos lo compran y aquí le va a servir de amortización también a su máquina con la salvedad que nuestros lentes, por decir una cosa, el lente que más se vende vale \$500.000 precio lista, para cualquier cliente tenga o no tenga equipo. Entonces yo le dije mire aproveche que usted tiene esto, cómprenos a nosotros los lentes, igual lo puede comprar a cualquier otro, pero si nos compra a nosotros tiene un porcentaje de amortización que es el 13%.

- (iii) En cuanto a los desequilibrios económicos, menoscabos o perjuicios en que la convocada alega incurrió como consecuencia de las supuestas cláusulas predispuestas y del ropaje dispuesto para el contrato, el Tribunal no encuentra en las excepciones de mérito, ni en las pruebas allegadas al proceso, elementos diferentes a las solas afirmaciones sobre “la imposibilidad de cumplir con el contrato”, y el señalamiento de que el resultado de la revisión del contrato “fue una carga más onerosa a la inicial”. Por tratarse de un asunto relacionado con la buena fe negocial y su aplicación en la ejecución de las prestaciones acordadas de la relación contractual, el Tribunal se referirá a ello más adelante.
- (iv) También, en cuanto a la consideración del posible desequilibrio de los derechos y obligaciones que contrajeron las partes, que ha sido alegado por INO, no escapa al Tribunal que la libertad de empresa y la autonomía privada son la regla (art. 333 C.P.), y la intervención de las distintas ramas del poder público constituye la excepción. Dentro de esta lógica, el equilibrio contractual en el derecho privado está establecido por las partes mismas, como bien lo precisa el artículo 1498 del Código Civil: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (...)*”.

Este equilibrio subjetivo permite la libertad de empresa, la iniciativa privada y el desarrollo económico; y su respeto está garantizado a través del principio de la *fuerza obligatoria de las convenciones* (art. 1602 C.C.). Estas disposiciones del derecho privado estructuran, entonces, la libertad del emprendimiento, en las condiciones de seguridad necesarias para que los

particulares pueden planear y distribuir contractualmente los riesgos y costos de sus operaciones económicas. Así, la visión tradicional del contrato reposa en la idea fundamental de que *"la libertad tiene que estar acompañada de la responsabilidad. Porque contratan libremente y se les provee de los medios para defender sus intereses, las partes deben asumir los riesgos que implican los contratos"*⁵⁰.

[§20.] Finalmente, respecto a la tercera característica, que la(s) posible(s) cláusula(s) abusiva(s) no lesionen los requisitos emergentes de la buna fe negocial, el Tribunal reitera que no identifica, en la etapa precontractual, un proceder de mala fe de ALCON, que estaría proscrito por el artículo 863 del Código de Comercio. La expresión del cumplimiento del deber fundamental de suministrar al cliente, en dicha etapa, informaciones veraces sobre las características de los bienes objeto del contrato y su operación, el precio y las condiciones de su esquema de financiamiento, los servicios objeto del contrato, los efectos de posibles incumplimientos, y otros elementos de la compraventa, se concreta en los contenidos mismos de los Capítulos y Anexos del Contrato, y sus posteriores modificaciones, que han sido explicados detalladamente en la Sección I de las consideraciones de este Laudo.

En el marco de la regla de interpretación "*contra preferentem*" del artículo 1624 del Código Civil, tampoco identifica el Tribunal en el Capítulo V del Contrato, ni en otros Capítulos, un clausulado ambiguo dictado por una de las partes, ni que tal ambigüedad haya provenido *de la falta de una explicación que ha debido darse por ella(s)*. Independientemente del rigor que conlleve el cumplimiento de la compraventa y la modalidad de pago que pactaron ALCON e INO, los compromisos y derechos de las partes son claros y precisos en el Contrato y sus Otrosíes, y le está vedado al Tribunal, pretextando interpretación, desconocer los efectos propios de estas cláusulas, tal como lo ha señalado la jurisprudencia citada de la Corte Suprema de Justicia.

[§21.] Igualmente, en cuanto a la obligación de no contravenir la buena fe en la ejecución de los contratos consagrada en el artículo 871 del Código de Comercio, el Tribunal considera relevante referirse al comportamiento de ALCON que ha sido tachado de contrario a la buena fe contractual por parte de la convocada en aspectos específicos de la relación contractual:

- (i) En cuanto se refiere a la prestación del servicio de mantenimiento, se ha alegado en el proceso arbitral por parte de la representante de INO que ALCON habría incumplido la obligación de prestar el mantenimiento a "la cabeza" del equipo láser, lo que *"nos bloqueo nuestra labor de cirugía"* y

⁵⁰ Lequette, Yves. "Bilan des solidarismes contractuels". In *Études offertes à Paul Didier*. Ed. Économica, Paris, 2008, p. 276.

“seguir realizando nuestra labor de operar pacientes, porque si la cabeza no funciona nosotros no podemos con un equipo de esos y la única manera que lo arreglara era Alcon”. No obstante, de la misma declaración de la representante de INO se desprende que ALCON se habría negado inicialmente a prestar el mantenimiento de este equipo en aplicación del Capítulo VI del Contrato que le autorizaba a terminar o suspender los servicios de mantenimiento pactados si INO estaba en situación de incumplimiento de sus obligaciones. Adicionalmente, se demostró que cuando las partes acordaron unas condiciones financieras para que dicho repuesto fuera instalado, INO no cumplió con dicho acuerdo. Consta en la declaración de parte lo siguiente:

“DR. JIMÉNEZ. **Pregunta 11:** Diga cómo es cierto sí o no que laboratorios Alcon prestó el servicio de mantenimiento de garantía, o sea durante el primer año, en la forma estipulada, esto es de manera gratuita. (...)”

SRA. DUARTE: Del año de garantía, si claro.

DR. JIMÉNEZ. **Pregunta 12:** Diga cómo es cierto sí o no que laboratorios Alcon con posterioridad al primer año siguió prestando los servicios de mantenimiento contratados de conformidad con el contrato vigente entre las partes.

SRA. DUARTE: Alcon sí hizo los mantenimientos hasta el año 2016 en el cual hubo un daño en la cabeza del... en ese momento cuando hubo ese daño en la cabeza, entonces había que cambiarla, (...) en el contrato estaba de que ellos deberían cambiar la cabeza pero como estábamos atrasados Nelson el jefe en ese momento, no nos cambiaba la cabeza hasta que no pagáramos esos 80 millones. (...)

DR HELO: Ante este Tribunal se ha presentado una versión diferente, en el sentido de que (...) esa cabeza que era fundamental para el funcionamiento del equipo costaba 120 millones de pesos. Que ustedes debían aportar 70, 50 los iba a financiar Alcon y que Alcon importó esa cabeza para poder instalarla en el equipo pero que ustedes nunca aportaron los 70 millones que se habían obligado aportar.

SRA. DUARTE: En el momento que, o sea, nosotros no podíamos aportar porque la situación económica de la compañía no teníamos en ese momento los 80 millones (...)

DR. HELO: Pero precísele al Tribunal lo siguiente dra, sí hubo un acuerdo o no con Alcon respecto a esa cabeza, que debía traerse y ustedes pagaban una parte o x dinero y le ponían esa cabeza al equipo.

SRA. DUARTE: Si, Nelson básicamente dijo: Dra, si usted no paga los 80 millones nosotros no le instalamos la cabeza. (...)

DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 14.** Diga cómo es cierto sí o no, de conformidad con las dos respuestas anteriores que *existió un acuerdo entre Alcon e*

INO para que la importación del cabeza, repuesto que le hacía falta al láser, se efectuara siempre y cuando INO se pusiera al día en el monto que Alcon le sugirió o le requirió y que INO aceptó. Esto es la suma aproximada de 70-80 millones, dada la divergencia de las respuestas que hemos obtenido en este Tribunal.

SRA. DUARTE: Sí, nosotros estábamos atrasados en el pago, Alcon dijo: les instalo la cabeza, les arreglo el equipo si ustedes nos pagan esa cantidad, pero en ese momento no la teníamos”.

(ii) En lo que respecta a las metas inicialmente establecidas en el Anexo IV de adquisición de tarjetas WAVECARD que según la primera excepción de mérito no obedecían “a las verdaderas necesidades de la convocada”, el trámite del proceso permitió poner de presente al Tribunal que la negociación adelantada sobre el Otrosí No.1 se tradujo en que ALCON e INO establecieran metas más realistas de cantidades consumidas de dichos productos, las que se plasmaron en el numeral 2 de dicho Otrosí.

(iii) En materia del descuento inicial otorgado por ALCON, al cual se refiere INO, en la primera excepción, como un “supuesto” descuento que se articulaba con las “ventas atadas” y el contrato de mantenimiento a 5 años, se acreditó en el proceso que ALCON tuvo la posibilidad contractual de dar por terminado dicho beneficio dadas las situaciones de incumplimiento de las obligaciones de INO, más no lo hizo. En la declaración ante el Tribunal de la representante legal de laboratorios Alcon, Sra. Victoria Brito Gómez, al referirse a los montos y formas de pago que se modificaron en la negociación de los Otrosíes señala que los valores resultantes no obedecieron a la eliminación del beneficio del descuento:

“aunque tuvimos muchas renegociaciones y muchas ruidos de pago en ningún momento se quitó o reversó el beneficio inicial del descuento, ese descuento se ha mantenido, se mantuvo porque la única manera de reversar ese interesante beneficio es a través, contablemente (...)

En este caso siempre se facturó neto y nunca se volvió a generar una nota débito de desconocimiento de este beneficio inicial a pesar de estas renegociaciones y vueltas de negociaciones de va y viene” (se subraya).

(iv) Sobre el cuestionamiento de la convocada al pago de los intereses pactados entre ALCON e INO el 31 de octubre de 2014 en el Otrosí No. 2, las explicaciones de las representantes de INO y de ALCON sobre la suma que estuvieron de acuerdo en establecer como pago de “intereses de financiación de los equipos a un plazo de cinco (5) años y una tasa de 5% E.A”, ilustran sobre los motivos de haber convenido tal obligación:

“DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 9:** “el cliente pagará a Alcon la suma de 188’863.872 pesos, IVA incluido, por concepto de intereses de

financiación de equipos a un plazo de 5 años y una tasa del 5% del efectivo anual". Si me autoriza le acerco el expediente.

SRA. DUARTE: Nosotros en ese momento como no podíamos pagarlo porque el número de pacientes, era una compañía nueva, el número de pacientes y a pesar de los pagos que dimos pues habíamos incumplido, no habíamos podido pagar el monto porque el número de pacientes no era favorable a nosotros, tratamos de cumplir el contrato entonces Alcon remodeló su contrato, el contrato básicamente quedó fue eso, ellos lo calcularon de esta manera...."

A su vez, la representante de ALCON señala sobre los intereses:

"SRA. BRITO: (...) Esto también es un factor interesante, que se negocia con las partes y así lo acepta INO, un cobro de intereses. Por qué hacemos eso y no se había hecho antes, fíjense que además este negocio original no tenía costo de financiamiento, (...) pues así se firmó porque este era nuestro interés de cerrar un acuerdo con INO y apoyarlo en este inicio de negocio. Hay un cambio de premisas corporativas cuando fue la negociación de este otrosí y se lleva a negociación el cobro de intereses, este cobro de intereses es un 5% así como el de los países europeos, prácticamente simbólico, por el período de tiempo que quedaba (...)" (se subraya).

Y en el testimonio de la Sra. Mary Lorena Ordóñez se observa lo siguiente acerca del pacto de intereses:

"DR. JIMÉNEZ: (...) en alguno de los otrosíes, digamos que se la voy a hacer muy genérica, se habló y se pactó entre las partes un tema de interés y se facturó ese tema de intereses, usted conoce algo de eso y no puede dar un contexto de esa situación, si lo sabe claro está?

SRA. ORDÓÑEZ: Sí, nosotros en los contrato iniciales no se facturaba intereses porque esa era la directriz que teníamos, no me acuerdo en qué momento ya llegó una orden de región en el cual se debía facturar intereses, si se iba a renegociar porque la deuda seguía, (...) fue por políticas de compañía que debíamos facturar intereses.

DR. JIMÉNEZ: Si le entendí bien, el contrato inicial está sin intereses por una orden de región como Alcon, tiene que empezar a cobrar intereses y eso en el caso concreto de INO fue objeto de renegociación, fue una imposición, cómo funcionó eso...?

SRA. ORDÓÑEZ: Sí, durante uno de los otrosíes se manejó como negociación, como parte de la negociación.

DR. JIMÉNEZ: Es decir las partes debatieron el monto de esos intereses, qué periodo cubría y cómo se iba a cobrar y todo esto?

SRA. ORDÓÑEZ: Sí" (se subraya).

- (v) Y en lo referente al proceso que llevó a la venta de equipos y exclusión de los servicios de mantenimiento de cuatro equipos en virtud del Otrosí No. 3, el 28 de junio de 2016, el Tribunal aprecia que, en el contexto de las dificultades de pago del Contrato que afrontó INO, se demostró un comportamiento colaborativo entre las partes que no coincide con un desconocimiento por parte de ALCON de los principios de la buena fe contractual establecidos en el artículo 871 del Código de Comercio, según el cual las partes, además de obligarse a lo pactado expresamente los contratos, quedan en la obligación de hacer todo aquello que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural:

Del testimonio de la Sra. Mary Lorena Ordóñez se destaca lo siguiente:

“DR. HELO: Y qué conocimiento tiene respecto de la ejecución del contrato, ya sabemos que se celebró en el año 2012, qué nos puede contar respecto a la forma de ejecución del contrato?

SRA. ORDÓÑEZ: (...) he tratado, yo personalmente, muchas veces de acercarme a INO a tratar de hacer renegociaciones, porque definitivamente el acuerdo inicial nunca se cumplió, o sea las cuotas fijas que quedaron escritas no se pudo, por lo que haya sido, porque de pronto INO en su momento no pudo tener los contratos, tenía una excelente infraestructura muy bonita, pero lo que hacía que eso funcionara eran los contratos de los pacientes, eso nunca estuvo, entonces yo me senté muchas veces con la doctora Martha Luz a decirle doctora hagamos esto, doctora mirémoslo de esta forma, no me acuerdo si son 2 veces que ya hubo formalmente un otrosí para decir mire cambiemos esas cuotas que están muy altas, creo que en alguna ocasión también aumentamos el plazo para lograr bajar los montos y que fuera un poquito más fácil para INO hacerlo, tampoco se pudo.

Últimamente, cuando digo últimamente hace como de 2 años para acá, yo le propuse le dije doctora vendamos ese equipo, o sea yo no lo voy a hacer como Alcon, pero yo le ayudo a conseguir un cliente, entonces yo le digo este cliente está interesado y usted directamente lo vende y usted se encarga de sus cosas, porque yo no me podía involucrar en eso, tuve 2 clientes que le dije doctora estas dos personas están interesadas, ya negocien ustedes, no sé por la razón que fuera no se logró concretar la venta en su momento, porque a mí sí me preocupaba, o sea a medida que iba pasando el tiempo se iban acumulando facturas de mantenimiento (...)

DR. HELO: Tiene alguna pregunta?

DR. JIMÉNEZ: En una respuesta que le dio usted al Tribunal dijo, *yo le conseguí dos clientes para que vendamos a ese equipos*, cuál equipo, denos un contexto un poco más amplio de eso.

SRA. ORDÓÑEZ: (...) INO vendió como 3 o 4 equipos, a un cliente determinado porque la propiedad ya es de INO desde el momento en que se factura, INO vendió esos equipos en ese momento se hizo un otrosí para validar la parte jurídica de que los equipos ya no estaban dentro de las instalaciones de INO porque ya INO las había vendido, pero ese dinero en la venta no fue para pagar la deuda, o sea ahí no se hizo un abono a la deuda en ese momento.

Después sí hubo otro equipo adicional que fue un láser, en ese momento sí hubo traspaso del pago de ese equipo puntual, luego cuando yo hablo de que conseguí cliente estoy hablando del equipo grande del EX500, se consiguieron dos clientes en el cual la doctora Martha recibió los contactos, habló con el cliente, pero obviamente no llegaron a un acuerdo en la venta del equipo, la idea inicial era: yo le consigo el cliente, usted negocia, de pronto puede sacar algo adicional porque eso es suyo porque es su equipo, pero obviamente cuando le paguen nos paga a nosotros parte de la deuda, pero esa parte no se logró realizar" (se subraya).

4. La obligación de cumplir con lo estipulado en el "contrato de compraventa de equipos médicos" bajo el principio de la buena fe contractual: improcedencia de las excepciones de mérito primera y segunda

[§22.] No se ha demostrado, a juicio del Tribunal, la presencia de un contrato de adhesión, ni de cláusulas abusivas, ni que haya habido abuso del derecho y de posición dominante por parte de ALCON en la conclusión y ejecución del Contrato de Compraventa de Equipos Médicos. Tampoco se ha demostrado que el desarrollo del Contrato, en especial de lo establecido en el Capítulo V sobre el precio, la forma de pago y los beneficios otorgados, haya generado desequilibrios y perjuicios para INO contrarios a los dictados de la buena fe objetiva, con lo cual el Instituto pueda liberarse de responsabilidad por no el no cumplimiento de las obligaciones esenciales del Contrato suscrito con ALCON.

[§23.] El artículo 1.602 del Código Civil determina que: *"Los contratos son ley para las partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"*. Sobre este importante principio cimentado en el reconocimiento de la voluntad individual como

eje definitorio del sistema legal contemporáneo, ha señalado la Corte Constitucional:⁵¹

“El hecho de que el contrato haya sido equiparado a rango de ley en el marco de las relaciones privadas, más allá de las implicaciones mercantiles y comerciales que acarrea tiene una importante significación ética y filosófica, por cuanto reconoce que el hombre a través de sus decisiones es un auténtico legislador de su destino. Es decir, el artículo 1.602 del Código Civil acentúa que las personas en razón a su autonomía deben ser los arquitectos de su vida por intermedio de las decisiones y obligaciones que adquieren”

Y en cuanto a la correspondiente garantía de cumplimiento de los contratos legalmente celebrados, la misma sentencia de la Corte Constitucional pone de presente el principio de la fuerza obligatoria del contrato *pacta sunt servanda*, destacando como “Una vez que el contrato nace a la vida del Derecho da lugar a una obligación que no puede ser alterada por la voluntad del deudor que le dio origen. En otras palabras, las obligaciones del contrato son exigibles en la medida que éste sea elaborado conforme al proceso de formación que exige el Derecho para que nazca, es decir, que obedezcan a un proceso de negociación”⁵².

[§24.] Así, el contrato *existente y válido entre ALCON e INO* obliga a las partes a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece por definición o lo expresamente pactado (*pacta sunt servanda, lex privatta, lex contractus*, artículos 1501, 1602, 1603 Código Civil; 871 Código de Comercio), y su observancia es una garantía para las dos partes de que se ejecutarán las obligaciones pactadas. El artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, como lo destacado el Consejo de Estado: “*repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desapegarse arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado*”.⁵³

[§25.] La parte convocada, a juicio del Tribunal, no puede desconocer sus propios actos y la libre manifestación de su voluntad al negociar y suscribir válidamente el Contrato de Compraventa de Equipos Médicos el 7 de septiembre de 2012, así como los términos y las condiciones de modificación contempladas en los tres Otrosíes, textos legales, todos ellos, que fueron negociados y firmados por los representantes legales de las partes. En este punto el Tribunal considera relevante destacar como la doctrina y la jurisprudencia han derivado del principio de la buena fe la teoría de los actos propios, “*que impone el deber para las partes de mantener la coherencia frente a*

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-229 de 2016. Referencia: expediente T-5.350.275. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵² Se cita al respecto en la sentencia a Barcia Lehman, Rodrigo, *Los Efectos de las Obligaciones Desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho*.

⁵³ Sentencia del Consejo de Estado, Sentencia de 28 de enero de 2015. Exp. 31162.

sus actos, ello con miras a proteger la buena fe de su contratante, y las expectativas legítimas que su actuar haya podido generar".⁵⁴ A esta teoría se ha referido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

"(...) Con fundamento en el comentado principio, se ha estructurado la 'doctrina de los actos propios' -venire contra factum proprium non valet-, conforme a la cual, en líneas generales, con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamientos se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial".⁵⁵

[§26.] Las consideraciones expuestas anteriormente son suficientes para que el Tribunal declare, en la parte resolutive de este Laudo, la improsperidad de la primera excepción de mérito consistente en *"la imposibilidad de cumplir el contrato en los términos impuestos por la convocante, a causa de la excesiva onerosidad impuesta en las estipulaciones contractuales"*. Estudiados los argumentos que soportan esta excepción, el Tribunal reitera que el Contrato de Compraventa de Equipos Médicos entre Laboratorios ALCON de Colombia y el Instituto Nacional de Oftalmología de fecha 7 de septiembre de 2012, sus tres Otrosíes, y las evidencias allegadas al proceso sobre la ejecución de lo acordado, no configuran un contrato de adhesión, ni la existencia de cláusulas abusivas, ni que haya habido abuso del derecho y de posición dominante por parte de ALCON en la negociación, suscripción y ejecución del negocio jurídico. El Instituto Nacional de Oftalmología tampoco demostró los aludidos perjuicios que señala haber sufrido *"al encontrarse con cláusulas abusivas que le generaron un desequilibrio de tal magnitud que resultó perjudicado"*.

[§27.] Igualmente, las consideraciones para denegar la primera excepción son aplicables para desestimar la segunda excepción de mérito, que afirma la *"ineficacia de las estipulaciones consideradas como abusivas dentro del contrato, por considerar que no son propias de un contrato de compraventa puro y simple"*. Esta excepción contiene los mismos argumentos de la primera en cuanto al señalamiento de una posición de dominio de ALCON en el mercado y la supuesta incapacidad de INO de asumir el excesivamente oneroso esquema contractual *"impuesto por ALCON"*,

⁵⁴ Ver consideraciones sobre la teoría de los actos propios en las relaciones contractuales en Laudo que dirimió las diferencias entre Oleoducto Central s.a. – OCENSA-, como parte convocante, y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. 2018.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 8 de noviembre de 2013. Exp. 2006-00041-01.

argumentos que han sido desvirtuados en el proceso. Añade, sin embargo, esta excepción, el argumento de una errónea tipificación del contrato, por considerar que “*si realmente se tratara de un contrato de compraventa*” se habría ofrecido de manera legítima un descuento a INO con lo cual esta empresa “*hubiere podido pagar el precio de manera legítima sin perder el referido descuento*”.

A este último respecto, ahondando en los planteamientos del Tribunal, en la Sección II de las consideraciones de este Laudo, sobre la naturaleza jurídica del contrato objeto de la controversia, se ratifica que:

- (i) Si bien el contrato aparece titulado como “*Contrato de Compraventa*”, lo que corresponde valorar al Tribunal en su labor de interpretación de las obligaciones y derechos de las partes, es calificar de forma integral el contenido contractual, con miras a establecer el significado efectivo del negocio jurídico, determinar su real naturaleza jurídica y efectos obligacionales. No puede el Tribunal asumir la denominación nominal asignada por las partes al contrato mercantil como una “camisa de fuerza” para forzar una interpretación, ajena a la ley del contrato, conforme a la cual se reconozca que el Instituto Nacional de Oftalmología solo pretendía suscribir un contrato de compraventa y que, por tanto, después de firmado se encontró con que había asumido obligaciones de mantenimiento de los equipos adquiridos, y una modalidad no obligatoria de amortización de parte del precio de equipos y mantenimiento, con la compra de productos de ALCON.

- (ii) El Contrato entre ALCON e INO da lugar a una relación jurídica patrimonial ajustada al artículo 864 del Código de Comercio que define el contrato mercantil en general, y reúne igualmente los elementos de la definición del contrato de compraventa del artículo 905 *ibidem*. Sin embargo, se reitera, en virtud de las obligaciones consagradas por las partes en sus cláusulas, se trató de un contrato atípico mixto con elementos de otros negocios jurídicos. En efecto, el Capítulo V incluyó especificidades en la definición del ámbito del “valor total del contrato”, y en su modalidad de pago. Dicho valor no solo incluyó “la cosa vendida”, sino el precio correspondiente al suministro periódico, por parte de ALCON, de servicios especializados de mantenimiento para cada uno de los equipos médicos transferidos en propiedad. Las condiciones y las especificidades del suministro y pago por estos servicios no se dejaron al arbitrio de ALCON. Fueron definidas de común acuerdo por las partes en el Anexo III del contrato, denominado CONTRATO DE MANTENIMIENTO.

- (iii) Por otra parte, se ratifica, la modalidad no obligatoria de efectuar compras de productos de ALCON para amortizar parte del precio de los equipos y mantenimiento, y en cuya ejecución INO hubiese podido perder el descuento inicial sobre los equipos y los mantenimientos, no se demostró en el proceso arbitral que se le haya impuesto a INO la pérdida de tal beneficio durante la ejecución y modificaciones del contrato.

Así, entonces, no es de recibo para el Tribunal aceptar lo planteado en la segunda excepción de mérito. Si INO no pudo asumir las obligaciones de un contrato que considera “excesivamente oneroso” no puede escudarse en que el objeto real del contrato “*no fue una compraventa pura y simple*” y en que si lo que firmó realmente se tratara de una compraventa hubiere podido pagar el precio de manera legítima sin perder el referido descuento.

[§28.] INO no puede ir contra sus actos propios (*venire contra factum proprium*), para justificar la imposibilidad de cumplir con el contrato y los tres Otrosíes acordados con ALCON. El ordenamiento jurídico también protege la confianza suscitada por la firma de negocios jurídicos atípicos como el celebrado entre las partes, los que suscitan credibilidad entre ellas en cuanto a cómo será su comportamiento derivado de las expresas y válidas declaraciones de voluntad. El Consejo de Estado ha destacado lo siguiente respecto a la confianza que se suscita entre las partes con la firma de acuerdos y documentos que hacen homenaje a la misma:⁵⁶

“La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades (...), que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes (...)”.

En estas condiciones, faltando los presupuestos en que se funda la segunda excepción de mérito, esta tampoco puede prosperar.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 1992, M.P. Julio César Uribe. Sentencia citada en por la Corte Constitucional en Sentencia T-618 de 2000, M.P. Referencia: expediente T-283528. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

CAPÍTULO TERCERO

DECISIÓN DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

I. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA 1.1. DE LA DEMANDA

i. La pretensión formulada en la demanda

La pretensión primera declarativa formulada en la demanda fue propuesta de la siguiente manera:

“Que se declare que sin justificación legal y/o contractual alguna, durante la ejecución del Contrato, INO incumplió la obligación principal contractual de pagar de manera completa y oportuna el valor de los equipos médicos y los mantenimientos recibidos por parte de ALCON”

El texto de esta primera pretensión declarativa se confirma en el documento mediante el cual la convocante subsanó el defecto señalado por el Tribunal en el auto N° 2 del 18 de enero de 2018.

Para sustentar el incumplimiento pretendido, la convocante se refiere en los hechos de su demanda al contrato suscrito por las partes el 7 de septiembre de 2012, destacando, mediante la transcripción de las respectivas cláusulas contractuales, el capítulo III del contrato, referido al objeto del contrato; el capítulo IV, relacionado con las obligaciones de ALCON y las obligaciones del Cliente; el capítulo V, relativo al precio y forma de pago; el capítulo IX, denominado Misceláneos, para indicar que el “Contrato celebrado contiene la totalidad de las estipulaciones entre las Partes sobre la materia objeto del mismo, y deja sin efecto cualquier otro acuerdo anterior sobre el mismo asunto” y que hacen parte del mismo contrato los anexos que a continuación se relacionan:

Anexo I. Tabla de equipos, precios con descuento y fecha estimada de entrega

Anexo II. Servicios de garantía

Anexo III. Contrato de mantenimiento

Anexo IV. Descripción de productos con beneficio especial

Enseguida la convocante señala que “el plazo, las condiciones de pago y las sumas adeudadas por INO a favor de ALCON fueron renegociadas a través de la suscripción de tres (3) otrosíes, en los siguientes términos y condiciones:

“2.1.1. Otrosí N° 1, celebrado el 3 de octubre de 2013

- ALCON e INO extendieron la vigencia inicialmente pactada en el Contrato; dejando como mes primero (1°) de consumo, octubre de 2013 y como último mes, septiembre de 2018.

- ALCON e INO modificaron las cantidades de consumibles de la lista de productos que activaban el “Beneficio Especial”, sobre el valor del Contrato, otorgado por ALCON a INO.
- ALCON e INO modificaron el compromiso de pagos. El valor total ascendía a la suma de \$1.423.290.000, divididos en cincuenta y siete (57) cuotas iguales de \$24.970.000, para iniciar con el pago de enero de 2017 (Sic) y finalizar en septiembre de 2018.

2.1.2. Otrosí N° 2, celebrado el 31 de octubre de 2014

- INO se comprometió a pagar a favor de ALCON las siguientes sumas de dinero:
 - ✓ La suma de \$1.609.331.062 por concepto de valor residual de los equipos médicos
 - ✓ La suma de \$518.944.775 por cinco (5) años de mantenimiento de los equipos, objeto del contrato, contados a partir del 01 de noviembre de 2014.
 - ✓ La suma de \$188.863.872 por concepto de intereses de financiación de los equipos, a un plazo de cinco (5) años y una tasa del 5% EA.
- La suma total de lo adeudado por INO a favor de ALCON ascendió a \$2.317.139.709
- El plazo fijado para el pago total fue de cinco (5) años contados a partir del 01 de noviembre de 2014 hasta el 31 de octubre de 2019.

2.1.3. Otrosí N° 3 celebrado el día 28 de junio de 2016

- ALCON e INO acordaron excluir del servicio de mantenimiento algunos equipos relacionados en el anexo III del Contrato.”

Concluida la anterior ilustración, la convocante advierte que cumplió con sus obligaciones relacionadas con la entrega de los equipos y la prestación servicio de mantenimiento preventivo y correctivo a los equipos médicos que le vendió a INO, destacando que el cumplimiento de las citadas obligaciones quedó documentado en las actas de entrega firmadas por los representantes legales de las partes y en los reportes de servicio emitidos por ALCON.

Adicionalmente comenta que emitió las correspondientes facturas a nombre de INO, para luego mencionar que “El 15 de febrero de 2013 INO pagó la primera cuota por valor de \$ 30.000.000 sin embargo, dejó de pagar desde el 13 de junio de 2016 las cuotas que tenía como obligación cumplir”.

Relacionado con este hecho, la convocante afirma que “En consecuencia, los pagos realizados por INO fueron parciales y fraccionados, hasta el punto de no quedar cancelados en su totalidad los valores de las facturas emitidas por ALCON desde el año 2012” y es así como considera que “Actualmente, el valor total adeudado por concepto de capital por INO asciende a la suma de \$1.423.751.687 de acuerdo con la suma total de las facturas que se relacionan a continuación:

	Nº de Factura	Fecha de emisión	Valor
1	163495	11/28/12	\$ 609.793.130
2	163497	11/28/12	\$ 114.120.851
3	163498	11/28/12	\$ 98.536.738
4	166381	02/15/13	\$ 197.775.539
5	180873	11/18/13	\$ 10.296.067
6	182667	12/18/13	\$ 10.296.067
7	183412	01 /15/14	\$ 10.296.067
8	185167	02/18/14	\$ 10.296.067
9	185296	02/20/14	\$ 3.091.688
10	186835	03/19/14	\$ 10.811.349
11	188321	04/16/14	\$ 10.811.349
12	189876	05/20/14	\$ 10.811.349
13	191588	06/19/14	\$ 10.811.349
14	193166	07/18/14	\$ 10.811.349
15	195003	08/20/14	\$ 10.811.349
16	196776	09/18/14	\$ 10.811.349
17	198793	10/22/14	\$ 10.811.349
18	199840	11/11/14	\$ 188.863.872
19	200566	11/21/14	\$ 10.811.349
20	202076	12/15/14	\$ 10.811.349
21	205045	02/20/15	\$ 10.811.349
22	206389	03/16/15	\$ 10.811.349

23	208356	04/21/15	\$ 10.811.349
24	210096	05/15/15	\$ 10.811.349
25	223902	01 /22/16	\$ 10.811.349
26	243719	01/17/17	\$ 8.215.366
			\$ 1.423.751.687

Para concluir, la convocante se refiere al mecanismo de solución de controversias pactado según el capítulo noveno del contrato, que trata precisamente de la cláusula compromisoria, y advierte que “El 17 de julio de 2017 ALCON e INO se reunieron con el fin de terminar de mutuo acuerdo el Contrato y dar solución a las diferencias surgidas” , que “ALCON le propuso a INO retomarle algunos equipos, además de otorgarle un descuento adicional del 20% sobre el saldo de la deuda actual para ser pagado en 12 cuotas mensuales consecutivas de \$89.707.209” y que “Sin embargo, INO no accedió a negociar la deuda con ALCON”

ii) La oposición a la pretensión primera (1.1.) y las excepciones propuestas para enervarla

La sociedad demandada niega todos los hechos de la demanda y expresa las razones que tiene para hacerlo, con excepción del hecho 1.5, al admitir la existencia de los anexos del contrato, y del hecho 4.1, respecto del cual se atiene a lo escrito en el documento en cuanto se refiere a la cláusula compromisoria.

Las razones de su negativa a los hechos de la demanda le sirven de fundamento para proponer las siguientes excepciones de mérito:

- **Imposibilidad de cumplir el contrato en los términos impuestos por la convocante, a causa de la excesiva onerosidad impuesta en las estipulaciones contractuales**

Con la formulación de esta excepción la convocada solicita que:

“Con base en los artículos 1498, 1510 y 1624 del Código Civil y el artículo 769 del Código de Comercio, debe el Honorable Tribunal proceder a revisar el contenido obligacional del contrato, soportando su decisión en un plano de equilibrio contractual, y declarando la nulidad de aquellas estipulaciones que no superen la verificación. Para luego con base en las conclusiones resultantes de las pruebas periciales proceder a la determinación de las obligaciones de INO y su cumplimiento o eventual incumplimiento y en tal caso la estimación adecuada de la misma”

De otra parte, fundamenta la excepción en las siguientes razones:

“El contrato suscrito entre ALCON e INO no fue un contrato de compraventa puro y simple de equipos médicos”, toda vez que se trata de “un lesivo contrato de adhesión cuyas cláusulas predispuestas por ALCON son abusivas y contrarias a la buena fe contractual”

El contrato es realmente “una compraventa a crédito con ventas atadas, obligando al Cliente (en este caso INO) a asumir el pago de un contrato de servicios de mantenimiento a 5 años, y de suministro de los productos de Alcon por período igual y con la obligación de compra de unas cantidades mínimas, que no obedecen a las verdaderas necesidades de la Convocada, y cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un supuesto descuento en el precio de los equipos y hace más oneroso el contrato”

“Alcon ejerció un abuso de su posición de dominio contractual durante la celebración del contrato” al igual que durante la ejecución, por lo cual INO asumió las obligaciones derivadas de un contrato de servicios de mantenimiento y un contrato de suministro de productos, a los cuales se refieren los anexos III y IV.

“INO adhirió al contrato y aceptó el mismo, confiando en que el contrato de manera legítima fue redactado por Alcon teniendo en consideración los intereses de ambas partes. INO no esperaba encontrar cláusulas abusivas, que en conjunto con el resto del contrato le generaran un desequilibrio de tal magnitud que resultara perjudicado. Si se atendiera al tenor literal del Objeto del contrato. Contenido en el “CAPITULO III”. INO de buena fe creyó haber adquirido los equipos con un descuento comercial, y cuyo pago fue pactado a plazos, no obstante, INO debió asumir un contrato de suministro a 5 años, adquiriendo un mínimo de productos por mes (así no los necesitare), contrato cuyo precio (\$1.800 millones) era el doble del valor a pagar con el denominado descuento por “Beneficio Especial” y en caso que no quisiera hacerlo por esta vía y quisiera pagar directamente el valor de los equipos, perdía el descuento comercial (algo así como \$ 641 millones de pesos)”

Por último, refiriéndose a las renegociaciones del contrato, a través de los otrosíes suscritos por las partes, afirma que “INO no pudo cumplir la meta impuesta por Alcon para obtener el “beneficio especial”, solicitó revisar el contrato, el resultado fue una carga más onerosa a la inicial, sin que tuviera razonabilidad diferente a la que Alcon percibiría un menor ingreso por el denominado “beneficio especial”. Adicionalmente al plazo, las condiciones de pago y las sumas aparentemente adeudadas por INO a Alcon, se modificaron las cantidades a adquirir con “beneficio especial”, se modificaron los valores de equipos y mantenimientos y se cobró una suma fija por intereses aún no causados, finalmente se excluyeron algunos equipos del contrato de mantenimiento”.

- **Ineficacia de las estipulaciones consideradas como abusivas dentro del contrato, por considerar que no son propias de un contrato de compraventa puro y simple.**

Fundamenta esta excepción en las siguientes razones:

“El aparente incumplimiento injustificado que argumenta Alcon, es la incapacidad de asumir el excesivamente oneroso esquema impuesto por Alcon dentro del contrato.

Si realmente se tratara de un contrato de compraventa, como lo menciona el apoderado de Alcon, en el cual se le hubiere de manera legítima, ofrecido un descuento a INO, y donde ésta última hubiere podido pagar el precio de manera legítima sin perder el referido descuento, cabe entonces la posibilidad de la afirmación expuesta.

Pero si para adquirir los equipos, INO debe asumir un contrato de mantenimiento a 5 años, en principio contemplado para dos visitas anuales, sin costos adicionales, y lo que en realidad sucedió es que Alcon presentó facturación permanente por su mantenimiento. Y adicionalmente, INO debió asumir un contrato de suministro a 5 años, con unas metas mínimas de compra de productos, so pena de perder la única forma válida de pago ante Alcon, pues de lo contrario se le sancionaba a INO con la pérdida del descuento sobre los equipos y del beneficio especial.

Es muy probable que Alcon tenga posición de dominio en el mercado relevante, y que por ello asuma una conducta abusiva en materia contractual, negándose a contratar en condiciones diferentes a las predispuestas en sus contratos de adhesión, asegurándose una gran participación en el mercado, pero en perjuicio de sus clientes. Conductas como la señalada conllevan la nulidad de dichas estipulaciones, que hasta tanto no sean declaradas nulas, se consideran ineficaces sin consecuencia alguna para el deudor aparentemente obligado. La legislación prescribe que toda conducta que tenga por objeto o como efecto, subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constitúan el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas, son contrarios a la libre competencia, y por ende dichas estipulaciones se consideran de objeto ilícito.”

- **La excepción innominada**

Además de las anteriores excepciones, la convocada invoca esta excepción y solicita al Tribunal “declarar probada cualquier excepción de mérito cuyos hechos constitutivos encuentre demostrados, en particular i) La inexistencia de la obligación de INO de pagar a Alcon los mantenimientos, por no corresponder a lo pactado en el contrato. ii) La que resulte de la inexistencia de tener que pagar intereses exorbitantes dentro del contrato. iii) Finalmente la que resulte.”

iii) La réplica de la convocante

La convocante estima que las excepciones propuestas por la convocada carecen de sustento jurídico y probatorio, y argumenta lo siguiente:

“El Contrato fue negociado entre las partes, en las cuales ambas hicieron concesiones mutuas llegando a un acuerdo claro y que se ajustaba a las necesidades de ambas.

ALCON no obligó a INO a acogerse al contrato sin la posibilidad de opinar acerca de las condiciones del mismo.

En el marco de celebración de este contrato entre pares, tales como ALCON e INO, quien no ostenta la calidad de consumidor en el Contrato, ambos tuvieron la oportunidad de exponer sus intereses, negociar y renegociar las condiciones del contrato, como incluso se refleja con la celebración de otrosíes al contrato.

Si bien es claro que en el giro de los negocios se cuenta con un contrato marco diseñado por ALCON, el mismo fue puesto a disposición de INO para que se hiciera los comentarios pertinentes.

Las anteriores consideraciones llevan necesariamente a concluir que el Contrato no fue de adhesión y menos contiene cláusulas abusivas que generen un perjuicio a la Convocada, tan es así que el contrato presenta tres otrosíes, los cuales no son comunes en los contratos de adhesión.

La Convocada afirma en la contestación que "de buena fe creyó haber adquirido los equipos con un descuento comercial" lo cual entrevé una falta en la obligación de tener la diligencia debida en la celebración del Contrato, el cual fue puesto a su disposición para estudio y análisis por lo tanto se entiende que INO entendía las cargas a él impuestas.

En el Contrato no existe en ningún momento una venta atada, simplemente ALCON presentó a INO diferentes alternativas comerciales para su análisis, quién escogió la alternativa de comprar unos equipos con un descuento especial y celebrar a la par un contrato de servicios de mantenimiento de los mismos; pero en ningún momento ALCON se negó a contratar con INO si no adquiriría el servicio de mantenimiento, simplemente hizo parte de la negociación celebrada entre las partes.

Respecto del cobro de IVA causado sobre los intereses, ALCON actuó conforme a la ley y el Estatuto Tributario en su artículo 447, el cual establece que en la venta la base gravable será el valor total de la operación incluyendo los gastos directos de financiación".

iv) Las alegaciones finales

De la convocante

En su alegato de conclusión la convocante reafirma su posición inicial al considerar que INO incumplió, sin justa causa, las obligaciones a su cargo, particularmente la obligación de pagar el valor de los equipos y el servicio de mantenimiento a Alcon.

Cuestiona la afirmación de la convocada al contestar los hechos 3.4, 3.5 y 3.6 de la demanda, en donde señala que "INO ha ido pagando los valores referidos a la compra de los equipos y a los mantenimientos real y efectivamente prestados conforme se han ido causando las obligaciones"; estima que INO no logró probar el cumplimiento al

que hace referencia y que, por el contrario, lo probado en el proceso es el incumplimiento de INO que, según su criterio, fue confesado en varias oportunidades por la convocada, fundamentándose para ello en la contestación a los hechos 2.1, 2.11 y 2.1.2 de la demanda, en la primera excepción propuesta y en el interrogatorio de parte practicado a la representante legal de INO en la audiencia que se llevó a cabo el 17 de julio de 2018.

De otra parte, considera que, además de la confesión de la convocada, su incumplimiento se evidencia en el peritaje realizado por Íntegra Consultores y Asesores S.A., en el cual consta que, a la fecha, de acuerdo con la contabilidad de INO, esta empresa adeuda a Alcon la suma de \$ 1.196.738.104.

De la convocada

Por su parte, la convocada afirma en sus alegaciones finales que “El punto de partida en el presente caso que nos reúne, no es determinar si mi Representada le adeuda a la Convocante suma alguna de dinero, pues como lo ha manifestado la Representante Legal de INO en su declaración, **INO acepta que le adeuda a Alcon, lo que no es evidente, es cuánto y por qué concepto**, para mi Representada esta obligación está lejos de las cuantías expresadas por Alcon en las pretensiones”(Se destaca la negrilla).

Como puede apreciarse, la convocada reconoce y acepta que tiene obligaciones pendientes con Alcon, pero no en la cuantía que esta pretende.

En este orden de ideas, la convocada encamina su alegato a demostrar que el incumplimiento de las obligaciones contractuales de su representada es justificado, a diferencia de lo que sostiene la convocante, para efecto de lo cual esgrime básicamente los argumentos que sirven de fundamento a las excepciones propuestas.

Empieza por considerar que el contrato fue redactado e impuesto por Alcon después de haber recibido los equipos.

Sostiene que, si bien el contrato está firmado por ambas partes, lo que podría suponer es fruto del acuerdo de voluntades, a su juicio “cabe el error sobre las obligaciones asumidas, y asaltan la buena fe y la lealtad contractual, cuando en un determinado lenguaje se da a entender una obligación con un alcance verdaderamente diferente al establecido en las tratativas precontractuales”.

A este respecto la convocada se refiere al descuento inicial de \$ 641.997.132 y estima que “lo que en la etapa previa del contrato, esto es durante la negociación, era un beneficio por elegir la marca Alcon, en el contrato quedaba condicionada al cumplimiento del mismo”, para efecto de lo cual invoca el testimonio de Mary Lorena Ordoñez, representante de ventas de Alcon, y lo contenido en el contrato.

INO considera que el condicionamiento del descuento al cumplimiento del contrato no sería exagerado o exorbitante, “si el cumplimiento del contrato no fuere excesivamente oneroso”. Esto por cuanto “creyó asumir el pago del precio del contrato a un plazo de cinco (5) años, durante los cuales haría el pago de una parte del precio mediante el pago de una cuotas mensuales, durante los primeros (20) meses, y el saldo del precio mediante el denominado **“Beneficio Especial”** que era un descuento **“en atención a su fidelidad comercial, representado en descuentos otorgados por la adquisición de los Productos de Alcon”**, productos que debía ser adquiridos en el plazo y cantidades establecidos de manera unilateral por Alcon en el Anexo IV del contrato”

En cuanto al Beneficio Especial a través de la compra de productos de Alcon, destaca que “antes del otrosí N° 2 el único producto que le otorgaba a INO el cumplimiento del Beneficio Especial eran las tarjetas WaveCard EX 500 20 Procedures,” y estima que la circunstancia de ser dichas tarjetas, fabricadas por Alcon, las que permiten habilitar el equipo para que pueda ser utilizado en un predeterminado número de procedimientos, hace que Alcon incurra en “... el ejercicio abusivo de la posición dominante contractual, pues al establecer cual producto era el único que garantizaría un abono al precio del contrato, y en qué cantidades únicamente se daría cumplimiento al **“Beneficio Especial”**, lograría la Convocante que el pago total del contrato se realizara antes del plazo aparentemente otorgado, esto es, durante el primer trimestre de cuarto año del contrato.”

Y adicionalmente considera que si INO “no cumple con esta condición, igualmente pierde el descuento, y éste sería cobrado, como de hecho lo está haciendo Alcon”.

Sobre este último aspecto, contradice la declaración de la representante legal de Alcon en cuanto afirma que en ningún momento se le quitó a INO el beneficio inicial del descuento, al considerar que en el informe del perito designado por el Tribunal se “afirma que a diferencia de INO que indica pagos asociados a los mantenimientos por valor de (\$221.375.943), Alcon no registra abono alguno por concepto de mantenimientos, no obstante hacer reconocido contablemente el valor de (\$456.919.338). En consecuencia de lo anterior, cuál es la razón por la cual Alcon aumenta el valor residual de los equipos a (\$1.609.331.062), si como ya lo he mencionado, además pretende el cobro de los mantenimientos por vía de un proceso ejecutivo por valor de (\$210.854.298) ante la jurisdicción ordinaria.”

Además considera que si bien con el pago del precio de los productos se abona un porcentaje al valor de los equipos, cuestiona el destino que se le da *“al excedente del porcentaje”*, fundamentándose para ello en la declaración rendida por la representante legal de Alcon, pues, en su criterio, como puede deducirse, no se explica esa diferencia.

De otra parte, afirma que “la excesiva onerosidad del contrato, que conlleva la imposibilidad de cumplir, no es fortuita”, al considerar que lo acordado en el contrato difiere de lo negociado inicialmente con la representante de ventas de Alcon, basándose al efecto en el testimonio de esta última.

Finalmente, partiendo del criterio de que la obligación de pago del mantenimiento de los equipos debía causarse mes a mes, plantea las siguientes inquietudes relacionadas con esta obligación: “¿debía quedar atada al pago del contrato, tenía Alcon la facultad de negarse a prestar el servicio de mantenimiento del equipo WAVELIGHT EX500Hz Laser? ¿Acaso esto no será una condición exorbitante atada al contrato? Frente a estos cuestionamientos, aprecia que “A criterio de Alcon pareciera ser que el no pago del precio del equipo permitiera la no prestación del servicio de mantenimiento”, para lo cual acude nuevamente a lo manifestado por la representante legal de Alcon en la declaración rendida ante este Tribunal.

v) Las consideraciones del Tribunal

La convocada hizo entrega a la convocante de la mayoría de los equipos objeto del contrato que suscribieron el 7 de septiembre de 2012, antes de esa fecha, como consta en el acta de entrega del 29 de junio y en las actas de entrega del 26 de julio de 2012. Después de la suscripción del contrato ALCON hizo entrega a INO de los equipos a los que se refiere el acta de entrega del 31 de octubre de 2012⁵⁷.

En relación con las facturas por venta de equipos a las cuales se refiere la convocante en su demanda, ALCON emitió el 28 de noviembre de 2012 las facturas de venta 163495, 163497 y 163498 y el 15 de febrero de 2013 la factura de venta 166381⁵⁸.

La fecha de vencimiento de las facturas emitidas por ALCON por concepto de venta de equipos coincide con la fecha de su emisión, no obstante lo cual la parte del valor de los equipos que debía pagarse en efectivo, en 20 cuotas mensuales, debía comenzar a efectuarse “a partir del mes siguiente a la emisión de la factura”, además de la compra del producto descrito en el Anexo IV del contrato que permitía abonar, en la proporción acordada, el valor de los equipos bajo la figura del “Beneficio Especial”.

⁵⁷ No consta en el expediente el acta de entrega correspondiente a los equipos CAPIMETRO MARCA CARL ZEISS MEDITEC-KAIKA y OTC CIRRUS 4000 KAIKA, relacionados en el Anexo 1 del contrato, no obstante lo cual no hay reparo en este proceso sobre la falta de entrega de tales equipos, como se advierte tanto en la contestación de la demanda como en la declaración de parte de la representante legal de INO, en la cual manifestó, en varias oportunidades, sin reserva alguna, haber recibido los equipos que adquirió: “los equipos entraron a la institución en el 2012”; “en junio 29 llegaron los equipos”; “en ningún momento conocimos el contrato, ni el gerente de esa época conoció el contrato, sino dos meses después de haber sido instalados” (página 4 de la declaración).

⁵⁸ Esta última factura corresponde precisamente a los equipos respecto de los cuales no hay constancia en el expediente del acta de entrega.

En cuanto al mantenimiento de los equipos, en el contrato se excluyen los equipos suministrados por proveedores diferentes a Alcon, en particular el CAPIMETRO MARCA CARL ZEISS MEDITEC-KAIKA, el INVERSOR DE IMAGEN PARA RETINA EIBOS2 BOCOL, el MICROSCOPIO DE CONTEO DE CÉLULAS KONAN ROCOL, la CÁMARA DE ANGIOGRAFÍA MARCA TOPCON VISMEDICAL y el OTC CIRRUS 4000 KAIKA.

En la primera etapa de la operación, ALCON no emitió facturas de venta por concepto de mantenimiento de equipos, toda vez que durante el primer año de vigencia del contrato los equipos estaban en garantía y ALCON se obligó a prestar en este período el mantenimiento preventivo y correctivo convenido.

Pues bien, habiéndose estipulado el precio de los equipos y su forma de pago, durante el primer año de vigencia del contrato no se encuentra acreditado en el proceso que la convocada hubiese cumplido a cabalidad con las obligaciones a su cargo, lo que llevó a las partes contratantes a suscribir el 3 de octubre de 2013 el Otrosí N° 1, en virtud del cual, conforme a lo previsto en el contrato, acordaron renegociar la deuda.

El Tribunal aprecia que en esta renegociación se acordaron nuevas condiciones en cuanto a la forma de pago, encaminadas a facilitar a INO el cumplimiento de sus obligaciones frente a ALCON, si se tiene en cuenta (i) la extensión de la vigencia del contrato hasta el 3 de octubre de 2018; (ii) la reducción en la compra del producto consumible previsto en el Anexo IV del contrato, en cuantía superior al 50 %, al pasar de 444 a 216 unidades, con la consiguiente reducción de su valor de compra; (iii) la extensión por un (1) año más el servicio de mantenimiento de los equipos; y (iv) la forma de pago del valor residual convenido por las partes que debía pagarse en efectivo, frente a lo cual las partes convinieron en determinar un valor residual de \$ 1.423.290.000, pagaderos en 57 cuotas mensuales de \$ 24.970.000 cada una, la primera iniciando en enero de 2014 y la última en septiembre de 2018. Esta última modificación implicó el otorgamiento de un plazo de gracia por el término que faltaba para concluir el año 2013, un mayor número de cuotas para el pago de la suma acordada al pasar de 20 a 57 cuotas mensuales y una reducción en el valor de las mismas al pasar de 6 cuotas de \$ 30.000.000, 6 cuotas de \$ 90.000.000 y 8 cuotas de \$ 77.341.561 a 57 cuotas de \$ 24.970.000 cada una.

Es importante advertir que, en esta primera renegociación, derivada del incumplimiento de las obligaciones a cargo de INO, no se contempló en el Otrosí N° 1 la pérdida del “Descuento sobre Equipos y Mantenimiento” por valor de \$ 641.997.132.

Habiéndose agotado el período de garantía de un (1) año, ALCON procedió a emitir facturas por concepto del servicio de mantenimiento a partir del 26 de septiembre de 2013, por los valores netos acordados en el Anexo 1 del contrato.

Transcurrido el segundo año de vigencia del contrato, las partes suscribieron el Otrosí N° 2 de fecha 31 de octubre de 2014 y renegociaron nuevamente la deuda, ante la falta del debido cumplimiento por parte de INO de las obligaciones a su cargo.

En esta oportunidad las partes acordaron nuevas condiciones en cuanto extendieron la vigencia del contrato por cinco años más, así como del servicio de mantenimiento, y determinaron el valor residual en la suma de \$ 1.609.331.062⁵⁹, y el valor del servicio de mantenimiento en la suma de \$ 518.944.775, que comprendió un nuevo período de 5 años. La novedad se presenta en el acuerdo a que llegaron las partes en cuanto a que INO se obligó a pagar intereses de financiación de los equipos por valor de \$ 188.863.872, incluido Iva, a un plazo de 5 años y una tasa del 5 % EA, lo cual significó ciertamente un recargo que fue consentido y acordado por las partes. Como se indica en el dictamen del perito contable y financiero designado por el Tribunal, en la contabilidad de ALCON existe un reconocimiento por concepto de interés a cobrar a INO, por ese valor, según consta en factura 199840 del 11 de noviembre de 2014, con vencimiento en la misma fecha, valor que por el mismo concepto está reconocido en la contabilidad de INO⁶⁰.

La ampliación del plazo para el pago de las sumas acordadas como debidas conllevó a la extensión de la vigencia del contrato hasta el 1 de noviembre de 2019.

En cuanto a la forma de pago de los valores negociados (\$ 2.317.139.709), se mantuvo el esquema del pago en efectivo y de la utilización del “Beneficio Especial”, para lo cual se establecieron condiciones más favorables, en la medida que el pago en efectivo (\$ 1.776.000.000) se difirió a 60 meses en cuotas de menor valor, especialmente durante los 2 primeros años, y se facilitó la compra de los productos consumibles para el acceso al “Beneficio Especial” al reducir de 216 a 132 la compra de las unidades de la tarjeta WaveCare EX 500 20 Proceduras, con la consiguiente reducción del valor de compra, y extender el “Beneficio Especial” a otros productos de menor valor.

En este Otrosí N° 2, al igual que en el anterior, no se contempló la pérdida del “Descuento sobre Equipos y Mantenimiento” por valor de \$ 641.997.132.

Las obligaciones adquiridas por INO en virtud del este Otrosí variaron solo en cuanto al valor del servicio de mantenimiento con motivo de la suscripción del Otrosí N° 3 de fecha 28 de junio de 2016. En esta oportunidad, la modificación consistió en excluir del servicio de mantenimiento algunos equipos, por el hecho de su venta por parte de

⁵⁹ La representante legal de ALCON declaró que “En esta negociación se habla de un residual de 1.609 millones si no estoy mal, que este financiamiento tenía 2 componentes, una parte que era equipos que son más o menos unos 1.450 millones y una parte ya de mantenimientos facturados, no mantenimientos futuros, mantenimientos causados; es decir que están en mi contabilidad, esto era como unos 120, 110, una cosa así.” (Página 26 de la declaración).

⁶⁰ Páginas 18 y 25 del peritaje.

INO, lo cual se reflejó en la disminución de su valor a partir de dicha fecha, como puede advertirse en el dictamen del perito contable y financiero (página 20), en el que se relacionan todas las facturas por concepto de mantenimiento emitidas por ALCON, la última de las cuales fue emitida el 16 de junio de 2017.

En relación con el precio del servicio de mantenimiento conviene precisar que se convino determinarlo no por cada visita preventiva o correctiva que se realizara. Lo acordado fue que “el valor individual del mantenimiento de los equipos por los 4 años amortizado durante los 5 años del Plazo del Contrato de Compraventa de los Equipos Médicos, son los que se reflejan en el Anexo 1 del Contrato en mención del cual este Anexo hace parte”, lo cual significa que las partes fijaron, conforme al citado anexo, un precio global por el mantenimiento de cada uno de los equipos vendidos, que debía comenzar a pagarse apenas culminara el período de la garantía convenido. Este esquema se mantuvo, a juicio del Tribunal, con la suscripción de los 3 otrosíes al contrato.

Es cierto que en el Anexo III del contrato ALCON se obligó a realizar un número de visitas anuales preventivas en relación con cada uno de los equipos objeto del servicio de mantenimiento, pero dicho número es un mínimo, toda vez que si el buen funcionamiento del equipo requería de visitas correctivas y más visitas preventivas, era obligación de ALCON atenderlas por estar comprendidas dentro del precio convenido, incluyendo “la mano de obra, repuestos, alojamiento y alimentación de uno de los ingenieros empleados por ALCON”. Así lo explicó la representante legal de ALCON en la declaración de parte que rindió ante este Tribunal⁶¹ y así se aprecia en los reportes de servicio que obran en el expediente a folios 21 a 80, inclusive, del Cuaderno de Pruebas N° 1.

Como puede advertirse de lo antes expuesto, las partes renegociaron en 3 oportunidades los términos y condiciones de las obligaciones a cargo de INO derivadas del contrato original, con el propósito de facilitarle a ésta última su cabal cumplimiento, pese a lo cual la convocada incumplió las obligaciones a su cargo, como ella misma lo ha reconocido en la contestación de la demanda, en el interrogatorio de parte y en sus alegaciones finales, y como se acredita con la prueba pericial ordenada por el Tribunal, en la cual se advierte que en la contabilidad de INO el último registro contable que corresponde a un pago o abono de las deudas a su cargo y a favor de Alcon, antes del 31 de octubre de 2017, fecha de radicación de esta demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, es de fecha 10 de junio de 2016, y que el valor actual de la deuda asciende a la suma de \$ 1.196.738.104.⁶²

⁶¹ Página 24 de la declaración

⁶² Página 25 del dictamen.

vi. Consideraciones sobre las excepciones de mérito

Establecido como está el incumplimiento de la convocada de sus obligaciones contractuales, la pregunta que surge es si tal incumplimiento fue justificado o no.

La convocada pretende justificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales mediante las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda.

En el capítulo III de las consideraciones de este Laudo, relativo a las consideraciones sobre la naturaleza jurídica del contrato, los contratos de adhesión, las cláusulas abusivas, la posición dominante y el abuso de dicha posición, el Tribunal tuvo oportunidad de expresar las razones para considerar la improcedencia de las dos primeras excepciones de mérito, esto es, la "Imposibilidad de cumplir el contrato en los términos impuestos por la convocante, a causa de la excesiva onerosidad impuesta en las estipulaciones contractuales" y la "Ineficacia de las estipulaciones consideradas como abusivas dentro del contrato, por considerar que no son propias de un contrato de compraventa puro y simple", por lo cual se remite a ellas y las reitera.

En cuanto a las demás excepciones, que la convocada rotuló bajo el título "Excepción innominada", propone "declarar probada cualquier excepción de mérito cuyos hechos constitutivos encuentre demostrados, en particular i) La inexistencia de la obligación de INO de pagar a Alcon los mantenimientos, por no corresponder a lo pactado en el contrato. ii) La que resulte de la inexistencia de tener que pagar intereses exorbitantes dentro del contrato. iii) Finalmente la que resulte."

Procede el Tribunal a estudiar cada una de las excepciones propuestas.

La inexistencia de la obligación de INO de pagar a Alcon los mantenimientos, por no corresponder a lo pactado en el contrato

Aparte de las consideraciones relacionadas con el servicio de mantenimiento que INO presentó al momento de sustentar las dos primeras excepciones de mérito para tratar de justificar el incumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato celebrado con ALCON, excepciones que el Tribunal ha considerado improcedentes por las razones antes expuestas, la convocada pretende que se declare "La inexistencia de la obligación de INO de pagar a Alcon los mantenimientos por no corresponder a lo pactado en el contrato".

Al respecto el Tribunal estima que está demostrada la existencia de la obligación de INO de pagar el servicio de mantenimiento preventivo y correctivo que ALCON se obligó a prestarle, por la compra de cada equipo, conforme a los términos y condiciones estipuladas en el ANEXO III del contrato que las mismas partes suscribieron.

ALCON e INO convinieron el precio del servicio de mantenimiento y su forma de pago, tanto en el contrato inicial como en los otrosíes que firmaron, como ha quedado claramente establecido en el proceso.

Adicionalmente, la obligación de INO de pagar el servicio de mantenimiento que ALCON se obligó a prestarle corresponde, precisamente, a lo pactado en el contrato, incluyendo los tres otrosíes, teniendo en cuenta, como ya se anotó, que el precio acordado comprendía no solo el número mínimo de visitas anuales preventivas estipulado en relación con cada uno de los equipos objeto del servicio de mantenimiento, sino también todas aquellas visitas preventivas y correctivas que requiriera el equipo para su buen funcionamiento, incluyendo “la mano de obra, repuestos, alojamiento y alimentación de uno de los ingenieros empleados por ALCON”.

Por las razones que anteceden, el Tribunal considera que la excepción propuesta no está llamada a prosperar.

La que resulte de la inexistencia de tener que pagar intereses exorbitantes dentro del contrato

La convocada propone esta excepción y no brinda elementos de juicio que permitan concluir que los intereses pactados en el otrosí N° 2 tienen el carácter de exorbitantes, ni sustenta la inexistencia de la obligación que asumió de pagar los mencionados intereses.

Solo en sus alegaciones finales afirma que “La razón por la cual se incluye un valor de (\$188.863.872) en el Otrosí N° 2 obedece a una imposición unilateral de Alcon, dado un cambio de políticas corporativa, manifiesta la Representante Legal de Alcon, que fue un acuerdo entre Alcon e INO, al responder a la pregunta 2 del interrogatorio” y más adelante aprecia que “la imposición del valor de (\$188.863.872) a título de intereses” está relacionada con el hecho de no haber cumplido INO con el “Beneficio Especial”.

Por su parte, la convocante, además de oponerse a la prosperidad de esta excepción por considerar que carece de sustento jurídico y probatorio, por las mismas razones que esgrimió en el caso de las demás excepciones, alega que ciertamente “en el Contrato no se pactaron intereses por la financiación de los equipos procurando el beneficio de INO; sin embargo, derivado de un cambio de políticas internas de Alcon, tal como lo explicó la representante legal de Alcon minuto 37:10, audiencia de julio de 2018 parte II, las partes pactaron el cobro de intereses mediante el otrosí n° 2, intereses que se (sic) fueron cobrados por una sola vez en una sola factura a INO” y que “la tasa de interés pactada fue únicamente de 5% E.A. siendo esta mucha más baja

que la cobrada en el mercado...”, invocando para este efecto lo afirmado en la experticia de parte presentada.

Al respecto el Tribunal considera que la obligación que asumió la convocada de pagar los intereses de que trata el Otrosí N° 2 no obedeció “a una imposición unilateral de Alcon” por idénticas consideraciones a las expuestas en el Capítulo III de las consideraciones de este Laudo, que le permitieron, de una parte, concluir que el Contrato de Compraventa de Equipos Médicos entre Laboratorios ALCON de Colombia y el Instituto Nacional de Oftalmología de fecha 7 de septiembre de 2012, sus tres Otrosíes, y las evidencias allegadas al proceso sobre la ejecución de lo acordado, no configuran un contrato de adhesión, ni la existencia de cláusulas abusivas, ni que haya habido abuso del derecho y de posición dominante por parte de ALCON en la negociación, suscripción y ejecución del negocio jurídico y, de otra, desestimar las dos primeras excepciones de mérito propuestas por INO.

Se trató de un acuerdo válidamente celebrado en virtud del cual INO se obligó a pagar el valor convenido de los intereses de financiación de los equipos, durante el plazo de cinco años, contados a partir del 1 de noviembre de 2014, reconocido en su propia contabilidad, valor que ha sido reducido por el Tribunal a la suma de \$ 154.506.170, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde esa fecha hasta la fecha del presente laudo, como se indicó en el capítulo III de las consideraciones del mismo.

Por lo anterior, el Tribunal estima improcedente la excepción en comento y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

II. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA 1.2. DE LA DEMANDA: LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO

Las Pretensiones de la Demanda arbitral están encaminadas a que el Tribunal declare la resolución del Contrato (Pretensión Declarativa Segunda 1.2.), por incumplimiento de las obligaciones de INO de pagar el precio (Pretensión Declarativa Primera 1.1). Como consecuencia de ello, la Demanda solicita las pretensiones de condena de las que se ocupa esta providencia en capítulo posterior.

En este orden de ideas, procederá el Tribunal a analizar: (i) si los hechos probados en el proceso, efectivamente, cumplen con las condiciones de aplicación de la resolución del contrato por incumplimiento y, (ii) de ser así, cuáles serían las consecuencias de ello.

(1) La resolución del contrato: El derecho privado colombiano, tanto en materia comercial⁶³ como civil⁶⁴, consagra la resolución por incumplimiento de las obligaciones contractuales en la teoría general del contrato. Además, para la compraventa mercantil, el Código de Comercio incluye normas especiales para la hipótesis de incumplimiento de las obligaciones del comprador (arts. 948 y 950 C.Co.)⁶⁵, reglas que resultan aplicables para el caso en cuestión no sólo porque, como *contrato atípico mixto*, el Contrato envuelve obligaciones propias de la compraventa mercantil⁶⁶, sino, además, porque en su CAPÍTULO VI, EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO, las partes reenvían expresamente a este régimen especial.

En este orden de ideas, frente al incumplimiento del deudor, el acreedor puede optar o bien por la ejecución forzosa o bien por la resolución del contrato, ambas opciones con indemnización de perjuicios, tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

“[C]on arreglo al esquema de la condición resolutoria tácita se consagra en Colombia el derecho potestativo y alternativo del acreedor cumplidor, a pedir el cumplimiento o la resolución del contrato incumplido por su contratante, sin que medie - *ex lege* - regulación expresa en punto del derecho a variar la pretensión primigeniamente escogida, *a fortiori*, sin contemplar explícitamente requisito alguno para el ejercicio del *jus variandi* [...]. No obstante, huelga resaltar que dicho *jus variandi*, como todo derecho subjetivo, es relativo, de modo que la potestad de variar o migrar de una pretensión a la otra está limitada, entre otras causas, por el acerado deber a cargo del acreedor de no incurrir en ejercicio abusivo del mismo [...]”⁶⁷.

Es más, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a partir de un célebre fallo de 1977, y basada en unas normas especiales⁶⁸, ha admitido que el acreedor pueda, incluso, demandar la mera indemnización de perjuicios⁶⁹.

⁶³ Art. 1546 C.C. “*En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.*

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

⁶⁴ Art. 870 C.Co. “*En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios”.*

⁶⁵ El artículo 1930 del Código Civil, para esta misma hipótesis, parece reiterar lo dispuesto en el régimen general (art. 1546 C.C.).

⁶⁶ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 31/05/1938. M.P. Juan Francisco Mújica. G.J. TXLVI, pp. 566-574., C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984. M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. CLXXXVI, pp. 249-257., C.S.J. Cas. Civ. 08/05/2001. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Exp. 6669., C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 5817., C.S.J. Cas. Civ. 13/12/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 6462., y C.S.J. Cas. Civ. 19/12/2011. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 11001-3103-005-2000-01474-01.

⁶⁷ C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2003. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2003 p. 2327.

⁶⁸ “Una norma implícita no puede referirse a texto normativo alguno como su significado. Se extrae, en general, de

En virtud del Contrato, INO debía pagar, de forma escalonada y de acuerdo con el sistema de financiación pactado, el precio en dinero por los equipos adquiridos y de los servicios de mantenimiento. Ahora bien, en el proceso quedó demostrado que INO incumplió, en repetidas oportunidades, su obligación. En efecto, en el escrito de Contestación a la Demanda (respuesta al Hecho 3 de la Demanda), el deudor acepta no haber realizado todos los pagos demandados por el acreedor. De igual manera, en el interrogatorio de parte de la representante legal de INO, la doctora Martha Luz Duarte Díaz sostuvo:

“SRA. DUARTE: Nosotros en ese momento como no podíamos pagarlo porque el número de pacientes, era una compañía nueva, el número de pacientes y a pesar de los pagos que dimos pues habíamos incumplido, no habíamos podido pagar el monto porque el número de pacientes no era favorable a nosotros, tratamos de cumplir el contrato entonces Alcon remodeló su contrato, el contrato básicamente quedó fue eso, ellos lo calcularon de esta manera, quiero mirar acá, quedó el valor de los equipos 1.600 millones, más 518 millones de mantenimiento en el 2014, fuera de año y pico que habíamos ya pagado mantenimiento, recalculó otros 5 años más y le puso los intereses de 188, o sea sumaba 2317, la misma cantidad que más o menos era para el año 2012.

Ese porcentaje que ellos nos dan, ese 22% de haber adquirido los equipos con Alcon y descuento pues ya no existía. Ya de alguna manera Alcon los metió a esto y ahí lo vemos en cifras, el mismo precio que nosotros teníamos en 2012 a pesar de haber pagado año y 10 meses volvíamos a tenerlo en el 2014”.

La Convocada, por su parte, sostuvo que la falta de pago de las facturas se debió al hecho de que Alcon había suspendido los servicios de mantenimiento. Esta defensa se expresó en la Contestación a la Demanda, respuesta al Hecho 3 de la Demanda. Sin embargo, esta situación no puede calificarse como el ejercicio legítimo de la excepción de incumplimiento (art. 1609 C.C.).

En efecto, en el proceso quedó establecido que INO se encontraba en mora respecto de los pagos del precio desde el 13 de junio de 2016, como se acredita en el peritaje de Íntegra, y hasta ese entonces, no obra prueba alguna de que ALCON hubiese

una o más normas explícitas (formuladas) mediante un razonamiento. Un razonamiento es una secuencia de enunciados, dentro de la cual (al menos) un enunciado desempeña la función de tesis o conclusión, y los restantes desempeñan la función de premisas o argumentos en favor de dicha tesis o conclusión. Pues bien, los razonamientos mediante los cuales los juristas elaboran una norma implícita presentan la siguiente estructura: por lo general [...] una o más normas explícitas constituyen *premisas* del razonamiento, mientras que la norma implícita constituye su *conclusión*”. Guastini, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Trad. Silvina Álvarez Medina. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 165-166.

⁶⁹ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 3/10/1977. M.P. Ricardo Uribe Holguín. G.J. Tomo CLV, No. 2396, pp. 320-335 y los artículos 925 del Código de Comercio y 1983, 1986, 1996 del Código Civil.

incumplido, por su parte, con sus obligaciones contractuales. Por tal razón, el no pago de las facturas no corresponde al ejercicio de la facultad conferida por el artículo 1609 del Código Civil, sino, simple y llanamente, a un incumplimiento contractual.

Es importante, sin embargo, precisar que, en virtud del incumplimiento de INO, ALCON sí estaba facultado por la ley (art. 1609 C.C.) para suspender el cumplimiento de sus obligaciones mientras el deudor incumplido, INO, no cumpliera con las suyas.

“La defensa fundada en contrato no cumplido pertenece indudablemente a la categoría de las excepciones dilatorias, puesto que con ella no se persigue la exoneración de la deuda sino suspender o retardar temporalmente la pretensión del demandante para obtener la ejecución completa y recíproca de las obligaciones bilaterales [...]”⁷⁰.

Dentro de esta lógica, ALCON suspendió los servicios de mantenimiento ante el incumplimiento de INO. Posteriormente, se presentó un daño en la cabeza del láser del equipo X500, daño que debía ser reparado por ALCON, en virtud de su obligación de mantenimiento. Sin embargo, como lo observó el Tribunal en este Laudo, ALCON se negó a hacer la reparación debido a que INO, a la fecha, no había cumplido sus obligaciones de pago. Así y todo, las partes intentaron, sin lograrlo, llegar a un acuerdo para solucionar la situación en los siguientes términos:

Interrogatorio de la representante legal de INO, doctora Martha Luz Duarte Díaz:

“SRA. DUARTE: Alcon sí hizo los mantenimientos hasta el año 2016 en el cual hubo un daño en la cabeza del... en ese momento cuando hubo ese daño en la cabeza, entonces había que cambiarla, a pesar de no ser un láser de que se movió por el total de procedimiento que se le hizo a ese laser no fueron más de 700 pues se hacían 20 o 30 procedimientos al mes Alcon cuando se dañó la cabeza entonces en el contrato estaba de que ellos deberían cambiar la cabeza pero como estábamos atrasados Nelson el Jefe en ese momento, no nos cambiaba la cabeza hasta que no pagáramos esos 80 millones.

En ese momento nos bloqueó nuestra labor de cirugía, porque mal que bien nosotros con los procedimientos que hacíamos le pagábamos a Alcon, ahí sí Nelson nos bloqueó y no pudimos seguir realizando nuestra labor de operar pacientes, porque si la cabeza no funciona nosotros no podemos con un equipo de esos y la única manera que lo arreglara era Alcon, pues ahí sí en oftalmología uno si le compra un microscopio... o Alcón pues son las compañías dedicadas a eso y nadie le mete mano.

Entonces cuando Nelson, el encargado de Alcon, nos habló y nos dijo: Dra. si ud. no nos da ahorita los 80 millones pues no le cambiamos la cabeza, le dije bueno: pero cómo le

⁷⁰ C.S.J. Cas. Civ. 26/03/1943 M.P. Hernán Salamanca. G.J. Tomo LV, No. 2400, p. 71.

vamos a pagar si esa es la única manera de nosotros pagarle, la única manera de poder operar a los pacientes y producir la compañía para pagarle a Alcon era eso y ahí si nos bloqueó.

[...]

DR. JIMÉNEZ: **Pregunta 14.** Diga cómo es cierto sí o no, de conformidad con las dos respuestas anteriores que existió un acuerdo entre Alcon e INO para que la importación del cabeza, repuesto que le hacía falta al láser, se efectuara siempre y cuando INO se pusiera al día en el monto que Alcon le sugirió o le requirió y que INO aceptó. Esto es la suma aproximada de 70-80 millones, dada la divergencia de las respuestas que hemos obtenido en este Tribunal.

SRA. DUARTE: Sí, nosotros estábamos atrasados en el pago, Alcon dijo: les instalo la cabeza, les arreglo el equipo si ustedes nos pagan esa cantidad, pero en ese momento no la teníamos.

[...]

SRA. DUARTE: Yo no lo llamaría un acuerdo, lo llamaría un desacuerdo, porque Alcon estaba comprometido a un mantenimiento de equipos y ese mantenimiento anual que no es una suma despreciable, comprometía con todo, cualquier pieza que se dañaran o insumos que necesitara ese eximer laser. En ese momento como nosotros estábamos atrasados, Nelson dijo: si no nos da la cabeza, cuesta 120 millones, denos 80 y se la ponemos, pero en ese momento fue el desacuerdo, no teníamos la plata, nos bloquearon el funcionamiento del equipo”.

Interrogatorio de parte de la señora Victoria Brito Gómez, representante legal de Alcon:

“DRA BRITO: Correcto, ese fue un momento interesante, eso ocurrió, como en el segundo trimestre o finalizando el segundo trimestre del 2017 pues nos informan que el equipo está parado, nosotros obviamente por los problemas de incumplimiento del contrato habíamos dejado de facturar mantenimientos y de hacer los mantenimientos, entonces nos hacen este llamado que el X500 se paró, el equipo de mantenimiento va y hace un diagnóstico y dice que la cabeza del láser que es como el corazón del equipo, necesitaba reposición y cambio.

Si bien el costo de esa pieza paga Alcon era 120 millones de pesos aproximadamente, lo que se le solicitó en su momento a INO era un pago no para facturarle la pieza, era para tratar de amortizar el contrato, porque al final para nosotros era absolutamente riesgoso seguir invirtiendo en un contrato que tenía una mora de este nivel a este momento, entonces explicamos nuestra posición fue listo, yo te puedo poner el equipo otra vez en funcionamiento, pero necesito como una posición de buena fe, o sea págame estos 120 millones de tal manera que yo no siga invirtiendo más en este contrato, pero no para pagar la pieza, porque nosotros obviamente estábamos

honrando el contrato que seguía abierto en ese momento, era para amortizarnos contra la deuda vencida que ya teníamos a esa fecha.

Creo que puede haber malas interpretaciones de forma y fondo, pero en ningún momento, y lo podemos ver en los estados financieros se generaron facturas relacionadas a esa importación, de hecho, el acuerdo, porque en esa participé yo como gerente de finanzas, cuando me trajeron el problema y me lo pusieron sobre la mesa, le digo a INO: yo igual no tengo problema en traer la pieza pero y la deuda? Entonces el acuerdo era, no me recuerdo bien el acuerdo voy a decir unas cifras con algunas imprecisiones, pero era: me depositas 50 millones y yo traigo la pieza; porque era como un acto de buena fe, o sea sí me vas a pagar,

Nunca entró esos 50 millones, igual nosotros importamos la pieza, porque nosotros lo que queríamos era que el equipo estuviera funcionando y que se siguieran haciendo cirugías, trajimos la pieza y como lo demás tampoco se honró, que eran 70 millones una vez la pieza estuviera nacionalizada, pues no la pusimos, la pusimos ya cuando el equipo estaba en manos del nuevo comprador como un compromiso de que a pesar de que se vendió en 600 millones, era un equipo relativamente nuevo que costaba 1.200 millones, se vendió en 600 millones y nosotros invertimos 120 millones solo recibiendo 600 millones de la deuda original, pero obviamente con esta posición... actuar con el nuevo dueño del equipo con el nuevo dueño del equipo como un acto de buena fe, o sea , nosotros sí queremos que ese equipo en el mercado colombiano esté operativo y esté cumpliendo la razón para la que se importó, que es hacer cirugías con láser”.

Así las cosas, se debe concluir que ALCON no incumplió con sus obligaciones contractuales de mantenimiento y, por consiguiente, estaba facultada para solicitar la resolución del contrato, habida cuenta de que, a la fecha de presentación de la demanda, INO no había cumplido con sus obligaciones de pago, lo cual, a todas luces, constituye un incumplimiento grave o resolutorio⁷¹. Por consiguiente, el Tribunal decretará la resolución del contrato por incumplimiento.

(2) Consecuencias de la resolución del contrato: La resolución por incumplimiento implica la extinción del contrato y de los vínculos jurídicos que este conlleva, pero con una particularidad bien importante: *la retroactividad*. En efecto, a la resolución se le suele reconocer⁷², al igual que a la nulidad (art. 1746 C.C.), efectos retroactivos, es decir que, en virtud de su declaratoria, las partes deberán proceder a las restituciones mutuas, *como si* no hubiera existido la convención. En este orden de ideas, el artículo

⁷¹ Véase: C.S.J. Cas. Civ. 18/12/2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01, y C.S.J. Cas. Civ. 11/09/1984 M.P. Humberto Murcia Ballén. G.J. Tomo 176, número 2415. p. 237.

⁷² Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 18/08/1987 M.P. Alberto Ospina Botero. G.J. Tomo CLXXXVIII, No. 2423, pp. 107-116.

948 del Código de Comercio establece: “En caso de mora del comprador en el pago del precio tendrá derecho el vendedor a la inmediata restitución de la cosa vendida, si el comprador la tuviere en su poder y no pagare o asegurare el pago a satisfacción del vendedor [...]” y en el CAPÍTULO VI, EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO, del Contrato las partes expresamente estipularon: “La resolución del Contrato dará lugar a las restituciones mutuas con la correspondiente indemnización, de conformidad con las normas aplicables [...]”.

Sin embargo, la Convocante no incluyó en la Demanda ninguna pretensión encaminada a que el Tribunal decretara la restitución de los equipos. En efecto, en las pretensiones Condenatoria Primera, Declarativa Tercera y Condenatoria Segunda la Convocante solo hace referencia al pago de sumas de dinero e intereses sobre ellas.

Así las cosas, en cumplimiento de su deber de interpretar la demanda⁷³, el Tribunal debe concluir que si (i) la Convocante solicita la resolución del Contrato, (ii) se abstiene de demandar la restitución de los equipos y (iii) se limita pedir el pago de “...todas las sumas, costos y extra costos resultantes de la prosperidad de las pretensiones declarativas”, estas sumas tienen que corresponder al subrogado pecuniario de los equipos, a saber: el valor monetario de éstos.

Esta conclusión es tanto más evidente cuanto que algunos de estos equipos fueron vendidos por la Convocada y la Convocante sabía que ésta ya no los tenía en su poder⁷⁴. Por esta razón, precisamente, es que el artículo 948 del Código de Comercio

⁷³ “El sentenciador, por tanto, debe interpretar las pretensiones y excepciones (aun las que proceden de oficio si no hay oposición explícita), así como los hechos en que unas y otras se fundan, y la fijación de esos límites le permitirá establecer el asunto que será materia de la decisión, el tema de la prueba y la proposición jurídica que contiene los supuestos de hecho que habrán de demostrarse en el proceso. Por ello, las pretensiones resistidas y los hechos en que ellas se fundan son el contorno que permite identificar la clase de acción incoada o instituto jurídico que rige la relación de carácter sustancial que se debate. [...]”

La interpretación de la demanda para hacer la labor de *diagnosis jurídica* o identificación del tipo de acción invocada o elección de la proposición normativa sustancial que rige la litis, en suma, no está sujeta a fórmulas sacramentales de ninguna especie, ni es una opción o mera facultad de los jueces, sino una obligación encaminada a comprender el verdadero significado del problema jurídico que se deja a su consideración, sin la cual no habrá manera de que el sentenciador pueda aplicar al caso la norma sustancial que le permita motivar correctamente su decisión a partir de la demostración de los hechos que ella exige”. C.S.J. Cas. Civ. 28/06/2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Exp. 11001-31-03-021-2009-00244-01.

⁷⁴ Interrogatorio de parte de la doctora Martha Luz Duarte Díaz, representante legal de INO:

SRA. DUARTE: Cuando nosotros vendimos unos equipos y mucha plata de esos equipos se pagó a las cuotas de INO, había un equipo de Angio que se vendió que era marca Topo, que Alcon nunca le prestó el mantenimiento porque nos dijeron: busquen a la compañía Topo, se vendió un ...láser y un Alcon láser, lo que yo pasé un papelito que de esos equipos no existían en nuestra compañía porque los habían vendido, entonces por qué me cobraban el mantenimiento de esos equipos, son equipos que ya habían sido vendidos, entonces cómo me van a cobrar un mantenimiento si vendí la cámara de Angio, si vendí el... y vendí el Jac y ellos me iban a cobrar mantenimiento sobre esos equipos, y hablamos con Lorena: quítele el mantenimiento que ustedes me están haciendo pero a eso, pero en ningún momento de eximer láser ni en ningún otro láser.

supedita el derecho a pedir la acción contractual de restitución al hecho de que el comprador tenga la cosa “*en su poder*”⁷⁵.

Resulta así evidente que la Convocante solicita que se termine —resuelva— la relación contractual que la une con la Convocada y no solamente que la condene a ejecutar sus obligaciones de pago de manera forzosa⁷⁶. Las sumas de dinero solicitadas por ALCON corresponden, entonces, tanto al equivalente en dinero de los equipos, como a los intereses por estas sumas.

Ahora bien, si ante el incumplimiento de su contratante, el acreedor insatisfecho tiene plena libertad⁷⁷ para decidir si opta por la ejecución forzosa, la resolución o la mera indemnización de perjuicios y, además, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, en principio, las normas concernientes a la resolución no revisten el carácter de orden público⁷⁸, resulta perfectamente razonable que el acreedor que escoja la resolución del contrato pueda también decidir si prefiere la restitución *in natura* o el equivalente pecuniario. Como bien lo precisa el profesor Thomas Genicon:

“Se considera, de forma mayoritaria, que hay que admitir una restitución en valor, junto a la restitución *in natura*: a falta de poder restituir exactamente lo que le fue entregado, aquél que recibió deberá restituir su equivalente monetario”⁷⁹.

Como las Pretensiones Condenatorias de la Demanda se limitan a obligaciones de dar sumas de dinero, en este caso la indemnización de perjuicios, en principio, se circunscribe al pago de intereses⁸⁰.

⁷⁵ El artículo 955 del Código Civil, para la hipótesis de la acción reivindicatoria, consagra también la posibilidad de que el accionante solicite el subrogado pecuniario, cuando el demandado ya no la tenga en su poder.

⁷⁶ Sobre la diferencia entre la ejecución forzosa por equivalente y la resolución por incumplimiento, véase: Genicon, Thomas. *La résolution du contrat pour inexécution*. Ed. LGDJ, Paris, 2007, pp. 32-39.

⁷⁷ C.S.J. Cas. Civ. 22/10/2003. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2003 p. 2327.

⁷⁸ C.S.J. Cas. Civ. 23/03/2012. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Exp. 11001-31-03-042-2007-00067-01., C.S.J. Cas. Civ. 30/08/2011. M.P. William Namén Vargas. Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01.

⁷⁹ Genicon, Thomas. *Op. cit.*, pp. 675-676.

⁸⁰ Véase: Ramírez Baquero, Édgar. “Indemnización compensatoria e indemnización moratoria de perjuicios”. In Castro de Cifuentes, Marcela (coord.), *Derecho de las obligaciones, Tomo II. Volumen 1*. Ed. Universidad de los Andes / Temis, Bogotá, 2010, pp. 552-558., y Larroumet, Christian et Bros, Sarah. *Traité de droit civil. Tome 3. Les obligations. Le contrat*. Ed. Économica, Paris, 2016, pp. 701-704.

III. LAS PRETENSIONES DE CONDENA

1. Alcance de las pretensiones de condena debatidas en el proceso

La convocante solicita al Tribunal “que se condene a INO a pagar a ALCON todas las sumas, costos y extra costos resultantes de la prosperidad de las pretensiones declarativas”.

Para tal efecto, discrimina las sumas pretendidas de la siguiente manera:

“Por concepto de lucro cesante, obtenido del capital total incumplido por parte de INO, el valor asciende a **\$1.423.751.687**, de acuerdo con la suma total de las facturas que se relacionan a continuación:

	Nº de Factura	Fecha de emisión	Valor
1	163495	11/28/12	\$ 609.793.130
2	163497	11/28/12	\$ 114.120.851
3	163498	11/28/12	\$ 98.536.738
4	166381	02/15/13	\$ 197.775.539
5	180873	11/18/13	\$ 10.296.067
6	182667	12/18/13	\$ 10.296.067
7	183412	01 /15/14	\$ 10.296.067
8	185167	02/18/14	\$ 10.296.067
9	185296	02/20/14	\$ 3.091.688
10	186835	03/19/14	\$ 10.811.349
11	188321	04/16/14	\$ 10.811.349
12	189876	05/20/14	\$ 10.811.349
13	191588	06/19/14	\$ 10.811.349
14	193166	07/18/14	\$ 10.811.349
15	195003	08/20/14	\$ 10.811.349
16	196776	09/18/14	\$ 10.811.349
17	198793	10/22/14	\$ 10.811.349
18	199840	11/11/14	\$ 188.863.872

19	200566	11/21/14	\$ 10.811.349
20	202076	12/15/14	\$ 10.811.349
21	205045	02/20/15	\$ 10.811.349
22	206389	03/16/15	\$ 10.811.349
23	208356	04/21/15	\$ 10.811.349
24	210096	05/15/15	\$ 10.811.349
25	223902	01 /22/16	\$ 10.811.349
26	243719	01/17/17	\$ 8.215.366
			\$ 1.423.751.687

"Por concepto de daño emergente, los intereses moratorios causados por el incumplimiento en los pagos de las facturas emitidas, calculado desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de cada factura hasta el 31 de octubre de 2017 (fecha de presentación de la demanda arbitral) La suma por este concepto asciende a **\$112.839.924**".

"Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulte a favor de ALCON, se liquiden intereses legales puros"

La misma convocante, al descorrer el traslado de la objeción al juramento estimatorio presentada por la convocada, se opone a dicha objeción y advierte al Tribunal que, como hecho sobreviniente y posterior a la presentación de la demanda, *"INO realizó abonos parciales al total de la deuda"*.

Y afirma lo siguiente:

"Así mismo fue INO quien decidió como debía imputarse el valor de los abonos realizados, según correos electrónicos del 23 de febrero de 2018 remitido por María del Pilar Piñeros Mendoza funcionaria de INO a Juanita Alvis funcionaria de ALCON, de la siguiente manera:

No. de Factura a la que fue imputada	Valor de la factura	Abono al capital de la factura	Fecha del abono	Saldo después del abono
163495	609.793.130	270.000.000	2/02/2018	339.793.130
163495	609.793.130	270.000.000	19/02/2018	69.793.130
163495	609.793.130	27.500.000	20/02/2018	42.293.130
163495	609.793.130	13.400.000	23/02/2018	28.893.130

163495	609.793.130	19.100.000	23/02/2018	9.793.130
--------	-------------	------------	------------	-----------

Así las cosas, ALCON reconoce que INO ha hecho un abono parcial a la deuda por valor de \$600.000.000, imputado en su totalidad al capital de la factura 163495. Lo que en su momento procesal se deberá tener en cuenta”.

Por lo anterior, la convocante solicita tener en cuenta el abono aquí referido en el momento procesal oportuno.

En sus alegaciones finales la convocante estima que Alcon probó los perjuicios que le fueron causados por el incumplimiento de INO, tanto por concepto de lucro cesante como de daño emergente, conforme a los valores indicados en la pretensión de su demanda, reconociendo, en cuanto al primero, el pago efectuado por INO, después de la presentación de la demanda, por valor de \$ 600.000.000.

Adicionalmente considera que el perjuicio se encuentra probado “por el dictamen pericial de Integra Consultores y Auditores, quienes concluyeron que de acuerdo con la contabilidad de Alcon, INO adeuda \$1.195.532.958”.

A este respecto, hace el siguiente análisis sobre el estado actual de la deuda:

“De acuerdo con el dictamen pericial realizado por Íntegra Consultores y Auditores, actualmente, el estado de la deuda total es el siguiente:

TOTAL SALDO SEGÚN INO	\$1.196.738.104
TOTAL SALDO SEGÚN ALCON	\$1.195.532.958

Y bajo el entendido que la contabilidad de INO no permite establecer en forma concreta el tratamiento dado, de acuerdo al dictamen pericial realizado por Íntegra Consultores y Auditores, se deben tener por cierto los valores de la contabilidad de Alcon, que por demás Íntegra Consultores y Auditores señala que es un manejo adecuado. Lo anterior, encuentra su sustento normativo en el artículo 264 del Código General del Proceso, que señala que:

“Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí.”

“Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros.”

“En las diferencias que surjan entre comerciantes, el valor probatorio de sus libros y papeles se determinará según las siguientes reglas:

1. Si los libros de ambas partes están ajustados a las prescripciones legales y concuerdan entre sí, se decidirá conforme al contenido de sus asientos.

2. Si los libros de ambas partes se ajustan a la ley, pero sus asientos no concuerdan, se decidirá teniendo en cuenta que los libros y papeles de comercio constituyen una confesión.

3. Si los libros de una de las partes no están ajustados a la ley, se decidirá conforme a los de la contraparte que los lleve debidamente, si aquella no aduce plena prueba que destruya o desvirtúe el contenido de tales libros.

4. Si los libros de ambas partes no se ajustan a las prescripciones legales, se prescindirá totalmente de ellos y solo se tomarán en cuenta las demás pruebas allegadas al juicio, y

5. Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no los lleva, los oculta o no los presenta, **se decidirá conforme a los de aquella**, sin admitir prueba en contrario.

Con todo, si una parte ofrece estar a lo que conste en los libros y papeles de la otra, se decidirá conforme a ellos.”

Lo anterior, constata que se debe tener como cierto lo reflejado en la contabilidad de Alcon, incluso, siendo más favorable para Alcon lo reflejado en la contabilidad de INO.

INO intenta alegar a lo largo del proceso, que debe a Alcon una suma inferior a la cobrada por Alcon, situación contraria a la reflejada en su contabilidad, haciendo que cualquier prueba aportada o practicada que busque desvirtuar lo indicado en la contabilidad de INO no le pueda ser admitida.

No obstante, en lo referente a las facturas objeto de este litigio, INO adeuda a Alcon la suma de \$823.751.687, por concepto de la ejecución del presente Contrato más la suma de \$112.839.924 por concepto de daño emergente, los intereses moratorios causados por el incumplimiento en los pagos de las facturas emitidas por Alcon a nombre de INO, hasta el 31 de octubre de 2017, monto que se tendrá que actualizar a la fecha del laudo.

Alcon ha reconocido en este proceso que desde la fecha de presentación de la Demanda INO realizó un pago parcial de \$600.000.000 los cuales fueron imputados, de acuerdo a la solicitud realizada por INO, al capital de la factura No. 163495 desconociendo el orden de imputación de pagos señalados en la Ley” (Se subraya).

Del análisis que antecede, la convocante destaca lo relativo a la deuda total vigente a cargo de INO, derivada del incumplimiento de sus obligaciones emanadas del contrato que las partes celebraron, pero con ello no pretende solicitar el reconocimiento en este proceso de sumas que excedan a las señaladas en esta pretensión condenatoria de su demanda, a título de indemnización, tal como lo destaca en los párrafos precedentes que se subrayan, pues, de lo contrario, el Tribunal no estaría en capacidad de acceder a ello, so pena de proferir un fallo *ultrapetita*.

Por su parte, la convocada afirma en su alegato final que, si bien “INO acepta que le adeuda a Alcon, lo que no es evidente, es cuánto y por qué concepto, para mi Representada esta obligación está lejos de las cuantías expresadas por Alcon en las

pretensiones". Por este aspecto, cuestiona que la convocante reclame la suma de \$ 1.423.751.687 por concepto de lucro cesante pues considera que, conforme al dictamen pericial, INO ha pagado \$ 1.676.177.943 por concepto de equipos y \$ 221.375.943 por concepto de mantenimientos, lo cual significa, a su juicio, que la diferencia frente al precio de \$ 2.330.563.828 es tan solo de \$433.009.941. En efecto, afirma que "INO debe a Alcon la suma resultante de restar a (\$ 2.330.563.828) los pagos efectuados que son (\$ 1.897.553.886), es decir la suma de "\$ 433.009.941)".

2. Consideraciones del Tribunal sobre las pretensiones de condena

2.1 La primera pretensión condenatoria (2.1)

Sea lo primero hacer breve referencia al concepto de indemnización de perjuicios y los daños que comprende.

Al efecto, debe tenerse en cuenta el texto de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, los cuales disponen lo siguiente:

Artículo 1613. "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el incumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente"

Artículo 1614. Entiéndese por **daño emergente** el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y **por lucro cesante**, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su incumplimiento."

La anterior referencia obedece a que en la pretensión condenatoria que se estudia la convocante ha pedido como lucro cesante lo que, a juicio del Tribunal, corresponde a daño emergente, y ha pedido como daño emergente lo que corresponde a lucro cesante.

En efecto, solicitar que se condene a la convocada a pagar, a título de indemnización, por concepto de lucro cesante, el capital total incumplido por parte de INO, por valor de \$ 1.423.751.687, que corresponde a la suma de las facturas relacionadas, es, a juicio del Tribunal, "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento", que el artículo 1614 del Código Civil antes transcrito califica como daño emergente.

Igualmente, solicita que se condene a la convocada a pagar, a título de indemnización, por concepto de daño emergente “los intereses moratorios causados por el incumplimiento en los pagos de las facturas emitidas, calculado desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de cada factura hasta el 31 de octubre de 2017 (fecha de presentación de la demanda arbitral)”, los cuales la convocante estima en la suma de \$ 112.839.924, lo que, a juicio del Tribunal, es “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”, que el mismo artículo 1614 del Código Civil califica como lucro cesante.

No obstante la equivocada calificación que hace la convocante de la indemnización que pretende por concepto de daño emergente y lucro cesante, no es causa suficiente para negar la condena a que haya lugar⁸¹.

El Tribunal estima que, independientemente de la calificación, prevaleciendo la esencia sobre la forma, le asiste a la convocante el derecho de que se le reconozca la indemnización del daño que corresponda ante al incumplimiento demostrado de las obligaciones de la convocada.

⁸¹ “La postulación del tipo de acción que rige el caso y la identificación de la correspondiente norma sustancial que ha de tomarse en cuenta para solucionar la controversia jurídica (que presupone necesariamente la interpretación de la demanda), son actos obligatorios que han de realizar los jueces, pues son de su exclusiva competencia, tal como lo ha explicado la doctrina académica y la jurisprudencia de esta Corte, en igualdad de criterio:

“(…)

La misma idea ha sido reiterada recientemente por nuestra jurisprudencia, que con relación a la delimitación de la demanda por parte del actor, ha sostenido:

«Tal limitación, sin embargo, no es irrestricta, porque sólo se refiere a la imposibilidad del juzgador de variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio, dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario. En razón de este postulado, los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al citar o invocar el derecho aplicable al caso deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias.

En razón del postulado “da mihi factum et dabo tibi ius” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial.

En ese sentido, sólo los hechos sobre los que se fundan las pretensiones constituyen la causa petendi, pero no el nomen iuris o título que se aduzca en el libelo, el cual podrá ser variado por el juzgador sin ninguna restricción». (SC13630-2015. Del 7 de oct. De 2015. Rad.: 73411-31-03-001-2009-00042-01)

La interpretación de la demanda para hacer la labor de *diagnosis jurídica* o identificación del tipo de acción invocada o elección de la proposición normativa sustancial que rige la litis, en suma, no está sujeta a fórmulas sacramentales de ninguna especie, ni es una opción o mera facultad de los jueces, sino una obligación encaminada a comprender el verdadero significado del problema jurídico que se deja a su consideración, sin la cual no habrá manera de que el sentenciador pueda aplicar al caso la norma sustancial que le permita motivar correctamente su decisión a partir de la demostración de los hechos que ella exige”. C.S.J. Cas. Civ. 28/06/2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Ref.: 11001-31-03-021-2009-00244-01.

Como antes se anotó, la convocante pretende en su demanda que se condene a la convocada a pagar la suma de \$ 1.423.751.687, a título de indemnización, por concepto de lo que a juicio del Tribunal corresponde al daño emergente.

Sin embargo, ALCON ha reconocido que INO, después de la presentación de la demanda, realizó un abono a la deuda por valor de \$ 600.000.000, que por solicitud de INO fue imputado en su totalidad al capital de la factura 163495, por lo cual acepta que la suma indicada se redujo a la cantidad de \$ 823.751.687.

A este respecto el Tribunal tendrá en cuenta el mencionado abono para determinar la suma adeudada.

Adicionalmente, el Tribunal observa que en el valor de las facturas que la convocante relaciona en su demanda para fundamentar el daño que reclama, está incluida la factura número 199840 de fecha 11/11/14, por \$ 188.863.872, incluido IVA, la cual corresponde a los *"intereses de financiación de los equipos"* que las partes acordaron mediante la suscripción del Otrosí N° 2 de fecha 31 de octubre de 2014, intereses que la convocada se obligó a pagar *"a un plazo de cinco (5) años y a una tasa del 5% EA"*, contados a partir del 1 de noviembre de 2014, plazo que coincide con el convenido por las partes en el mismo Otrosí para pagar el valor residual de los equipos y el servicio de mantenimiento, en la forma allí estipulada, lo cual significa que el plazo para el pago de los mencionados intereses se extendió hasta el 1 de noviembre de 2019.

Esto quiere decir que si el contrato termina antes de la fecha de su vencimiento, solo podrán reconocerse los intereses de financiación que se causen hasta la fecha de terminación del contrato.

Teniendo en cuenta que en el caso en estudio la fecha de terminación del contrato corresponde a la fecha del presente laudo, por virtud de la declaratoria de resolución del contrato que se ordenará en la parte resolutive, el Tribunal reconocerá por este concepto la suma de \$ 154.506.170, conforme a la siguiente liquidación:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	Vr. INTERESES	DÍAS	INTERESES DIARIO
1-nov-14	1-nov-19	188.863.872	1.825	103.487

FUENTE : OTROSI
No. 2

**INTERESES PROPORCIONALES DESDE NOV 1 -
2014 HASTA DIC 4/2018**

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	INTERESES DIARIO	DÍAS	Vr. INTERESES
---------------	-------------	------------------	------	---------------

1-nov-14	4-dic-18	103.487	1.493	154.506.170
----------	----------	---------	-------	-------------

FUENTE : OTROSI
No. 2

Así las cosas, reconociendo el abono realizado por INO de \$ 600.000.000 y el menor valor de los intereses no causados, equivalente a la suma de \$ 34.357.702, el Tribunal condenará a la convocada a pagar a la convocante, por concepto de daño emergente, la suma de \$ 789.393.985.

El Tribunal no comparte la apreciación de la convocada en cuanto considera que la suma debida es tan solo de \$ 433.009.941 debido a que desconoce : (i) que conforme a sus propios registros contables INO adeuda a ALCON una suma superior; ii) que INO aceptó y reconoció pagar a ALCON la suma de \$ 188.863.872 por concepto de intereses de financiación de equipos, incluido IVA, suma no incluida inicialmente en el valor de los equipos; iii) que con el pago de los productos consumibles se debía abonar un porcentaje al valor de las facturas de los equipos y otro porcentaje al valor de compra de los mencionados productos.

2.2 La tercera pretensión declarativa (1.3), la segunda pretensión condenatoria (2.1.2.) y la tercera pretensión condenatoria (2.2.)

En la tercera pretensión declarativa de la demanda la convocante solicita "Que se declare y reconozca que INO debe a ALCON los intereses moratorios, o subsidiariamente los intereses que sean decretados por el Tribunal, respecto de las sumas adeudadas por INO con ocasión de las facturas emitidas por ALCON desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de cada factura".

Como consecuencia de la anterior declaración, demanda en la segunda pretensión condenatoria (2.1.2) que se condene a INO a pagar "Por concepto de daño emergente, los intereses moratorios causados por el incumplimiento en los pagos de las facturas emitidas por ALCON a nombre de INO., calculado desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de cada factura hasta el 31 de octubre de 2017 (fecha de presentación de la demanda arbitral). La suma por este concepto asciende a \$112.839.924".

Adicionalmente, pide en la pretensión 2.2 de condena "Que, igualmente, respecto de cualquier suma que resulte a favor de ALCON, se liquiden intereses legales puros".

La convocante estima en sus alegaciones finales que los perjuicios por el valor indicado se encuentran probados y que dicho valor ha sido calculado al 31 de octubre

de 2017, por lo cual considera que “tendrá que actualizarse al momento de proferir el laudo que ponga fin al proceso”.

La convocada no alega nada específicamente en relación con esta pretensión.

Al respecto debe recordarse que la convocante solicita el señalado reconocimiento a título de daño emergente, lo que a juicio del Tribunal corresponde al lucro cesante, según lo señalado anteriormente.

Admitida como está la posibilidad de declarar la resolución del contrato y de ordenar la restitución por su equivalente monetario, como en efecto lo hará el Tribunal en la parte resolutive de este laudo, se abre paso la posibilidad de declarar la prosperidad de las mencionadas pretensiones, toda vez que lo demandado obedece al concepto de ganancia o provecho que dejó de reportar la convocante como consecuencia del incumplimiento de INO, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el incumplimiento, como reza el texto transcrito del artículo 1614 del Código Civil, con la precisión que hace el Tribunal en el sentido de que el cálculo de los intereses no es posible hacerlo “*desde la fecha en que se hizo efectivo el pago de cada factura*”, toda vez que los pagos de las facturas no debían hacerse en las fechas de vencimiento indicadas en cada una de ellas sino en los plazos que las partes acordaron por última vez el 31 de octubre de 2014 con la firma del Otrosí N° 2. Así las cosas, el lucro cesante, en cualquiera de los supuestos que consagra la norma, se genera a partir del incumplimiento de la obligación, y es a este incumplimiento al que se refiere la convocante en el juramento estimatorio al señalar que la suma de \$ 112.839.924, cuyo reconocimiento pretende, es “Por concepto de intereses moratorios causados por el incumplimiento de pagos de las facturas emitidas por ALCON a nombre de INO” (se subraya).

Siendo este el sentido y alcance de las comentadas pretensiones, el Tribunal reconocerá la indemnización por concepto de lucro cesante desde el día siguiente a la fecha del último pago que ALCON recibió de INO, anterior a la presentación de la demanda, hasta la fecha del presente laudo.

En el dictamen pericial rendido por INTEGRA Auditores y Consultores S.A, está acreditado que el 10 de junio de 2016, antes de la presentación de la demanda, INO registró en su contabilidad el último ABONO A LA DEUDA por valor de \$ 100.000.000⁸², suma esta que ALCON manifestó haberla recibido el 13 de junio de 2016.

A partir del día siguiente a esta fecha, esto es desde el 14 de junio de 2016, el Tribunal declara y reconoce que la convocada deberá pagar a la convocante, a título de lucro cesante, sobre las sumas debidas hasta el 31 de octubre de 2017 (fecha de

⁸² Pág. 8 del peritaje.

presentación de la demanda), intereses liquidados a la tasa del interés legal del 6 % anual, conforme a lo dispuesto por el artículo 1617 del Código Civil, en armonía con lo solicitado en la pretensión 2.2., excluyendo de las sumas debidas la factura 199840, por concepto de intereses, para no liquidar intereses sobre intereses.

La liquidación es entonces la siguiente:

163495	KI	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	609,793,130	50,520,943
163497	KI	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	114,120,851	9,454,834
163498	KI	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	98,536,738	8,163,701
166381	KI	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	197,775,539	16,385,568
180873	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,296,067	853,022
182667	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,296,067	853,022
183412	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,296,067	853,022
185167	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,296,067	853,022
185296	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	3,091,688	256,144
185835	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
188321	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
189876	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
191588	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
193166	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
195003	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
196776	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
198793	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
200566	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
202076	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
205045	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
206389	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
208356	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
210096	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
223902	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	10,811,349	895,713
243719	KT	14-Jun-16	31-Oct-17	6%	504	8,215,366	680,637
					TOTAL	1,234,887,815	102,309,610

A partir del 1º de noviembre de 2017 y hasta la fecha del presente laudo (4 de diciembre de 2018), INO pagará a ALCON el mencionado interés legal sobre las sumas adeudadas, descontando el abono de los \$ 600.000.000 efectuado por INO, conforme a la siguiente liquidación:

**Intereses desde 1º de noviembre de 2017 hasta el 4 de diciembre de 2018,
descontando los abonos según fechas de la contabilidad de Alcon y Dictamen
Pericial de Íntegra:**

163495	KI	1-Nov-17	23-Feb-18	6%	114	609,793,130	23-Feb-18	567,500,000	42,293,130	11,427,356
163495	KI	23-Feb-18	26-Feb-18	6%	3	42,293,130	26-Feb-18	32,500,000	9,793,130	20,857
163495	KI	26-Feb-18	4-Dec-18	6%	281	9,793,130				452,362
163497	KI	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	114,120,851				7,466,318
163498	KI	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	98,536,738				6,446,732
166381	KI	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	197,775,539				12,939,397
180873	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,296,067				673,617
182667	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,296,067				673,617
183412	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,296,067				673,617
185167	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,296,067				673,617
185296	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	3,091,688				202,273
186835	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
188321	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
189876	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
191588	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
193166	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
195003	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
196776	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
198793	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
200566	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
202076	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
205045	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
206389	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
208356	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
210096	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
223902	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	10,811,349				707,329
243719	KT	1-Nov-17	4-Dec-18	6%	398	8,215,366				537,488
					TOTAL	634,887,815		600,000,000		52,797,181

En consecuencia, INO deberá pagar a ALCON, por concepto de lucro cesante, la suma total de \$ **155.106.791.**

CAPÍTULO CUARTO

EL JURAMENTO ESTIMATORIO Y LAS COSTAS

Juramento Estimatorio

Visto el resultado que se acaba de consignar y el importe de la condena que se impondrá, de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso no hay lugar a ordenar pago, ni a imponer sanción alguna en la medida en que en el presente asunto no se verifica ninguna de las situaciones previstas en la norma referida, amén de que, por las mismas consideraciones, el juramento estimatorio no resultó ser notoriamente injusto, ilegal, ni mucho menos fraudulento.

Costas

El Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida, que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia y que solo habrá lugar a dicha condena cuando en el expediente aparezca que se causaron. Así mismo, "en caso de

que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión” (artículo 365).

Dentro de este contexto legal, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre las costas del proceso, con sujeción a las reglas de los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

De conformidad con lo dispuesto en las normas referidas, habida consideración de que prosperan las pretensiones de la demanda y del importe de la condena que se impondrá, se condenará a la Convocada a rembolsar el cincuenta por ciento (50 %) de las costas en las que incurrió la Convocante y se señalará como agencias en derecho la suma de \$ 23 000 000, que se tiene en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa.

Gastos iniciales del arbitraje	\$ 1 755 730
50 % de los honorarios de los árbitros	\$ 34 573 311
50 % del IVA sobre los honorarios del árbitro	\$ 6 568 929
50 % de los honorarios del secretario	\$ 5 762 218
50 % del IVA sobre los honorarios del secretario	\$ 1 094 822
50 % de los honorarios de la Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 5 762 218
50 % del IVA sobre los honorarios de la Cámara de Comercio de Bogotá	\$ 1 094 822
50 % de la partida de gastos	\$ 1 402 252
Agencias en derecho	\$ 23 000 000
TOTAL COSTAS DE LA CONVOCANTE	\$ 81 014 302

La convocada (INO) deberá rembolsar a ALCON, el 50 % del total de las costas en las que esta incurrió, esto es la suma de \$ 81 014 302, sin perjuicio de su deber legal de rembolsar a la convocante la parte de los honorarios y costos legales que esta pagó

por aquella, efecto para el cual se expidió por solicitud de ALCON la certificación a la que se refiere el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012.

Por último, de conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, se considera que la conducta procesal de las partes a lo largo del proceso fue ajustada a derecho y atendió los postulados de la buena fe y probidad, por lo que no se dedujo ningún indicio de tales conductas.

CAPÍTULO QUINTO

DECISIÓN - PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre LABORATORIOS ALCON DE COLOMBIA S.A. como parte Convocante y el INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A. como parte Convocada, administrando justicia por habilitación de las partes en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

Primero.- Declarar que el INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A. incumplió, sin justificación legal ni contractual, la obligación principal de pagar a LABORATORIOS ALCON DE COLOMBIA S.A. de manera completa y oportuna el valor de los equipos médicos y del servicio de mantenimiento.

Segundo.- En consecuencia, declarar la resolución del "Contrato de Compraventa de Equipos Médicos" al que se refiere este laudo.

Tercero.- Por las razones expuestas en la parte motiva, condenar a INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A. a pagar a LABORATORIOS ALCON DE COLOMBIA S.A. las siguientes sumas de dinero:

3.1. La suma de setecientos ochenta y nueve millones trescientos noventa y tres mil novecientos ochenta y cinco pesos (\$ 789 393 985) por concepto de daño emergente.

3.2. La suma de ciento cincuenta y cinco millones ciento seis mil setecientos noventa y un pesos (\$ 155 106 791) por concepto de lucro cesante.

Cuarto.- Por las razones expuestas en la parte motiva, desestimar por falta de fundamento todas las excepciones propuestas por INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A.

Quinto.- Condenar a INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGÍA S.A. a pagar a LABORATORIOS ALCON DE COLOMBIA S.A. la suma de ochenta y un millones catorce mil trescientos dos pesos (\$ 81 014 302) por conceptos de costas del proceso.

Sexto.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los integrantes del Tribunal, por lo que se realizará el pago del saldo en poder del árbitro presidente, quien rendirá cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

Séptimo.- Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.



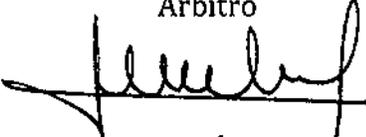
LUIS HELO KATTAH
Árbitro Presidente



ALFREDO LUIS FUENTES HERNÁNDEZ
Árbitro



FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Árbitro



FERNANDO PABÓN SANTANDER
Secretario