Tribunal de Arbitramento

Sociedad AS Colombia Ltda.

v.

Informática & Gestión S.A.

Octubre 17 de 2006

Laudo Arbitral

Bogotá, diecisiete (17) de octubre de dos mil seis (2006).

Cumplido el trámite correspondiente y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por la sociedad AS Colombia Ltda. en contra de Informática & Gestión S.A., previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares de este proceso.

I. Antecedentes

1.1. El contrato origen de las controversias.

Entre AS Colombia Ltda. e Informática & Gestión S.A. se celebró un contrato el 30 de junio de 2000, el cual obra en copia simple a folios 2 a 57 del cuaderno de pruebas 1.

1.2. El pacto arbitral.

En la cláusula décimo novena del contrato (fl. 8 cdno. de pbas. 1) las partes pactaron arbitramento así:

“19. Cualquier diferencia que se llegue a presentar entre las partes, en la interpretación, desarrollo o liquidación, etc., del presente contrato deberá resuelta directamente por ellas acudiendo a los mecanismos de arreglo directo o conciliación previstos en la ley. En su defecto, deberá ser sometida a la decisión de un (1) árbitro designado de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá o del Centro de Arbitraje y Conciliación que en su oportunidad escojan de mutuo acuerdo las partes, el cual se sujetará en todo al procedimiento y demás condiciones que se determinen o existan al momento de su convocatoria”.

1.3. Trámite del proceso arbitral.

1.3.1. La convocatoria del tribunal arbitral.

1.3.2. El día 11 de octubre de 2005 la sociedad AS Colombia Ltda. (en adelante, AS Colombia), por conducto de apoderado especial constituido para el efecto solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un tribunal de arbitramento para que resolviera las controversias surgidas con la sociedad Informática & Gestión S.A. (en adelante, Informática & Gestión) derivadas del contrato de 30 de junio de 2000.

1.3.3. Designación del árbitro.

Luego de radicada la demanda, el día 21 de octubre de 2005 se realizó la audiencia de designación del árbitro, resultando escogidos como árbitro principal, el Dr. Ernesto Rengifo García, y como árbitro suplente, el Dr. Guillermo Zea Fernández. El árbitro principal manifestó, dentro de la oportunidad legal, su aceptación como miembro del tribunal.

1.3.4. Instalación.

El tribunal de arbitramento se instaló el día 17 de noviembre de 2005 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde fijo su sede (acta 1 fls. 33 a 35 cdno.

ppal.); en la audiencia fue designado como secretario el doctor Juan Pablo Bonilla Sabogal, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante el señor árbitro.

1.3.5. Admisión de la demanda.

Por auto del 17 de noviembre de 2005 el tribunal admitió la demanda y ordenó correr traslado a la parte convocada en los términos del artículo 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil (acta 1). Esta providencia fue notificada por estrados en la audiencia de instalación.

1.3.6. Contestación de la demanda.

El 1º de diciembre de 2005, el apoderado de Informática & Gestión contestó la demanda, propuso excepciones de mérito y solicito pruebas (fls. 37 a 55 del cdno. ppal). Por auto del 2 de diciembre de 2005 se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas y fijó fecha para la audiencia de conciliación (fls. 56 del cdno. ppal.).

1.3.7. Audiencia de conciliación.

El 13 de enero de 2006 se realizó la audiencia de conciliación de este proceso que resultó fallida, por lo cual se ordenó continuar con el trámite arbitral. El 18 de enero de 2006, dentro de la oportunidad prevista en el inciso segundo del parágrafo tercero del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, los apoderados de las partes modificaron su solicitud de pruebas.

1.3.8. Gastos del proceso.

Una vez se declaró fallida la audiencia de conciliación, el tribunal señaló las sumas de honorarios de los integrantes del mismo, así como las partidas de gastos de administración del Centro de Arbitraje y protocolización y otros, las cuales fueron pagadas por ambas partes dentro de la oportunidad fijada por el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.

1.3.9. Primera audiencia de conciliación.

Una vez fueron cancelados los gastos del proceso, se realizó la primera audiencia de trámite, en la que se dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 que prescribe su desarrollo. En esa oportunidad el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas a su consideración, fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses, decretó las pruebas a instancia de las partes, fijo fechas para su práctica y declaró concluida la primera audiencia de trámite (acta 4, fls. 73 a 84).

1.3.10. Instrucción del proceso.

Durante el trámite el tribunal sesionó en cinco (5) audiencias en las que practicó las pruebas decretadas. En la sesión del 28 de agosto de 2006 escuchó a los apoderados de la partes en sus alegatos de conclusión.

1.4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se inició y finalizó el 8 de febrero de 2006 (acta 4); de acuerdo con lo anterior, el término de este proceso iría inicialmente hasta el 8 de agosto de 2006. Según el artículo 103 citado, al término “se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”; por ello para el cómputo debe tenerse en cuenta que por petición conjunta de los apoderados de las partes el proceso se suspendió entre las siguientes fechas: a) 4 de marzo de 2006 al 15 de marzo de 2006 (acta 6, fls. 108 y 109) 12 días; b) 17 de marzo de 2006 al 23 de marzo de 2006 (acta 7, fl. 120) 7 días; c) 25 de marzo de 2006 al 28 de marzo de 2006 (acta 8, fl. 132) 4 días; d) 30 de marzo de 2006 al 14 de mayo de 2006 (acta 9, fl. 166) 46 días; e) 16 de mayo de 2006 al 9 de junio de 2006 (acta 10, fl. 171) 25 días; f) 12 de agosto de 2006 a 27 de agosto de 2006 (acta 16, fl. 214) 16 días;

g) 29 de agosto de 2006 al 16 de octubre de 2006 (acta 17, fl. 216) 49 días.

Las suspensiones suman en total 159 días, por lo cual el plazo para proferir el laudo iría hasta el 14 de enero de 2007, razón por la cual el tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir el laudo.

1.5. Presupuestos procesales.

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

1.5.1. Demanda en forma.

La demanda se ajustó a las exigencias normativas consagradas en por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, y por ello el tribunal la sometió a trámite.

1.5.2. Competencia.

Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite (acta 4), el tribunal es competente para decidir sobre las cuestiones sometidas a su conocimiento, con fundamento en la cláusula 19 del contrato ya transcrita en este laudo.

1.5.3. Capacidad.

La sociedades convocante y convocada son plenamente capaces para comparecer al proceso, su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al afecto; las diferencias surgidas entre las partes, sometidas a su conocimiento y decisión del tribunal, son susceptibles de definirse por transacción, y además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados debidamente constituidos.

1.6. Partes procesales.

1.6.1. Parte convocante.

Es AS Colombia Ltda., sociedad comercial legalmente constituida por medio de la escritura pública 7968 de diciembre 28 de 1993, otorgada por la Notaría Tercera del Círculo Notarial de Cartagena, e inscrita en la Cámara de Comercio de Cartagena con domicilio principal en la ciudad de Cartagena y representada legalmente por la señora Rafaela Caraballo Ospino quien otorgó poder para intervenir este proceso.

1.6.2. Parte convocada.

Es Informática y Gestión S.A., sociedad comercial legalmente constituida por medio de la escritura pública 3978 de agosto 13 de 1992 otorgada por la Notaría Treinta y Uno del Círculo Notarial de Bogotá, e inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., y representada legalmente por el señor Ricardo Alejandro Ortiz Deulofeut.

La parte convocada actuó en el trámite mediante su apoderado general, en forma legal, según consta en el certificado de existencia y representación aportado que obra a folios 22 a 25 del cuaderno principal 1.

1.7. Apoderados.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, las partes han estado representadas judicialmente por abogados; AS Colombia Ltda. por los doctores Gustavo Adolfo Ortega Hernández y Eduardo Pacheco de la Hoz e Informática y Gestión S.A. por el doctor Pedro Rodolfo Díaz Acero. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el tribunal.

1.8. Pretensiones.

AS Colombia Ltda. solicito en la demanda que en el laudo arbitral que se profiera, se resuelvan favorablemente las siguientes:

1. Declárese que la parte convocada incumplió el convenio comercial para el desarrollo y comercialización de software de junio treinta de dos mil (6/30/2000).

2. Resuélvase el convenio comercial para el desarrollo y comercialización de software de junio treinta de dos mil (6/30/2000).

3. Condénese a la parte convocada al pago a favor de la parte convocante, de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento el convenio comercial para el desarrollo y comercialización de software de junio treinta de dos mil (6/30/2000), que sean dictaminados en la prueba pericial solicitada.

4. Condénese a la parte convocada al pago a favor de la parte convocante, de las regalías por concepto de contratos de mantenimiento.

5. Condénese a la parte convocada al pago a favor de la parte convocante, de los intereses moratorios causados por la falta de pago de las regalías por concepto de contratos de mantenimiento.

6. Condénese a la parte convocada al pago de los gastos del proceso y las agencias en derecho.

1.9. Hechos de la demanda.

La sociedad convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona la demanda, a folios 2, 3 y 4 del cuaderno principal, de la siguiente manera:

1.9.1. En 1999, los señores Alexander Torres Figueroa y Ricardo Isaza Pareja, bajo el régimen de la obra por encargo, desarrollaron para la parte convocante, un par de software denominados “AS Nómina” y “AS Personal”.

1.9.2. Esta obras fueron inscritas en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, como obran en el libro 13, tomo 6, partida 350.

1.9.3. El día 30 de junio de 2000, la partes convocante y convocada celebraron un contrato que denominaron “convenio comercial para el desarrollo y comercialización del software, cuyo precepto décimo noveno expresa:

“Cualquier diferencia que se llegue a presentar entre las partes, en la interpretación, desarrollo o liquidación, etc., del presente contrato deberá resuelta directamente por ellas acudiendo a los mecanismos de arreglo directo o conciliación previstos en la ley. En su defecto, deberá ser sometida a la decisión de un (1) árbitro designado de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá o del Centro de Arbitraje y Conciliación que en su oportunidad escojan de mutuo acuerdo las partes, el cual se sujetará en todo al procedimiento y demás condiciones que se determinen o existan al momento de su convocatoria”.

1.9.4. El día 23 de marzo de 2001, las partes convocante y convocada celebraron otro sí al contrato.

1.9.5. Con base en el contrato, la parte convocante integraba Nómina Visual al software que de tiempo atrás comercializaba la parte convocada (denominado siigo), de manera que pudieran comercializarse como un solo producto y adecuarse a la medida del cliente.

1.9.6. Al contrato se integró un listado de personas que serían el objetivo inicial de la comercialización de Nómina Visual, pues las partes aceptaron alcanzar un número de 3000 usuarios.

1.9.7. Durante los años 2000, 2001, 2002 y 2003, la comercialización de Nómina Visual fue realizada por la parte convocada de acuerdo al contrato aprovechando los canales de comercialización, difusión y experiencia adquiridos por esta, con gran independencia de la parte convocante y en exclusividad para el territorio de la República de Colombia, con excepción de la ciudad de Cartagena.

1.9.8. Finalizando el año 2003 y durante el año 2004, la parte convocada comienza a desarrollar un software que

esencialmente ejecuta las mismas operaciones de Nómina Visual, denominado Recurso Humano, contraviniendo claramente pactado en el precepto décimo sexto del contrato.

1.9.9. El día 17 de marzo de 2004, el señor Héctor William Romero Martínez, funcionario de la parte convocante, se retira unilateralmente de su cargo.

1.9.10. El día 13 de mayo de 2004, se da una comunicación interna entre los señores Juan Carlos Torres, Doris Patricia Marín y Eliana Quijano Peraza, funcionarios de la parte convocada, en la cual se deja clara la contratación del señor Héctor William Romero Martínez por la parte convocada y menciona su posible labor desde una fecha anterior. Se sabe que el señor Romero Martínez estaba vinculado a la parte convocada inclusive hasta el mes de marzo de 2005.

1.9.11. Finalizando el año 2004, con conocimiento del representante legal de la sociedad convocada, se lleva a cabo la implementación de la migración del software Nómina Visual por el software Recurso Humano.

1.9.12. A partir del año 2004 y durante lo corrido del año 2005 se nota una evidente disminución de la comercialización de Nómina Visual, reflejada en la ostensible disminución de la facturación de la parte convocante por concepto de licenciamiento y mantenimiento del software.

1.9.13. El día 29 de enero de 2005 se hace una comunicación interna de parte de la convocada, entre Luzdary Bernal Villarreal, Luis Antonio Marín García y Fernando Rebellón Gómez, los días 29 y 31 de enero de 2005, en la que se imparten instrucciones respecto a la desinstalación del software Recurso Humano y la posterior instalación del software Nómina Visual, al cliente Corplas, ubicado en la ciudad de Cartagena.

1.9.14. A partir de la misiva calendada abril 14 de 2005, la parte convocante inicia una etapa de arreglo directo con la parte convocada, que se extendió hasta agosto de 2005, fecha de la última comunicación proveniente de la parte convocada, con lo cual finalizó la etapa de arreglo directo consagrada en la cláusula compromisoria contenida en la disposición décimo novena.

1.9.15. Durante el año 2005 la parte convocante no ha recibido el pago de regalías por concepto de contratos de mantenimientos, muy a pesar que diariamente es usada la última versión del software Nómina Visual.

1.10. Informática & Gestión al contestar la demanda, negó la gran mayoría de los hechos y frente a los restantes manifestó que estaría a lo probado. Así mismo, el apoderado de Informática & Gestión en la contestación de la demanda formula y sustenta, a folios 51 y 52 del cuaderno principal, las siguientes excepciones perentorias: a) Excepción del contrato no cumplido; b) cobro de lo no debido; c) inexistencia de las obligaciones; d) pago; e) buena fe; f) compensación; g) prescripción; h) falta o ausencia de legitimación en la causa por activa; i) inexistencia de culpa grave o dolo.

1.11. Pruebas decretadas y practicadas: Por auto proferido en la primera audiencia de trámite (acta 4) el tribunal decretó las pruebas solicitadas y, para el sustento de la decisión que adoptará, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y allegadas al proceso, que se incorporaron al expediente, las cuales fueron analizadas para definir el asunto sometido a su estudio y decisión:

1.11.1. Documentales.

Se agregaron al expediente los documentos aportados por AS Colombia Ltda. relacionados en la demanda principal a folios 4 a 7 del cuaderno principal y en el escrito con el que se pronunció sobre las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada a folios 61 y 62 del cuaderno principal. Igualmente se agregaron al expediente los documentos aportados por la entidad convocada relacionados en la contestación de la demanda y en el escrito de con el que modificó su solicitud de pruebas. Los documentos aportados por las partes en el idioma inglés fueron traducidos al castellano por orden del tribunal y se agregaron al expediente.

1.11.2. Oficios.

A solicitud de la convocada se libró oficio a la Dirección Nacional del Derecho de Autor, para que remitiera al

proceso copia íntegra y auténtica del certificado de registro de septiembre 26 de 2001, libro 13, tomo 6, partida 350, correspondiente a los programas AS Nómina y AS Personal, junto con todos los anexos y antecedentes de este, tales como, poderes, documentos de cesión, certificados, programa de computador, material auxiliar, etc. La respuesta a ese oficio se agregó a los cuadernos de pruebas del expediente.

1.11.3. Dictamen pericial financiero y contable.

Rendido por la Dra. Gloria Zady Correa Palacio quien se posesionó el día 16 de marzo de 2006. El dictamen fue rendido el 28 de abril siguiente y obra de folios 77 a 162 del cuaderno de pruebas 4. El apoderado de la parte convocante presentó solicitud de aclaración y complementación al dictamen que fueron rendidas el 12 de julio de 2006 y obran de folios 163 a 202 del mismo cuaderno. Las partes no presentaron escritos de objeciones.

1.11.4. Dictamen pericial en materia de sistemas.

Rendido por la Dra. María Esther Ordóñez Ordóñez quien se posesionó el día 29 de marzo de 2006. El dictamen fue rendido el 8 de junio siguiente y obra de folios 203 a 272 del cuaderno de pruebas 4. Los apoderados de las partes presentaron solicitud de aclaración y complementación al dictamen que fueron rendidas el 12 de julio de 2006 y obran a folios 273 a 280 del mismo cuaderno. Las partes no presentaron escritos de objeciones.

1.11.5. Interrogatorios de parte.

El día 3 de marzo de 2006, rindieron declaración de parte, los señores Ricardo Ortiz Deulofeut, representante legal de Informática & Gestión S.A. y Hans Le Noble, representante legal de AS Colombia Ltda. La declaración de parte del señor Le Noble se realizó a través de intérprete oficial, por haber sido rendida en idioma holandés. De las trascripciones correspondientes se corrió traslado a las partes y se agregaron a los cuadernos de pruebas del expediente.

1.11.6. Declaración de terceros.

A solicitud de la parte convocante se decretaron y practicaron los testimonios de: 1) Héctor William Romero Martínez (acta 5, fl. 95); 2) Fernando Rebellón Gómez (acta 8, fl. 130); 3) Luis Antonio Marín García (acta 7, fl. 119); 4) Lastenia Hernández (acta 6, fl. 107); 5) Jairo Guzmán Ramos (acta 6, fl. 104) y; 6) Abraham Echenique (acta 5, fl. 95). Y a solicitud de la parte convocada los testimonios de: 1) Juan Carlos Torres Beltrán (acta 5, fl. 96); 2) Ginna Paola Saavedra Saenz (acta 6, fl. 105); 3) Diana Helena Puin Rubiano (acta 8, fls.131) y 4) Fernando Rebellón Gómez (acta 8, fls. 128).

De las trascripciones correspondientes se corrió traslado a las partes y se agregaron a los cuadernos de pruebas del expediente, junto con los documentos aportados en el curso de las declaraciones. El apoderado de la parte convocante presentó un memorial al que acompañó archivo magnético con algunas observaciones a la transcripciones de los testimonios de Héctor William Romero Martínez y Abraham Echenique Carta, que el tribunal ordenó tener en cuenta.

En audiencia de 24 de marzo de 2006, el apoderado de la parte convocante, desistió de los testimonios de los señores Anderson Lázaro y Gerson Flórez. En la misma audiencia, el apoderado de la parte convocada, desistió del testimonio de la Margarita Isabel Ortiz Deulofeut. El tribunal aceptó oportunamente esos desistimientos.

1.12. Alegatos de conclusión.

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral en la audiencia que se realizó para tal efecto el día 28 de agosto de 2006, y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones, entregaron para el expediente los escritos que los contienen. El apoderado de AS Colombia expuso los argumentos de hecho y de derecho que sustentan las pretensiones de la demanda, y solicitó no declarar probadas las excepciones de mérito propuestas. A su vez, el apoderado de Informática & Gestión expuso los fundamentos y jurídicos que sustentan las excepciones propuestas y solicitó no acoger las pretensiones de la demanda. A los argumentos expuestos en los alegatos se referirá el tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

II. Consideraciones del tribunal

Procede el tribunal de arbitramento a efectuar el estudio de los temas propuestos en la demanda y su contestación, para resolver las pretensiones y excepciones de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso, y dictar el fallo en derecho que decide sobre las controversias entre AS Colombia Ltda. e Informática & Gestión S.A., previas las siguientes consideraciones:

En primer término, y en forma previa al pronunciamiento de fondo en la presente controversia, el tribunal ha de precisar que cuando en el laudo se mencione a AS Colombia, se estará haciendo referencia a AS Colombia Ltda. y cuando se haga mención de Informática y Gestión, se estará refiriendo a la sociedad Informática y Gestión S.A.

De cuanto queda expuesto se sigue que la relación procesal en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes, propósito para el cual son conducentes las siguientes consideraciones:

1. Los problemas jurídicos planteados en este asunto.

Es necesario primero identificar los problemas jurídicos inmersos en este proceso, los cuales pueden determinarse a partir de las pretensiones de la demanda principal y, por supuesto, de las excepciones formuladas en la contestación de la demanda, así como de los respectivos alegatos de conclusión. En procura de la mayor claridad y brevedad, considera el tribunal que estos son los problemas jurídicos envueltos en esta controversia: a) si existió o no reproducción del software o programa de computación (soporte lógico), objeto del contrato de 30 de junio celebrado entre las partes; b) si hubo cambio de lenguaje del software de la convocante por la convocada y, por lo tanto, si esa conducta constituyó una transformación ilegal de la obra original; c) si la vinculación laboral de un ex empleado de la convocante a la empresa convocada constituyó un incumplimiento del contrato; d) si la comercialización de un software de la convocada constituyó un acto desleal, así como la migración de clientes del software de la convocante al software de la convocada y, en fin, e) si existió incumplimiento grave del contrato suscrito por las partes el 30 de junio de 2000.

Los temas jurídicos que desde el punto de vista de la disciplina del derecho de autor afrontará el tribunal, para arribar a la solución de este conflicto, serán los siguientes: el criterio de la originalidad; el principio según el cual derecho de autor no protege las ideas, sino su forma de expresión; el criterio de la creación independiente; el concepto de reproducción ilícita de un programa de computación y el concepto de obra transformada o derivada. Así mismo, sobresalen en el presente laudo el problema jurídico que subyace con el paso de un trabajador a la empresa de la competencia y el principio de la buena fe como criterio integrador del contenido contractual.

2. Breve presentación del contrato de 30 de junio de 2000.

Las partes del litigio celebraron un convenio el 30 de junio del año 2000 que hicieron bien en llamar “Convenio comercial para el desarrollo y comercialización de software” el cual, en esencia, consistió en realizar una alianza estratégica que permitiese emplear los canales de comercialización, la amplia difusión y la experiencia de Informática & Gestión, así como la potencialidad de los productos de AS Colombia.

El contrato es de aquellos que se puede calificar como un contrato atípico de colaboración empresarial en virtud del cual la parte convocante debía aportar dos productos informáticos denominados AS Nómina y AS Personal para ser integrados a un sistema informático de contabilidad y administración de la convocada y a la vez ser distribuidos y comercializados por esta con base en su experiencia y, por supuesto, con la ayuda de los canales comerciales por ella construidos. Se lee, en efecto, en la cláusula primera del convenio que “AS Colombia diseñará, adaptará y desarrollará los módulos de Asnomina y Aspersonal aplicables, compatibles e integrados a los productos de informática, para ser comercializados por esta. Para ello informática suministrará toda la colaboración y asistencia técnica necesaria a AS Colombia, así como la información sobre los mecanismos de integración y comunicación de los programas”.

Y para que se observe el sentido de colaboración recíproco de que está impregnado el contrato, en su cláusula décimo cuarta se dispuso que “Los módulos o programas diseñados, adaptados y desarrollados por AS Colombia

en razón y con ocasión del presente contrato no podrán ser comercializados sino a través de Informática en Colombia (con excepción de la ciudad de Cartagena, que se reserva AS Colombia), como quiera que van integradas al Siigo. En el caso de ventas de los productos directamente por parte de AS Colombia, esta deberá hacerse bajo otra presentación totalmente diferente y no compatible con Siigo [1] [2]

El contrato contiene además las cláusulas propias de un contrato informático, valga decir, la de desarrollos especiales, mantenimiento, actualización, capacitación, "soporte necesario especializado a los usuarios de los programas, en caso que los funcionarios de Informática no puedan resolver los problemas", manuales y comercialización de los productos y fijación del precio de los productos de mutuo acuerdo para lo cual "se tendrán en cuenta la naturaleza de los productos, el comportamiento del mercado y los estándares de precios", cláusula de derechos morales, de confidencialidad, etc. [3] .

Expuesto grosso modo el contenido del contrato, este tribunal considera que el convenio cae dentro de la modalidad de los denominados de colaboración empresarial, el cual no corresponde a ninguno de los disciplinados en la ley colombiana, entendiendo por tales "aquellos en los cuales media una función de cooperación de una parte hacía la otra o recíproca, para alcanzar el fin que determinará la concreción del contrato. Ese fin puede ser una gestión a realizar, un resultado a obtener, o una utilidad a conseguir" [4]

Ahora bien, este convenio de 30 de junio de 2000 resultó modificado por acuerdo de las partes mediante otrosí de 23 de marzo de 2001 según el cual "Primero. Como un reconocimiento por los problemas de calidad del producto AS Colombia Ltda. reconoce a favor de Informática y Gestión S.A. un descuento igual al cincuenta por ciento (50%) sobre las regalías pactadas en el convenio original, respecto a las primeras sesenta (60) licencias del producto de la primera y comercializadas por la segunda. Segundo. Así también, como un reconocimiento al 'contenido de conocimiento' incluido por Informática y Gestión S.A. en el programa de AS Colombia Ltda., a partir de la licencia número sesenta y uno (61) y en relación con la facturación por concepto del contrato de mantenimiento y actualización, AS Colombia Ltda. recibirá como regalías un porcentaje igual al treinta por ciento (30%) del valor neto facturado, deducidos descuentos, de manera que el setenta por ciento (70%) restante corresponderá a Informática y Gestión S.A. En todo lo demás se mantiene el contrato sin modificación alguna" [5]

Así mismo, se modificó el convenio mediante otrosí de 27 de septiembre de 2001 en donde las partes también en razón de los problemas de calidad del producto y de las deficiencias de organización de AS Colombia decidieron señalar un último período de prueba (de 1º de octubre a 31 de diciembre de 2001) para solucionar los problemas y "de continuarse presentando los inconvenientes e incumplimientos hasta ahora presentados, se dará por terminado el contrato y AS Colombia Limitada hará entrega inmediata a Informática y Gestión S.A. de los fuentes de la última versión de los programas con su documentación" [6]

4. Nociones preliminares.

Por cuanto para la solución de este conflicto el tribunal hará uso de la disciplina normativa del derecho de autor, el tribunal se detendrá, de manera breve, en algunos criterios o principios que informan esta disciplina.

i) Originalidad

Curiosa y paradójicamente ni la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena ni la Ley 23 de 1982, definen la originalidad, no obstante ser la llave de entrada a la protección que otorga el sistema del derecho de autor. Se la menciona como requisito, pero se le ha dejado a la doctrina y la jurisprudencia su definición y alcance. El artículo 3º de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, define la obra como "toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma" [7] [8]

El tema de la originalidad fue objeto de discusión en la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.* [9] [10]

En materia de software se establece en la Directiva Europea sobre la protección jurídica de programas de ordenador (91/250/CEE) lo que sigue: "El programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la

protección". Esta regla, sin embargo, no se constituye en un obstáculo para que una obra se inspire en otra y resulte igualmente original, siempre y cuando, eso sí, incorpore elementos nuevos que denoten algún esfuerzo, trabajo o destreza particular y que la distancian de aquella. Finalmente, es entendido que en una obra la originalidad se presume y quien la niega o la discute debe probar su afirmación.

ii) Dicotomía idea-expresión en el campo de los programas de computación.

Se enseña a manera de principio del sistema que el derecho de autor no protege las ideas, sino su forma de expresión. El artículo 7º de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, al respecto, prevé: "Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial" (11)

Este principio también se encuentra consagrado en diferentes tratados internacionales sobre propiedad intelectual y en otras legislaciones sobre la materia (12) (13)

El derecho de autor entiende que las ideas no pueden ser monopolio ni propiedad de nadie, por cuanto de su libre circulación y uso depende en gran medida el desarrollo de la sociedad. Las ideas son de dominio público, cualquier persona puede hacer uso de ellas. Permitir su monopolio privado implicaría detener el desarrollo de la sociedad. Por tanto, el derecho de autor no protege la idea o el concepto contenido en un trabajo sino la forma o expresión de la idea. Dicho de otra manera, mientras no es permitido reproducir la creación de otro, sí es permitido recoger las ideas o información y usarlas en beneficio propio. En resumen: el derecho de autor no protege en la obra el contenido expresado, sino la forma en que el autor lo expresa y lo notifica.

Con este sano criterio lo que se pretende es lograr un equilibrado balance entre el derecho de los creadores y el interés de la sociedad, autorizando a esta el aprovechamiento de sus ideas, pero ofreciendo a aquellos una protección en cuanto a la forma o manera en que las expresan o difunden. El derecho de autor se puede reclamar únicamente del lenguaje o composición que ha sido escogido o seleccionado para expresar informaciones u opiniones, pero no sobre las ideas en si mismas consideradas.

Ahora bien, respecto del software y la aplicación del principio en análisis, existe una particular dificultad en distinguir la idea de su expresión en la medida en que el software es por esencia una obra utilitaria, en contraste con las tradicionales obras de protección —obras literarias y artísticas—, las cuales están más dirigidas al goce, disfrute o contemplación. Sin embargo ya se ha afirmado que la idea en una obra utilitaria es su propósito o función y, el método, por medio del cual se obtiene ese propósito o función, es la expresión de la idea (14)

En el plano práctico por consiguiente los tribunales, al aplicar la ley del derecho de autor, enfrentan el siguiente dilema: o limitar la protección a la copia literal o extenderla a la lógica, el diseño y la estructura del programa. Si es lo primero, se le da a los plagistas la oportunidad de eludir fácilmente su responsabilidad, si es lo segundo, se les concedería a los titulares del derecho de autor sobre programas unos derechos de monopolio de ideas y métodos originalmente reservados para las patentes.

El caso más representativo a la luz de la jurisprudencia norteamericana, en donde se precisó la distinción entre idea y expresión, es Baker *v.* Selden (15) (16) (17)

Ahora bien, en materia de protección de software y de la aplicación de este principio, la polémica alrededor de la dicotomía entre idea y expresión de una obra resulta de difícil tratamiento porque no es fácil distinguir o separar el concepto o idea en un programa de computación, es decir, los elementos internos no protegibles de la expresión protegible. Sin embargo, al ser el software una obra o creación de naturaleza utilitaria, o mejor, con finalidad práctica o vocación funcional, se ha entendido que en principio el aspecto práctico de un programa de computador, su aplicación o su funcionalidad no son objeto de protección por el derecho de autor, toda vez que la función de un programa o software es la misma idea no protegible de la obra.

No obstante lo anterior, es posible que la funcionalidad, el propósito o el resultado del software, haya requerido del programador un esfuerzo y un trabajo intelectual tales, que dicha función del aplicativo o programa pudiese ser objeto de protección mediante el derecho de autor, por tratarse de expresión y no de idea. Es decir, podría ser

protegible la funcionalidad cuando el camino para llegar a ella implica un gran recorrido y un esfuerzo que alcance protección. Sería una exageración conceptual sostener que la función de un software es siempre protegible, como también sostener a la vez que nunca es protegible por el derecho de autor. Según el caso particular, podrían existir funcionalidades que por su creatividad y por el esfuerzo intelectual de su autor merezcan protección. Así mismo, podría no ser objeto de protección la expresión o la forma externa de un programa de computador cuando ella constituye la única manera de expresar una misma idea. Si solo existe un método para llegar a la funcionalidad, el método o la expresión no serían protegibles. En suma, no existen reglas fijas o apodícticas para determinar cuándo estamos en presencia de una idea o concepto no protegible y cuándo se trata de una expresión objeto de protección.

En materia de derechos de autor y, en especial, respecto de los programas de computador, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por considerar, en general, que bajo la disciplina del derecho de autor es viable escribir o desarrollar un software propio para llegar al mismo resultado o para brindar las mismas funciones que otro programa. Esto puede involucrar un estudio o análisis detallado del otro programa con el fin de determinar qué es lo que hace ese otro programa y cómo lo hace. Se pueden utilizar esos conocimientos o esas ideas para crear un programa de computador funcionalmente equivalente. Por consiguiente sería legal desarrollar un programa que ejecute la misma función o propósito que un software o programa desarrollado con anterioridad, a menos, claro está, que dicha función esté protegida por la propiedad intelectual u otro instrumento jurídico como lo sería el régimen legal de los secretos empresariales [18]

En conclusión, el principio según el cual el derecho de autor no protege las ideas sino su forma de expresión no puede ser desconocido por este tribunal, pues permitir que las ideas contenidas en un software sean monopolizadas por un solo programador equivaldría a desbordar los límites de la protección del derecho de autor.

iii) El criterio de la creación independiente.

En armonía con lo expuesto supra, existe en materia de derechos de autor el criterio o principio de la creación independiente, el cual alude a la posibilidad de que existan obras idénticas pero, en todo caso, protegidas por el derecho de autor. Así pues, dos creadores pueden elaborar un mismo trabajo o uno similar y ser titulares de derechos de autor sobre sus respectivas creaciones, siempre y cuando hayan trabajado independientemente, es decir, que la creación de uno no constituya una reproducción total o una reproducción de las partes sustanciales de la obra del otro. Basta que la elaboración sea independiente y no dependiente de la primera creación.

Este criterio difiere de la protección que se le confiere a las invenciones por el régimen de las patentes, pues la patente otorga al titular del registro el derecho absoluto de impedir que terceros exploten la invención sin su consentimiento, incluso a evitar que terceros realicen, produzcan o lleguen a la misma invención trabajando de manera independiente, es decir, sin haber tomado en consideración la invención del titular. Por su parte, el derecho de autor responde a otra lógica, toda vez que si bien el titular del derecho de autor tiene la facultad de impedir que cualquiera reproduzca su creación, si otra persona produce la misma o una similar de manera independiente, no existe violación del derecho de autor. No hay que olvidar que de conformidad con el principio de la originalidad lo que se protege es el esfuerzo humano, el trabajo intelectual propio y no la copia o reproducción manifiesta o simulada del trabajo ajeno.

iv) Concepto de reproducción ilícita en el campo del derecho de autor.

La noción de reproducción envuelve dos elementos: Debe existir un grado suficiente de similitud objetiva entre las dos obras y una relación de causalidad entre la creación del demandante y la del demandado, es decir, que esta fue producida por el uso que se hizo de la obra del demandante. En otras palabras, para que exista reproducción además de la similitud objetiva, debe existir la prueba de que en efecto el demandante tuvo la posibilidad de conocer, usar o acceder a la creación del demandante.

En los casos de reproducción de software, se requiere, sin lugar a dudas, de un análisis complejo acerca de estos elementos: similitud sustancial y acceso a la obra ajena [19]

v) Concepto de obra transformada o derivada

Por obra derivada se entiende aquella que se basa en otra obra preexistente o precedente como sucede con las

adaptaciones [20] [21]

En materia de software, una adaptación o modificación consistiría, en efecto, en realizar un cambio de un lenguaje de programación a otro, pero conservando el segundo partes o elementos del primero. Es decir, que se trataría de una versión modificada de un programa o sistema anterior [22]

5. Ausencia de copia o reproducción sustancial entre los dos programas materia de la discusión (As Nómina de AS Colombia y Recurso Humano de Siigo).

Es lugar común en cualquier derecho de la propiedad intelectual que para efectos de determinar la reproducción ilícita (total o sustancial) se compare el objeto protegido con aquel que es atacado por ser supuestamente una copia del respectivo derecho inmaterial. En nuestro caso la comparación hubo de hacerse entre los software denominados "Nómina Visual" y "Recurso Humano". Para efectos de determinar si existió copia o reproducción sustancial del segundo con relación al primero valgan las siguientes excertas provenientes del dictamen técnico obrante en el proceso:

"¿Qué funcionalidades son coincidentes en los software visual y Recurso Humano? Para responder la pregunta, el perito considera que dos funcionalidades son coincidentes si su objetivo es similar, sin que ello implique que estén desarrolladas o implementadas de manera idéntica. [...] ¿Cómo puede describirse el proceso que ejecuta cada una de las funcionalidades coincidentes en los software Nómina Visual y Recurso Humano? Se examinaron en ejecución los programas que implementan cada una de las funciones coincidentes. En todos los casos se encontraron diferencias en los procesos. En particular se ejecutó una nómina para cuatro (4) empleados con las mismas características, en cada uno de los sistemas, encontrando las siguientes diferencias generales: [...] 4. Aunque los dos productos permiten definir las nóminas a liquidar y los empleados asociados, Recurso Humanos de Siigo lo hace mediante la definición de tipos de nómina y perfiles a los que están asociados empleados, mientras que Nómina Visual no ofrece el manejo de perfiles (funcionalidad 4). [...] 7. Las estructuras de los datos son disímiles. 8. Los procesos pueden tener similitudes en cuanto a su objetivo y algún subconjunto de información que utilizan; sin embargo, para su implementación, teniendo en cuenta que los lenguajes en que los dos productos están implementados son totalmente diferentes (cobol y Fox Pro), así como las estructuras de datos (Archivos ISAM propios de cobol y archivos DBF de Fox Pro respectivamente), es claro desde el punto de vista técnico que cualquier replicación de funcionalidad entre uno y otro sistema implica desarrollar un nuevo programa, y no habría argumento técnico para asegurar que son 'sustancialmente similares'. [...] Respecto a las funcionalidades coincidentes en los software Nómina Visual y Recurso Humano, ¿Es sustancialmente similar la lógica empleada en las líneas del código fuente correspondiente? (Identificar claramente las líneas de código fuente consideradas sustancialmente similares). No es sustancialmente similar la lógica empleada en las líneas de código fuente respecto a las funcionalidades coincidentes entre los dos productos. Para responder esta pregunta, es indispensable entender la enorme diferencia que existe entre los lenguajes de programación utilizados en el desarrollo de las dos aplicaciones, así como en los sistemas de administración de datos. Cobol (Recursos Humanos de Siigo), es un lenguaje de lógica secuencial, es decir, es posible recorrer un código fuente de principio a fin y entender en secuencia, los pasos que ejecuta el programa; analizar la lógica implicaría revisar aproximadamente 287 programas de en promedio 4.000 líneas de código cada una. Cobol es considerado un lenguaje de tercera generación, utilizado ampliamente en los años 70-80. En contraposición, Visual Fox Pro es un lenguaje de lógica orientada a eventos, que utiliza un concepto más moderno de ventanas con objetos incluidos en ellas, los cuales tienen asociado código que se ejecuta dependiendo de eventos generados en general por el usuario (por ejemplo un clic del Mouse, la selección de un elemento de la lista, el posicionamiento del Mouse en un punto específico de la ventana, etc.). [...] Visual Fox Pro sería considerado un lenguaje de cuarta generación, mucho más moderno que Cobol, y con una riqueza en instrucciones y técnicas de reutilización mucho mayor. En otras palabras, aún cuando las estrategias utilizadas para resolver algunos aspectos de funcionalidad fueran similares, la forma en que son implementadas en los programas, teniendo en cuenta la diversidad de los dos lenguajes, es muy distinta y sería necesario realizar un proceso de abstracción muy subjetivo, para llegar a determinar en algún caso, que la lógica es sustancialmente similar. Si por el contrario, el lenguaje de programación fuera el mismo, y las aplicaciones trabajaran sobre sistemas administradores de datos similares, sería factible definir procesos automáticos que ayudaran a llevar a cabo esta tarea, pero el caso es que los lenguajes en que están implementadas las funcionalidades coincidentes son totalmente diferentes, así como las estructuras de almacenamiento de datos. Cualquier copia de lógica entre los dos

productos, implica una reprogramación total de la funcionalidad y nunca la lógica podría ser estrictamente la misma, ya que las estrategias para el manejo de datos y las facilidades que ofrece cada lenguaje son muy diferentes. [...] Por otro lado, al utilizar lenguajes tan diferentes como en el caso de las aplicaciones analizadas, la manera de implementar una lógica, es decir, la manera de escribir las instrucciones para desarrollar una solución, es radicalmente diferente, teniendo en cuenta la riqueza de cada lenguaje en cuanto a instrucciones y herramientas que ofrece. [...] ¿Son distintas las líneas de código fuente correspondientes? Sí se considera que las líneas de código son distintas. [...] ¿Es la apariencia de los software Nómina Visual y Recurso Humano sustancialmente similar? La dos aplicaciones utilizan técnicas básicas típicas y comunes en software que ejecuta bajo sistema operacional Windows (interfaz basada en ventanas, controles basados en botones, etc.). Sin embargo, por fuera de estas características básicas comunes y típicas del software desarrollado para Windows, según mi criterio no puede decirse que su apariencia es sustancialmente similar entre otras, por las siguientes razones: - Nómina Visual implementa un estándar especial de Windows conocido como MDI (Multiple Document Interface o Interfaz de documento Múltiple). Para el observador técnico es claro que al ejecutar el aplicativo se 'abre' una pantalla principal dentro de la cual, operan las subsiguientes que se van invocando; en Recurso Humano las pantallas son independientes y aparecen separadas en el escrito de Windows, típico de SDI (Single Document Interface o Intefaz de Documento Único). – La estrategia de manejo del menú general de la aplicación es diferente. En el caso de Nómina Visual es típico de Windows, con el menú en la parte superior de la pantalla con despliegue vertical, mientras que en el de Recurso Humano el menú se presenta en la parte izquierda de la pantalla y va desplegándose hacia la derecha.- Las pantallas de registro de datos de Nómina Visual coinciden más con el estilo Windows en el cual el usuario puede desplazarse libremente con el Mouse entre los campos; en Recurso Humano es necesario desplazarse en orden entre los campos utilizando la tecla enter, y no es posible navegar tan fácilmente entre los campos de la forma [...] ¿Es la manera de ingresar información a los software Nómina Visual y Recurso Humano sustancialmente similar? [...] según mi criterio [dice la perito] no puede decirse que la manera de ingresar la información es sustancialmente similar, teniendo en cuenta las razones expresadas en la respuesta a la pregunta 12. En otras palabras, es claro que las dos aplicaciones han sido desarrolladas con estándares de manejo de pantalla diferentes y con herramientas de desarrollo diferentes" (23)

Como ya se mencionó, la noción de reproducción envuelve dos elementos: la similitud objetiva entre las dos obras o creaciones y la relación de causalidad entre la creación del demandante y la del demandado, es decir, debe existir prueba suficiente de que la segunda fue elaborada con base en la utilización que se hizo de la obra del demandante.

La copia de los elementos literales de un programa de computación constituye una hipótesis de violación al régimen de protección. Pero cuando no existe copia literal, se pregunta el tribunal, ¿qué sucede? En la jurisprudencia norteamericana existe un famoso precedente que estudió el punto y señaló la regla de los tres pasos para efectos de determinar si los elementos no literales (verbigracia: secuencias, estructura, arquitectura y organización) de dos o más programas eran o no sustancialmente similares. Se enseña, entonces, que en primer lugar el tribunal debe partir del programa que se acusa de infractor en sus partes estructurales. Luego, debe examinar cada una de esas partes, para identificar elementos tales como ideas incorporadas, expresión incidental de esas ideas, y elementos que se han tomado del dominio público, con el fin de descartar el material que no resulta protegible. "Conservando un núcleo o posibles núcleos de expresión creativa luego de haber seguido este proceso de eliminación, el último paso del tribunal deberá ser comparar tal material con la estructura del programa supuestamente infractor. El resultado de esta comparación determinará si los elementos protegibles de los programas en conflicto son sustancialmente similares como para dar lugar a declarar la existencia de una infracción" (24)

Este método de comparación de programas, con el fin de determinar si existe reproducción en cuanto a los elementos no literales, resulta aplicable al presente caso. De acuerdo con la valoración que hace el tribunal del dictamen pericial técnico, se puede determinar que además de no existir copia de los elementos literales (códigos), existen diferencias en la expresión de cada uno de los programas (AS Nómina y Recurso Humano). Es decir que los programas no presentan similitud en la apariencia, forma de acceso ni en sus elementos estructurales.

Así pues, de conformidad con el dictamen pericial obrante en el proceso y, por supuesto, con la valoración que del mismo hace el tribunal, los dos programas de computador discutidos en el proceso son productos diferentes. No existe copia, reproducción o similitud sustancial entre los dos programas. Ni la lógica ni la estructura interna y

menos la apariencia de los programas resultaron iguales o similares, o mejor, ser uno la reproducción del otro. Entonces, se tiene que el presupuesto del grado suficiente de similitud objetiva entre las dos obras no se ha sido cumplido y así habrá de determinarse más adelante, pese a que ambos programas compartan funcionalidades. No hay que olvidar que el software es una obra utilitaria y el hecho de que dos software compartan o utilicen o lleguen a funcionalidades idénticas o similares, no significa que inexorablemente uno sea copia o reproducción del otro. En otras palabras: no necesariamente la identidad de funcionalidades significa copia o reproducción dado que se puede arribar a ellas por caminos o esfuerzos independientes tal como aconteció en el presente caso.

Si bien está comprobado en el dictamen que los dos programas comparten algunas funcionalidades, del mismo dictamen se puede deducir que las partes recorrieron caminos de trabajo distintos para llegar a ese resultado. Los medios usados, las subrutinas, los códigos y la arquitectura son distintos en cada aplicativo. En esa medida, se considera que no está demostrado en el proceso la similitud objetiva entre los programas de computador AS Nómina y Recurso Humano.

Como se expuso en líneas anteriores, el régimen del derecho de autor no prohíbe que se desarrollen programas de computador que se basen en las ideas (funcionalidades) contenidas en otro programa, siempre y cuando, eso sí, se haya desarrollado el respectivo programa de manera independiente y satisfaga el requisito de la originalidad. En este caso, las pruebas practicadas en el desarrollo del proceso y la valoración realizada por el tribunal, apuntan a esta situación, esto es, que pese a que el programa Recurso Humano es funcionalmente equivalente al programa AS Nómina, fue desarrollado de manera independiente, puesto que en su desarrollo se utilizaron esfuerzos y medios creativos distintos a aquellos usados en el software AS Nómina.

6. La supuesta transformación del software Nómina Visual.

Ahora bien, sino existió una copia literal de los elementos que conforman el software Nómina Visual, el interrogante que emerge es si el software Recurso Humano implicó o consistió en una transformación no consentida del software Nómina Visual. He aquí el quid y máxime que como se sabe el derecho a la transformación hace parte del contenido patrimonial del derecho de autor.

Para el apoderado de la parte convocada, en esencia, los problemas de calidad en el software AS Nómina, así como las deficiencias en la organización AS Colombia para responder por las necesidades del convenio y cumplir con las obligaciones a su cargo, llevaron a que Informática y Gestión hacia el año 2003 tomará la decisión de “trabajar en el mejoramiento del módulo de Nómina de Siigo y, paralelamente desarrollar un módulo de Recursos Humanos propio, que respondan a las necesidades insatisfechas por el incumplimiento de AS Colombia y permitan a Informática concentrar más fácilmente la solución sin depender de un tercero” (25)

Por su parte, para el apoderado de la parte convocante, en el caso presente se ha presentado “una especie de transformación del software Nómina Visual, para elaborar el software Recurso Humano. Lo anterior es así, por cuanto no hay una genuina originalidad del software Recurso Humano que finalmente compitió con el software Nómina Visual, ya que se desarrolló para correr en la plataforma windows, a partir de la validación que se hizo con este último, por conducto de su material complementario, conocido por la parte convocada, a lo menos desde el año 2003, como lo pone en evidencia los medios probatorios documentales, testimoniales y pericial” (26)27) (

Planteado el tema, veamos qué significa el requisito de la originalidad, en la medida en que si el software Recurso Humano es original no constituye una ilícita transformación del software Nómina Visual y después se mirará que nos informa al respecto el dictamen técnico.

¿Qué significa, entonces, que una obra sea original? Independientemente de las discusiones doctrinales sobre qué significa que una obra sea original, para efectos de este laudo el tribunal ha señalado que originalidad significa que la obra sea el resultado de un esfuerzo propio, o mejor incluso, que no sea el resultado de una copia o reproducción total o simulada de una creación previa o preexistente (28)

“No es posible usar los mismos fuentes de Nómina Visual para adicionarlos sin problema a recursos humanos. Los lenguajes son diferentes, incompatibles y así mismo las estructuras de datos. […] No es posible usar las mismas fuentes de Nómina Visual para sobrescribirlos sin problema a recursos humanos. Los lenguajes son diferentes,

incompatibles y así mismo las estructuras de datos. […] No se considera práctico traducir o convertir el código de Visual Fox Pro a RM Cobol 85/Net Express, teniendo en cuenta que la sintaxis de los lenguajes es totalmente diferente, así como el mecanismo de acceso a los datos, y la riqueza que ofrece cada uno en cuanto a instrucciones y herramientas para estructurar los programas. […] No es posible afirmar que la arquitectura de los dos programas es idéntica. […] La diferencia en la orientación de los lenguajes utilizados para el desarrollo de cada uno, determina otra divergencia en arquitectura importante; un desarrollo está implementado en un lenguaje de estructura secuencial (Recurso Humano en Cobol) y el otro en un ambiente orientado por eventos (Nómina Visual en Visual Fox Pro), lo que desde el punto de vista puramente técnico representa una diferencia fundamental. […] Los modelos de datos no son iguales. […] No es posible afirmar que los productos son idénticos. De hecho las estructuras de datos, aunque poseen definiciones comunes, no son idénticas ni están implementadas en manejadores de datos compatibles. Dos productos pueden presentar funcionalidad similar y no ser idénticos. Particularmente si analizamos varios productos de nómina del mercado encontraremos que comparten funciones típicas. […] El perito no pudo encontrar procedimientos idénticos. En particular es [el] simple hecho de que los lenguajes son diferentes hace que esto sea imposible. La inspección realizada sobre los programas fuente no reveló similitudes fundamentales en los proceso de liquidación. Los de captura y reporte utilizan estándares fundamentalmente diferentes. [...] Los lenguajes son diferentes, incompatibles y de diferentes fabricantes y así mismo las estructuras de datos. Particularmente el software Recurso Humano está desarrollado en lenguaje Cobol, denominado un lenguaje de tercera generación, que en la actualidad tiene un uso limitado y ha sido reemplazado por ambientes de desarrollo técnicamente más avanzados. Nómina Visual está desarrollado en Visual Fox Pro, un lenguaje más moderno que podría considerarse de cuarta generación, utilizado en el desarrollo de aplicaciones pequeñas” (29)

Así pues, se infiere que el software Recurso Humano es un producto propio y no constituyó una transformación no autorizada del software de AS Colombia. No hay que pasar por alto el hecho de que AS Colombia era consciente que Informática y Gestión poseía un módulo de nómina. En efecto, en la cláusula octava del contrato, parte final, se lee: “Además, para los usuarios del módulo de Siigo hasta el día 30 de junio del corriente año [...], que deseen migrar a AS Nómina, se les descontará un 25% del valor de venta al público según el anexo A o el que esté rigiendo para el momento de la migración” (30) (31)

En el interrogatorio de parte absuelto por el señor Hans Le Noble, representante legal de AS Colombia Ltda, se lee: “Diga como es cierto sí o no, que usted conoció antes de la firma del convenio que Informática y Gestión tiene un módulo propio de nómina”. El señor Le Noble respondió: “Sí lo sabía” (32)

Para corroborar todo lo dicho, se extrae del escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen técnico lo que sigue:

“Se encontró que la funcionalidad general existe como tal en el producto Nómina Visual, pero que la implementación es diferente en los dos productos. Por lo tanto puede responderse lo siguiente: (i) Existen líneas de código que implementan las funcionalidades identificadas, tanto en el producto Nómina Visual como en el producto Recurso Humano, por lo que no serían exclusivas del software Recurso Humano. (ii) Las líneas de código NO son idénticas; los lenguajes de desarrollo y las herramientas de almacenamiento de datos son muy diferentes, lo que de hecho impide la identidad. (iii) Las líneas de código fuente NO son sustancialmente similares; los lenguajes de desarrollo y las herramientas de almacenamiento de datos son muy diferentes. Cada funcionalidad tiene una implantación particular en cada producto” (33)

Para llegar a esas funcionalidades que en realidad de verdad son compartidas en ambos programas, las partes recorrieron caminos de trabajo y de elaboración diferentes. Así lo señaló el perito técnico en varias oportunidades.

Estima el tribunal que el hecho de que un programa comparta las mismas o similares funcionalidades con otro precedente o anterior no lo inhibe de ser original, siempre y cuando se le incluyan elementos nuevos que denoten algún esfuerzo, trabajo o destreza particular que la distancian de aquel. Y, en efecto, en el presente caso, de acuerdo con el dictamen pericial, el software Recurso Humano contiene elementos propios que requirieron un esfuerzo creativo individual, tales como, la creación de subrutinas, los cambios en la arquitectura, la apariencia y formas de acceso, entre otros, que lo distancian del software AS Nómina. De conformidad con el dictamen se

puede determinar que cada uno de los programas se desarrolló de manera independiente, dado que recorrieron caminos distintos para llegar al mismo resultado y, por tanto, hubo esfuerzo creativo y expresión individual en el desarrollo del software Recurso Humano, lo que lo hace una creación original, en el sentido explicado en líneas anteriores.

Con base en lo expuesto es posible concluir que el programa Recurso Humano no corresponde a una "versión" del software AS Nómina y, por ende, no es una obra derivada. No encuentra el tribunal, pues, pruebas suficientes para determinar que Informática y Gestión S.A. infringió el derecho de transformación de AS Colombia en la creación o desarrollo del software Recurso Humano.

7. Excertas adicionales del dictamen técnico.

Con el fin de desechar la idea según la cual el software Recurso Humano de Siigo pudo ser el resultado de una infracción a los derechos patrimoniales de autor (derechos de reproducción o de transformación) del software AS Nómina de AS Colombia, el tribunal se permite continuar citando en apartes relevantes el dictamen técnico obrante en el proceso:

"16. Se podría decir que los procesos de liquidación en ambos programas (Nómina Visual de AS Colombia y Nómina y Recursos Humanos de Siigo) son iguales?

No podría decirse que los dos programas son iguales. Utilizan a un nivel alto estrategias similares, como el hecho de contar con un archivo de empleados y un archivo de novedades; sin embargo este paradigma es común en muchos sistemas de nómina. A medida que se baja el nivel de análisis, se encuentran estructuras de datos disímiles y estrategias diferentes, relacionadas con la estructura misma de los lenguajes en que están desarrolladas las aplicaciones. Se analizó el código del programa central de liquidación de nómina así como las estructuras de datos utilizadas, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Las estructuras de datos son disímiles, teniendo en cuenta que Recursos Humanos utiliza archivos Isam y Nómina Visual utiliza archivos DBF. Se aprecia en la definición y uso de los datos, características típicas de Cobol - ISAM como redefiniciones de registros de datos y manejo de ocurrencias, que no son aplicables en archivos DBF.

2. El sistema de Recursos Humanos define un archivo independiente por cada liquidación de nómina, cuyo nombre se conforma por la raíz Z29 concatenada con el número de identificación de AS Nómina. Esto significa que si la nómina es quincenal, al año existirán 24 archivos diferentes de liquidación. En Nómina Visual existe una única tabla denominada Nomina donde se registra el resultado final de todas las liquidaciones de nómina.

3. Las respuesta a las preguntas 17 y 18 aclara aún más las diferencias encontradas.

25. De nuevo, a nivel de código fuente es posible copiar el código de la Nómina Visual de AS Colombia y hacerlo funcionar en Net express o en cobol? No es posible copiar tal cual el código fuente de Nómina Visual y hacerlo funcionar en Net Express ya que los programas no están escritos en Cobol y archivos Isam sino en Visual Fox Pro y archivos DBF.

25.(sic) Podría copiarse la forma como se hacen las cosas de un software a otro (Nómina Visual de AS Colombia y Nómina y Recursos Humanos de Siigo)? Si es posible copiar la manera en que se hacen las cosas entre uno y otro software, pero como se dijo antes, esto implicaría una reprogramación en Cobol y posiblemente algún nivel de adaptación de las estructura de los datos. También sería necesario redefinir algunos estándares de funcionamiento, ya que los ambientes de programación no ofrecen las mismas posibilidades ni facilidades en cuanto al manejo de la interfaz de usuario, siendo Visual Fox Pro más rico y moderno.

28. Para aclarar, el hecho de que ambos programas (Nómina Visual de AS Colombia y Nómina y Recursos Humanos de Siigo) tengan novedades de vacaciones, prestamos ahorro y embargos, se pregunta, esto los hace iguales?

A mi juicio este hecho no los hace iguales, ya que todas las aplicaciones de Nómina deben manejar estos tipos de

novedades.

Otro punto importante a tener en cuenta es que las aplicaciones están construidas en dos plataformas totalmente diferentes, por lo que, aunque se encuentren funciones similares, necesariamente debió existir un proceso de reprogramación; este proceso de reprogramación hace que la implantación de la solución sufra adaptaciones que no permitirían, desde el punto de vista técnico, afirmar que son iguales. Teniendo en cuenta la diferencia de plataformas, este proceso de reprogramación, según mi concepto, no pudo ser automático.

31. Cuántas versiones de Nómina Visual de AS Colombia se liberaron al mercado desde el 2000 hasta el 2006 y en qué fechas fueron liberadas cada una? Las versiones reportadas por AS Colombia son:

Version 4.8 - Enero 2000

Versión 4.9 -Enero de 2003

Versión 5 -Junio de 2004

35. Puede decirnos si en alguna de las versiones de Nómina Visual de AS Colombia de que trata la pregunta treinta y una, se incluye el módulo de Recursos Humanos?

Ninguna versión de Nómina Visual de AS Colombia incluye funcionalidad de Recursos Humanos. Esta funcionalidad, según tengo entendido, se encuentra en el producto AS Personeel, sobre el cual AS Colombia no suministró la información solicitada; solo entregó impresiones de algunas pantallas correspondientes al producto” (34)

La experticia es, pues, elocuente y a ella ha de estarse el tribunal entre otras razones porque se le puede calificar de “clara, precisa y detallada”, tal como lo exige el Código de Procedimiento Civil.

8. Vinculación laboral de ex empleado de AS Colombia a Informática y Gestión.

Se ha dicho supra que la noción de reproducción envuelve dos elementos: un grado suficiente de similitud objetiva entre las dos obras o creaciones y debe haber una relación de causalidad entre la creación del demandante y la del demandado. Así mismo, se ha señalo que originalidad significa que la obra provenga de un esfuerzo propio. En el presente proceso, el hecho de que un ex empleado de la convocante haya terminado vinculado laboralmente con la sociedad convocada, puede constituir, *prima facie*, un indicio grave en su contra en la medida en que el ex empleado pudo haber llevado y utilizado información confidencial en provecho de su nuevo patrono y en desmedro de su antiguo.

Incluso las mismas partes previeron en su acto de disposición de intereses de 30 de junio de 2000 en su cláusula décima sexta lo que sigue: “Las partes se obligan a mantener plena confidencialidad sobre todas aquellas informaciones de la otra parte o de terceros a las que accedan en razón del presente contrato y/o por cualesquier otra razón, y a respetar los derechos de autor que sobre los respectivos productos compete a cada una. A la vez se obligan a estipular separada e internamente con sus empleados, dependientes o personal a cargo del desarrollo del producto o que intervengan en este, para que guarden la misma confidencialidad, con la advertencia de las sanciones legales en caso de desacato” (35)

En la edad y en la economía de la información no ve con buenos ojos este tribunal que un ex empleado termine trabajando con la otra parte negocial porque esto en potencia se puede prestar para la violación de secretos empresariales; empero, en el presente caso y pese a existir el indicio, no se probó que en efecto la información del empleado Hector William Romero se haya utilizado para reproducir o transformar el software de AS Colombia. Ya ha quedado dicho que los programas de computación que hoy se discuten responden a creaciones intelectuales provenientes de esfuerzos propios. No aparece demostrado, en otras palabras, que el software Recurso Humano haya tomado partes sustanciales del software Nómina Visual, ni mucho menos que el primero sea una reproducción literal del segundo.

Mediante comunicación vía correo electrónico del 17 de marzo de 2004, el señor William Romero Martínez le notifica a AS Colombia su decisión de renunciar a la compañía: “Por medio del presente le comunico mi desición

(sic) de renunciar irrevocablemente al cargo que venía desempeñando en AS Colombia, a partir de la fecha lo anterior corresponde a motivos personales. Con gusto en el momento que usted me diga entregaré mi puesto” (36)

En comunicación vía correo electrónico de 14 de mayo de 2004 el señor Ricardo Ortiz, representante legal de Informática y Gestión, le informa al señor Hans Le Noble, representante legal de AS Colombia, lo que sigue: “Me gustaría decirle que Héctor [se está refiriendo a Héctor Romero] está buscando trabajo aquí en I & G, así que ahora mismo está bajo contrato a corto plazo trabajando en otros asuntos, quiero decir que no está trabajando en asuntos de nómina pero es posible contratarlo aquí” (37)

Es decir que la vinculación del señor Héctor William Romero a Informática y Gestión le fue notificada al representante legal de AS Colombia, el señor Le Noble. Al absolver el interrogatorio de parte, el mencionado señor afirmó que fue cierto que el señor Ricardo Ortiz le había comunicado la decisión de Informática y Gestión de contratar al señor Romero (38) (39) (40)

Así mismo, en el referido interrogatorio de parte absuelto por el señor Hans Le Noble, representante legal de AS Colombia Ltda, se lee: “Diga como es cierto sí o no, que usted conoció antes de la firma del convenio que Informática y Gestión tiene un módulo propio de nómina”. El señor Le Noble respondió: “Sí lo sabía” (41)

Ahora bien y pese a lo criticable que resulta ser la contratación de un empleado de la otra parte contractual, lo cierto es que no aparece probado por la parte convocante que el señor Hector William Romero hubiese sido colocado en Informática y Gestión a realizar actividades relacionadas con el software Nómina Visual de AS Colombia, o mejor, a desarrollar actividades similares o equivalentes a las que desplegó con su antiguo ex empleador.

Así mismo, es cierto que el señor Hans Le Noble no protestó la vinculación del señor Romero a Informática y Gestión y es claro que la relación de causalidad quedó desvirtuada en la medida en que con la ayuda del dictamen técnico ya este tribunal ha aceptado que el grado suficiente de similitud objetiva entre las dos obras o creaciones no existe, esencialmente porque de ambas se ha predicado su originalidad.

9. El software AS Personal de AS Colombia no fue entregado.

Quedó probado que el modulo Aspersonal no fue entregado por AS Colombia a Informática y Gestión constituyendo tal omisión un incumplimiento grave del convenio de junio 30 de 2000. En efecto, en la cláusula primera del convenio AS Colombia se comprometió a diseñar, adaptar y desarrollar los módulos de Asnomina y Aspersonal “aplicables, compatibles e integrados a los productos de Informática, para ser comercializados por esta”. Esa obligación de entregar el segundo módulo referido no fue satisfecha por la empresa demandante.

En el dictamen técnico se lee: “El perito no tuvo acceso al producto de recursos humanos de AS Colombia, salvo por un conjunto de pantallas estáticas impresas, sobre los cuales no es posible hacer una evaluación completa. La información solicitada sobre el producto no fue suministrada” (42) (43)

Posteriormente en el escrito de aclaraciones al dictamen se lee:

“La información correspondiente al software de Recurso Humano de AS Colombia, fue solicitada por la perito junto con la información correspondiente al software de Nómina, el día 17 de abril de 2006. En reunión de verificación realizada el 27 de abril de 2006, la perito identificó la falta de información del software de Recurso Humano, a lo que el personal de AS Colombia respondió que estos aspectos debían ser solucionados por el Sr. Hans LeNoble, residente en Curazao, y que ellos solicitarían la correspondiente respuesta.

En reunión posterior con el señor LeNoble, se le insistió en la falta de información con relación al producto, con lo cual nuevamente se acordó que él diligenciaría la información solicitada y la enviaría por correo electrónico directamente o a través de los funcionarios de AS Colombia. Esta información nunca fue recibida por la perito; en los días previos a la presentación del dictamen, durante una reunión con el personal de AS Colombia, el personal de esta empresa indicó que el Sr. LeNoble había enviado una información consistente en el dibujo de las pantallas de la aplicación, información que además de haberse presentado demasiado tarde, no correspondía a los datos específicos solicitados.

En resumen, AS Colombia fue requerida en por lo menos tres oportunidades en cuanto a la información del software de Recurso Humano, respondiendo de manera tardía con una información restringida y muy incompleta con relación a lo solicitado” (44)

Dicha falta de entrega además, fue reconocida por el señor Hans Le Noble, representante legal de AS Colombia, durante el interrogatorio de parte que le fue practicado. En esa declaración se puede leer que: “Dr. Díaz: ¿Diga cómo es cierto sí o no, que el módulo AS Personal a que hace referencia el convenio o contrato, no fue suministrado por AS Colombia a Informática y Gestión? Sr. Le Noble: Es cierto no ha sido entregado (45)

10. Defectos de calidad del software de AS Colombia.

Obra en el expediente abundante prueba documental acerca de las deficiencias de calidad que presentaba el programa Nómina Visual (46) (47) (48)

“El conjunto de empleados utilizado para la prueba particular incluyó cuatro empleados por lo que no puede considerarse representativo ni completo en cuanto a todas las combinaciones de datos posibles. Hacerlo para este caso implicaría por lo menos tres meses de trabajo para el perito y un ingeniero de soporte. En cualquier caso, la versión 5.14 presentó errores en la captura de datos, los cuales se adjuntan en el anexo 2 – Errores del Aplicativo. Los errores presentados no afectaron la liquidación de la nómina pero si causaron pérdida de información incluida en el sistema y necesidad de repetir procesos de captura” (49)

Se tiene, pues, por probado la deficiencia del producto materia del convenio entre las partes.

11. Incumplimiento del deber de buena fe y de lealtad de parte de Informática y Gestión.

¿Existirá un comportamiento que no se aviene con la buena fe si una de las partes ofrece un producto competitivo del producto informático materia del contrato, mientras este sigue vigente? Para la parte actora, dejar de ofrecer y vender el software AS Nómina, constituyó un incumplimiento del contrato y una acción desleal (50) (51)

Está probado en el proceso que el software Recurso Humano, se vendió concomitantemente con el software Nómina Visual (52) (53) (54)

Está probado, además, la migración de clientes del software Nómina Visual al software Recurso Humano, incluso antes de la carta de reclamación de abril 14 de 2005 (55) (56 .

Se lee en documento proveniente del sistema de información de la parte convocada lo que sigue: “A Calzado Mellisa se le va a cambiar la Nómina Visual por la nómina Siigo tres usuarios + Recursos Humanos 3 usuarios. Se le recibe la Nómina Visual por $2.200.000 y la diferencia ($ 1.076.000) con un descuento del 40% lo paga de contado el 6 de sept/2004. Autorizado por Juan Carlos Montero” (57)

Informática y Gestión desarrolla el software Recurso Humano (poseía uno que estaba en versión DOS y según versión de su representante legal había la necesidad de cambiarlo a windows), pero al mismo tiempo seguía atado al convenio de desarrollo y comercialización con AS Colombia. En el dictamen contable se percibe la actividad competitiva del software Recurso Humano en relación con el software Nómina Visual. De esta forma, se rompe el propósito práctico o económico del convenio de 30 de junio de 2000.

Además, le llama la atención al tribunal el contenido de la cláusula décimo séptima del contrato en virtud de la cual cualquiera de las partes podía darlo por terminado unilateralmente “b) Si no se cumplen los estándares de calidad de los productos, de sus actualizaciones, mejoramientos o nuevas versiones, del servicio o soporte a cargo de AS Colombia” (58)

Esas conductas, fundamentalmente aquella de poner a competir su producto con el producto materia del convenio entre las partes, constituyen sin lugar comportamientos en contradicción evidente con el principio de la buena fe y más específicamente con su valor normativo dentro del contrato. Como se sabe, de conformidad con el artículo 1603 del Código Civil, “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley

pertenecen a ella", o mejor, "obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural", según las voces del artículo 871 del Código de Comercio.

No está demás agregar que en materia mercantil y concretamente en el campo del régimen jurídico de la competencia desleal y de conformidad con la prohibición general de los actos de competencia desleal, "Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial" (L. 256/96, art. 7º). Dicha prohibición general no hace sino recoger e insistir en la buena fe como criterio de valoración de las actividades de los comerciantes ya sea que actúen independientemente en el mercado o en desarrollo de un contrato.

Las fuentes de integración del contrato en nuestro ordenamiento jurídico se desprenden de los artículos 1603 Código Civil y 871 Código de Comercio, las cuales comprenden las leyes imperativas (*ius cogens*) y dispositivas, la buena fe, la costumbre y la equidad natural. Respecto de la buena fe, y en su condición de principio jurídico, se debe decir que ella cumple una función integradora del contrato en la medida en que es la causa de especiales deberes de conducta (información, asesoría, lealtad), exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes. La buena fe, por consiguiente, sirve en su función integradora para definir el contenido de la obligación y la determinación de la prestación debida. La buena fe le impone al deudor la obligación de suministrar al acreedor la colaboración necesaria para la satisfacción de su interés, al tiempo que la lealtad y corrección imponen el deber de respetar y salvaguardar el interés o utilidad de la contraparte y, en consecuencia, la obligación de abstenerse de incurrir en comportamientos que ocasionen a la otra parte un daño.

Las obligaciones que se derivan de un contrato no se limita a lo que expresamente se señala en el respectivo contrato, sino a todas aquellas obligaciones que emanan de la misma naturaleza del acto de disposición de intereses, tal como lo dispone la ley al atribuirle a la buena fe un contenido obligatorio. Se recordará como al inicio de esta parte considerativa, el tribunal en ejercicio de "su discreta autonomía" calificó el acto de disposición de intereses como un contrato atípico de colaboración en virtud del cual cada una de las partes colocaba lo mejor de sí para lograr el propósito final consistente en la comercialización de un software o programa informático. Pues bien, en los contratos de colaboración, a diferencia de los contratos de contraposición de intereses, la buena fe adquiere mayor intensidad y perspicacia en la medida en que la consecución de la finalidad del negocio no depende de una sola de las partes, sino de la colaboración recíproca y de la buena fe de todas las partes del negocio. Es la reconfirmación del valor normativo del principio de la buena fe recíproca que se deben las partes. Las partes contratantes, pues, se deben comportar según la buena fe y procurar que no queden fallidas las recíprocas expectativas. La buena fe es, esencialmente, una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner lo mejor de sí, las mejores energías al servicio de los intereses del otro.

La buena fe se ha erigido en principio rector de todas las relaciones jurídicas y, por ende, ha de ser la nota distintiva a todo lo largo y ancho de un vínculo contractual. De igual manera, con la visión actual del contrato, entendido este como un instrumento de cooperación intersubjetiva, la buena fe ha venido a jugar papel preponderante en el objetivo de proteger las expectativas razonables de las partes, y sobre todo, la recíproca confianza existente entre ellas. "La tendencia prevaleciente por largo tiempo de práctica asimilación de la buena fe en la ejecución de las obligaciones (buena fe activa) a la buena fe posesoria (pasiva, presunta), ha sido sustituida, en buena hora, por la autonomía de aquella, con exigencia de comportamiento diligente, advertido, pundonoroso, y la consiguiente carga probatoria sobre el sujeto que ha de comportarse así" (59)

Las partes contratantes se deben comportar según la buena fe y procurar que no queden fallidas las recíprocas expectativas. La buena fe es, esencialmente, una actitud de cooperación que vincula al deudor a poner lo mejor de sí, las mejores energías al servicio de los intereses ajenos. Se le debe a Emilio Betti la particular insistencia en conceptualizar la buena fe como "empeño de cooperación", "espíritu de lealtad", "actividad de cooperación"; "respeto recíproco entre los contrayentes".

Y se pregunta Betti: "¿Cómo debe entenderse el principio de la buena fe que rige el cumplimiento de las obligaciones? Como ya hemos dicho, la buena fe somete a control, por entero, el comportamiento de las partes; no

solo de una de ellas, sino también de la otra, en sus recíprocas relaciones, tanto en cuanto que también la otra parte debe encontrar satisfecha una expectativa propia. Lo que es evidente en las relaciones contractuales con prestaciones recíprocas, pero que no deja de hacerse sentir la exigencia de reciprocidad en las relaciones de otro tipo. La buena fe se podría caracterizar como un criterio de conducta que se funda sobre la fidelidad del vínculo contractual y sobre el compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner todos los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligatoria de que se trate; compromiso en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora a la prestación" (60)

En el presente caso, existe de parte de Informática y Gestión un comportamiento no congruente con el principio de la buena fe, razón por la cual se ha colocado también en situación de contratante incumplido, tal como lo decretará este tribunal. En este orden de ideas y con base en la abundante prueba recaudada, se estimará que ha habido un incumplimiento recíproco de ambas partes, lo cual determinará el sentido del presente fallo.

En el interrogatorio de parte de Hans Le Noble se lee: "Diga cómo es cierto sí o no, que en el año 2005 AS Colombia decidió unilateralmente suspender todo servicio a Informática y Gestión en desarrollo de este convenio". El señor Le Noble respondió: "Sí, pero en mi opinión eso tenía que ver con la imposibilidad de seguir conversando con Siigo, por esta razón contrataron un abogado para ver si existía alguna posibilidad de llegar a una solución conjuntamente con Siigo, pero Siigo no quería aceptar eso" (61)

De modo pues que si AS Colombia había incumplido el contrato ora porque no había entregado el modulo AS Personal, ora por los errores de calidad del software Nómina Visual, Informática y Gestión pudo haber resuelto el convenio y no mantener el contrato y concomitantemente elaborar y comercializar un producto informático que despuntaba competitivo con el software materia del convenio de colaboración suscrito entre las partes. Además, es claro que con la devolución del producto Nómina Visual y la posterior migración de los clientes hacia el producto que ofrecía Siigo, la parte convocante se veía privada de obtener ganancias derivadas de los contratos de mantenimiento de su software.

12. Análisis de las pretensiones.

En este orden de ideas se impone mirar esa confrontación dialéctica pretensiones y excepciones.

a) Las pretensiones de incumplimiento contractual de Informática & Gestión y de resolución del contrato elevadas por AS Colombia. La excepción de contrato no cumplido propuesta por Informática & Gestión.

En su libelo de demanda, AS Colombia pidió que se declarara que la parte convocada había incumplido el convenio para el desarrollo y comercialización de software de junio treinta de dos mil. Como consecuencia de la declaración anterior, solicitó su resolución.

A la vez, Informática & Gestión S.A. en la contestación de la demanda, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1546 (62) (63)

Por tratarse de aspectos estrechamente relacionados el tribunal dará un tratamiento conjunto a estas pretensiones de la demanda y la excepción de mérito propuesta por la convocada. En primer lugar, este tribunal analizará el aspecto de la legitimación que tiene AS Colombia para reclamar un incumplimiento de parte de Informática & Gestión. Esto es, si la convocante cumplió, o estuvo presta a cumplir con las obligaciones que a su cargo se derivaban del convenio de junio 30 de 2000.

En materia de derecho privado, conforme lo establecen los artículos antes citados, en los contratos bilaterales una de las partes no puede demandar su cumplimiento o su resolución si no probase ella haberlo cumplido u ofrecerse a cumplirlo. Estas normas, pues, consagran la *exceptio non adimpleti contractus* , cuyo fundamento consiste en que un contratante está obligado a cumplir y honrar los compromisos a su cargo, solo cuando el otro contratante cumple o ha cumplido con los suyos propios. Ello resulta ser una expresión directa de buena fe en el desarrollo contractual. No sería ajustado a derecho que quien hubiese incumplido un contrato pudiese, a su antojo, imputar incumplimientos a su contraparte negocial, con el fin de resolver un contrato que él también incumplió (64)

De tal suerte que quien aspira a obtener la resolución del contrato y acompañado de ello, la consiguiente indemnización de perjuicios, debe permanecer fiel y leal al contenido negocial acordado con su contraparte. Es decir, el que demanda el aniquilamiento del contrato, vía la resolución impetrada, debió satisfacer las prestaciones que le correspondían dentro del contexto obligacional que se derivó de la convención celebrada. De ahí que, para la prosperidad de una pretensión resolutoria, aparte de probar el incumplimiento de la contraparte, incumbe al actor, antes que nada, demostrar que él ha cumplido con lo propio. En resumen, la legitimación en la causa para impetrar la acción resolutoria o la de cumplimiento solo la tiene quien ha cumplido (65)

En consonancia con lo anterior, y pasando al caso que ahora ocupa a este tribunal, se tiene que para la prosperidad de la pretensión resolutoria, AS Colombia ha debido demostrar el cumplimiento de las obligaciones propias (66)

En efecto, al analizar el contenido contractual que rigió las relaciones de las partes se observa que uno de los compromisos primordiales adquiridos por AS Colombia consistía en el diseño, desarrollo, implementación y entrega de un módulo informático, conformado por dos programas: AS Nómina y AS Personal. Las cláusulas primera (67) (68) (69)

Frente al contenido de esa obligación, tal como se mencionó en acápite anterior de esta providencia, se observa que ella, en lo relacionado con el programa AS Nómina tuvo un cumplimiento deficiente por parte de la convocante, habida cuenta de las falencias conceptuales y técnicas que presentó dicha herramienta informática durante el período en que se llevó a cabo la ejecución contractual.

En cuanto al módulo AS Personal, el acervo probatorio evidenció un incumplimiento absoluto de los compromisos que fueron adquiridos por parte de AS Colombia. El programa nunca fue entregado a Informática & Gestión para que fuera comercializado, tal como lo confesó el mismo representante legal de AS Colombia (70) (71)

Ahora bien, el simple hecho de los graves incumplimientos de AS Colombia, siendo esta quien solicita la resolución del contrato y los consecuentes perjuicios derivados de esa declaración, serían suficientes para dar lugar a denegación de las dos primeras pretensiones de la demanda, y consecuencialmente, a que se declarase la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido propuesta por Informática & Gestión. Como ya se mencionó, ocurrirá lo primero. No así lo segundo.

En efecto, este tribunal no puede pasar por alto, que también se probó la existencia de incumplimiento contractual por parte de la convocada, el cual como se anotó en otro aparte de esta providencia, se relacionó de manera directa con una violación a la buena fe, la cual por virtud de los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, cumple una función integradora del contenido contractual. Con vista frontal a ese incumplimiento, y dada la magnitud del mismo, preponderante por tratarse de un contrato de colaboración empresarial, en el que por su misma naturaleza, el valor normativo e integrador de la buena fe adquiere particular importancia, la excepción de mérito tampoco está llamada a prosperar.

Ello, porque se entiende a la buena fe como principio supremo sobre el cual se edifica la contratación moderna. Por tal razón, su desconocimiento, que por demás implica un obrar antijurídico, no puede ser prohijado en este tribunal de arbitramento, en la medida en que no resulta posible desconocer un principio de tal envergadura, en aras a obtener suceso en un escenario judicial, ora por la vía de la pretensión, ora por la vía de la excepción de mérito. En consecuencia, no se declarará la prosperidad de la excepción de mérito denominada contrato no cumplido.

b) El mutuo incumplimiento de los contratantes. La resolución del contrato de 30 de junio de 2000 por mutuo disenso tácito.

Para el tribunal se encuentra probado que el convenio de comercialización de 30 de junio de 2000, fue incumplido tanto por AS Colombia como por Informática & Gestión. Tal situación, mutuo incumplimiento del contrato, no fue alegada por ninguna de las partes litigiosas, y constituye una circunstancia que, de manera oficiosa, declarará probada este tribunal. Sobre el particular, conviene hacer unas breves precisiones conceptuales al respecto, tomando en la cuenta, lo que ha señalado la jurisprudencia relevante que ha proferido la Corte Suprema de Justicia.

En primer término, hay que mencionar que la presencia de un mutuo incumplimiento obligacional por parte de quienes celebran un contrato bilateral sinalagmático, no es del todo común. Es más, tal circunstancia fáctica resulta anormal y, hasta de exótica puede llegar a calificarse. No se puede olvidar que en la contratación privada juega un papel superlativo la buena fe, tanto en la etapa precontractual como en la de ejecución plena del contrato. Consecuencia de ello, es que los particulares en principio, celebren los contratos para ejecutarlos a cabalidad. No es pues, la regla general, celebrar una convención para incumplirse por cualquiera de los contratantes; mucho menos que los contratantes incumplan, de manera recíproca, las obligaciones a su respectivo cargo.

Lo normal, es que quien en ejercicio de su autonomía privada, decida asumir una obligación, actuando en observancia de una carga mínima de seriedad y confianza, esté en plena capacidad de dar cumplimiento al compromiso adquirido, y hacia ese punto, haya de dirigir su comportamiento. De modo tal, que cuando cualquiera de las partes, e incluso ambas, violan sus deberes contractuales y deciden incumplir las obligaciones que, fruto del contrato, se encuentran a su cargo, se configurará una situación anómala, digna de ser conocida por la justicia. La razón para ello radica en el desconocimiento de la ley particular creada por los contratantes para soportar el negocio jurídico ahora incumplido.

El evento del incumplimiento contractual, ora mutuo, ora individual, es abordado en dos disposiciones puntuales adscritas al Código Civil Colombiano. Son tales, los artículos 1546 y 1609 ya citados. El primero de ellos, consagra la denominada condición resolutoria tácita, fundamento normativo de la acción de resolución contractual [72]

Tal disposición implica que cuando uno de los contratantes incumple su carga obligacional, mientras el otro sí cumple, este último tiene a su arbitrio, la facultad de pedir judicialmente bien la resolución del contrato, o bien el cumplimiento del mismo. En cualquiera de las dos opciones, le es dable al cumplido solicitar la correspondiente indemnización de perjuicios. Como ya se observó, en este caso, dado el mutuo incumplimiento de las partes, dicha opción, solo ejercida por la convocante, no resulta viable.

¿Qué hacer entonces en una situación como esta en la que ambos contratantes son incumplidos, no pudiendo ninguno de ellos emprender, con éxito, la acción resolutoria del contrato? ¿Habrá que dejar estancado el contrato? ¿Será posible aniquilar un vínculo contractual cuya subsistencia parece no interesar a las partes?

De entrada, valga mencionar que el problema expuesto no ha tenido solución pacífica y unívoca en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Durante una larga época se sostuvo que el contrato no podía resolverse, pues tal posibilidad solo estaba reservada para los contratistas cumplidos, y no para aquellos incumplidos. Según esa tesis, en tales casos, el contrato, pese al incumplimiento evidenciado, continuaba vigente y con plena fuerza vinculante entre las partes.

Para solucionar este inconveniente, la jurisprudencia desarrolló una teoría según la cual, por razones de conveniencia, aún en los casos de incumplimiento recíproco cualquiera de los contratantes podía impetrar la acción resolutoria, incluso con indemnización de perjuicios; aunque la posibilidad de ejercer la acción de cumplimiento, se excluía para los contratistas [73]

Luego, en ocasión posterior [74] [75]

Pero como el contrato no se puede dejar paralizado o estancado ante una situación evidente de insatisfacción prestacional, en tal caso, señala la Corte, retomando lo establecido por esa corporación en 1974 [76] [77] .

Esta última, en esencia, ha sido la posición que ha acogido la Corte Suprema de Justicia, para encontrar una solución que permita resolver un contrato cuando se presenta el mutuo incumplimiento [78]

Con apoyo en esas doctrinas y consideraciones de la Corte Suprema de Justicia, este tribunal decretará la resolución del convenio de 30 de junio de 2000, en el entendido que los mutuos incumplimientos evidenciados en el transcurso del trámite, y la conducta procesal de las partes, dan a entender que ninguna de ellas, desea continuar vinculada por ese contrato. En efecto, llama la atención del tribunal que la convocante durante el lapso de ejecución contractual, que no fue corto, no haya entregado a Informática & Gestión el módulo AS Personal, como si no tuviera la intención de cumplir con esa obligación contractual, y por el contrario, pretendiera

desconocer su contenido.

Otro tanto puede decirse de Informática & Gestión, en cuanto a la actitud por ella asumida frente al incumplimiento de AS Colombia. De acuerdo con la cláusula décimo séptima del convenio, la convocada hubiese podido, con justificados motivos, dar por terminado el contrato. Sin embargo, en vez de proceder al finiquito de su relación contractual con AS Colombia, Informática & Gestión se dio al desarrollo, implementación y posterior comercialización de un producto tecnológico competitivo a aquel que constituía el objeto del contrato que había celebrado con AS Colombia, aún vigente para esa fecha. Tal comportamiento, probado en el proceso, aparte de ser extraño a la buena fe contractual, resulta demostrativo de la poca intención que la convocada tenía en aquel momento, y tiene en la actualidad, de continuar vinculada contractualmente con AS Colombia [79]

En tales circunstancias, estima este tribunal que dejar el contrato incólume, con fuerza vinculante, y sin dar una solución al problema del mutuo incumplimiento evidenciado en el proceso, no sería adecuado, y constituiría una irresolución, máxime que, como ya se mencionó, se ha inferido del comportamiento contractual de las partes, su interés de no continuar con el contrato. En otras palabras: en el presente caso ha operado el mutuo disenso tácito.

En efecto, considera este tribunal que cuando existen circunstancias mutuas de desatención a los compromisos contractuales, debe acudirse al artículo 1602 del Código Civil [80] [81]

Ese consentimiento para disolver, finiquitar o resolver la convención puede ser expreso [82] [83]

Ya en el caso que ocupa a este tribunal, se estima que no hay opción distinta a la de considerar que la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales de convocante y convocada es una clara muestra del mutuo disenso que, de manera tácita, ha operado frente al convenio de comercialización de 30 de junio de 2000. En efecto, el comportamiento reiterado de los contratantes en cuanto a alejarse del cumplimiento oportuno de sus compromisos, solo se entiende, y así lo traduce este tribunal, como una expresión inequívoca de querer anonadar el vínculo contractual [84]

Atendiendo a ello, en la parte resolutiva de esta providencia se declarará la disolución por mutuo disenso tácito del convenio de 30 de junio de 2000. Es entendido, entonces, que cada parte podrá seguir con su actividad mercantil y con la explotación de sus bienes informáticos.

Dicha disolución, será decretada sin que haya lugar al reconocimiento de monto alguno a favor de las partes por concepto de perjuicios. Ello, porque de acuerdo con el artículo 1615 del Código Civil [85]

De otro lado, y en aras de lograr el finiquito definitivo de la relación contractual, se impone como consecuencia directa de la disolución del contrato que decretará este tribunal, el pago a la parte convocante por parte de Informática & Gestión, de aquellos dineros que se le adeuden a AS Colombia.

De conformidad con el dictamen contable existe en la contabilidad de Informática y Gestión S.A. una cuenta por pagar a favor de AS Colombia, por la suma de $673.800, correspondiente “a las licencias que han sido vendidas y que no ha facturado aún AS Colombia Ltda.” [86]

También se tiene que el dictamen pericial contable determinó, que de acuerdo con la contabilidad de Informática & Gestión, existe una cuenta por pagar a favor de AS Colombia “correspondiente a los contratos de mantenimiento pagados por los clientes y que no ha facturado aún AS Colombia Ltda.” [87]

Por lo anterior, el tribunal ordenará el pago de la suma de $17.864.231, “correspondiente a las licencias que han sido vendidas” y “a los contratos de mantenimiento pagados por los clientes” y que no ha sido facturada por AS Colombia, de conformidad con lo señalado en el dictamen pericial.

c) Las restantes pretensiones de la demanda. Las otras excepciones de mérito propuestas por la convocada.

Procede ahora el análisis de las restantes pretensiones de la demanda. Por las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia, la pretensión tercera de la demanda relativa al pago de los perjuicios derivados del incumplimiento no está llamada a prosperar, por cuanto como se expuso en el acápite pertinente, el

incumplimiento recíproco de los contratantes purga la mora de cualquiera de ellos, imposibilitando, de paso, una reclamación tendente a la declaración de cualquier clase de perjuicios por tales hechos.

La pretensión cuarta de la demanda no será reconocida por parte de este tribunal, en la manera en que fue solicitada. Lo que se reconoció fue que, como una consecuencia directa de la disolución del contrato que habrá de decretarse, se debe pagar la suma correspondiente a los contratos de mantenimiento y a las licencias vendidas, que la convocada reconoce, y que aún no ha facturado la convocante, impidiendo su pago.

La pretensión quinta que busca la condena al pago de los intereses moratorios por las regalías de los contratos de mantenimiento, no está llamada a tener suceso al ser consecuencia directa de la anterior, que fue denegada. Pero además obsérvese, que tan solo con las declaraciones que se realizan en este laudo las condenas que se imponen adquieren el carácter de obligaciones ciertas y exigibles. Los intereses moratorios se deberán pagar solo si en firme el laudo no se cubren las sumas reconocidas.

El tribunal se abstiene de realizar pronunciamiento alguno sobre el resto de excepciones de mérito propuestas por la convocada, habida cuenta que ninguna de las pretensiones de la demanda está llamada a prosperar. Por tal razón, si alguna excepción de mérito tuviera algún suceso se llegaría a la misma conclusión.

d) Costas.

En atención al comportamiento de las partes en el proceso, y a que no ha prosperado ninguna de las pretensiones de la demanda ni de las excepciones de mérito propuestas, el tribunal se abstiene de realizar alguna condena en costas. En consecuencia, cada parte asumirá sus propias expensas.

e) Remisión de copias a las autoridades competentes.

En el alegato de conclusión el apoderado de la parte convocada solicitó del tribunal lo que sigue:

“[C]ompulsar a mi costa, copias del dictamen pericial rendido por la Dra. Gloria Zady Correa Palacio, y de este escrito, y demás piezas pertinentes, en contra de la Sra Rafaella Caraballo y el Sr. Hans Le Noble, como representantes legales principal y suplente de AS Colombia Ltda. NIT 806.006.801-4 de Cartagena, ante la Fiscalía General de la Nación, ante la Dirección de Impuestos Nacionales y ante la Dirección de Impuestos Distritales, a fin de que sea investigados los posibles punibles derivados de la apropiación de pagos por concepto de retenciones facturadas, evasión de impuestos y/o omisión de agente retenedor” (88)

Así pues, el tribunal ordenará remitir copias de las piezas procesales pertinentes a las autoridades competentes, a fin de que ellas investiguen lo de su competencia frente a la posible comisión de hechos punibles advertida en desarrollo del dictamen pericial contable obrante en el expediente.

III. Decisión

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento convocado para dirimir las controversias suscitadas entre AS Colombia Ltda. e Informática & Gestión S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Se deniegan las pretensiones de la demanda.

Segundo. Se declara que AS Colombia Ltda. e Informática & Gestión S.A. incumplieron mutuamente el convenio comercial de 30 de junio de 2000.

Tercero. Se declara disuelto el convenio comercial para el desarrollo y comercialización de software, de 30 de junio de 2000, por mutuo disenso.

Cuarto. Se reconoce a favor de AS Colombia Ltda., la cantidad de $17.864.231, señalada en la parte considerativa de este proveído, “correspondiente a las licencias que han sido vendidas” y “a los contratos de mantenimiento

pagados por los clientes” y que no ha sido facturada por AS Colombia.

Quinto. La anterior suma deberá ser pagada dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia.

Sexto. No hay condena en costas por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

Octavo. Por secretaría, expídanse copias auténticas de las piezas procesales pertinentes con destino a la Fiscalía General de la Nación, la Dirección de Impuestos Nacionales y a la Dirección de Impuestos Distritales.

Noveno. En la oportunidad de ley, protocolícese este expediente en una de las notarías del Círculo de Bogotá y ríndase por el Presidente cuenta a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización y restitúyaseles lo que corresponda.

Bogotá, 17 de octubre de 2006.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Ernesto Rengifo García, árbitro.

Juan Pablo Bonilla Sabogal, secretario.

_____