

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

FERSOFT LIMITADA y FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS

contra

GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.

(Hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., Veinticinco (25) de Mayo de dos mil siete (2007)

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, la Ley 446 de 1998 y el Decreto 1818 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la Audiencia de Fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere, en derecho, el Laudo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **FERSOFT LIMITADA y FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS** parte convocante y convocada en reconvencción, y **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.**, parte convocada y convocante en reconvencción, surgidas con ocasión del "Contrato de Licencia de Uso del Sistema Fénix" suscrito entre las partes el 23 de diciembre de 1997, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

I - ANTECEDENTES

1. Cláusula compromisoria

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el "Contrato de Licencia de Uso del Sistema Fénix", suscrito entre las partes el 23 de diciembre de 1997, en el que se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

"DÉCIMA SEXTA: CLAUSULA COMPROMISORIA: El presente contrato se regirá por las leyes que regulan la materia en la República de Colombia. Cualquier controversia o diferencia que surja entre las partes en razón de este contrato, con motivo de la interpretación de su objeto y/o contenido obligacional durante su ejecución, desarrollo, liquidación y/o terminación, de no ser resuelto entre ellas, se someterá a la decisión de un Tribunal de Arbitramento designado por las partes, el cual se sujetará a las siguientes reglas: a) El tribunal estará integrado por tres árbitros. b) La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas en el código de comercio y las normas establecidas por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá D.C. c) El laudo o decisión del Tribunal se proferirá en derecho. e) El Tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C."
(Folio 136 del Cuaderno de Pruebas No.1)

2. Fase Pre-Arbitral

2.1. Con el lleno de los requisitos formales y mediante apoderado, el 19 de septiembre de 2005, **FERSOFT LIMITADA y FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS** presentaron ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el escrito de convocatoria arbitral que dio origen al proceso.

2.2. Al tenor de lo dispuesto en la cláusula compromisoria citada, el Tribunal debía conformarse por tres árbitros designados por las partes.

2.3. En consecuencia, mediante comunicación de fecha octubre 7 de 2005, las partes, obrando de común acuerdo, designaron como árbitros a los doctores JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA, HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO y JORGE SANTOS BALLESTEROS, quienes aceptaron el nombramiento en la debida oportunidad.

2.4. El 9 de noviembre de 2005, tuvo lugar la audiencia de instalación, en la que, mediante Auto No. 1 (Acta No. 1), el Tribunal se declaró legalmente instalado y nombró la Secretaria del mismo, quien posteriormente aceptó tal designación y tomó posesión de su cargo. Adicionalmente admitió la demanda arbitral, ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocada y

reconoció personería jurídica a los señores apoderados de las partes (Cuaderno Principal No. 1, folios 86 a 89).

2.5. La notificación personal del auto admisorio de la demanda arbitral, con el correspondiente traslado a la parte convocada, se surtió el 9 de noviembre 2005 (Cuaderno Principal No. 1, folio 90).

2.6. El 24 de noviembre de 2005, en oportunidad para ello, la parte convocada contestó la demanda arbitral, con expresa oposición a las pretensiones y proposición de excepciones de mérito (Cuaderno Principal No. 1, folios 91 a 120), y, adicionalmente, presentó demanda de reconvención contra **FERSOFT LIMITADA y FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS** (Cuaderno Principal No. 1, folios 121 a 125).

2.7. El 1 de diciembre de 2005, mediante Auto No. 3, el Tribunal admitió la demanda de reconvención y ordenó correr traslado a la parte convocante y convocada en reconvención, por el término legal.

2.8. La notificación personal del auto admisorio de la demanda de reconvención se surtió el 6 de diciembre 2005 (Cuaderno Principal No. 1, folio 132).

2.9. El 12 de enero de 2006, en oportunidad para ello, la parte convocante y convocada en reconvención contestó la demanda de reconvención, con expresa oposición a las pretensiones y proposición de excepciones de mérito (Cuaderno Principal No. 1, folios 133 a 141)

2.10. El día 16 de enero de 2006 mediante fijación en lista se corrió traslado a las partes de las excepciones de mérito propuestas respectivamente en la contestación de la demanda principal y en la contestación de la demanda de reconvención.

2.11. En memorial de fecha 19 de enero de 2006, la parte convocante y convocada en reconvención manifestó que en esa oportunidad no encontraba procedente solicitar pruebas adicionales, e hizo expresa reserva del derecho a

hacerlo y a reformar las ya pedidas, en las oportunidades procesales pertinentes.

2.12. En memorial presentado ante el Tribunal el 23 de enero de 2006, la parte convocada se pronunció respecto de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda de reconvención, sin solicitar pruebas adicionales.

2.13. El 8 de febrero de 2006, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo entre las partes.

2.14. El día 9 de marzo de 2006 la parte convocante presentó un escrito de reforma de demanda, el cual, tal como expresamente lo manifestó, sustituye el escrito inicial.

2.15. La demanda arbitral reformada fue admitida mediante auto de fecha 9 de marzo de 2006 y de la misma se corrió traslado a la parte convocada, quien presentó su contestación en la debida oportunidad, formulando excepciones de mérito.

2.16. El día 21 de marzo de 2006 se corrió traslado a la parte convocante de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda arbitral reformada.

2.17. En memorial presentado dentro del término del traslado, la parte convocante manifestó que no consideraba necesario solicitar pruebas adicionales.

3. Trámite arbitral

3.1. El 3 de abril de 2006, (Acta No. 6) se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite en la que se dio lectura al pacto arbitral acordado en la cláusula décima sexta del "Contrato de Licencia de Uso del Sistema Fénix", suscrito el 23 de diciembre de 1997, así como a las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en las pretensiones de la demanda reformada presentada por la parte convocante (Folios 168 a 217 del Cuaderno Principal No. 1), en las

pretensiones contenidas en la demanda de reconvención (folio 121 a 125 del Cuaderno Principal No. 1) y en las correspondientes contestaciones presentadas por las partes. Así mismo, mediante Auto No. 8, el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias sometidas a su consideración, y profirió el Auto No. 9 en el cual decretó las pruebas del proceso. (Folios 266 a 288 del Cuaderno Principal No. 3)

3.2. El presente proceso se llevó a cabo en 26 audiencias, en las cuales se asumió competencia, y se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas por las partes así como aquellas que el Tribunal decretó de oficio. Por último, las partes expusieron sus alegatos de conclusión, el día 21 de marzo de 2007 (Acta No. 25).

4. Las partes

4.1. Parte convocante

La parte convocante en el presente trámite arbitral está conformada por:

- 1) La sociedad **FELIX RODRÍGUEZ SOFTWARE Y COMPAÑÍA LIMITADA – FERSOFT LTDA, quien** comparece a través del señor FELIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS, representante legal, condición que consta en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, documento que obra a folios 40 y 41 del Cuaderno Principal No. 1, quien otorgó poder para la actuación judicial según escrito que obra a folios 31 y 32 del Cuaderno Principal No. 1.
- 2) El señor **FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, comparece a este proceso en nombre propio, y otorgó poder para la actuación judicial, según escrito que obra a folios 31 y 32 del Cuaderno Principal No. 1.

4.2. Parte convocada

La sociedad **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.**, (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.) comparece a este proceso a través del señor

FERNANDO ALFONSO RICAURTE ARDILA, representante legal, condición que consta en los certificados de existencia y representación expedidos respectivamente por la Cámara de Comercio de Bogotá y por la Superintendencia Bancaria de Colombia, (hoy Superintendencia Financiera de Colombia) documentos que obran a folios 33 a 39 y 59 del Cuaderno Principal No. 1, quien otorgó poder para la actuación judicial según escrito que obra a folio 58 del Cuaderno Principal No. 1.

En escrito radicado ante el Tribunal el 26 de mayo de 2006, la parte convocada presentó el certificado de existencia y representación legal del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. en el cual consta que dicha entidad absorbió a GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A. (Folio 383 del Cuaderno Principal No. 1)

5. La Demanda Arbitral y el Pronunciamiento de la Parte Convocada

5.1. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocante en la demanda arbitral reformada, están fundamentadas en los siguientes hechos:

"1. El señor FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS, crea y concibe entre los años 1.995 a 1.996, el *software* FENIX, creación de su intelecto que permite el manejo de procesos administrativos relacionados con la operación de entidades financieras."

"2. Junio 2 de 1.995: las partes suscribieron contrato por virtud del cual se comprometió FERSOFT a realizar las labores que permitieran implementar el sistema FENIX para Granahorrar."

"3. El señor FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS es entonces, en los términos de la Ley 23 de 1.982 y, muy especialmente, de la Decisión 351 de 1.993, el autor de esa creación, propietario absoluto e incuestionable de los derechos morales sobre la misma."

"4. El señor FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS cedió a favor de FERSOFT LTDA la totalidad de los derechos patrimoniales sobre su creación, el *software* FENIX."

"5. Por esa razón, es FERSOFT LTDA quién ha suscrito a través del tiempo los diferentes contratos con GRANAHORRAR que luego serán mencionados, para establecer las condiciones de utilización bajo licenciamiento del *software* FENIX."

"6. Igualmente, por ser de creación anterior a la fecha de suscripción del primer contrato de licenciamiento, es incontestable que el *software* no fue creado por encargo de GRANAHORRAR."

"7. **Diciembre de 1.997:** se celebra entre GRANAHORRAR y FERSOFT LTDA el denominado "*contrato de licencia de uso del sistema fénix*" (en adelante simplemente "la licencia")."

"8. En forma previa a ello, el señor FELIX RODRIGUEZ se dirigió por escrito el día 15 de Diciembre a la abogada de la División Jurídica de GRANAHORRAR encargada de redactar el contrato de licencia, con el objeto de formular e incorporar nuevas cláusulas a dicho contrato de licencia de uso."

"9. La prueba más elocuente de cual ha sido el entendimiento de ambas partes sobre la naturaleza del contrato existente, se encuentra precisamente en esa comunicación de FERSOFT y en el proceder inmediatamente posterior de GRANAHORRAR, pues mi poderdante claramente se refirió al contrato de licencia de uso del sistema fénix e igualmente se refirió a la necesidad de conservar los derechos patrimoniales y morales de FERSFOT."

"10. GRANAHORRAR no solamente no objetó ese punto, sino que aceptó algunas de las modificaciones solicitadas por FERSOFT y procedió a denominar así el contrato finalmente suscrito."

"11. Dicho contrato es un típico acuerdo de licenciamiento, cuya premisa esencial es el reconocimiento y preservación del derecho de propiedad que ostenta el licenciante."

"12. En este caso particular, el contrato se estableció como uno de licencia, a término indefinido, irrevocable y no exclusivo, estipulación esta última que conlleva reconocimiento claro del derecho que el licenciante se reserva para efectuar explotación adicional del *software* de su propiedad (cláusula segunda)"

"13. Se dejó claramente establecido en ese contrato y además lo reiteran las normas legales aplicables en la materia, que el único usuario autorizado del programa o *software* FENIX sería GRANAHORRAR."

"14. En la cláusula primera de dicho contrato principal, precisamente en el capítulo de definiciones, se lee con toda precisión. "*EQUIPO DESIGNADO. Equipo en que GRANAHORRAR utilizará el programa, y que se identifica por tipo/modelo y número de serie*".

"15. El establecimiento o determinación de cual sería el "*equipo designado*" conforme a la definición contractual, se dio en el momento en que mis poderdantes, bajo instrucción de GRANAHORRAR, instalaron el programa."

"16. Se estableció igualmente en dicho contrato que las adaptaciones hechas al *software* por parte de GRANAHORRAR, denominadas como "*software secundario*", serán propiedad de esta última, estipulación esta que en modo alguno es incompatible con el hecho que los derechos patrimoniales del *software* principal, siguen estando exclusivamente en cabeza de mis poderdantes."

"17. Introdujeron pues las partes una distinción entre el denominado *software* secundario, propiedad de GRANAHORRAR, derivación del *software* principal (el programa FENIX), propiedad de mis poderdantes."

"18. Ese software secundario no es una verdadera creación independiente y autónoma del programa FENIX, pues el mismo, no obstante su impropia denominación, no es realmente más que el conjunto de adaptaciones hechas para permitir que el programa FENIX (el software principal) pudiera funcionar adecuadamente para GRANAHORRAR, manteniéndose el *software* principal como la creación esencial para efectos del desarrollo de los procesos y tareas, sin el cual el software secundario no podría ser funcional."

"19. Como se demostrará a través del proceso, ese software secundario es creación intelectual con autoría de FERSOFT."

"20. Se estableció como precio de esa licencia, limitada ella en la forma que viene de señalarse, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MIL DOLARES (U.S. 240.000,00) sin incluir el valor del IVA, que se convertiría en pesos a la tasa representativa vigente en la fecha del pago."

"21. En su momento, como se solicita en otros apartes, ese valor libremente fijado por las partes, habrá de remitirse al H. Tribunal con el propósito de establecer la suma que deberá reconocer y pagar GRANAHORRAR a mis poderdantes por cada copia o utilización indebida de la licencia."

"22. El contrato de licenciamiento suscrito en el año 1.997 regula tan solo los aspectos en ese entonces considerados por las partes como más relevantes, dejándose vacíos que solo pueden interpretarse a favor del autor, como perentoriamente lo mandan las normas legales existentes en la materia, muy especialmente los artículos 77, 78 y 257 de la Ley 23 de 1.982, en concordancia con el artículo 1619 del Código Civil."

"23. **Febrero de 1.998:** GRANAHORRAR remitió a FERSOFT borrador de un otrosí al contrato de licencia de uso existente, en el que se cambiaba el esquema básico del acuerdo por una venta pura y simple del software. Los testimonios de quienes participaron en tal proceso, demostrarán las razones que tuvo el BANCO para intentar suscribir ese otrosí."

"24. Difícil un hecho propio más elocuente que este, pues con tal proceder lo que en últimas reconoció GRANAHORRAR fue precisamente que no era titular de la propiedad del software, que tenía era un contrato de licencia y, por ello fue que intentó este cambio, que fue rechazado de plano por FERSOFT."

"25. De hecho, en el acta de reunión número 9, entre FERSOFT y GRANAHORRAR, fecha 14 de abril de 1.998, quedó explícita la negativa de FERSOFT a la firma del citado otrosí."

"26. **Febrero 28 de 2.003:** se suscribe un nuevo contrato entre FERSOFT y GRANAHORRAR, para el desarrollo del denominado software secundario, en cuya cláusula primera se hace referencia al procesamiento de cartera del Banco de la República.

"27. **Marzo 31 de 2.003:** mediante comunicación dirigida al señor JAIRO AREVALO AREVALO, Jefe de la Unidad de Colocación Tecnológica de GRANAHORRAR, pusieron de manifiesto mis poderdantes en forma expresa que *"la firma FERSOFT LTDA, como desarrollador y propietario intelectual del SISTEMA DE ADMINISTRACION DE CARTERA "FENIX" no ha liberado ni ha autorizado a firmas diferentes al Banco Granahorrar, para hacer modificaciones y mantenimiento al software, anteriormente nombrado"*.

"28. A tal punto era conciente GRANAHORRAR que la licencia no le autorizaba para manejar cartera de terceros, que solicitó y obtuvo autorización expresa de parte de mis poderdantes, para realizar la operación de Cajas de Compensación y Fondos de Empleados."

"29. Tal proceder es la más elocuente muestra de la ausencia de buena fe por parte de GRANAHORRAR, que para todos los demás casos en que permitió a terceros la utilización del programa o *software* FENIX, no solamente no solicitó tal autorización expresa, sino que además omitió siquiera informar a mis poderdantes el monto de los ingresos que obtendría, precisamente para privar a estos de la justa participación a que tienen derecho respecto de esos ingresos."

"30. Como lo demuestran las normas que se citan en el presente escrito de demanda, GRANAHORRAR solo podía utilizar el programa o software FENIX para las actividades que expresamente le fueron autorizadas, con lo cual, toda utilización adicional no expresamente autorizada por el propietario de los derechos patrimoniales, constituye o configura violación del contrato de licencia."

"31. Desde 1.997 y hasta febrero de 2.005, se suscribieron entre FERSOFT y GRANAHORRAR más de seis contratos encaminados a regular el desarrollo de actividades complementarias, especialmente con relación al denominado software secundario, acuerdos estos que en copia se adjuntan a este escrito de demanda."

"32. La ejecución del contrato de licenciamiento se dio en forma normal a través del tiempo, reconociendo siempre GRANAHORRAR el inalienable derecho de autoría en el señor RODRIGUEZ y, la titularidad de los derechos patrimoniales en FERSOFT."

"33. **Año 2.004:** FERSOFT establece que GRANAHORRAR ha venido desconociendo sistemáticamente las condiciones del contrato de licenciamiento y manifiesta su inconformidad ante el Doctor FERNANDO RICAURTE ARDILA, solicitando formalmente el reconocimiento y pago de las compensaciones a que tiene derecho.

"34. **Noviembre de 2.004:** FERSOFT informa a GRANAHORRAR que las propuesta presentada en Octubre de ese mismo año, para autorizar el uso del software por las cajas o fondos de empleados, solo cubre las dos respecto de las cuales se solicitó dicha oferta y, que por lo tanto, toda caja o fondo adicional hará exigible el pago de un valor adicional."

"35. **GRANAHORRAR**, por intermedio del Dr RICAURTE y, de su Secretaria General, la doctora MARIA DEL PILAR ROCHA JARAMILLO, inicia un período de negociaciones con FERSOFT, durante las cuales GRANAHORRAR, tal como se demostrará procesalmente, hizo diversas ofertas económicas a FERSOFT

"36. Mediando el primer trimestre de 2.005 y ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, se terminan las conversaciones."

"37. A partir de ese momento, FERSOFT designó como su negociador al Doctor HUMBERTO JIMENEZ MEJIA, quién a pesar de sus esfuerzos y la presentación de varios mecanismos de aproximación al tema, no logró concretar un acuerdo, todo lo cual será demostrado debidamente durante el proceso.

"38. **Abril 15 de 2.005:** En el Comité de Presidencia llevado a cabo ese día y como expreso reconocimiento del uso indebido del programa FENIX, se consignó la siguiente autorización "*Se autoriza continuar negociaciones con FERSOFT respecto a acordar entre las partes una licencia de uso general del SW FENIX para*

administrar (y haber administrado) carteras de terceros hasta por una suma de US \$100.000."

"39. En ese mismo Comité y, a renglón seguido, como reconocimiento expreso de que GRANAHORRAR es un mero licenciatario del sistema FENIX, se consignó la siguiente autorización: *"Se autoriza renovar el soporte sobre las licencias actuales por la suma de \$25MM mes"*.

"40. **Mayo 10 de 2.005:** FELIX EDUARDO RODRIGUEZ, en su calidad de Representante Legal de FERSOFT LTDA, se dirigió al Presidente de GRAHANORRAR con el propósito de exponer las razones por las cuales considera FERSOFT que existe violación al contrato de licenciamiento, así como una estimación de las pretensiones económicas de FERSOFT por tales violaciones."

"41. **Julio 1 de 2.005:** El presidente de GRANAHORRAR se dirige a mis poderdantes, a efectos de sentar la posición de la convocada frente a la reclamación presentada con relación al uso indebido del programa FENIX y otras violaciones contractuales."

"42. En dicha comunicación, GRANAHORRAR rechaza la reclamación presentada por mis poderdantes, exponiendo los argumentos en que dice fundarse para considerarla improcedente."

"43. Culmina la misiva con abierta amenaza en contra de mis poderdantes, si perseveran ellos en reclamar sus derechos, pretextándose para ello que un tal proceder podría configurar, según GRANAHORRAR, alteración de la pacífica utilización de la licencia."

"44. **Agosto 10 de 2.005:** el señor FELIX RODRIGUEZ se dirige nuevamente al Presidente de GRANAHORRAR, doctor ALBERTO MONTOYA, para manifestar que ante la actitud de GRANAHORRAR, ha llegado al convencimiento que no existe posibilidad de arreglo, viéndose forzado a iniciar la presente acción judicial."

"45. A partir de la instauración de la presente acción, decidió GRANAHORRAR, tanto como represalia como para intentar probar su posición jurídica, no contratar nuevamente los servicios de soporte para la operación del software con mis poderdantes."

"46. A pesar de ello y como prueba elocuente de su buena fe, mis poderdantes siguieron prestando el servicio de soporte operacional, tal como lo habían venido haciendo desde que se suscribió el contrato de licencia."

"47. En varias ocasiones y por escrito, mis poderdantes solicitaron a GRANAHORRAR la negociación de un contrato que permitiera seguir prestando el mencionado soporte, sin recibir respuesta alguna al respecto."

"48. En contravía de esa posición, GRANAHORRAR decidió retener indebidamente, tal como hasta ahora lo ha hecho, el pago de \$50 millones que adeuda a mis poderdantes desde el año pasado, por concepto de servicios prestados."

"49. GRANAHORRAR ha esgrimido toda serie de artilugios jurídicos para retener ese pago, con el claro propósito de colocar a mis poderdantes en situación de indefensión."

"50. Llegó GRANAHORRAR, en consumada expresión de su mala fe, a intentar casi subrepticamente que el Señor FELIX RODRIGUEZ, como representante legal de

FERSOFT suscribiera unos documentos denominados como "contrato de transacción", en los cuales se hacía renunciar a mis poderdantes a sus legítimos derechos."

"51. Esa maniobra torticera, impropia de una entidad financiera seria y respetable, fue puesta en evidencia por el señor FELIX RODRIGUEZ mediante comunicación remitida al Doctor FELIPE CIFUENTES, orientada a que este, como nuevo Presidente del BANCO, pudiera conocer la catadura moral de algunos de sus funcionarios."

"52. **Febrero de 2.006.** El señor FELIX RODRIGUEZ se dirigió al Dr. CIFUENTES, Presidente del BANCO GRANAHORRAR, con el objeto de notificar oficialmente la suspensión del servicio de soporte, como consecuencia de la patente mala fe del BANCO."

5.2. Pretensiones

Con apoyo en su relato de los hechos y la normatividad invocada en su escrito de reforma de la demanda, la parte Convocante solicita al Tribunal que decrete lo siguiente:

PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: Que se declare que FERSOFT es titular de los derechos patrimoniales de autor derivados del programa o software FENIX."

SEGUNDA. Que se declare que el autor o creador del programa o software FENIX es el señor FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS."

TERCERA. Que se declare que GRANAHORRAR, por expresa disposición del contrato de licencia suscrito en el año 1.997, solo podía instalar y/o grabar el programa o software FENIX en un solo y único equipo o ambiente de cómputo."

CUARTA. Que se declare que la instalación y/o grabación del software o programa FENIX por parte de GRANAHORRAR en más de un equipo de cómputo o ambiente, constituye violación a los términos del contrato de licencia suscrito en el año 1.997."

QUINTA. Que se ordene a GRANAHORRAR reconocer y pagar a favor de FERSOFT LTDA y/o de FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS, por cada computador o ambiente adicional en que se haya instalado el software o programa FENIX, diferente al computador o ambiente a que se refiere el contrato de licencia del año 1.997, la suma de DOSCIENTOS CUARENTA MIL DOLARES (US 240.000,00) liquidados a la tasa representativa del mercado vigente al momento de efectuarse la instalación o copia adicionales."

SEXTA. Que se declare que el contrato de licenciamiento suscrito en 1.997 solo autorizaba a GRANAHORRAR como único usuario del software o programa FENIX."

SEPTIMA. Que se declare que al permitir GRANAHORRAR la utilización por parte de terceras personas naturales o jurídicas, a través suyo, directa o indirectamente, del programa o software FENIX, se configura violación del contrato de licencia existente entre GRANAHORRAR y FERSOFT."

"OCTAVA. Que se declare que la prestación a título oneroso de servicios a terceros por parte de GRANAHORRAR, haciendo uso del programa o software FENIX, constituye violación del contrato de licencia suscrito en 1.997 entre GRANAHORRAR y FERSOFT."

"NOVENA. Que se declare que GRANAHORRAR debe, como consecuencia de las dos anteriores declaraciones, indemnizar plena e integralmente a FERSOFT y/o a FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS."

"DECIMA. Que se declare que dicha indemnización debe ser igual a la suma resultante de liquidar a favor de FERSOFT y/o de FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS, un porcentaje equivalente al veinte por ciento (20%) de los ingresos brutos que GRANAHORRAR ha obtenido por concepto de la explotación indebida del software o programa FENIX, a través de la prestación con dicho software o programa de servicios remunerados a favor de terceros y /o por el acceso que a dichos terceros ha otorgado respecto del programa o software, de acuerdo a lo que los estándares internacionales tienen establecido como porcentaje del costo del software, en la administración de carteras de crédito."

"DECIMA PRIMERA. Que se ordene que a partir de la ejecutoria del laudo que habrá de proferirse, GRANAHORRAR deberá reconocer y pagar a favor de mis mandantes, por todo ingreso futuro que perciba como consecuencia de la explotación a cualquier título del software o programa FENIX, un porcentaje equivalente al veinte (20%) por ciento de los ingresos brutos que perciba GRANAHORRAR."

"DECIMA SEGUNDA. Que se ordene pagar la totalidad de las sumas constitutivas de las condenas anteriores, adicionadas con los intereses moratorios sobre las mismas, a la máxima tasa permitida por la legislación mercantil (Art. 884 del Código de Comercio), intereses estos liquidables desde la fecha en que se hicieron exigibles las obligaciones, utilizando para ello la tasa que corresponda legalmente o, en su defecto, la que encuentre aplicable el H. Tribunal, hasta el momento en que se realice en forma total el pago de la obligación."

"DECIMA TERCERA. Que se condene a GRANAHORRAR a reconocer y pagar a favor de mis poderdantes, las costas del presente proceso, al igual que el valor determinado por concepto de agencias, que no deberá ser inferior a las sumas que hubiere sufragado las convocantes para la realización del presente proceso."

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

"PRETENSION SUBSIDIARIA A LA PRETENSION QUINTA PRINCIPAL-En caso de considerarse impróspera la pretensión quinta principal, solicito en forma subsidiaria, que se ordene a GRANAHORRAR reconocer y pagar a favor de FERSOFT LTDA y/o de FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS, por cada computador o ambiente adicional en que se haya instalado el software o programa FENIX, diferente al computador o ambiente a que se refiere el contrato de licencia del año 1.997, la suma que determine el H. Tribunal como justa compensación por el uso indebido del programa."

"PRETENSION SUBSIDIARIA A LA PRETENSION DECIMA PRINCIPAL. En caso de considerarse impróspera la pretensión principal décima, solicito en forma subsidiaria, se declare que dicha indemnización debe ser igual a la suma resultante

de liquidar a favor de FERSOFT y/o de FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS, un porcentaje que determine el H. Tribunal como la justa compensación a que tienen derechos los convocantes, calculado sobre el total de los ingresos brutos que GRANAHORRAR ha obtenido por concepto de la explotación indebida del software o programa FENIX, a través de la prestación con dicho software o programa de servicios remunerados a favor de terceros y /o por el acceso que a dichos terceros ha otorgado respecto del programa o software, de acuerdo a lo que los estándares internacionales tienen establecido como porcentaje del costo del software, en la administración de carteras de crédito.”

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LA PRETENSION DECIMA PRIMERA PRINCIPAL. En caso de considerarse impróspera la pretensión décima primera principal, solicito en forma subsidiaria se ordene que a partir de la ejecutoria del laudo que habrá de proferirse, GRANAHORRAR deberá reconocer y pagar a favor de mis mandantes, por todo ingreso futuro que perciba como consecuencia de la explotación a cualquier título del software o programa FENIX, un porcentaje que determine el H. Tribunal, sobre el total de los ingresos brutos que perciba GRANAHORRAR.”

“PRETENSION SUBSIDIARIA A LA PRETENSION DECIMA SEGUNDA PRINCIPAL. En caso de considerarse impróspera la pretensión principal décima segunda, solicito en forma subsidiaria, se ordene pagar la totalidad de las sumas constitutivas de las condenas anteriores, debidamente actualizadas, desde la fecha en que se hubieren hecho exigibles las obligaciones, hasta la fecha efectiva de pago de la mismas, utilizando para ello la tasa que corresponda legalmente o, en su defecto, la que encuentre aplicable el H. Tribunal.”

5.3. Contestación de la demanda reformada y formulación de excepciones por parte de la sociedad Convocada

Frente a las pretensiones, la parte Convocada se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

Adicionalmente, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. El aplicativo FÉNIX es de GRANAHORRAR.
2. El aplicativo FENIX fue desarrollado bajo las instrucciones de GRANAHORRAR.
3. El contrato denominado de “licencia de uso” en realidad se ejecutó como un contrato de prestación de servicios.
4. No incumplimiento del denominado contrato de “licencia de uso”.
5. No infracción a los derechos de autor.

6. Pago.
7. Inexistencia del "software secundario".
8. Violación de la buena fe contractual.
9. Excepción genérica del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

6. La Demanda de Reconvención y el Pronunciamiento de la Parte Convocante

6.1. Hechos

Las pretensiones formuladas por la Parte Convocada en la demanda de reconvención, están fundamentadas en los siguientes hechos:

"1. Desde 1976, el BANCO GRANAHORRAR poseía un sistema automatizado de cartera de créditos, el cual fue desarrollado por la empresa Estudios Técnicos Ltda. para el banco, según se desprende del Manual del Usuario identificado como informe ET- 7619 de octubre de 1976."

"2. El señor Félix Rodríguez fue empleado de GRANAHORRAR desde el 4 de noviembre de 1986 hasta el 25 de agosto de 1991. Durante este tiempo se desempeñó como analista de sistemas y luego fue ascendido al cargo de Jefe de Análisis y Programación del Departamento de Sistemas de GRANAHORRAR."

"3. En junio de 1994, el señor Rodríguez fue contratado por GRANAHORRAR, para la modificación de los programas que hacían parte del sistema de administración de cartera del banco."

"4. El 2 de junio de 1995, GRANAHORRAR suscribió un contrato de prestación de servicios con el señor Félix Rodríguez para realizar las actividades de análisis, diseño y desarrollo del sistema de administración de la titularización, de acuerdo con lo especificado por el banco."

"5. Este último contrato tenía por objeto modificar el sistema aplicativo que poseía GRANAHORRAR con el fin de que el banco administrara la cartera titularizada, esto es, aquella que se entregó al patrimonio autónomo constituido para tal fin."

"6. El 12 de marzo de 1996, el señor Félix Rodríguez se dirige al Gerente de Sistemas de GRANAHORRAR, Hernando Torres Gutiérrez, para ofrecer los servicios de desarrollo tecnológico de la recién constituida empresa FELIX RODRIGUEZ SOFTWARE Y CIA LTDA "FERSOFT".

"7. En octubre 21 de 1997, la sociedad FERSOFT LTDA, ofrece al banco, por medio de carta dirigida al señor Yesid Garzón, contralor de GRANAHORRAR, un sistema de cartera individual en línea denominado FENIX, bajo el esquema negocial de una compraventa."

"8. El 18 de diciembre de 1997, se suscribe un contrato entre GRANAHORRAR y FERSOFT LTDA denominado "contrato de licencia de uso del sistema FENIX"."

"9. Pese a la nomenclatura de dicho contrato, los contratantes ejecutaron un convenio de prestación de servicios y el sistema de cartera en línea fue desarrollado conforme a un conjunto de instrucciones y de requerimientos realizados por GRANAHORRAR a FERSOFT y al señor Rodríguez."

"10. En efecto, de acuerdo con la cláusula séptima de tal contrato, la entrega final y definitiva del sistema debía realizarse en un plazo de tres (3) meses. Sin embargo, dicho plazo no se cumplió, toda vez que fue necesario tomar más tiempo para que FERSOFT y el señor Rodríguez desarrollaran un programa conforme a las directrices y a los requerimientos dados por GRANAHORRAR."

"11. Existen varias actas de reuniones celebradas entre funcionarios de GRANAHORRAR y Félix Rodríguez, relacionadas con el proyecto de cartera en línea. En estas reuniones, GRANAHORRAR definía las especificaciones y las instrucciones para el desarrollo y ejecución de dicho proyecto."

"12. Teniendo en cuenta el retraso del proyecto, el 3 de febrero de 1999 el ingeniero Juan Carlos Alzate, Coordinador de Proyectos de Colocación de GRANAHORRAR, le recuerda a Félix Rodríguez y a FERSOFT que se ha incumplido la fecha de culminación del proyecto de cartera en línea a largo plazo. De manera particular, en esta carta se dice: "De no cumplirse con este compromiso estaríamos dando por terminado el contrato de desarrollo que posee con dicha empresa y el cuál (sic) se ha venido incumpliendo por ustedes en varias oportunidades"."

"13. Por medio de comunicación de 6 de abril de 1999, el señor Félix Rodríguez, en calidad de gerente de FERSOFT, se dirige a GRANAHORRAR, con el fin de entregarle un paralelo – así lo denominó el señor Rodríguez- entre el sistema que tenía el banco para la administración de cartera y el sistema de cartera en línea que se encontraba desarrollando FERSOFT."

"14. El 6 de diciembre de 1999 FERSOFT le envía una comunicación al señor Fernando Ricaurte Ardila, Vicepresidente Administrativo y Operativo de GRANAHORRAR con el fin de hacer un recuento del "proceso de desarrollo e implantación del SISTEMA DE CARTERA EN LINEA-FENIX". En esta misiva se hace una explicación detallada de las razones por las cuales se retrasó la entrega del sistema y, en particular, se señalan las especificaciones que requirió GRANAHORRAR para el desarrollo y ejecución del sistema FENIX."

"15. El día 10 de marzo de 2000 se suscribe un otrosí entre GRANAHORRAR y FERSOFT, en el cual se acuerda la entrega definitiva del sistema para el día 17 de marzo de 2000."

"16. Hace parte integral del otrosí referido en el numeral anterior, el acta de 2 de marzo de 2000, suscrita "para aclarar todos los puntos que han tenido que ser adaptados por necesidades de GRANAHORRAR para ajustar el aplicativo a las necesidades internas y a las últimas disposiciones emitidas por el Gobierno". La sociedad FERSOFT, entonces, actuó y desarrolló el sistema FENIX siguiendo los requerimientos y lineamientos señalados para satisfacer las necesidades de GRANAHORRAR."

"17. Así pues, el sistema FENIX fue desarrollado dentro de una relación jurídica de prestación de servicios, emprendida por FERSOFT bajo las órdenes de GRANAHORRAR, a cambio de una contraprestación o remuneración económica, la cual, se advierte, fue debidamente satisfecha."

"18. Además, GRANAHORRAR fue quien impulsó, financió, invirtió y asumió los riesgos en cuanto al desarrollo y creación del sistema aplicativo FÉNIX. En consecuencia, GRANAHORRAR es titular de los derechos patrimoniales de autor del sistema aplicativo para la administración de cartera en línea denominado FENIX."

"19. El aplicativo se entregó con sus respectivos manuales el día 3 de mayo de 2000, según acta denominada "acta de finalización"."

"20. Luego de finalizarse este contrato y de la entrega del aplicativo, GRANAHORRAR y FERSOFT suscribieron varios contratos de prestación de servicios, por medio de los cuales se hicieron modificaciones y adaptaciones al sistema aplicativo FENIX. Es de resaltar que en la mayoría de estos contratos fue recurrente, como parte de su contenido, la siguiente afirmación: "[...] hemos convenido en celebrar un contrato de prestación de servicios para la modificación de los programas del sistema "FÉNIX" cartera en línea de GRANAHORRAR"

6.2. Pretensiones

En su escrito de demanda de reconvención, la parte Convocada solicita al Tribunal que decrete lo siguiente:

"1. Que se declare que el sistema de cartera en línea denominado FENIX fue elaborado y desarrollado con base en las directrices, instrucciones y requerimientos de GRANAHORRAR S.A."

"2. Que se declare que GRANAHORRAR S.A. es titular de los derechos patrimoniales de autor sobre el sistema de cartera en línea denominado FENIX."

"3. Que se condene a FELIX RODRÍGUEZ y FERSOFT LTDA al pago de las costas y agencias en derecho."

6.3. Contestación de la demanda de reconvención y formulación de excepciones por parte de la sociedad Convocante y Convocada en reconvención

En cuanto a las pretensiones, la parte convocante y convocada en reconvención se opuso a todas y cada una de ellas.

Así mismo, aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

De otra parte, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. No puede venirse contra el hecho propio
2. Mala fe procesal (exceptio doli procesali)
3. Genérica

7. Pruebas Decretadas y Practicadas

Por Auto No. 9 contenido en el Acta No. 6 correspondiente a la audiencia realizada el 3 de abril de 2006, el Tribunal de Arbitramento decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

7.1. Documentales

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponda, los documentos enunciados en la demanda arbitral reformada y aportados con la demanda inicial, así como aquellos enunciados y aportados con la contestación de la demanda inicial, con la contestación de la demanda reformada y con la demanda de reconvención.

Se incorporaron los documentos que fueron remitidos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus declaraciones, los aportados por las partes con motivo de la inspección judicial, aquellos decretados de oficio por el Tribunal y los aportados por la parte convocante como prueba de la objeción formulada respecto del dictamen pericial rendido por el ingeniero Julio López Medina.

7.2. Exhibiciones de documentos

El Tribunal, de oficio, decretó la práctica de exhibiciones de documentos a cargo de las siguientes entidades, quienes, excepto Fogafin que exhibió los documentos en audiencia del tribunal, los remitieron directamente al Tribunal:

- Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN)
- Banco Colmena

- Central de Inversiones S.A. (CISA)
- Titularizadora Colombiana S.A.
- Banco de la República

Adicionalmente se decretó una exhibición de documentos en las oficinas de la sociedad convocada en virtud de la cual las partes, obrando de común acuerdo, aportaron una serie de documentos adicionales.

7.3. Dictámenes Periciales

Se practicaron tres dictámenes periciales:

1. Dictamen pericial en Sistemas de Información y Programación, rendido por el ingeniero Julio López Medina el día 23 de agosto de 2006, practicado en los términos solicitados por las partes, documento que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 7.

Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas por el perito y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 12.

El dictamen fue objetado parcialmente por error grave por la parte convocada.

2. Dictamen pericial Contable, rendido por la señora Ana Matilde Cepeda el día 14 de septiembre de 2006, practicado en los términos solicitados por las partes, documento que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 7.

Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen en mención, las cuales fueron rendidas y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 12

El dictamen fue objetado parcialmente por error grave por la parte convocante.

3. Dictamen pericial rendido por la señora Gloria Zady Correa Palacio el día 5 de febrero de 2007, decretado como prueba de la objeción por error grave formulada por la parte convocante respecto del dictamen pericial rendido por la señora Ana Matilde Cepeda, documento que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 14.

La parte convocada solicitó aclaraciones y complementaciones las cuales fueron rendidas y obran en el Cuaderno de Pruebas No. 14.

7.4. Testimonios y declaraciones de parte

El 21 de abril de 2006 se recibieron los testimonios de los señores José Luís Merchán Ortega y Víctor Duque Rodríguez.

El 8 de mayo de 2006, se recibieron los testimonios de los señores Luís Enrique Collante Velásquez y Mauricio Gaviria Maldonado.

El 19 de mayo de 2006 se recibieron los testimonios de los señores Daladier López Hernández, Rafael Navarro DíazGranados, Jaime Alfonso Guarín y José Fernando Garrido Angulo.

El 5 de junio de 2006 se recibió el testimonio técnico del señor Alfonso López Florez, así como los testimonios de los señores Horacio Jaramillo, Roberto Buitrago, Fernando Alfonso Ricaurte Ardila, Armando Bastidas y María del Pilar Rocha Jaramillo.

El 6 de junio de 2006 se recibieron los testimonios de los señores Humberto Jiménez Mejía, Miriam Ortiz Florez, Juan Ricardo Ortega, Harold Hernando Reyes, Jairo Arévalo y Jorge Eliécer Pineda.

El 7 de junio de 2006, se recibió el testimonio del señor Juan Carlos Alzate.

El 15 de junio de 2006, se recibieron las declaraciones de parte de los señores Ulises Canosa Suárez, representante legal de la parte convocada y Félix Eduardo

Rodríguez Cárdenas, en su doble condición de convocante y representante legal de la sociedad convocante. Los dos declarantes aportaron documentos que fueron incorporados al expediente.

Los testimonios de los señores Reynaldo Toledo Cuellar, Jaime Stepá, Sandra Shirley Junca, María Lya Rodríguez, Hayden Cárdenas, Liliana Pedraza, Liliana Viteri, Alexis Rojas, Olga Lucia Calzada, René Cortés, Jaime Fuentes y Yesid Garzón inicialmente decretados, no se llevaron a cabo por cuanto fueron desistidos. (Folios 313, 397, 406 y 410 del Cuaderno Principal No. 1)

Adicionalmente, el señor apoderado de la parte convocante, con fundamento en lo previsto en el artículo 217 del C.P.C. calificó como testigos sospechosos a los funcionarios de Granahorrar que laboran en su departamento o unidad de sistemas. (Folios 385 y 386 del Cuaderno Principal No. 1)

8. Audiencia de alegatos de conclusión

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes en audiencia celebrada el 23 de marzo de 2007, expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos que fueron inmediatamente incorporados al expediente. (Cuaderno Principal No. 2, folios 100 a 290)

9. Audiencia de Fallo

El Tribunal, por auto número 30 proferido el 23 de Marzo de 2007, señaló el día 25 de mayo de 2007 a las 9:30 a.m., para llevar a cabo la audiencia de fallo.

10. Presupuestos procesales

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, conviene reiterar que en el presente proceso arbitral se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, es decir, los requisitos indispensables para la validez del proceso, que permiten proferir decisión de fondo.

10.1. Capacidad de las partes y cumplimiento formal de requisitos de la cláusula compromisoria y de la ley

Revisado el expediente y con base en las certificaciones que obran en el mismo, confirma el Tribunal que las partes en el presente proceso, **FERSOFT LIMITADA y FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS** como convocante, y **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.** (Hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.) como convocada, son personas con capacidad para transigir. Igualmente se confirma que ambas estuvieron legalmente representadas en este trámite arbitral.

En cumplimiento de lo previsto en la cláusula compromisoria suscrita por las partes y tal como se expuso atrás, el Tribunal se integró en debida forma, se instaló, y en las oportunidades que establece la ley, las partes consignaron la totalidad de los gastos y honorarios del Tribunal.

11. Término para Fallar

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.

El Tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

- a. El día 3 de Abril de 2006 se realizó la primera audiencia de trámite y se asumió competencia, para conocer y resolver en derecho las controversias sometidas a consideración de este Tribunal de Arbitramento, planteadas en la reforma de la demanda arbitral, su contestación y excepciones, la demanda de reconvenición, su contestación y excepciones.

- b. A solicitud conjunta de las partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas: Abril 22 a Mayo 17 de 2006, ambas fechas inclusive (Acta No. 7); Mayo 20 a Junio 4 de 2006, ambas fechas inclusive (Acta No. 9); Junio 16 a Agosto 22 de 2006, ambas fechas inclusive (Acta No 13); Agosto 24 a Septiembre 12 de 2006, ambas fechas inclusive (Acta No. 14); Septiembre 30 a Octubre 18 de 2006, ambas fechas inclusive (Acta No. 16); Diciembre 8 de 2006 a Enero 28 de 2007, ambas fechas inclusive (Acta No. 20); Marzo 3 al 22 de 2007, ambas fechas inclusive, (Acta No 24) y Marzo 24 a Mayo 24 de 2007, ambas fechas inclusive (Acta No. 25) para un total de 179 días hábiles.
- c. Adicionados los días de suspensión del proceso, el término legal para expedir el laudo vence el 29 de junio de 2007 y, por tanto, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para efectos de adoptar una decisión en el presente caso, considera necesario el Tribunal examinar, en primer lugar, las objeciones por error grave formuladas a los dictámenes periciales, para posteriormente analizar las pretensiones formuladas en la demanda principal y en la demanda de reconvención.

1. La Objeción por Error Grave a los Dictámenes Periciales

La parte convocante objetó por error grave el dictamen pericial contable rendido por la experta Matilde Cepeda y también lo hizo la convocada respecto de la experticia rendida por el perito en sistemas Julio E. López Medina, objeciones parciales las dos, que procede a decidir el Tribunal, no sin antes y a modo de preámbulo, dejar sentadas unas consideraciones generales que se predicen por igual de toda objeción.

Tal como lo dispone el numeral 6 del art. 238 del C. de P.C., *"la objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se*

practicó el dictamen”, por lo que es del caso proveer lo pertinente dentro del presente laudo, pues bien sabido es que éste no es nada diferente a la sentencia que profieren los árbitros.

Ante todo, se debe poner de presente que el error grave, así lo dispone el numeral 4 del art. 238 del C. de P. C., implica que el mismo *“haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos”* o que *“se haya originado en éstas”*, disposición respecto de la cual existe abundante literatura jurídica que, de manera concordante, pone de presente que la falla debe ser de tal entidad *“que de no haberse presentado, otro hubiera sido el sentido del dictamen rendido por los peritos. Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho que el error grave tiene la característica de ir contra la naturaleza de las cosas o la esencia de sus atribuciones.”*¹

Se tiene así que el desacuerdo con las fundamentaciones o las conclusiones de un perito, no constituye por sí solo razón plausible para admitir la censura por error, pues es necesario la evidencia de una abierta pugna de lo sostenido por el experto con la realidad, de manera tal que pueda llevar a quien analiza la prueba a tomar decisiones equivocadas o imprecisas, sin que sea adecuada una objeción que más que mirar los aspectos básicos del trabajo que se quiere censurar, se centra en detalles menores del peritazgo en orden a mostrar fallas de detalle pero no de esencia en el mismo, labor más de cazador de gazapos, que de cuestionamiento a un trabajo técnico por falencias de fondo.

También se debe tener en cuenta que para el análisis de la experticia es menester considerarla de manera integral, es decir junto con sus complementaciones y aclaraciones, de modo que es posible que lo que aparentemente pueda ser mirado como un grave error, con aquellas deje de tener esa entidad, por ser ese uno de los fines de dichas conductas.

También se advierte que siempre la prueba pericial tiene como finalidad ayudar a formar el criterio del juez respecto de ciertos puntos que se controvierten

¹ PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, ED. Librería del Profesional, 12 edición, Bogotá, 2002, página 543.

dentro de un debate judicial, pero que no tiene carácter imperativo para la decisión a tomar², pues del análisis y crítica de la respectiva experticia sacará el juez sus conclusiones, que bien pueden apartarse de las del perito, sin que esa circunstancia conlleve que aquel haya incurrido en error grave, pues no se puede perder de vista que la decisión final, basada en el análisis de los elementos probatorios y crítica de ellos, corresponde exclusivamente al juez.

En otras palabras, el hecho de que se decida una objeción por error grave declarando no probado el mismo, no implica que se deba admitir sin análisis y valoración las conclusiones a las cuales llegó el perito; es más, aún sin declararlo como incurso en grave error, puede apartarse de los criterios señalados, debido a que siempre prima la opinión del juez, quien tiene el poder decisorio, pero una eventual diversidad de pareceres no conlleva necesariamente que el experto se haya equivocado de manera grave por el hecho de que el fallador no admita, total o parcialmente, sus opiniones.

Tan claro es lo anterior, que aún en el evento de que no se formule objeción, idéntico poder crítico frente a la experticia se tiene.

El dictamen pericial, como todo medio de prueba, está destinado a ser analizado por el juez, de modo que así la ley autorice al perito para efectos de consultar el expediente y los documentos que estime necesarios, no extiende sus atribuciones a la valoración y crítica de esos documentos u otros medios probatorios³, por ser esta conducta, se reitera, del exclusivo ámbito del juez.

Es lo usual que las objeciones por error grave se prueben acudiendo a la solicitud de práctica de otra experticia, pero sin que sea necesario fatalmente

² En la experticia que algunos doctrinantes califican como "peritazgo requisito" y que toca esencialmente con avalúos de bienes, una vez surtida la contradicción de ella, el valor establecido queda como requisito del trámite pertinente y por la suma determinada lo debe tener el juez para los fines pertinentes, tal como sucede con el avalúo pericial de bienes para acceder al remate en procesos ejecutivos, circunstancia diversa de la que en el presente caso se da respecto de los dos dictámenes objetados.

³ Tan ostensible es la limitación que el numeral 5 del art. 237 del C. de P. C. dispone: "3. Cuando en el curso de su investigación los peritos reciban información de terceros que consideren útiles para el dictamen, lo harán constar en éste, y si el juez estima necesario recibir los testimonios de aquéllos, lo dispondrá así en las oportunidades señaladas en el artículo 180."

solicitar la misma, malentendido generalizado que proviene de una indebida interpretación del numeral 5 del art. 238 del C. de P. C. que señala:

“En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.”

Ciertamente, una de las posibilidades de pedir pruebas es esa, la de solicitar otro peritazgo, pero no es dable concluir que es el único medio de prueba atendible, debido a que es posible soportar los argumentos de la objeción en pruebas ya incorporadas en el expediente o, incluso, atendiendo exclusivamente los respectivos razonamientos.

Finalmente se destaca que no es susceptible de ser calificado como error grave el silencio del perito sobre determinados aspectos, lo cual puede dar lugar a criticar la labor como de deficiente o incompleta, más no de errada, por sustracción de materia.

Teniendo en cuenta las bases anteriores procede el Tribunal a decidir las objeciones por error grave que en este caso se han presentado.

1.1 Las Censuras al Dictamen Pericial Contable

El señor apoderado de la parte convocante objeta de manera parcial por error grave el trabajo presentado por la experta Matilde Cepeda, al expresar que:

“Tal como viene de indicarse, la presente objeción por error grave no tiene como propósito cuestionar la totalidad de la pericia, sino específicamente la solicitud No. 4.- Complementación a la respuesta de la Pregunta No.1 de los convocantes, que se encuentra a folios 13 y 14 del documento de "aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial contable de: 15 septiembre 2006”

"En lo demás, el trabajo de la Señora Perito, independientemente que sus conclusiones se compartan o no, se ajusta estrictamente a la técnica."

Se circunscribe la divergencia únicamente con lo que tiene que ver con *"los costos y gastos asociados o relacionados con la generación de ingresos de GRANAHORRAR por concepto de la administración de cartera de terceros para el período comprendido entre enero de 1999 y diciembre de 2005."*

Acorde con lo anterior se limita el Tribunal a determinar si es posible predicar de dicho aspecto de la experticia la objeción indicada, que se fundamentó, previa manifestación acerca de que *"estamos seguros que en este caso particular, lo que hubo fue indebida inducción a error por parte de GRANAHORRAR"*, de la siguiente manera:

"Se solicitó en esa aclaración lo siguiente:

"Al respecto la señora perito se servirá complementar o aclarar su respuesta en lo que sigue: Determinar las cifras de los costos y gastos asociados o relacionados con la generación de los ingresos de GRANAHORRAR por concepto de la administración de cartera de terceros para el período comprendido entre enero de 1999 y diciembre de 2005"

"Con el objeto de presentar la aclaración solicitada, la señora perito inserta unos cuadros en los que presenta un valor por concepto de ingresos brutos para cada ejercicio anual, los que efectivamente corresponden a los ingresos percibidos por la convocada con ocasión de la administración de cartera de terceros y, a renglón seguido inserta lo que ella denomina como "gastos", con unas cifras que no corresponden, como a continuación se demostrará, a las erogaciones en que incurrió la convocada por cuenta de esa administración.

"Allí, en la inclusión de la cifra por concepto de "gastos" que determinó la señora perito, radica la primera parte del error grave.

"De tal modo son equivocadas las cifras y carentes de fundamento con relación a la información que la misma convocada remitió a la Superintendencia

Bancaria, que de creer en ellas, por los años 2.003, 2.004 y 2.005 el BANCO realizó la administración de cartera de terceros (que era el objeto único de la pregunta) por simple caridad, con flagrante afectación de los bienes públicos y con grandes pérdidas.

“Luego de ello, detrae igualmente la señora Perito del valor total de los ingresos brutos, un monto por concepto de “impuesto de renta”, valor que también es errado y no corresponde con la realidad de las convocadas, situación donde se ubica el segundo elemento del error grave.

“La pericia falla en materia grave en este punto específico, habida cuenta que carece la respuesta de todo soporte técnico, en la medida que la señora perito se limita a señalar que “de acuerdo a los documentos tenidos a la vista”, es que procede a elaborar los cuadros, sin indicar el procedimiento seguido, el origen de las cifras, los criterios técnicos para aglutinar los gastos, las razones de computar una cifra absoluta por concepto del impuesto sobre la renta, elementos estos todos que infortunadamente en punto a esta respuesta específica, llevan a la conclusión de que existe error grave por falencia técnica y por la ausencia de soportes debidos en el arte.

“Amén de lo indicado, incurre la señora Perito, a no dudarlo con absoluta buena fe y según creemos inducida por la presentación manipulada de la información por parte del BANCO, en los siguientes errores técnicos”, los cuales enumera a continuación señalando que constituyen aspectos antitécnicos asuntos tales como incluir “como gastos asociados a los ingresos por administración de cartera de terceros, la totalidad de los gastos en que incurrió GRANAHORRAR por la administración de toda su cartera”, adicionar “como parte de esos gastos las provisiones y pérdidas de cartera”, no hacer “una depuración técnica de las cuentas de gastos de la entidad, con lo cual se inflaron artificialmente tales gastos”, entre otros.

El señor apoderado de la parte convocada y reconviniendo, en oportunidad recorrió el traslado y señaló que: *“Teniendo en cuenta que los resultados de la prueba pericial en materia contable y las cifras arrojadas por la perito*

correspondientes al ingreso neto de Granahorrar por concepto de la administración de cartera de terceros, no se ajustan a los intereses de la convocante, es por ello que pretende objetar por error grave el dictamen contable, el cual, bajo ningún supuesto, está viciado de error que sea determinante de las conclusiones dadas por la perito.”, resaltando que: “Los reparos formulados por la parte convocante se basan en discrepancias con el juicio de la perito y la verificación realizada por ella respecto de los documentos que Granahorrar le proporcionó y tuvo a la vista para obtener los gastos o egresos asociados a la administración de cartera de terceros.”

Igualmente advierte que:

“Es importante anotar, de otra parte, que la señora perito mediante el documento denominado “Alcance ‘motu proprio’ a las aclaraciones y/o complementaciones al dictamen pericial contable” de 7 de noviembre de 2006, procedió a aclarar los exámenes y verificaciones realizadas por aquella respecto de los documentos y soportes contables tenidos a la vista para dar respuesta a la pregunta que se impugna. Por tal razón no resulta procedente la presente objeción, puesto que la perito explicó en detalle la metodología validada y analizada por ella para obtener los gastos asociados a la administración de cartera de terceros.”

Como prueba de la objeción se decretó la práctica de prueba pericial que corrió a cargo de la experta Gloria Zady Correa quien, en lo que interesa para este aparte del estudio, señaló:

“De acuerdo con la contabilidad del Banco Granahorrar, en ella se registran todos los ingresos, costos y gastos en que incurre el banco en sus operaciones, pero, no se lleva por centro de costos, sino que todo se carga a la cuenta contable, sin discriminar o acumular en ningún centro de costos.

“Es decir, cuando se incurre en un gasto, como por ejemplo nómina, ésta es cargada a la cuenta salarios, horas extras, subsidio de transporte, entre otros, pero, no dice concretamente a qué producto corresponde dicha nómina.

"El Banco Granahorrar, tiene unos informes anuales, en los cuales hace el prorrateo de todos los gastos entre los diferentes productos que posee y que trabaja, informes que si bien es cierto, corresponden en su totalidad a los gastos de todos los productos del banco, no son extractados de la contabilidad por cada centro de costos, porque no es manejada así."

"Tal como se dijo en la respuesta a la pregunta anterior, la contabilidad del Banco Granahorrar no está digitada por centro de costos, dicha contabilidad está cargada por cuenta para la totalidad de los productos que ofrece el mismo, es decir, de la contabilidad no se puede extraer lo gastado o cargado para cada producto."

"La asignación de gastos no se hizo desde el punto de vista contable, sino, en informes internos del banco, tal como se explicó (...) La base sobre la cual se han aplicado los porcentajes de asignación de gastos para cada uno de los productos con los cuales trabaja el banco, ha sido exactamente igual, es decir, sobre el monto total gastado por el banco durante cada año."

2.5.4. A la pregunta referente a si *"es razonable que los años 1999 y 2000 el impuesto de renta correspondiente a la administración de la cartera de terceros sea superior al total del impuesto de renta pagado en esos años por Granahorrar"*, respondió que *"No es razonable que el impuesto de Renta correspondiente a la administración de cartera sea superior al impuesto realmente pagado, teniendo en cuenta que cuando se hace una asignación de gasto, se hace con base en lo realmente causado y/o pagado por la empresa, y el impuesto de renta hace parte de los gastos de una empresa"*, pero explicó que:

"La diferencia se presenta porque el cálculo hecho en el informe de aclaraciones y complementaciones está hecho con base en la tasa de tributación para el banco sobre la utilidad (Renta Líquida Gravable), de acuerdo con las normas tributarias, y el banco tributó con base en renta presuntiva, por ser superior a la Renta Líquida Gravable."

Explica la nueva experticia que *"El procedimiento aplicado en el informe de aclaraciones y complementaciones presentado, es un procedimiento válido desde el punto de vista de la administración del banco, es decir, con ello puede determinar hasta que punto un producto es rentable o no y poder tomar decisiones de hasta donde aguanta el producto en el mercado."*

De especial importancia es la respuesta a la pregunta concerniente a si *"es posible en opinión de la señora Perito asignar de manera clara, individualizada y directa a la administración de cartera de terceros los gastos en que incurre GRANAHORRAR para esos efectos?"*, la que se responde así: *"No es posible determinar en forma directa qué se invirtió en la administración de cartera de terceros, esto debido a que tal como están los registros contables del Banco Granahorrar, es imposible determinar cuál fue la asignación de gastos."*

Las transcripciones anteriores, en sentir del Tribunal, evidencian que la objeción parcial por error grave estuvo encaminada, más que a evidenciar supuestas fallas en el labor pericial, a cuestionar de manera general los sistemas y procedimientos contables utilizados por el Banco demandado, de lo cual es prueba por excelencia el enfoque de las preguntas formuladas a la segunda experta, de cuyas respuestas no puede inferirse que existió un grave error en el aparte censurado de la experticia y menos cuando se pone de presente al Tribunal que son varios los métodos que pueden ser empleados para llevar una contabilidad, que mientras sigan los lineamientos generales fijados por la ley para llevarlas, son legalmente admisibles, porque todos ellos son válidos y no permiten su descalificación por la circunstancia de no compartir su empleo o de estimar que existen otros que, en un particular modo de ver las cosas, consideramos más eficientes, adecuados o modernos, que es la labor en la cual se enfrascó la censura, aspecto que es más que suficiente para negar la objeción sin que, se reitera, eso signifique que el Tribunal asuma como axioma lo señalado en el primer peritazgo contable.

No obstante, adiciona el Tribunal, que es de particular relieve lo advertido en la segunda experticia contable acerca de que *"No es posible determinar en forma*

directa que se invirtió en la administración de cartera de terceros, esto debido a que tal como están los registros contables del Banco Granahorrar, es imposible determinar cuál fue la asignación de gastos.”, y no se puede perder de vista que en concreto y frente al trabajo censurado la base de la objeción quedó centrada a que falló la experta en “Determinar las cifras de los costos y gastos asociados o relacionados con la generación de los ingresos de GRANAHORRAR por concepto de la administración de cartera de terceros para el período comprendido entre enero de 1999 y diciembre de 2005”.

En conclusión, no prospera esta objeción por error grave y así se declarará en la parte resolutive del laudo.

1.2. La Objeción por Error Grave a la Experticia en Sistemas

La parte convocada la censura de manera parcial al indicar que:

“En términos generales, en las preguntas que se objetan, el dictamen técnico está cargado de opiniones y suposiciones del perito elaboradas sin prueba documental o sin soporte probatorio alguno. Además, queremos poner de presente las protuberantes contradicciones en que incurrió, así como la existencia de preguntas que el perito eludió responder. El error grave, determinante de las conclusiones u originado en éstas, consistió en que el perito tomó como objeto de estudio, en las preguntas que se precisan más adelante, una cosa fundamentalmente distinta de la que era materia del dictamen y, además, no tuvo en la cuenta pruebas documentales de significativa importancia obrantes en el proceso.”

Al proceder a la puntualización de los puntos objeto de error grave, en esencia, destaca los siguientes:

a. Que se fundamentó para efectos de determinar tiempos de respuesta en aspectos del sistema FENIX actual y no en el de 1998, lo que lleva a que *“tomó como objeto de estudio una cosa fundamentalmente diferente a la que es objeto de la pregunta. En esencia, se le preguntó por las razones en que se basó para resaltar las características del sistema FENIX del año 1998, sin embargo, respecto de los tiempos de respuesta, el perito no analizó este sistema FENIX del año 1998 sino el sistema FENIX actual”.*

b. Que se le solicitó *"aclarar e indicar cuál fue la verificación técnica o documental realizada o la fuente obtenida por el perito para comprobar que a marzo de 1998 'obviamente sí existía un sistema compuesto por un conjunto de programas que han debido tener a esa fechas pruebas técnicas que aseguraran su funcionamiento".* (Página 35 del dictamen). Aportar los documentos que soportan la afirmación realizada por el perito" y el perito contempló como *"fundamento de su respuesta un documento suministrado directamente a él por la parte convocante (oficio No. 9950-0124, de 11 de julio de 2005, suscrito por un excontralor de Granahorrar y dirigido a Félix Rodríguez), sin que hubiere mediado solicitud del perito ni disposición del Tribunal al respecto, en clara violación de las normas procesales e incluso de la lealtad procesal debida entre las partes litigiosas.";* que el sistema FENIX desarrollado a favor del Banco Granahorrar no está construido sobre el manejador de base de Sybase sino sobre el manejador de base de datos Oracle. En esa medida, el perito tomó como objeto de observación una cosa distinta de la que es materia del dictamen."

c. Que al contestar la pregunta 11 formulada por la parte convocada y al realizar el estimativo de avance o de desarrollo del sistema FENIX para el año 1998, sumó las líneas de código Sybase con las líneas de código en Oracle, lo cual es un error mayúsculo", pues en sus explicaciones *"incurre en contradicciones protuberantes y, por tanto, sus conclusiones respecto del estimativo de desarrollo del sistema FENIX para el año 1998 es errado, en particular en cuanto al rango del 54% al 78%",* lo que lleva a concluir que *"el perito modificó las cualidades o los atributos propios del objeto examinado".*

d. Que en pregunta 11.12 corresponde a lo siguiente: *"Aclarar cuál sería el porcentaje de avance de la versión del sistema FENIX disponible en Oracle a marzo de 1998, frente a la versión de FENIX en Oracle del año 2000."* Sin embargo, el perito elude la pregunta, es decir, no responde lo preguntado y al contrario ratifica el rango indicado en el dictamen, estimando el porcentaje de desarrollo de FENIX en Marzo de 1998 en un rango de 54% a 78%, de modo

que el error que se endilga consiste en que *"ni siquiera se respondió por el perito lo preguntado."*

e. Que en el dictamen inicial el perito consideró que *"en junio de 1999, FENIX era un producto terminado, de acuerdo con el numeral 10 de acta de fecha 2 de marzo de 2000, suscrita entre GRANAHORRAR y FERSOFT"*, lo que es errado *"puesto que el contenido de la misma Acta del 2 de marzo de 2000 arroja una conclusión distinta, esto es, que luego de entrar en producción el sistema FENIX en Junio de 1999, todavía el sistema carecía de algunas funcionalidades y especificaciones requeridas por Granahorrar."*, lo que además se establece con el análisis de diversos documentos que el objetante señala para concluir que *"Si el perito hubiese tenido en cuenta todos los documentos mencionados o no los hubiese analizado de manera parcial (como el acta de 2 de marzo), su respuesta hubiera sido distinta"*.

f. Que para dar su opinión acerca de la funcionalidad correspondiente a la administración de cartera de terceros y si era posible determinar que hubo cambios en la misma, el perito consideró que *"no es posible establecer alguna conclusión con relación a si las funcionalidades de administración de cartera de terceros sufrieron cambios, adaptaciones o procesos de reprogramación total o parcial"*, lo que estima es grave error pues desconoce *"varios documentos que permiten deducir de manera contundente los cambios y desarrollos en cuanto a la funcionalidad de la administración de cartera de terceros"*, los que pasa a analizar el objetante.

g. Se indica que varias de las preguntas las respondió para referirse a asuntos diferentes de aquellos sobre los que versaban los interrogantes como sucede con la pregunta 20.3 donde de nuevo, contesta algo esencialmente distinto a lo que es objeto de la pregunta. En efecto, se dice en la pregunta 20.3: *"Aclarar si las instancias de Oracle denominadas HISTGRAN y CARTFORM incluyen la estructura de datos exacta y completa correspondiente al software Fénix, el conjunto de datos requerido para la operación del software Fénix en línea, [...]"*, cuyo error grave consiste en que la respuesta no coincide con lo preguntado o solicitado por la parte convocada."

h. Que en la respuesta a la pregunta 2.2 de las aclaraciones: *"Aclarar su respuesta indicando en el resumen del cuadro de la página 61, para cada rango de fechas, cuántos de los equipos relacionados en la columna NUMERO DE EQUIPOS, tenían instancias completas del sistema Fénix (acorde con los componentes establecidos en la respuesta 1.4 a excepción de CLIENTE POWER BUILDER), operando en producción, es decir, prestando servicios de administración de cartera en línea a los usuarios finales del sistema"* y que el perito, de nuevo, en actitud reticente, no contesta lo preguntado.

i. Igualmente se censura que el perito en la pregunta 5 del cuestionario inicial, la responde de manera confusa en el dictamen inicial y *"presenta una información parcializada sobre la relación que sostuvo el Banco Granahorrar con el BCH, en cuanto a la migración de la cartera cedida del BCH a Granahorrar, indicando que hubo "discrepancias" entre el BCH y Granahorrar."*, considerando que sus conclusiones *"son falsas y erradas, dado que a él se le preguntó si el Banco Granahorrar había instalado el sistema FENIX en equipos de terceros, lo cual no fue realmente contestado por el perito. Este tendenciosamente confunde las fechas de la cesión de activos y pasivos del BCH al Banco Granahorrar (primero menciona que es en octubre de 2000 cuando realmente fue en febrero de 2000) y malinterpreta el memorando de 14 de julio de 2000 suscrito por el ingeniero José Luís Merchán Ortega."*

j. El señor apoderado de Fersoft describió el traslado del anterior escrito y manifestó que se oponía a la declaración del error grave y puso de presente que no se presentó ninguna prueba de carácter técnico pues se limitó a anexar documentos internos de GRANAHORRAR y que ha debido solicitar una segunda pericia tal como lo exige el Código de Procedimiento Civil, pero no lo hizo por cuanto *"una segunda pericia arrojaría el mismo resultado pues no hay deficiencia técnica alguna"*.

k. Adiciona que lo que la convocada hace es *"un simple alegato de parte"* y que *"el escrito presentado por la convocada contiene tan solo un debate, un disentimiento respecto de la opinión del perito (...) no de otra manera se*

entiende que pretenda presentar como prueba de su objeción su diferente lectura de documentos internos de la convocada, que constituyen con la propia opinión de la convocada el único soporte de esta objeción por error grave”.

Para decidir la objeción anterior el Tribunal pone de presente que es lo usual y, en verdad, es difícil que sea de otra manera, en asuntos tan especializados del saber como lo es el que atañe con aspectos de detalle, incluso mínimo, de los sistemas de computación, que el trabajo del experto se entregue para su análisis y crítica a unos asesores de similar formación científica y éstos emprenden el estudio que se les encarga diseccionando hasta los más nimios aspectos el documento pertinente, labor en la cual es usual que desconozcan el alcance que debe tener una objeción por error grave, y es así como presentan sus observaciones para poner de relieve, como si se tratara de un grave error, la menor imprecisión que, en su concepto, pueda darse, para ubicarla como grave error; también lo hacen, cuando su criterio técnico no es coincidente con el del perito, conductas éstas que sobredimensionan el marco que debe contener la objeción, que tal como se advirtió en las consideraciones generales de este aparte, tiene una precisas y exigentes connotaciones, que en la presente objeción tampoco encuentra reunidas el Tribunal, porque no surge la grave imprecisión, ya que en su mayoría se tratan de puntuales anotaciones críticas sobre aspectos específicos del trabajo que no permiten admitir la censura y menos cuando los aspectos esenciales del mismo, que ciertamente orientan el criterio del Tribunal, no fueron objeto de la impugnación analizada.

Eso sí, reitera el Tribunal, la circunstancia de que el señor apoderado de la parte convocante no hubiera solicitado otra experticia sobre el punto, no es razón para desechar el análisis de su solicitud por lo indicado en los apartes generales de este análisis.

Ciertamente, la divergencia en ciertos datos porcentuales por el hecho de no coincidir las operaciones del perito con las del objetante no significa que el equivocado sea aquel; es más, aún si así lo fuera, no versan sobre un aspecto esencial de la pericia que, de ser admitido por el Tribunal, lo hubiere podido llevar a tomar una decisión en sentido diverso del que se ha debido dar de no

ser seguido el derrotero pericial, circunstancia que no encuentra el Tribunal predicable de ninguna de las varias censuras contenidas en el escrito de objeción.

De otra parte, se resalta que en numerosos de los acápites de la objeción, la observación que se formula es que el perito no analizó el material probatorio que en concepto del objetante le hubiera debido llevar a una conclusiones diferentes, labor asignada de manera exclusiva al Tribunal a quien por ley corresponde el estudio y crítica de las pruebas, de ahí que también por tal aspecto está llamada al fracaso la censura que se estudia, sin perjuicio de que el Tribunal tome atenta nota de tales observaciones para lo que estime necesario en la decisión que aquí se adopte.

Ahora bien, se critica también al perito por haber tomado en cuenta documentos o información suministrada por una parte. A este respecto observa el Tribunal que es normal que en el curso de la indagación para realizar su trabajo, el perito obtenga documentos o reciba información pertinente. En tal caso, como lo señala el artículo 237, numeral 3, del Código de Procedimiento Civil, el mismo debe incorporar la información a su dictamen para que el juez pueda determinar el mérito de convicción aplicable y en el caso de testigos pueda citarlos a declarar. Por consiguiente, el hecho de que el perito tome estos elementos en consideración no permite concluir que existe un error grave, pues éste implica que las conclusiones del perito no son correctas, como por ejemplo cuando cambia el objeto examinado o sus calidades. Otra cosa es que el Tribunal, al apreciar la prueba pericial deba determinar el valor probatorio que le debe otorgar a las conclusiones del perito, con fundamento en la información que suministra. A lo anterior se agrega que del dictamen se corre traslado con todos sus soportes, por lo cual las partes tienen el derecho de contradicción en ese momento, también en lo que a pruebas documentales que presenta el perito como parte integrante de su trabajo, se refiere.

Tal como se desprende del resumen de la objeción, otros de los cuestionamientos que se hacen es que el perito no respondió la pregunta pertinente, circunstancia que no es posible encuadrarla bajo la óptica de la

objeción por error grave, dado que ésta únicamente puede darse de conductas positivas o, es lo mismo, manifestaciones expresas del perito, como antes se advirtió.

En conclusión, el Tribunal estima que no se halla estructurado un error grave en el dictamen pericial en sistemas y así lo declarará.

2. La Tacha por sospecha de los testigos empleados de Granahorrar

El señor apoderado de la parte convocante ha indicado en el desarrollo de algunos de los testimonios practicados, que por ser los declarantes empleados de la sociedad convocada, debido a esa vinculación los tacha como testigos sospechosos.

Para decidir el punto, el Tribunal advierte:

El inciso segundo del art. 218 del C. de P.C. señala que *"Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio"*, de modo que es imperativo en esta ocasión decidir acerca de dicha censura⁴ que, desde ahora se adelanta, no conlleva una declaratoria de tal, sino apenas la referencia a la especial atención que se dio a los testimonios de empleados y exempleados de GRANAHORRAR, a saber: José Luís Merchán Ortega, Luís Enrique Collante Vásquez⁵, José Fernando Garrido, Jaime Alfonso Guarín, Rafael Navarro Díaz Granados, Daladier López, Fernando Alfonso Ricaurte, Alfonso López Flórez, María del Pilar Rocha, Luís Armando Bastidas, Roberto Buitrago, Jorge Eliécer Pineda, Jairo Arévalo, Hernando Reyes Vargas y Juan Carlos Alzate⁶.

⁴ En la declaración de José Luís Collante claramente se dejó sentado por el Presidente del Tribunal que: "Como lo han señalado le corresponde al Tribunal decidir sobre la tacha de sospecha en el momento del laudo y le agradecemos su presencia."

⁵ Institución inútil al máximo es esta de la tacha por sospecha pues siempre el testimonio se recauda, básica diferencia con la inhabilidad del testigo, y con o sin tacha, siempre está el juez en el deber de realizar la crítica del testimonio que implica, entre otros, tener en cuenta esas circunstancias, aún si la ley no lo ordenase.

⁶ Si bien es cierto la censura no se hizo específicamente de todos ellos, el análisis siempre tuvo en mente la circunstancia de la vinculación con la demandada. Es más, igual cuidado se tuvo con respecto de los testimonios que mostraban vinculaciones con la convocante.

La sospecha esta soportada en ciertas circunstancias preexistentes que, tal como lo advierte el 217 del C. de P.C., permitan razonablemente inferir que pueden afectar *"su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas."*

No se trata, entonces, de que inexorablemente un testigo en quien puedan predicarse esas circunstancias va a faltar a la verdad por acción o por omisión, de ahí que el testimonio del testigo "sospechoso" siempre se practica, solo que el juez al estudiarlo debe poner un especial cuidado en su análisis crítico, razón por la cual el inciso final del art. 218 del C. de C. señala que *"El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso"*, lo que, naturalmente, ha hecho el Tribunal en el estudio de toda la prueba testimonial, pues es de resaltar que, aún en el evento de que no se formule la tacha, de darse esas circunstancias, el juez está en el deber de poner especial atención en la crítica del testimonio de quien puede estar incurso en alguno de esos antecedentes, de donde surge una de las razones de ser de los denominados generales de ley, con que se inicia toda declaración.

Queda así decidido lo que concierne con la tacha por sospecha.

3. El Autor del Software Fénix y el Titular de los Derechos Sobre el Mismo

En las pretensiones primera y segunda de su demanda solicita el demandante que se declare que *"FERSOFT es titular de los derechos patrimoniales de autor derivados del programa o software FENIX"* y que *"el autor o creador del programa o software FENIX es el señor FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS"*.

Por su parte, la demanda de reconvención solicita en las pretensiones primera y segunda *"Que se declare que el sistema de cartera en línea denominado FENIX fue elaborado y desarrollado con base en las directrices, instrucciones y*

requerimientos de GRANAHORRAR S.A.” y que “GRANAHORRAR S.A. es titular de los derechos patrimoniales de autor sobre el sistema de cartera en línea denominado FENIX.”

Se destaca la similitud de las dos pretensiones en lo que concierne con la titularidad de los derechos patrimoniales del programa FENIX, de manera que la decisión que se tome frente a este aspecto implica que una de ellas está llamada al fracaso, dado el carácter excluyente como han sido planteadas.

Para sustentar su pretensión la parte convocante señala que el señor Félix Rodríguez Cárdenas concibió y creó entre los años 1.995 y 1.996, el software que denominó FENIX, por lo que es el autor de dicha creación. Los derechos patrimoniales sobre dicho software fueron cedidos a Fersoft por lo cual a dicha sociedad le corresponden los mismos. Afirma que Fersoft y Granahorrar celebraron un contrato de licenciamiento y que en él Fersoft no renunció a sus derechos. Se expresa que la cesión de los derechos sobre una obra intelectual sólo procede a través de un acto solemne, que nunca existió. Advierte, además, que no hay un solo registro en la contabilidad de Granahorrar que permita demostrar que el software lo compró y pasó a ser parte de los activos fijos de la entidad. Así mismo afirma que hasta el año 2005, Granahorrar siempre procedió partiendo de la base que el software pertenecía a Fersoft. Así se desprende del informe enviado a la Superintendencia Bancaria, de los documentos suscritos entre las partes, de las actas de comité de compras, de las del comité de coordinación y de las de la junta directiva de Granahorrar. Agrega que lo que ocurrió con las Cajas de Compensación y Fondos de Empleados confirma que Granahorrar nunca entendió ser propietaria del software. Así mismo señala que la personalización del software, de acuerdo con particulares requerimientos de Granahorrar, no desnaturaliza la creación y propiedad del software del demandante ni lo despoja de sus derechos patrimoniales. Igualmente se refiere a los contratos de prestación de servicios celebrados, de los cuales deduce que en ellos no se reconoce la propiedad del software para Granahorrar.

Por su parte el apoderado de Granahorrar sostiene que si bien el autor del software es el señor Félix Rodríguez Cárdenas, su poderdante es la titular de los

derechos patrimoniales, en la medida en que el contrato de licencia celebrado por las partes realmente corresponde a un contrato de obra por encargo, el cual, de conformidad con la ley, implica la transferencia de derechos patrimoniales, sin que sea necesario observar formalidad alguna. A tal efecto precisa que Fersoft desarrolló, modificó y completó el software según las instrucciones de Granahorrar, por cuenta y riesgo de ésta, bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios. Para tal efecto, se refiere a los documentos que antecedieron la celebración del contrato. En el mismo sentido advierte que al momento de firmarse el contrato de licencia, el software no existía. Así mismo destaca que el software entregado difiere sustancialmente del ofrecido en 1997. De esta manera, de los medios probatorios aportados al proceso y, principalmente, de los documentos que instrumentalizaron la aplicación práctica del negocio y el alcance que las partes le dieron a su acuerdo, concluye que Fersoft y Granahorrar ejecutaron un convenio de prestación de servicios para el desarrollo, construcción y culminación de un sistema o software de cartera en línea a favor de Granahorrar. Agrega, además, que Fersoft entregó el código fuente, lo cual revela que no quería conservar el derecho exclusivo de hacer modificaciones, cambios y copias del sistema. En este mismo orden de ideas destaca que el contrato permite al Banco hacer modificaciones del Software. Agrega que de los contratos posteriores se desprende que las partes entendían que el Software era de Granahorrar. Señala que el contrato celebrado en relación con las cajas de compensación y fondos de empleados se concluyó cuando ya habían surgido las reclamaciones de Fersoft y sólo tenía por propósito desarrollar un módulo. Destaca que sólo hasta junio de 2004 se registró el software por parte de Fersoft. Agrega que no existe el denominado software secundario y que sólo existe una versión del sistema FENIX que corresponde a la que Fersoft le entregó a Granahorrar.

Sobre el particular considera el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar, es necesario precisar que los programas de computador o software están protegidos mediante las normas del derecho de autor⁷. Así lo

⁷ Sobre el origen de la protección a través de la legislación de derechos de autor y las discusiones sobre el particular LIPSZYC Delia, Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ed.

precisa el artículo 1º del decreto 1360 de 23 de junio de 1989, el cual señala: "De conformidad con lo previsto en la ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (software) se considera como una creación propia del dominio literario". Igualmente así lo prescribe el artículo 23 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que dispone "*Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias*". Esta tendencia corresponde a lo que ha ocurrido en diversos países del mundo en donde en general se ha acudido a las reglas para proteger el derecho de autor aunque con adaptaciones, teniendo en cuenta la naturaleza de los programas⁸. Por consiguiente, para resolver la controversia objeto del presente proceso se tendrán en cuenta los principios y normas que regulan el derecho de autor y las disposiciones especiales en materia de programas.⁹

Desde este punto de vista debe recordarse que es autor quien realiza la creación intelectual. En tal sentido el artículo 9º de la ley 23 de 1982 dispone: "*La protección que esta Ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno.*" Como quiera que sólo las personas naturales pueden realizar por sí mismas creaciones intelectuales, la doctrina ha señalado que el autor siempre es una persona natural¹⁰. Lo anterior sin perjuicio de que una persona jurídica pueda adquirir derechos patrimoniales sobre la obra creada, tal como en este proceso ha sucedido con la cesión hecha por Félix Rodríguez a la sociedad Fersoft de la que es accionista mayoritario y representante legal.

En el presente caso, Granahorrar reconoció expresamente en el interrogatorio de parte que el autor de Fénix es el señor Félix Rodríguez Cárdenas. En efecto, al ser preguntado el representante legal de dicha entidad si era cierto que el

Zavalia, Buenos Aires, 1993, páginas 106 y siguientes. Igualmente Ernesto Rengifo García: Propiedad Intelectual. Universidad Externado de Colombia, 1996, páginas 190 y siguientes.

⁸ Ver por ejemplo Jorgen Blomqvist Copyright and Software Protection. Revue Internationale de Droit D'auteur No 151. Enero de 1992. En todo caso aun hoy se sigue discutiendo la conveniencia de la protección a través del régimen de patentes.

⁹ La doctrina señala que la jurisprudencia al aplicar las normas de derecho de autor a los programas de computador ha tenido en todo caso que realizar un trabajo de adaptación debido a las particularidades del mismo. Stacey Dogan y Joseph Liu Copyright Law and Subject Matter Specificity: The Case of Computer Software.

¹⁰ Esta es la concepción propia de la tradición jurídica latina. LIPSZYC Delia, Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1993, página 43.

autor del software Fénix era el señor Félix Rodríguez Cárdenas, contestó (folios 460 a 470 del Cuaderno de Pruebas No. 6): *"Es cierto que el señor Félix Eduardo Rodríguez Cárdenas es el autor, el banco no ha discutido la autoría del programa, pero sí ha aclarado y por eso en ese sentido aclaro la respuesta que los derechos patrimoniales son del Banco Granahorrar, de acuerdo con los argumentos expuestos en la contestación de la demanda."*

Así las cosas, no existe divergencia entre las partes acerca de quien es el autor del software, por lo cual, sin necesidad de más argumentos, dada la contundencia que tiene la prueba de confesión que para el Tribunal, atendidas sus características tiene alcance de plena prueba, se accederá a la pretensión segunda de la demanda.

La controversia entre las partes es acerca de quién es titular de los derechos patrimoniales sobre el programa y, en particular, del alcance del contrato suscrito y la conducta desplegada por las partes.

De esta manera, para determinar realmente a quien pertenecen los derechos patrimoniales del programa, debe el Tribunal analizar el contrato de licencia celebrado entre las partes y la conducta de las mismas, para así desentrañar su naturaleza jurídica.

4. Determinación de la Naturaleza Jurídica del Contrato de 23 de Diciembre de 1997

De acuerdo con lo que obra en el expediente, entre las partes se celebró un contrato que denominaron *"Contrato de licencia de uso del sistema Fénix suscrito entre la Corporación Granacolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar y Fersoft Ltda."*¹¹ Si bien obran dos documentos con fecha distinta (folios 128 a 138 y 139 a 149 del Cuaderno de Pruebas No.1), los dos son de idéntico contenido, por lo cual el Tribunal se referirá al de fecha 23 de diciembre de 1997, que también fue la asumida por los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión.

¹¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 128 y ss.

Ahora bien, los aspectos más relevantes de dicho contrato son los siguientes:

En primer lugar, las partes manifiestan que han decidido "*celebrar un contrato de licencia de uso*". En la cláusula segunda del contrato se estipula: "*Mediante el presente contrato la sociedad FERSOFT LTDA concede a GRANAHORRAR y éste acepta por término indefinido y con carácter definitivo e irrevocable, licencia de uso del Sistema de Cartera Individual en Línea denominado "FÉNIX" personalizado a las necesidades y requerimientos de GRANAHORRAR" (se subraya). En la cláusula cuarta se expresó que "*El servidor Fénix está desarrollado en base de datos ORACLE o SYSBASE, procesador de transacciones OPEND, lenguaje PROC y procedimientos almacenados*". En la cláusula quinta se pactó la suma que se pagaría por el contrato y en la sexta la forma de pago.*

Respecto de las obligaciones de Fersoft se previeron, en la cláusula octava, entre otras, las siguientes: "*Entregar el sistema objeto del presente contrato (programas objeto y programas fuente) debidamente instalado y en perfecto funcionamiento en el equipo que GRANAHORRAR disponga para tal fin. 2. FERSOFT LTDA debe garantizar que de acuerdo con los requerimientos de GRANAHORRAR señalados en este contrato o en el documento anexo, el sistema Parametrice por rangos de tasas de interés, sistemas de amortización destinos económicos, plazos, tipo de cartera y subaplicación, tipos de moneda, líneas de crédito y tipos de clientes. FERSOFT LTDA garantiza la operabilidad de las opciones paramétricas que posea el sistema. 3. Elaboración del Software de interoperabilidad para aprovechar la infraestructura del hardware y software existente (...)* 5. Realización de pruebas en cuanto al funcionamiento y veracidad de los datos procesados en el sistema Fénix y su concordancia con el sistema actual de GRANAHORRAR (...) 8. Reconocer de antemano que las adaptaciones al sistema original del contrato son producto de la información suministrada por GRANAHORRAR y por lo tanto son de propiedad de GRANAHORRAR" (se subraya). Así mismo se agrega que "*FERSOFT LTDA garantiza las interfaces necesarias con los demás aplicativos que posee GRANAHORRAR en forma transparente y clara, a satisfacción de los usuarios responsables de estos sistemas, con las pruebas de movimientos contables*

reales y las equivalencias monetarias que define un sistema en línea multimoneda”

En la cláusula novena se pactaron las obligaciones de GRANAHORRAR, las cuales, además del pago del precio, incluyen, entre otras, "4. GRANAHORRAR se compromete a facilitar a FERSOFT LTDA los datos, equipos logísticos que éste requiera para la implementación del sistema". En la cláusula décima relativa a la garantía de calidad y buen funcionamiento se expresa: "El sistema objeto del presente contrato, se entrega por FERSOFT LTDA en perfecto estado de funcionamiento con una garantía de seis (6) meses contados a partir de la fecha de instalación y firma del acta de entrega y recibo a satisfacción del sistema personalizado con los requerimientos de GRANAHORRAR para los cuales se adquirió".

La cláusula décima segunda dispone "Adiciones y/o Modificaciones. Después del vencimiento del término de garantía prevista en la cláusula octava de este contrato, GRANAHORRAR tendrá derecho a realizar las adiciones y/o modificaciones en el sistema, que considere necesarias para el buen funcionamiento del sistema, si (sic) la necesidad de contar con el consentimiento de FERSOFT LTDA". La cláusula vigésima dispone "Modificaciones del Contrato. Para efecto de las modificaciones que se deban surtir entre las partes del presente contrato, deberán constar en escrito y formar parte integrante del mismo". (Se subraya)

Atendido lo antes transcrito, considera el Tribunal que de acuerdo con su texto y lo que fue el mutuo entendimiento dado por las partes en la ejecución del contrato, éste corresponde a una licencia de uso y no a un contrato de obra por encargo como lo pretende Granahorrar.

En efecto, de una parte, el texto del contrato parte de la base de que existe un software cuyo titular es Fersoft, sobre el cual se concede una licencia de uso. Es por ello que se prevé la entrega de dicho software y la garantía de su funcionamiento adecuado. Dicho software debe ser personalizado, es decir adaptado a las necesidades de Granahorrar; sin embargo, tal personalización en

los términos del contrato, no implica un nuevo software, sino que es el mismo inicialmente licenciado. Por otra parte, si bien se prevé la posibilidad de introducir modificaciones, ello no significa que se haya transferido el derecho patrimonial sobre la obra, pues precisamente sólo se reconoce el derecho de propiedad de Granahorrar sobre las modificaciones por la información que ésta última suministre, lo cual implica que no se transfiere el programa en sí mismo.

Por lo demás, el artículo 23 de la Decisión 351 dispone que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias y a reglón seguido, establece que *"Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas."* Lo anterior entonces reafirma que la autorización para realizar modificaciones a un programa no afecta el derecho de propiedad sobre el mismo, por ser una posibilidad propia de la licencia de uso y no de la transferencia, lo que se desprende de la necesidad del licenciatarario de realizar adaptaciones de acuerdo con sus específicas y particulares necesidades.

Por otra parte, el hecho de que se haya previsto en el contrato la entrega del código fuente, no es suficiente para acreditar la voluntad de transferir el software a Granahorrar. En efecto, como lo señaló el testigo Mauricio Gaviria Maldonado, puede ocurrir que en el caso de programas complejos se entregue el código fuente para permitir la modificación del software¹². Adicionalmente se tiene que la entrega del código fuente por sí misma no permite concluir que hubo una transferencia de los derechos patrimoniales sobre el software, en la

¹² "En tal sentido expresó: DR. RENGIFO: Le puede contar al Tribunal cuándo el proveedor, de acuerdo con su experiencia, le cede, le entrega tanto el código fuente como el código objeto, en qué situaciones, en qué hipótesis, usted ha hablado de esas hipótesis, cuándo uno cede el código fuente?"

"SR. GAVIRIA: El código fuente y el código objeto pueden tener diferentes connotaciones en diferentes escenarios, en los negocios grandes para piezas de software complejas, diría uno el estilo del software de una entidad financiera, frecuentemente se recibe dentro del negocio para habilitar a terceros en el acto de entender el funcionamiento, en el acto de diseñar funcionalidad adicional, eventualmente para producir reparaciones rápidas que a veces se hacen por control remoto de una pantalla desde donde esté el proveedor.

"El código fuente está ahí, normalmente se da un acto de buena fe y se pone el código fuente que aunque es el secreto industrial, ahí está la representación, digamos que uno con el código fuente puede producir otras copias para buen o mal uso, pero es común como es frecuente encontrar el código fuente en esas condiciones, está ahí, no es mío, pero está ahí por una razón de conveniencia de las partes, por velocidad, por hacerse la vida cómoda entre las partes, por tiempo de respuesta, pero es frecuente encontrar el código fuente ahí, no necesariamente ha sido entregado, no es del cliente."

medida en que la ley exige para tal transferencia un acto solemne, pues requiere escritura pública o documento privado, lo que pone de presente que la solemnidad es que conste por escrito, tal como lo señala el art. 183 de la ley 23 de 1982 al destacar que: "ART. 183. Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente ley."

No sobra a este respecto señalar que en materia de derechos de autor la interpretación de los contratos es restrictiva en el sentido que sólo deben entenderse transferidos los derechos que expresamente se conceden. En tal sentido los artículos 77 y 78 de la ley 32 de 1982 disponen:

"Artículo 77. Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás."

"Artículo 78. La interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo."

Un principio análogo consagra la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.¹³

Por otra parte, si se examinan otros elementos para determinar cuál fue la voluntad real de las partes en el momento de celebrar el contrato se encuentra lo siguiente:

4.1. La conducta previa de las partes

En primer lugar, si bien el Código Civil no prevé como uno de los elementos para tener en cuenta en la interpretación de un contrato sus antecedentes, es claro que los mismos deben ser considerados, en cuanto sirven para revelar la

¹³ Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.

voluntad común de las partes. Así, por lo demás, lo contempla la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías cuando señala que *"Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes"* (artículo 8º, numeral 3º, en concordancia con el artículo 4.3).

Es claro que los antecedentes permiten saber lo que las partes buscaban conseguir y los propósitos que las guiaron¹⁴; por eso, los antecedentes del contrato deben examinarse cuidadosamente como elementos indicativos de la voluntad contractual, pues precisamente el desarrollo de la negociación, en la etapa denominada como de las tratativas, puede ser ilustrativa de lo que las partes quisieron acordar.

Desde este punto de vista, las circunstancias en que se celebró dicho contrato son coherentes con la calificación dada al mismo. En efecto, de una parte, en su declaración ante el Tribunal el doctor Rafael Navarro Díaz Granados, quien suscribió el contrato de licencia a nombre de Granahorrar y tiene como profesión la de abogado, precisó que en esa época se celebraban dos tipos de contratos: uno para desarrollar software y otro de licencia de uso¹⁵, por lo cual para la Corporación era claro que el contrato que se celebró con Fersoft era de licencia de uso¹⁶.

¹⁴ Díez Picazo, Luis, Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría General del Contrato. Ed. Civitas. página 401.

¹⁵ En tal sentido expresó: "DR. CARDENAS: Para dejarlo bien claro, en esa época se celebraban dos tipos de contratos, este de licencia de uso y otro contrato para desarrollar software?

"SR. NAVARRO: De asesoría u otro de compra.

"DR. CARDENAS: Era otro tipo de contratos diferentes?

"SR. NAVARRO: Otra modalidad."

Y más adelante dijo

"SR. NAVARRO: No preciso, pero sin lugar a dudas de acuerdo a lo que se hacía son dos contratos distintos, la licencia de uso, el de compra venta y el otro la prestación del servicio que se hizo en varias, se contrataban los técnicos nacionales o extranjeros y venían y hacían su trabajo cuyo resultado era de Granahorrar. "

¹⁶ "DR. ESPINOSA: Para la Corporación en esa época, año 97, el anterior contrato que se le ha puesto de presente, era claro que estaba firmando un contrato de licencia de uso?

"SR. NAVARRO: Claro, tal como lo expresa el mismo documento y como anoté había varias modalidades en estos contratos básicamente un objeto tecnológico.

Adicionalmente, en la propuesta presentada por el señor Félix Rodríguez Cárdenas, como representante de Fersoft, mediante comunicación del 21 de octubre de 1997, se expresa (folio 306 del Cuaderno de Pruebas No. 2):

*"El contrato a celebrarse con GRANAHORRAR, es una compraventa del bien o producto específico denominado FENIX que es un sistema contentivo de varios programas de SOFTWARE, **cuya compraventa deja a salvo o no incluye los derechos patrimoniales y morales del autor que son de su exclusiva propiedad.** Por lo tanto, el autor puede utilizar libremente sus conocimientos para desarrollar y/o comercializar aplicaciones de características similares al producto cuya venta se propone, en otras negociaciones de la misma naturaleza, ya sea en la misma plataforma de SOFTWARE o en otra diferente". (Resalta el Tribunal)*

De esta comunicación destaca el Tribunal que en la misma se manifiesta que el contrato que se celebraría es un contrato de compraventa de un software. Sin embargo, a reglón seguido, se expresa que esa compraventa no incluye los derechos morales y patrimoniales de autor, lo cual indica que no se trata de compraventa, en la medida en que no tiene por objeto la transferencia de un bien, y de esta manera es evidente que no se puede estar al tenor literal de dichas expresiones cuando del análisis integral de la cláusula fluye con claridad el sentido que entendieron los contratantes tenía.

Desde este punto de vista considera el Tribunal que lo que existió fue una confusión de quien redactó la propuesta acerca de la naturaleza del mismo, explicable por no ser el señor Rodríguez abogado ni conocedor de temas legales, pues lo consideró una compraventa, a pesar de que técnicamente no tiene tal naturaleza y precisamente por ello Granahorrar, que como se vio, en la época tenía claridad sobre lo que constituía cada clase de contrato, al redactarlo no se refirió a una compraventa.

No sobra observar que esta confusión se presenta a menudo en la práctica e incluso en el contexto de la venta internacional de mercaderías, ciertas jurisdicciones han considerado que se puede hablar de venta de software,

cuando el mismo es estándar, pero no cuando es fabricado especialmente.¹⁷ En igual sentido se puede citar doctrina en materia de contratos que considera que en últimas se enajena un ejemplar del soporte del programa, sin perjuicio de los derechos de autor.¹⁸

Por otra parte, se señala por la parte demandada que el 15 de diciembre de 1997 el señor Félix Rodríguez le dirigió una comunicación a la doctora Ana María Romero, abogada de la División Jurídica, en donde le hace comentarios a la minuta del contrato que iba a firmar y en cuanto a la cláusula segunda expone: *"No hay observaciones al texto propuesto. Sin embargo debemos ser reiterativos en la incorporación del siguiente párrafo -solo para reafirmar la claridad del negocio-, así: PARÁGRAFO: Es entendido que la concesión de esta licencia de uso, deja a salvo los derechos patrimoniales y morales del autor, que son de su única y exclusiva propiedad"*. Señala el apoderado de Granahorrar que dicho texto no fue incluido en el contrato, lo que es cierto. Sin embargo, para el Tribunal es claro que si se concedía una licencia de uso, ello no afectaba los derechos patrimoniales y morales del autor, por lo cual no era necesaria su inclusión expresa, de manera que la omisión de tal expresión, a juicio del Tribunal, no revela que la voluntad de las partes fuera transferir los derechos sobre el programa.

De esta manera, de la conducta anterior de las partes no se infiere que las mismas hayan querido celebrar un negocio distinto del que denominaron como licencia de uso, todo lo contrario, se reafirma que entendieron celebrar este tipo de contrato.

¹⁷ Es el caso de las corte alemanas al pronunciarse sobre la Convención de Viena sobre Compraventa: Corte de Apelaciones de Köln, 26 de agosto de 2004 disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940826g1.html>>; Corte de Distrito de Manchen, 8 de febrero de 1995 disponible en <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html>>. Igualmente el comentario de Frank Diedrich The CISG and Computer Software Revisited Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, Supplement (2002) 55-75, disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/diedrich1.html>. En el mismo sentido el análisis de Sarah Green & Djakhongir Saidov. Software as Goods Journal of Business Law (March 2007) 161-181. Copyright © Sweet & Maxwell Limited and Contributors. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/green-saidov.html>

¹⁸ Jérôme Huet (Les Principaux Contrats Speciaux. En el Traité de Droit Civil bajo la dirección de Jacques Ghestin. Ed LGDJ, Paris, 1996, página 614) señala que cuando se pone a disposición de una persona un programa de forma definitiva se trata de un contrato de compraventa

4.2. La conducta posterior de las partes

Por lo que se refiere a la conducta posterior de las partes, esto es a la aplicación práctica del contrato a la que se refiere como criterio de interpretación el artículo 1622 del Código Civil, no encuentra el Tribunal que la misma haya implicado un cambio en la naturaleza del contrato.

Por una parte, obra en el expediente un proyecto de otrosí al contrato de licenciamiento, por el cual se modificaba el contrato de licencia para disponer que: *"Mediante el presente contrato FERSOFT LTDA transfiere a título de venta a GRANAHORRAR el Sistema de Cartera Individual en Línea para ampliación en Instituciones Financieras, denominado FENIX"* (folio 12 a 19 del Cuaderno de Pruebas No. 5). Dicho otrosí no fue firmado. En todo caso en el objeto de dicho otrosí se decía en la cláusula primera (objeto): *"No obstante FERSOFT LTDA podrá comercializar el módulo central del sistema de cartera individual en línea original, con excepción de la personalización desarrollada para Granahorrar."* Para el Tribunal es claro que dicho otrosí no tendría sentido si Granahorrar fuese el dueño del software.

Así mismo, en el otrosí al contrato de licencia (folios 65 y s.s. del Cuaderno de Pruebas No. 5 y folio 150 del Cuaderno de Pruebas No. 3), de marzo del año 2.000, se incluye el siguiente considerando que *"GRANAHORRAR y FERSOFT celebró (sic) un contrato de LICENCIA DE USO, el día 11 de diciembre de 1.997."*

De igual manera obra en el expediente una comunicación del 31 de marzo de 2003 (folio 84 del Cuaderno de Pruebas No. 5), en la cual FERSOFT manifiesta al BANCO *"La presente para informarle a ustedes que la firma FERSOFT LTDA, como desarrollador y propietario intelectual del SISTEMA DE ADMINISTRACION DE CARTERA "FENIX", no ha liberado ni ha autorizado a firmas diferentes al Banco Granahorrar, para hacer modificaciones y mantenimiento al software anteriormente nombrado"* (se subraya). Si bien el apoderado del Banco señala que tal comunicación tenía por objeto cumplir ciertos requisitos ante la Contraloría General de la República, lo cierto es que en la misma se afirma que

Fersoft es el desarrollador y propietario intelectual del sistema. Es apenas obvio que si ello no fuera cierto o no correspondiera al entendimiento que las partes tenían, tal afirmación de Fersoft hubiera sido controvertida por Granahorrar y el hecho de que fuera para cumplir requisitos propios del control fiscal, en nada demerita su alcance probatorio, por ser obvio que no se trataba de informar circunstancias que no correspondieran con la realidad.

Por lo demás, al revisar los documentos correspondientes a los órganos de Granahorrar se aprecia que para los mismos Fersoft era el titular de los derechos patrimoniales sobre el software.

En efecto, en el Comité de Coordinación del día 19 de Octubre de 2.004 (folio 527 del Cuaderno de Pruebas No. 9) se expresa:

*"El Dr. Ricaurte informa que en las negociaciones que se vienen adelantando con FERSOFT dicha firma ha planteado como esquema para que Granahorrar pueda seguir administrando cartera de terceros el participar con un porcentaje de los recaudos que por dicho concepto Granahorrar tenga, y ha tenido en el pasado. La Dra. Maria del Pilar Rocha Jaramillo recuerda al Comité que revisado el contrato, no es claro el que Granahorrar inconsultamente haya administrado y devengado comisiones por la administración de cartera de terceros con el SW FENIX. El Comité se declara enterado y considerando al respecto, que la entidad no debe establecer negocios con terceros como el señalado de compartir unas comisiones, define: * Para la administración de cartera originada en las Cajas de Compensación Familiar o Cooperativas de Empleados, el reconocer un valor fijo por los desarrollos que permitan administrar dichas cajas, con un valor fijo adicional acorde con las Cajas o entidades que el Banco vaya vinculando. * Con referencia a la administración de otros terceros (CISA, FOGAFIN, Titularizadora, entre otros) se debe buscar una cifra de acuerdo que reconozca la exclusividad de Granahorrar en dichas negociaciones."(Se subraya)*

Así mismo, en el Comité de Presidencia del 15 de febrero de 2005 se incluye (folio 92 del Cuaderno de Pruebas No. 5):

"Se autoriza a continuar negociaciones con FERSOFT respecto a acordar entre las partes una licencia de uso general del SW FENIX para administrar (y haber administrado) carteras de terceros hasta por una suma de US 100.000. Se autoriza renovar el soporte sobre las licencias actuales por la suma de \$25MM mes."

Adicionalmente, vale la pena destacar que en la Junta Directiva del 23 de junio de 2005 (Acta No. 622), se presenta un informe sobre el software Fénix. Ahora bien ni en dicha acta ni en dicho informe se hace referencia a que Granahorrar es el propietario del software. (Folio 478 y s.s. del Cuaderno de Pruebas No. 11)

Por otra parte, es pertinente revisar los demás contratos que se celebraron entre Fersoft y Granahorrar y cuyas copias reposan en el expediente, en los que como se verá no se altera el tratamiento legal advertido. Así las cosas obran en el expediente los siguientes contratos de prestación de servicios:

1. Copia del contrato de prestación de servicios celebrado entre Fersoft y Granahorrar de fecha Agosto 1 de 2001, por el cual el contratista se obliga a prestar sus servicios profesionales para realizar las actividades de análisis, programación, diseño, desarrollo y modificación de los programas del sistema "FENIX" cartera en línea de Granahorrar de conformidad con la propuesta ..." Dicha actividad tenía por objeto sistemas de administración para la reestructuración de créditos, daciones en pago y ajustes de transacciones, así como liquidación de honorarios. (Folios 155-159 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
2. Copia del contrato de Prestación de Servicios de Migración de la Cartera del Banco Central Hipotecario al Sistema FÉNIX cartera en Línea de Granahorrar de fecha 4 de agosto de 2.000, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar (Folios 160-162 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
3. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, de conformidad a los requerimientos de los usuarios del sistema y circular externa 050/051 de 2.001 emitida por la Superintendencia Bancaria de fecha 10 de diciembre de 2.001 (Folios 163-169 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

4. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, (de conformidad con Plan descuento por pago, plan reducción de cuotas, reestructuración y refinanciación de créditos) suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar de fecha marzo 5 de 2.001 (Folios 177-181 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
5. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, de conformidad con los requerimientos de los usuarios del sistema, para implementar el seguro de cobertura para garantizar el comportamiento de la inflación de fecha 29 de octubre de 2.002, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar (Folios 182-185 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
6. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, de conformidad a los requerimientos de los usuarios del sistema para implementar la cartera VIS subsidiada por el Fondo Nacional de Garantías entre Fersoft y Granahorrar de fecha 24 de Septiembre de 2.002, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar (Folios 186-192 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
7. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, de conformidad a los requerimientos de los usuarios del sistema, para implementar la segunda fase del seguro de cobertura de fecha diciembre de 2.003, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar. (Folios 193-197 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
8. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, de conformidad a los requerimientos de los usuarios del sistema, para implementar el adelantamiento de cuotas y la eliminación del saldo a

favor, de junio 20 de 2.003, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar. (Folios 198-201 del Cuaderno de Pruebas No. 1.)

9. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, de conformidad a los requerimientos de los usuarios del sistema, para implementar y procesar la conciliación de cuentas del Banco de la República, de fecha 28 de febrero de 2.003, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar (Folios 202-205 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
10. Copia del contrato de Prestación de Servicios para el Mantenimiento de los Programas del Sistema "Fénix" Cartera en Línea, entre Fersoft y Granahorrar de fecha 26 de febrero de 2.003, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar (Folios 207-211 del Cuaderno de Pruebas No. 1)
11. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la modificación de los programas del sistema "Fénix" cartera en línea de Granahorrar, de conformidad a los requerimientos de los usuarios del sistema, para implementar contabilidad diaria y manejo contable por centro de costo, de fecha diciembre 15 de 2.004, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar. (Folios 212-223 del Cuaderno de Pruebas No. 1.)
12. Copia del contrato de Prestación de Servicios para la Modificación de los Programas del Sistema "Fénix" Cartera en Línea de Granahorrar, de conformidad a los requerimientos de los usuarios del sistema para implementar: 1) Contabilización de Operaciones de la cartera castigada, 2) Administración de Provisiones de años anteriores, 3) Cálculo de los Ajustes a Intereses Corrientes, mora e intereses de mora sobre seguros para transacciones de reversos de abonos y abonos extemporáneos, de fecha 16 de febrero de 2.005, suscrito entre Fersoft y Banco Granahorrar (Folios 236-246 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Por lo que se refiere a los contratos de prestación de servicios, se observa que en general su clausulado es similar y en él se incluye la obligación de realizar

actividades de análisis, programación, desarrollo y modificación del sistema Fénix cartera en línea de Granahorrar. Por otra parte se pacta un precio que debe ser pagado en cada caso. Como obligaciones de Granahorrar se estipulan la de suministrar el equipo y el espacio en disco, suficiente para el desarrollo del sistema objeto del contrato y suministrar los archivos de acuerdo con las especificaciones del contratista.

Es frecuente emplear en estos contratos la siguiente cláusula: *"El contratista podrá utilizar sus conocimientos para desarrollar aplicaciones de características similares al objeto de este contrato, en otros contratos de la misma naturaleza, ya sea en la misma plataforma de software o en otra"* (Cláusula 7, contrato de prestación de servicios de 2 de junio de 1995; idéntica estipulación y bajo el mismo número 7 se repite en el contrato de migración de cartera del BCH, del 4 de agosto de 2000; igual ocurre en el contrato de cinco de marzo de 2001 y en el de 10 de diciembre de 2001; lo propio sucede con el contrato de 24 de septiembre de 2002, solo que en él se incluye como cláusula sexta.)

Este tipo de estipulaciones no se encuentra en los contratos suscritos a partir de diciembre de 2004.

Por otra parte, obra también en el expediente un contrato celebrado el 26 de febrero de 2003 para el mantenimiento de los programas del sistema Fénix (folios 207 y siguientes Cuaderno de Pruebas No. 1). En dicho contrato se establecen los siguientes pactos que considera procedente destacar el Tribunal:

En la cláusula segunda entre los servicios contratados se incluye *"4. Proveer a Granahorrar de cualquier corrección, modificación y perfeccionamiento que no sean pagaderos como aquellos que no contengan mejoras o nuevos desarrollos. "7. Mantener la aplicación con las últimas mejoras globales – upgrade, que se realicen (que no sean personalizaciones)."*

Finalmente, el 19 de noviembre de 2004 se celebró un *"contrato de licenciamiento de software del módulo de administración de cartera de cajas de compensación familiar, fondos de empleados y personalizaciones para integrar*

este módulo al sistema de cartera en línea Fénix licenciado para Granahorrar por Fersoft Ltda.”(Folios 224 a 235 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

Respecto de este contrato vale la pena destacar que por el mismo se concede una licencia de uso a término indefinido y con carácter definitivo e irrevocable sobre el módulo de Administración de Cajas de Compensación y Fondos de Empleados. Dicha licencia autoriza al Banco para llevar a cabo la administración hasta de dos Cajas de Compensación o Fondos de Empleados y se prevé un pago adicional si Granahorrar desea administrar otras cajas o fondos. Para tal efecto la cláusula cuarta contempla una serie de actividades que debe desarrollar el contratista, las cuales incluyen modificar las tablas de la base de datos que soporta el Sistema en Línea FENIX de GRANAHORRAR para que contemple los nuevos campos; la modificación de los programas del sistema en Línea FENIX que posee GRANAHORRAR, etc.

Con base en lo anterior observa el Tribunal que los contratos que celebraron con posterioridad las partes, igualmente conducen a considerar que el titular de los derechos patrimoniales sobre el software Fénix era Fersoft.

En efecto, en los contratos de prestación de servicios, bajo diferentes redacciones, se dejó claro que el contratista podría utilizar o utilizaría sus conocimientos para desarrollar aplicaciones de características similares al objeto de este contrato, en otros contratos de la misma naturaleza, ya sea en la misma plataforma de software o en otra. Dicha estipulación no es concordante con la tesis de que la titularidad del software pertenece a Granahorrar, porque en tal caso no hubiera permitido a Fersoft desarrollar otras aplicaciones de características similares.

Lo antes analizado permite concluir que no hubo una cesión del derecho de autor. En efecto, si hubiera habido cesión el derecho a explotar el programa con exclusividad, habría pasado a Granahorrar sin que Fersoft pudiera desarrollar un programa semejante.

En este sentido, ha señalado la doctrina que en la cesión hay abandono en todo o en parte del monopolio mismo, esto es del derecho exclusivo a explotar la obra y reproducirla, en tanto que en la licencia hay simplemente concesión del goce del derecho, por lo cual el titular conserva el derecho de explotar el mismo,¹⁹ que como se desprende de los documentos analizados, fue lo que entendieron como objeto del contrato las partes.

A juicio del Tribunal esta estipulación no es simplemente una aplicación del artículo 129 de la ley 23 de 1982 que dispone: "*Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obliga a restringir su producción intelectual o a no producir*" (Se subraya).²⁰ En efecto, la estipulación contractual no se refiere simplemente a la producción futura de Fersoft, sino al desarrollo de un programa similar a aquél que es objeto del contrato, que es precisamente lo que puede hacer el autor del programa y no un tercero que carezca de la titularidad del mismo. Adicionalmente, de aceptarse que la disposición contractual se limita a reproducir el principio legal, se llegaría a que la cláusula contractual no tiene ningún efecto, lo cual es contrario al principio de que las cláusulas de un contrato deben interpretarse en el sentido de que produzcan efectos, que consagra el artículo 1620 del Código Civil.

Así mismo, el contrato de mantenimiento del software le impone a Fersoft proveer las actualizaciones del mismo. Esta estipulación no tendría sentido si no fuera Fersoft el titular del software, pues es precisamente el titular quien puede hacer actualizaciones. En efecto, las normas de derecho de autor no permiten a una persona distinta al titular de la obra modificarla. En tal sentido el artículo 13 de la Decisión 351 establece como uno de los derechos del autor de una obra "*e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra*" y en materia de programas precisa el artículo 27 de la misma Decisión que "*No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva*

¹⁹ Paul Roubier, Le Droit de la Propriété Industrielle, Ed Sirey, Paris, 1954, tomo 2, página 261.

²⁰ Véase inciso 2 del artículo 129 de ley 23 de 1982.

utilización'. Por consiguiente en materia de programas lo único que puede hacer un tercero que tiene una licencia es adaptar el programa para su uso.

Finalmente, la existencia de un contrato de licencia para el módulo de administración de cartera de las cajas o fondos igualmente confirma dicho criterio, pues si la tesis de Granahorrar fuera cierta, en el sentido de que finalmente lo que se hizo fue ejecutar una obra por encargo, no sería lógico que las partes hubiesen celebrado un segundo contrato de licencia de módulos adicionales del programa Fénix, sino que habrían celebrado un nuevo contrato de obra por encargo.

Todo lo anterior acredita entonces que la titularidad del programa pertenece a Fersoft y así se declarará, decisión que, además conlleva estimar la antes citada pretensión de la demanda y negar la correspondiente pero contraria, de la reconvencción.

Ha señalado el apoderado de Granahorrar que cuando se celebró el contrato de licencia no se había concluido el software y que en aquel que finalmente se entregó, se introdujeron sustanciales variaciones frente a lo que se había previsto inicialmente.

Sobre estos dos puntos considera el Tribunal:

En primer lugar, el perito al contestar la pregunta 11 señaló en su dictamen:

"El perito interpreta la pregunta en el sentido de determinar si para el 18 de Marzo de 1998 el SISTEMA FENIX era un producto terminado.

"Un sistema informático se considera un "producto terminado" cuando cumple con las especificaciones, requerimientos y funcionalidades para los cuales fue diseñado y construido, previa verificación de este cumplimiento, mediante una serie de pruebas formales. En Marzo de 1998 el sistema FENIX no contaba con ningún usuario ni cliente que hubiera verificado y puesto en producción los programas que componían el sistema. Obviamente sí existía un sistema compuesto por un conjunto de programas, que han debido tener a esa fecha unas pruebas técnicas que aseguraran su funcionamiento.

"De acuerdo con la información proporcionada por FERSOFT "En esta fecha Fénix era un producto 100% terminado tanto en Sybase como en Pro-C" y aportó al perito varios grupos de archivos correspondientes al código fuente del sistema, con fechas varias entre 1997 y posteriores.

*"El perito conceptúa ante la evidencia obtenida y conociendo las dificultades de puesta en producción de todo software, que a 18 de Marzo de 1998, el SISTEMA FENIX **no** era un producto terminado." (Se subraya.)*

De esta manera, en opinión del perito el software que se instaló finalmente en Granahorrar no se encontraba terminado en la fecha prevista en el contrato, pues ello implicaba que se hubiesen realizado las pruebas correspondientes. Lo anterior es además congruente con lo dicho por los testigos.²¹

Ahora bien, a juicio del Tribunal, tal hecho no impide que haya existido una licencia de ese software ni que el mismo pertenezca a Fersoft. En efecto, el contrato de licencia, como cualquier otro contrato, puede versar sobre cosas que no existen pero se espera que existan, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1518 del Código Civil, y en tal caso el contrato puede subordinarse o no a que la cosa exista, tal y como lo consagra el Código Civil al regular la compraventa. Particularmente en materia de derechos de autor, la ley permite el contrato de edición sobre obras futuras cuyas características queden determinadas en el contrato. En tal sentido el artículo 129 de la ley 23 de 1982 dispone: "La producción intelectual futura no podrá ser objeto del contrato

²¹ El ingeniero LUIS ENRIQUE COLLANTE señaló:

"DR. RENGIFO: El Presidente le pregunta y le dice, el software Fénix existía en el momento en que entró a trabajar al banco en el 98 y usted dice: yo no estaba en el momento de la contratación", pero ahorita me responde y me dice estábamos emprobleados con ese tema. Cuáles son los problemas del software de cartera?

"SR. COLLANTE: Para que el banco pudiera poner en funcionamiento el software debía cumplir con lo que había exigido, que cumpliera la totalidad de funcionalidad requerida para administrar el proceso de cartera del banco.

"Cuando digo estamos emprobleados es que el software no tenía toda la funcionalidad o alguna parte de ella presentaba errores en lo que el proveedor había construido para nosotros, entonces estábamos corrigiendo, haciendo pruebas, vuelve y corrige, explicándole nuevamente cómo queríamos exactamente que funcionara, cuando digo le explicamos, la parte técnica y los usuarios expertos en el tema de cartera quienes son los que transmiten el conocimiento que debe ser implementado a través de un sistema de cómputo, entonces estábamos en ese proceso y a eso me refiero con emprobleados.

"DR. RENGIFO: O sea que el software no estaba terminado para la época en que entra al banco?

"SR. COLLANTE: No, cuando llego al banco el software no estaba terminado, no cumplía los requisitos mínimos para poder soportar el proceso de cartera del banco" (Cuaderno de Pruebas No.6, folio 176.)

regulado por este Capítulo, a menos que se trate de una o de varias obras determinadas, cuyas características deben quedar perfectamente establecidas en el contrato (Se subraya). Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obliga a restringir su producción intelectual o a no producir.” Por lo demás, parte de la doctrina ha considerado que el contrato de licencia es una forma de arrendamiento de cosas inmateriales²², y en tal sentido se advierte que aun cuando el Código Civil no lo diga, es posible el arriendo de cosas futuras. Así lo reconoce la doctrina italiana²³. Así mismo, es claro que desde la perspectiva de aquellos que consideran que en la licencia de un programa hay una verdadera venta²⁴, es posible la venta de una cosa futura. Finalmente, en materia de derechos de autor, la doctrina, partiendo de las reglas generales del derecho de las obligaciones citadas y de normas análogas al artículo 129 de la ley 23 de 1982, ha reconocido la posibilidad de un contrato sobre obras futuras, siempre que exista un mínimo de determinación de la obligación del autor (ejemplo una sinopsis.)²⁵

De esta manera, es legalmente posible celebrar un contrato con el fin de otorgar una licencia sobre un software que aún no ha terminado de desarrollarse.

Por otra parte, en lo que se refiere a los cambios en el software y la afirmación de Granahorrar de que el sistema que la sociedad FERSOFT entregó definitivamente a GRANAHORRAR en mayo de 2000²⁶, difiere de forma

²² Por ejemplo Frédéric Pollaud Dulian (Droit de la Propriété Industrielle, Ed Montchrestien, Paris, 1999, señala que la licencia se asimila a un contrato de arrendamiento. En igual sentido Pierre Yves Gautier. Propriété Littéraire et Artistique. 5ª ed. PUF, Paris, 2004, página 155. Sin embargo, Roubier expresa (Ob cit Página 285) que aun cuando hay analogías, también hay diferencias como es el hecho de que la licencia no otorga el goce exclusivo de la cosa como si lo hace el arrendamiento. Igualmente Francis Collart Dutilleul y Philippe Delebecque (Contrats Civils et Commerciaux, Ed Dalloz. Paris, 1996, página 299, señalan que el contrato se asemeja a un contrato de arriendo, pero advierten que no se identifica con el mismo pues presenta diferencias ya que el contrato no se limita en el tiempo y por lo mismo no hay una obligación de restitución, por lo cual debería considerarse un contrato sui generis.

²³ Francesco Messineo. Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo V, página 169, Ed EJEA, Buenos Aires, 1971.

²⁴ Jérôme Huet. Ob cit, página 614.

²⁵ Pierre-Yves Gauiter. Ob cit., página 541.

²⁶ Véase acta de 3 de mayo de 2000, denominada “acta de finalización”: Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 85 y 86.

sustancial frente a lo ofrecido por FERSOFT en el año 1997, observa el Tribunal lo siguiente:

En el Acta de 2 de marzo de 2000, que hace parte del Otrosí al contrato de 18 de diciembre de 1997 se señaló:

"En Santafe de Bogotá a los 02 días del mes de marzo de 2000, se realizó una reunión entre Fersoft y Granahorrar, para aclarar todos los puntos que han tenido que ser adaptados por necesidades de Granahorrar para ajustar el aplicativo a las necesidades internas y a las últimas disposiciones emitidas por el Gobierno.

"1. El servidor de Transacciones de este sistema se componía en un 85% de programas en PROC y 15% restante de procedimientos almacenados y programas COBOL y todo sobre una base de datos Sysbase, para procesar en el equipo- NCR 9800, lo cual permitía trabajar en LINEA utilizando el procesador de transacciones TOPEND. El manejo de parámetros del Sistema estaba hecho en FORMS de ORACLE. El 13 de Febrero de 1998 decidió dar marcha al PROYECTO, con la nueva dirección de la Unidad, se decidió que el proyecto debía ser convertido a motor de base de datos ORACLE, acordándose mutuamente que se convirtiera el software a PROCEDIMIENTOS ALMACENADOS y la parte de CLIENTE a POWER BUILDER, además del MODULO DE PARAMETROS; esto con el fin de hacer transportable el software a cualquier máquina UNIX ya que con TOPEND solamente trabaja equipos NCR y DIGITAL. Esta conversión a PROCEDIMIENTOS ALMACENADOS tiene entre otras las siguientes ventajas: modularidad, mayor rendimiento y transportabilidad. Dicha conversión tomó un tiempo considerable ya que la estructura de PROC y de los PROCEDIMIENTOS ALMACENADOS es bastante diferente.

"2. En paralelo a la conversión se inició la etapa de personalización del software, tema en el cual Granahorrar decidió ampliar las especificaciones internas y las pantallas de usuario final con el objeto de realizar un solo esfuerzo y dotar a Granahorrar de la herramienta necesaria en línea. Esta personalización finalizó en Septiembre de 1998.

"4. El Sistema FENIX tenía su propio MODULO de manejo de CLIENTES, pero Granahorrar decidió implementar el RUC propio (REGISTRO UNIDO DE CLIENTES) para lo cual entregó los interfaces de las tablas a FERSOFT, quien procedió a desarrollar el software RUC en PROCEDIMIENTOS ALMACENADOS y POWER BUILDER. Este requerimiento se realizó después de haberse iniciado el proceso de transformación del software. Lo anterior implica hacer nuevamente el MODULO DE PARAMETROS en POWER BUILDER.

"5. Se desarrolló en POWER BUILDER por solicitud de GRANAHORRAR una aplicación de ADMINISTRACIÓN para el control de Usuarios, Perfiles,

Aplicaciones, Submenus y el manejo de transacciones, permitiendo entrar por este módulo todas las transacciones de Cartera.

"6. Se desarrolló, adicionalmente, el manejo de los ALIVIOS a los deudores tanto en PESOS como en UPAC, medidas que se dieron por el Gobierno hacia finales de 1998 y durante el año 1999, generando varios ajustes al sistema.

"7. Se modificaron los programas PROC- TOPEND para que no recibieran mensajes de MULTITRAN sino que los tomaran directamente del TANDEM; para esto se eliminaron los programas en COBOL y se adicionó el manejo del UFA a los programas PROC- TOPEND, esto como consecuencia del cambio filosófico en manejo de transacciones que adoptó GRANAHORRAR.

"Cabe señalar que se conservaron los programas PROC- TOPEND únicamente para las AGENCIAS ya que ellas tienen una plataforma de software instalada exigiendo que las transacciones entren por TOPEND.

"Al desmontarse el Software del EQUIPO – 9800 y dar entrada a todas la transacciones vía TADEM, fue necesario desarrollar toda la CONTABILIDAD de Sucursales y Agencias, lo cual también se realizó sin costo alguno para Granahorrar.

"8. En junio de 1998 se iniciaron pruebas de ADMINISTRACION DE USUARIOS y en julio del mismo año se terminaron los ajustes correspondientes.

"(...)

"10. En junio de 1999 se ingresó en PRODUCCIÓN la CARTERA EN PESOS de Granahorrar y los ALIVIOS I y II en el nuevo sistema...

"(...)

"En noviembre de 1999 se desarrolló la CONTABILIDAD de Sucursales y Agencias la cual se encuentra en la última fase de aprobación. (...)

"Como se puede apreciar el sistema en línea de cartera a pesar de los retrasos presentados, incluye cambios significativos que se requerían de manera obligatoria. Las diferentes modificaciones difieren frente a lo contratado inicialmente, pero han generado valor agregado a la operación y un software ajustado a la fecha y paramétrico, flexible a recibir todas modificaciones que las nuevas leyes de vivienda exigen para el año 2000. Todos los anteriores requerimientos y ajustes fueron aceptados mutuamente por las partes, concientes de los esfuerzos adicionales que se requerían tanto como por el proveedor como por GRANAHORRAR, para que este contrato pudiera culminarse a satisfacción de las partes.²⁷ (Se subraya.)

²⁷ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 152 a 154.

Lo anterior es coincidente con la comunicación del 3 de enero de 2000, suscrita por el señor Juan Carlos Alzate de Granahorrar y dirigida a la comisión visitadora de la Contraloría en la cual se expresa lo mismo que se acaba de mencionar. (Folios 67 a 70 del Cuaderno de Pruebas No. 5)

Así mismo, en el informe de gestión elaborado por Juan Carlos Alzate de fecha 8 de septiembre de 2000 y enviado vía correo electrónico, se expresa (folios 5 a 8 del Cuaderno de Pruebas No. 4):

"2. Uno de los trabajos asignados desde mi llegada y el cual se culminó con éxito (hasta donde está decidido el día de hoy), fue el de cartera en línea, el cual se encontraba en la última etapa de definición de requerimientos por parte de los usuarios y en donde el proveedor llevaba casi un año de trabajo cambiando el software para adecuarlo a las necesidades de Granahorrar"²⁸. (Subrayas nuestras).

En similar sentido se manifestaron los testigos en el proceso.²⁹

²⁸ Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 5 (numeral 2 del documento).

²⁹ En tal sentido el señor Juan Carlos Alzate manifestó:

"DR. RENGIFO: Dice que el software se transformó, se cambió, dice en su versión, en su informe, dice "cambiando el software para adecuarlo a las necesidades de Granahorrar"

"SR. ALZATE: Sí.

"DR. RENGIFO: Y aquí se dice que hubo una transformación del software de acuerdo a los requerimientos, ¿está refiriéndose a lo mismo?"

"SR. ALZATE: Entre otros, y hago la claridad porque entre otros. Vuelvo a lo mismo, el software fue desarrollado y cuando comenzamos a hacer las pruebas de su funcionalidad.

"DR. ESPINOSA: Perdóneme señor presidente, yo quisiera que el testigo dijera de qué software está hablando, Fénix.

"SR. ALZATE: En todo el tiempo cuando he estado hablando de software siempre me he referido a dos tipos de software, cuando hablo del software que tenía Granahorrar, es el software viejo, con el que iniciamos la cartera, y es el viejísimo, y es que digo que se demoraba muchísimo, y cuando hablo del software nuevo me refiero a Fénix, durante todo el tiempo me he referido a esos dos software, no me he referido a ningún otro software.

"Cuando nosotros recibimos el software, hago claridad, cuando nosotros llegamos esto ya llevaba un tiempo, cuando comenzamos a analizar el software, el software tenía algunas fallas, no al nivel de lo que necesitaba el usuario sino al nivel de sistemas, por los tiempos; los tiempos y la forma en que estaba desarrollado, o sea, toda esta parte técnica que menciona, que fue desarrollado con procedimientos, eso básicamente lo que trata de hacer el ojo que el software es muy demorado, necesitamos que el software sea mucho más ágil, porque para una entidad bancaria, y si hablamos de un software de cartera en línea que no me sirve, que yo hago una transacción y se demora un minuto, dos minutos, eso no me sirve, no funciona, que era lo que me correspondía a mí, entonces lo que se le dijo a él fue "ojo, ese software no funciona así, tiene que hacerle cambios para que se adecue a la necesidad de Granahorrar ¿cuáles son las necesidades de Granahorrar, pues es un banco, métase en los zapatos y necesitamos tiempos de respuesta" desde mi punto de vista, desde donde estaba controlando yo, a eso es a lo que se refiere.

"Y lo que él está haciendo allí son cambios para poder mejorar eso, lo otro que él menciona acá, es lógicamente lo que yo les decía, nosotros venimos y vienen nuevos requerimientos, esto de

De lo anterior resulta que las propias partes reconocieron que el software que existía inicialmente fue objeto de cambios para atender las necesidades de Granahorrar, muchas de ellas producto de las nuevas regulaciones legales, pero sin que en parte alguna pueda aseverarse que se trate de un sistema enteramente diferente.

A lo anterior debe agregarse que desde un principio se había previsto que el software sería personalizado, es decir, tendría cambios para que pudiera cumplir

registro único de clientes, si no estoy mal, pero creo que durante ese tiempo era una exigencia que las entidades bancarias debían manejar un registro único de clientes y que debía tener una cantidad de, bueno no recuerdo cómo es el cuento, porque ya hace mucho tiempo no leo la normatividad bancaria, pero creo que en ese momento no éramos solamente nosotros, sino todos, entonces por ejemplo esa exigencia teníamos nosotros que desarrollarla en el software y teníamos que desarrollarla en el nuevo software, entonces esa demora implicó que él tenía que ir, porque o sino entonces cuando se diera cuenta no servía para nada, a eso es a lo que se refiere" Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 438 y 439.

Igualmente, el testigo Daladier López Hernández, expresó:

"DR. CARDENAS: Cuando comienza a ver la presencia constante del señor Félix Rodríguez Cárdenas a qué se debió, se trataba de instalar un nuevo software que se estaba suministrando o se necesitaba hacer adecuaciones a lo que había?

"SR. LOPEZ: Sí, cuando él llegó al banco empezó a hacer la instalación de un software que en teoría era para colocarlo en funcionamiento muy rápidamente, este proceso que era muy rápidamente llevó mucho tiempo, más de un año, y de otro tema que puedo dar fe es que los compromisos a los que él se había pactado, se iban corriendo porque en la medida en que iba transcurriendo el tiempo se iban haciendo nuevos desarrollos ayudados siempre por el grupo de trabajo que él tenía que eran personas del banco y esa fecha se iba dilatando.

"DR. CARDENAS: Dice se iban haciendo nuevos desarrollos, a qué se refieren esos nuevos desarrollos?

"SR. LOPEZ: Es algo que si hoy en día lo contratan para hacer un oficio, un encargo muy puntual y eso no se cumple en este tiempo, pues empieza a surgir nuevos requerimientos que deben irse complementando para entregarlo finalmente funcionando. Eso sucedió porque cuando él comenzó a trabajar que fue hacia 1998 surgieron muchos requerimientos a nivel del sistema de cartera que fueron haciendo lo que inicialmente se estaba comprometiendo fuera agrandándose cada vez más y digamos que los desarrollos se tenían que ir haciendo a medida que iba avanzando la implementación de la aplicación.

Hacia mediados de 1999 eran como las fechas límites que se decía que se debe entregar ese sistema para ponerlo en producción y al ponerlo en producción nuevamente tenía que interactuar porque era la persona que en parte recibía todo lo que él había desarrollado para colocar dentro de la plataforma productiva del banco.

En esa parte también nunca se pudo tener una entrega final porque aunque Felix Rodríguez era la persona que estaba trabajando había más personas de Granahorrar, un grupo grande que le puedo estar hablando de alrededor de 10 personas que trabajaban con él para cumplir con estos requisitos o compromisos que se habían pactado y hacia la época de junio de 1999 fue necesario inclusive integrarme en esa parte para poder ayudar a que lo que él estaba desarrollando conjuntamente con la gente del banco se pudiera consolidar para poderlo colocar en una forma ya definitiva como una versión inicial a producción, cosa que finalmente se dio y por efectos de que no tenía toda la parte operativa implementada, él operó el sistema un tiempo hasta que finalmente, creo que hacia marzo/2000 se entregó formalmente y el banco lo dio por recibido": Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 209 y 210.

las funcionalidades requeridas por el Banco. Lo anterior, por consiguiente, no significaba alterar la naturaleza misma del contrato celebrado pues, como lo declararon testigos, es normal el proceso de personalización. Ciertamente, el testigo técnico Víctor Manuel Duque señaló que cuando se crea un software por primera vez, su instalación e implementación es un proceso complejo que puede tardar bastante tiempo. En este sentido expresó (folios 162 a 181 del Cuaderno de Pruebas No. 5):

"DR. ESPINOSA: Decía que hay un proceso de instalación del programa que es bastante complicado, qué implica esa instalación, hay que generar nuevos programas, hay que hacer nuevas instrucciones, qué significa esa instalación con los usuarios?"

"SR. DUQUE: Yo creo que debemos aclarar dos puntos primero, ese proceso que le describí es cuando por primera vez nace un programa, un segundo proceso es cuando digamos ese programa que fue producido muchas veces sin clientes sino que fue producido en el vacío porque un desarrollador de software tuvo la idea de hacer un programa y salir a venderse a varios clientes, pero cuando lo empezó no tenía un cliente de carne y hueso."

"Cuando él sale a la calle y encuentra su primer cliente lo que hace es que le pregunta al cliente cómo maneja sus procesos y empieza a adaptar el software a eso que él originalmente desarrolló porque lo pudo haber desarrollado siendo un cliente real, en ese caso tiene que haber un proceso de adaptación en el que el cliente define sus requerimientos, generalmente los clientes son celosos y colocan su propio personal para hacer las pruebas, estar seguros que las pruebas son razonables y que someten el software a todo el estrés que se necesita."

"Ese proceso de adaptación si varía en el tiempo, depende qué tan completo esté el software y qué tantos son los requerimientos adicionales del cliente".

Por consiguiente, el hecho de que se produzcan tales adaptaciones no priva a Fersoft de sus derechos patrimoniales.

Ahora bien, por razón del contenido del Acta ya transcrita, podría sostenerse que los cambios que se hicieron al software fueron más allá de lo que normalmente implica un proceso de personalización. Si ello es así, tampoco se puede sostener que los derechos patrimoniales del software hayan pasado a Granahorrar.

En efecto, como ya se dijo, está claramente acreditado que el autor del software es el señor Félix Rodríguez Cárdenas, incluyendo, por consiguiente, los cambios realizados al software de 1998 para llegar a la versión existente en el año 2000, pues no se ha probado que otra persona lo haya hecho y el Banco demandado aceptó que el autor del software fue el señor Félix Rodríguez Cárdenas. Ahora bien, para que los derechos sobre dicho software fueran transferidos a Granahorrar debía existir una de dos situaciones: o una transferencia formal del mismo o la existencia de una obra por encargo.

Respecto de la primera es menester reiterar y destacar que de conformidad con el artículo 183 de la ley 23 de 1982, que en este aspecto sigue universal tendencia, pues la solemnidad igualmente se exige en legislaciones como la italiana, francesa, española y uruguaya, entre varias, señala que:

“Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley”.

Así las cosas, como antes se explicó, la ley exige para enajenar el derecho de autor escritura pública o documento privado reconocido ante notario³⁰. En el presente proceso no se ha acreditado la existencia de ningún documento escrito en el cual se haga constar la enajenación del derecho de autor, lo que es motivo por sí solo suficiente para no aceptar la solicitud que en tal sentido se realiza en la demanda de reconvención y que está soportada en el hecho 17 de la misma.

Cierto es que la ley prevé la existencia de la obra por encargo y a tal efecto dispone en su artículo 20³¹:

³⁰ Como nota adicional, estima el Tribunal que luego de la C.P. de 1991, que presume la buena fe en todas las actuaciones, de las reformas del decreto 2651 de 1991 en materia de presunción de autenticidad de los documentos privados y de su incorporación al Código de Procedimiento Civil por la ley 794 de 2003, basta la solemnidad de la escritura para que se cumpla con la formalidad, es decir, ante la presunción de autenticidad señalada por las normas en cita, en el caso del documento privado, no se requiere la autenticación ante notario y surte el contrato plenos efectos entre las partes por el hecho único de cumplir con el requisito de la escritura. Cuestión diferente es que para su oponibilidad frente a terceros deba ser observado el requisito adicional del registro.

³¹ LIPSZYC Delia, Derechos de Autor y Derechos Conexos, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 2001, reimpresión, páginas 275 y 276, quien al referirse a las "Autorizaciones de uso o licencias, con

“Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b).”

De conformidad con esta disposición, en los casos en que se ha hecho una obra por encargo, por ese sólo acto se entiende que los autores transfieren los derechos sobre la obra. Lo anterior implica, como bien lo señala el apoderado de Granahorrar, que en estos casos no es necesario que se cumplan requisitos adicionales a los previstos por el artículo 20 de la ley.

Ahora bien, cuáles son los requisitos que deben cumplirse para que se aplique la norma que se acaba de mencionar?

Se requiere, en primer lugar, que uno o varios autores elaboren una obra. En segundo lugar que lo hagan de acuerdo con un plan señalado por una persona natural y jurídica. En tercer lugar que lo realicen por cuenta y riesgo de ésta en virtud de un contrato en el cual se pacten honorarios por tal actividad. Vale la pena señalar que en otros sistemas esta regla sólo se aplica en los casos en que quien crea la obra es un empleado³²; sin embargo en derecho colombiano, así como en el derecho norteamericano, tiene un alcance más amplio pues no se limita a los trabajadores. En todo caso, observa el Tribunal que esta norma

exclusión total o parcial de los derechos” y luego de advertir que las legislaciones alemana y francesa la admiten señala: “También la ley española acepta “la cesión en exclusiva” (arts. 48, 49) pero, como ya vimos (cap 1, #1.3.2), Delgado enseña que esta transmisión no se lleva a efecto por vía de sucesión traslativa o enajenación (a la que corresponde el concepto de cesión previsto en la ley civil), sino por la vía de la “sucesión constitutiva”. A diferencia de lo que ocurre en la enajenación que implica la transferencia al adquirente del derecho de explotación, incluso globalmente, Delgado señala que en la sucesión constitutiva, en cambio, el transmitente, con base en su derecho y sin perder la titularidad de éste, “constituye” uno o varios derechos nuevos a favor del adquirente los cuales actúan como limitaciones de aquel. El autor, no obstante la cesión, sigue siendo el titular de la propiedad intelectual, no solo en la vertiente de “derecho moral” sino también en la que le atribuye un monopolio de explotación sobre su obra, que se extiende a todas las posibilidades de explotación económica de las que sea susceptible.” Dos párrafos adelante agrega: “De acuerdo con los principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras y de la independencia de los derechos patrimoniales, la autorización de uso se limita a aquel o aquellos expresamente mencionados en el contrato y a las modalidades previstas en éste.”

³² Por ejemplo, el derecho mexicano (Manuel Becerra Ramírez. Los programas de computación y su regulación en la legislación mexicana) o el derecho francés.

constituye una excepción al régimen general y por lo mismo es de interpretación estricta.³³

Es claro que en lo que se refiere a los cambios que se realizaron entre 1998 y 2000 y que condujeron al software Fénix que fue entregado a Granahorrar, no se reúnen las condiciones fijadas por esta disposición.

En efecto, para que la norma sea aplicable es necesario que se haya celebrado un contrato cuyo objeto sea desarrollar una obra por cuenta y riesgo de quien la encarga. En el presente caso el contrato celebrado por las partes tenía por objeto otorgar una licencia sobre el software, su objeto no era desarrollar un software, así en la práctica para cumplir el contrato el licenciante tuviera que hacer cambios al software que ya tenía previsto. Los cambios se hicieron para lograr que el software objeto del contrato satisficiera las cambiantes necesidades de Granahorrar y ellos reflejan la voluntad de las dos partes de lograr un producto óptimo.

Pero, sobre todo, los cambios que se hicieron al software no se hicieron por cuenta y riesgo de Granahorrar. En efecto, la expresión cuenta y riesgo señala que la persona por cuya cuenta se actúa, recibe los beneficios de la actividad de una persona, pero también asume las consecuencias negativas de la misma.

Lo anterior se aprecia claramente en el mandato en el cual todas las consecuencias económicas favorables o desfavorables de la gestión del mandatario se trasladan al mandante. La expresión por cuenta, como lo señala Minervini³⁴ revela su origen contable, en el sentido de que el comerciante abre en su contabilidad una cuenta y anota las partidas activas y pasivas del negocio, lo que significa la desviación del resultado de la actividad a otra personas, esto es, que los efectos económicos de los negocios respectivos corresponden a aquella persona por cuya cuenta se obra.

³³ En tal sentido para el derecho norteamericano Arthur Millar y Michael Devis. Intellectual Property. Patents. Trademarks and Copyright in a Nutshell. 2ª Ed, West Publishing. 1990, página 386.

³⁴ El Mandato. Ed Bosch, Barcelona, 1959, pag. 12.

De esta manera, en el contrato de obra por encargo, el autor no asume el riesgo de la creación. En el presente caso la situación era muy distinta, pues Fersoft había asumido la obligación de proveer a Granahorrar un software que satisficiera sus requerimientos y a lo largo del desarrollo del proceso asumió el compromiso de hacer una serie de cambios en los mismos. Si el software no cumplía tales requerimientos, Fersoft habría incumplido el contrato, lo cual implica que él asumió claramente el riesgo de desarrollo. Por lo demás, a Fersoft no se le pagó una suma por la labor de modificar el software y las cifras que le fueron canceladas correspondieron a la licencia que el mismo otorgó del software.

Desde otra perspectiva vale la pena agregar que los cambios que podían existir entre la base de datos con la cual funcionaba el programa Fénix en 1998 (Oracle o Sysbase) y en la fecha en que finalmente se entregó a Granahorrar, no permiten concluir que se trate de un programa distinto. Particularmente debe observarse que la traducción de una obra literaria de un idioma a otro o su adaptación, no implica la creación de una nueva obra diferente e independiente de la anterior.³⁵ Además, como se verá posteriormente, la determinación de si un programa es o no copia parcial de otro, no puede hacerse simplemente por la confrontación literal de sus textos, sino que implica considerar el conjunto de los elementos que lo componen.

Así las cosas, reitera el Tribunal que los derechos patrimoniales del software que fue instalado en Granahorrar en el año 2000 corresponden a Fersoft.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurrió a partir del año 2000, habida cuenta que a partir de dicha fecha se celebraron varios contratos de prestación de servicios.

³⁵ La doctrina ha señalado (Philippe Gaudrat. La Protection des Logiciels par la Propriété Littéraire et Artistique, Revue Internationale de Droit d'Auteur, No 128, Abril 1986, página 223) que la conversión de un programa de un lenguaje a otro equivale a la traducción de una obra, y que la modificación de un programa para ajustarlo a una necesidad objetiva de puesta al día o para ajustarlo a las necesidades del cliente, constituye a la luz de las normas de derecho de autor, su adaptación.

Para este efecto, considera fundamental el Tribunal, en primer lugar, establecer si el software que hoy existe es o no el mismo que inicialmente se entregó por parte de Fersoft o si es distinto. A este respecto conviene recordar que, en materia de derechos de autor, no basta que exista alguna diferencia entre dos obras para concluir que se trata de obras distintas. En efecto, el derecho de autor se puede violar a través de copias que alteran parcialmente aquello que reproducen. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina han fijado criterios para establecer cuándo existe una real diferencia entre dos obras, o cuando se trata simplemente de una reproducción ilícita encubierta. En este sentido señala la doctrina³⁶ que para tal propósito deben establecerse las semejanzas en los “elementos característicos esenciales” de las dos obras, teniendo en cuenta el género al que pertenecen, pues tales elementos varían de un género a otro. Así en obras musicales debe tenerse en cuenta el ritmo y la armonía; en obras plásticas, la similitud de formas, el diseño, el color, etc. Agrega la doctrina que una vez que se han establecido la semejanza en estos elementos característicos, se debe proceder a establecer si existen diferencias que destruyan la impresión de semejanza, si ello no es así existe una reproducción de la primera obra. Es claro que para realizar tal comparación es necesario acudir a las personas que desarrollan su actividad en el campo respectivo y en relación con los programas de computador, a ingenieros de sistemas.

A este respecto recuerda el Tribunal que en derecho norteamericano se ha discutido si se debe proteger o no aquello que no es la simple expresión literal o textual de un programa.³⁷ Así en el caso *Whelan Associates C. Jaslow Dental Laboratory* en 1986, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de los Estados Unidos consideró que se habían violado los derechos de autor cuando una persona desarrolló un programa con la misma funcionalidad de otro y con grandes similitudes en su secuencia y estructura a pesar de que los dos estaban escritos en lenguajes distintos. Por el contrario, en el caso *Plains Cotton Cooperative Ass’n of Lubbock Texas v Goodpasture Computer Service Inc*, la

³⁶ Pierre-Yves Gautier. Ob cit. Páginas 793 y siguientes.

³⁷ A este respecto se recuerda en derecho norteamericano que el Juez Hand había señalado que si en una obra solo se protegía la expresión textual, era muy fácil hacer un plagio por pequeñas variaciones. Michael G. Smith. *Abstraction, Filtration and Comparison in Computer Software Copyright infringement: an explanation and update for the object-oriented paradigm*. AIPLA (AMERICAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW ASSOCIATION) Quaterly Journal, 1998, Volumen 26, número 1, página 8.

Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos consideró que tales aspectos no eran susceptibles de protección. Frente a dichos fallos la jurisprudencia y la doctrina se ha esforzado por desarrollar mecanismos para establecer la similitud de los programas en sus aspectos que no son puramente literales o textuales, partiendo de abstraer de un programa, sus diferentes elementos (la función básica del programa, la arquitectura del programa, los tipos de datos, los algoritmos y las estructuras de datos, el código fuente y el código objeto) para después proceder a eliminar aquello que no es protegible (básicamente lo que es una pura idea³⁸, aquello que está en el dominio público o elementos impuestos por consideraciones externas como el hardware o el software), para de esa manera, establecer lo que por consiguiente se puede proteger. A través de dichos sistemas es claro que deben tomarse en cuenta los diferentes elementos del programa a que se ha hecho referencia para establecer si existen o no diferencias sustanciales entre dos programas.³⁹

En el presente caso el perito técnico en sistemas en sus aclaraciones al dictamen, señaló en la respuesta No 1.3:

"No. No existe diferencia sustancial entre la arquitectura de FENIX versión 2.000 como la denomina la pericia y la versión en operación en el año 2.006.

"Se entiende por arquitectura de un sistema de información, como la estructura general de sus componentes de software, incluyendo el modelo de base de datos, la lógica general de operación y los servicios ofrecidos al usuario final a través de cada uno de sus módulos. El perito no encontró diferencia sustancial en la arquitectura de las versiones 2000 y 2006 del sistema FENIX, no obstante, el sistema ha sufrido modificaciones incorporando nuevas funcionalidades, soportando nuevos medios de acceso (por ejemplo el acceso vía GranNet), y adecuándose a las necesidades cambiantes de GRANAHORRAR." (Se subraya)

Así mismo al ser preguntado si las "diferencias implican que el núcleo de programación o la estructura básica del software entendido como el conjunto de instrucciones, se vio alterada esencialmente?", contestó (respuesta 1.4)

³⁸ En el caso Micro Consulting Inc C. Pedro Zubledía and Medical Electronic Data Exchange Inc, la corte consideró que eran ideas, la función de recibir y archivar reclamos de los proveedores, identificarlas y validarlas y transmitir las a las aseguradoras. citada por Smith, Ob cit..

³⁹ Para este desarrollo ver Michael G. Smith. Ob cit, páginas 1 a 54.

"No. Las diferencias encontradas no implican que el núcleo de programación o la estructura básica del software entendido como el conjunto de instrucciones, se haya visto alterada esencialmente.

"El núcleo de programación y su parte esencial denominada por el perito los "procedimientos del kernel" de FENIX, se han visto incrementados principalmente con nuevas funcionalidades."

Así las cosas se concluye que el software que actualmente existe esencialmente es el mismo que inicialmente fue entregado por Fersoft.

Ahora bien, de ninguno de los contratos de prestación de servicios o mantenimiento que se celebraron se desprende la voluntad de las partes de transferir los derechos patrimoniales de propiedad intelectual de Fersoft a Granahorrar. Por el contrario, en diversos de dichos contratos se contempló la posibilidad de que Fersoft realizara desarrollos similares, lo que claramente implicaba que Granahorrar no era el titular de los derechos correspondientes.

Por todo lo anterior, se reafirma la antedicha conclusión de que Fersoft es titular del derecho patrimonial sobre el software Fénix.

5. La instalación del programa Fénix en más de un equipo o ambiente de cómputo

En la pretensión tercera de su demanda FERSOF solicitó que se declarara que *"por expresa disposición del contrato de licencia suscrito en el año 1.997, (Granahorrar) solo podía instalar y/o grabar el programa o software FENIX en un solo y único equipo o ambiente de cómputo"* (la palabra entre paréntesis no es del texto) (pretensión tercera). Igualmente solicitó que se declarara que *"la instalación y/o grabación del software o programa FENIX por parte de GRANAHORRAR en más de un equipo de cómputo o ambiente, constituye violación a los términos del contrato de licencia suscrito en el año 1.997"* (pretensión cuarta). Finalmente pidió *"Que se ordene a GRANAHORRAR reconocer y pagar a favor de FERSOFT LTDA y/o de FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS, por cada computador o ambiente adicional en que se haya instalado el software o programa FENIX, diferente al computador o ambiente a que se refiere el contrato de licencia del año 1.997, la suma de*

DOSCIENTOS CUARENTA MIL DOLARES (US 240.000,00) liquidados a la tasa representativa del mercado vigente al momento de efectuarse la instalación o copia adicionales”.

En apoyo de dichas pretensiones la parte demandante señaló que el contrato de licencia de uso del software suscrito en 1.997 perentoriamente establecía que GRANAHORRAR solo podía instalar y/o grabar el programa o software FENIX en un solo y único equipo o ambiente de cómputo y que Granahorrar instaló el software FENIX en varios ambientes simultáneamente. Advierte que no se trata del problema de la actualización del equipo, sino que el BANCO no podía instalar simultáneamente el programa en varios equipos y lo hizo. Expresa que está demostrado que existían instaladas cerca de 10 copias del software FENIX en el BANCO, que se permitió que 743 usuarios utilizaran el programa FENIX y que otros terceros pudieron utilizar el software FENIX para digitación y consulta.

Por su parte, la demandada se opuso a la prosperidad de tales pretensiones y expresó que no está probado en el proceso que se hubieran realizado tales copias ilegales. En lo que se refiere a los ambientes, señala que las disposiciones de la Superintendencia Bancaria señalan como mínimo la existencia de tres ambientes: de producción, de desarrollo y de pruebas, y que ellos tienen como fin garantizar y asegurar la continuidad y calidad del servicio a los usuarios, mientras se desarrollan y prueban funcionalidades o correcciones al software.

Sobre el particular considera el Tribunal:

De conformidad con el artículo 1º del decreto 1360 de 23 de junio de 1989 y la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, los programas de ordenador se encuentran protegidos por las normas de derechos de autor, disposiciones que establecen la facultad exclusiva para el autor de aprovechar la obra por medio de la reproducción (artículos 3⁴⁰ y 12⁴¹ de la ley 28 de 1982 13 de la Decisión 351⁴²) y por ello, para hacerlo, es necesaria su autorización.

⁴⁰ El artículo 3º dispone: “Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas:

“...

Para determinar en cada caso concreto el alcance de una autorización del autor, es necesario precisar el tipo de licencia que se otorga al usuario.

En efecto, las licencias pueden tener por objeto la instalación del programa en un solo equipo, en el número de equipos que se señalen o en los equipos de una determinada empresa o entidad. En este último caso, además, pueden existir diversas variaciones, pues las licencias pueden sólo referirse a determinadas dependencias de la empresa o entidad, a ciertos tipos de individuos o a personas en determinado entorno geográfico. Así, por ejemplo, las licencias concedidas a una entidad universitaria pueden sólo permitir el uso por determinadas personas (ejemplo investigadores autorizados) o por estudiantes ubicados en las instalaciones físicas de la universidad. Así mismo, las licencias pueden referirse a una persona determinada o a un único procesador en un computador que posee varios. Igualmente las licencias pueden tener por objeto la instalación de un programa en un servidor que permite el uso del programa a todos los clientes vinculados al servidor.

Lo anterior no impide la existencia de otro tipo de licencias, como se desprende del dictamen pericial. En efecto, al señalar las diversas licencias que poseía Granahorrar (pregunta 16), el perito explicó los diferentes tipos que encontró de la siguiente forma:

<i>Para el servidor</i>	<i>Licencia normal del producto, especialmente adquirida para el servidor en cuestión</i>
<i>Para el servidor en modalidad ColdBackup</i>	<i>Modalidad específica para equipos de contingencia que permite el uso del producto un número previamente limitado de horas. En caso de excederse este número se debe reconocer un costo</i>

"B. De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión conocido o por conocer".

⁴¹ El artículo 12 dispone "El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes:

"Reproducir la obra;

"..."

⁴² **Artículo 13.-** El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: "a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;"

	<i>adicional al proveedor.</i>
<i>Por TeraBytes</i>	<i>Licencia de uso limitada a un número de Terabytes en toda la organización. Es responsabilidad de la organización el controlar este límite.</i>
<i>Entreprise Agreement</i>	<i>Acuerdo empresarial, normalmente expresado en número de servidores en los que se instala el producto. El servidor de contingencia es considerado un servidor adicional para el productor del software.</i>
<i>Para la solución</i>	<i>La empresa ha licenciado la solución independientemente del número de equipos en los que se instale, a menos que se expresen cotas máximas en la licencia de uso.</i>

En relación con dichas licencias y su alcance debe recordarse el artículo 78 de la ley 23 de 1982 que establece:

“La interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo”.

Por consiguiente, existen muchos tipos posibles de licencia y lo fundamental es determinar qué derechos confiere, sin que sea posible una interpretación extensiva. En todo caso, para determinar los derechos del licenciataria, el contrato de licencia, como cualquier contrato, debe interpretarse teniendo en cuenta la intención de quienes lo suscribieron para lo cual deben aplicarse las reglas que a tal propósito establece el Código Civil.

Ahora bien, además de las copias que permite el contrato de licencia que se haya celebrado, la ley en ciertos casos autoriza otras.

A este respecto debe observarse que en materia de software existe una diferencia con el tratamiento general de los derechos de autor. En efecto, el artículo 37 de la ley 23 de 1982 dispone respecto de todo tipo de obra que “Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.”

Sin embargo, en materia de programas (software) la Decisión 351 establece en su artículo 24⁴³ lo siguiente:

“Artículo 24.- El propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa, siempre y cuando:

“a) Sea indispensable para la utilización del programa⁴⁴; o,

“b) Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.”

Así mismo, el artículo 25 de dicha Decisión establece:

“Artículo 25.- La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad.”

Finalmente, el artículo 26 dispone:

“Artículo 26.- No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.

“No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos”.

De las normas que se acaban de transcribir se deduce que las copias de un programa, adicionales a las autorizadas por la licencia, sólo permiten su empleo en los siguientes casos:

- a) Cuando sea indispensable para la utilización del programa, y
- b) Con fines de archivo, es decir, destinadas exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.

Así las cosas, cualquier copia de un programa que no haya sido autorizada por el titular del derecho de autor y que no encaje en cualquiera de estas dos

⁴³ Esta disposición es análoga a las existentes en derecho europeo, así como en el norteamericano, aunque en éste último se exige que la copia sea un paso esencial en la utilización del programa en conjunción con la máquina.

⁴⁴ La primera excepción se refiere a aquel caso en que para el funcionamiento del programa hay que copiarlo en el computador. Dicha copia no es una infracción (ver Donald S. Chisum y Michale Jacobs. Understanding Intellectual Property Law, Ed Mathew Bender, 1992, número 4C(2)(e)).

categorías constituye una infracción al derecho del autor. Vale la pena reiterar que en materia de programas está prohibida la realización de copias personales.

Por otra parte, es claro que no puede utilizarse un programa por varias personas mediante instalaciones de redes o estaciones de trabajo o procedimientos análogos, sin consentimiento del titular. Lo anterior salvo el caso en que la licencia haya sido concedida para tal propósito.

Partiendo de lo anterior es entonces necesario analizar si en el presente caso existieron copias del programa y si dichas copias se encontraban o no autorizadas.

Para tal efecto, lo primero que debe observar el Tribunal es que el contrato no precisa expresamente el tipo de licencia que se concede. En efecto, sólo establece que se designarán los equipos en que se instalará el programa, pero no precisa cuál es el alcance de la licencia. Desde este punto de vista debe observarse que de conformidad con lo que se ha acreditado en el proceso, el programa Fénix *"Es un sistema que opera en modalidad cliente-servidor, con una porción servidor centralizada y la porción cliente en una serie de modalidades (...)"* (respuesta del perito técnico a la primera pregunta del dictamen pericial, que concuerda con lo que exponen diversos testigos como los señores Luís Enrique Collante Velásquez y José Luís Merchán Ortega). Lo anterior permite delimitar el alcance de la licencia.

Según señala la doctrina, al contrato de licencia de derechos de autor le son aplicables las normas del arrendamiento, bien sea porque se le tenga como una modalidad del mismo⁴⁵ o bien porque se considera una figura distinta pero análoga, de manera que cualquiera que sea la posición que se adopte, ora directamente, bien por interpretación extensiva, es pertinente acudir a la normatividad de tal contrato para llenar eventuales vacíos.

Desde este punto de vista, el artículo 1996 del Código Civil dispone:

⁴⁵ Frédéric Pollaud Dulian, *Droit de la Propriété Industrielle*, Ed Montchrestien, Paris, 1999 y Pierre-Yves Gautier. [Propriété Littéraire et Artistique](#), Ed. PUF, Paris, 2004.

“El arrendatario es obligado a usar de la cosa según los términos o el espíritu del contrato; y no podrá, en consecuencia, hacerla servir a otros objetos que los convenidos, o a falta de convención expresa, a aquellos a que la cosa es naturalmente destinada, o que deban presumirse de las circunstancias del contrato o de la costumbre del país.” (Se subraya.)

Así las cosas, y a falta de estipulación expresa de las partes sobre el tipo de licencia, para determinarlo deberán tenerse en cuenta las características del programa, teniendo en cuenta en todo caso, la interpretación restrictiva que establecen las normas de derechos de autor sobre el alcance de los derechos conferidos.

En este orden de ideas, si el programa Fenix tiene carácter cliente-servidor, es claro que en virtud de la licencia podía ser instalado en el servidor de Granahorrar y como quiera que la licencia era para esta empresa, era ella la que lo podía utilizar por conducto de sus empleados, tanto para administrar su propia cartera como la de terceros, como se verá más adelante.

Observa el Tribunal que el demandante sostiene que Granahorrar sólo *“podía instalar y/o grabar el programa o software FENIX en un solo y único equipo o ambiente de cómputo”*. Empero, como se ha demostrado en el proceso no son equivalentes los conceptos de equipo y ambiente de cómputo, de ahí la necesidad de realizar unas anotaciones sobre el punto.

En efecto, en su dictamen pericial, el perito definió los ambientes de desarrollo, producción y pruebas de la siguiente manera:

“Ambiente de Desarrollo: *Consiste en una serie de componentes de hardware y software independiente del ambiente de producción, y del ambiente de pruebas, que permiten realizar tareas de desarrollo de aplicaciones sin interferir con las labores de producción, evitando riesgos de alteraciones a programas o a datos del ambiente productivo. ...”*

“Ambiente de Pruebas o Auditoría: *Consiste en una serie de componentes de hardware y software independiente del ambiente de producción, y del ambiente de desarrollo, que permiten realizar las pruebas de los desarrollos en un ambiente controlado, antes de pasarlos a producción...”*

“Ambiente de Producción: *Consiste en una serie de componentes de hardware y software independiente de los ambientes de desarrollo y*

pruebas, sobre el cual se presta el servicio a los usuarios finales del sistema.”

De esta manera, lo que define un ambiente es la existencia de una serie de componentes de equipos (hardware) y programas (software) que permiten que funcione el programa (software) para un determinado propósito. Por consiguiente, en un mismo equipo pueden operar varios ambientes, en la medida en que existan una serie de componentes que permiten funcionar en forma independiente varias veces el software para desarrollar determinados propósitos. En tal sentido se puede citar la declaración del testigo Juan Carlos Alzate, antiguo empleado de Granahorrar (folios 426 a 459 del Cuaderno de Pruebas No. 6). De hecho, como se observa en el dictamen pericial, el perito señaló para los tres ambientes reseñados, que los mismos funcionaban en el equipo “Sun FIRE 20K”.

Igualmente es posible que diversos ambientes funcionen en equipos distintos, por ello debe determinar el Tribunal si el hecho de que existieran varios ambientes constituye una violación al contrato de licencia.

Sobre este punto lo primero que debe observarse es que en materia de derechos de autor, lo relevante es el número de copias que se han realizado de un programa y no el número de ambientes, que no necesariamente corresponden al número de copias del programa.

Por otra parte, desde el punto de vista del contrato de licencia suscrito por las partes, se encuentra que no existe ninguna referencia al número de ambientes en que podía funcionar el programa.

Adicionalmente, en el documento de registro del programa en la Dirección de Derechos de Autor (folio 59 del Cuaderno de Pruebas No. 4) realizado por parte del demandante, aparece la descripción del programa por parte de su creador en la cual se expresa:

“2. AMBIENTES EXISTENTES DE CARTERA.

“Ambiente de Producción.

“Ambiente de Desarrollo y Pruebas

"Ambiente de Certificación.
"Ambiente de reprocesos.
"Ambiente Espejo e Históricos.
"Ambiente de circular 050.
"Ambiente simetrix."

Si de acuerdo con el creador del programa el mismo permite los ambientes mencionados, y si dicho programa fue licenciado a Granahorrar, sin restricción alguna frente a los ambientes que se podrían desarrollar, ha de concluirse que no constituye una violación por parte de dicha entidad que haya tenido varios ambientes, y en particular los de desarrollo, producción y pruebas a los cuales se refiere expresamente el documento mencionado.

Por otra parte, en lo que se refiere a los equipos en que se encontraba instalado el programa, observa el Tribunal lo siguiente:

En la cláusula primera del contrato de licencia celebrado entre Granahorrar y Fersoft Ltda., titulada definiciones, se establece: "*EQUIPO DESIGNADO: Equipo en el que GRANAHORRAR utilizará el programa y que se identifica por tipo/ modelo y número de serie;*". Así mismo, en la cláusula séptima se establece que en el Acta de Entrega se hará constar que se "*ha hecho la entrega del SISTEMA FENIX debidamente instalado en los equipos que para tal fin designe GRANAHORRAR, relacionados en documento anexo (...).*"

De lo anterior se desprende con claridad que la voluntad de las partes al celebrar el contrato de licencia, consistía en que el programa sólo se pudiera instalar en el equipo o equipos que ellas acordaran. Por consiguiente, una instalación en otro equipo o equipos constituye una violación del contrato de licencia, de acuerdo con su texto, sin perjuicio de la existencia de la copia de seguridad en las condiciones que la ley establece.

Ahora bien, el perito en sistemas precisa el número de equipos en que se encontraban instalados componentes del sistema Fénix y a tal efecto expresa en su dictamen (página 61):

"En resumen, el número de equipos servidores (o "dominios" de acuerdo a la terminología de Sun) en los cuales GRANAHORRAR tuvo instalado el programa FENIX durante los años 2.001 a 2.005 inclusive es:

<i>Fecha inicio</i>	<i>Fecha fin</i>	<i>Número de equipos</i>
<i>Enero 2001</i>	<i>Junio 2001</i>	<i>2</i>
<i>Julio 2001</i>	<i>Octubre 2003</i>	<i>4</i>
<i>Noviembre 2003</i>	<i>Julio 2004</i>	<i>5</i>
<i>Agosto 2004</i>	<i>la fecha</i>	<i>4</i>

"El perito anota que aunque el equipo SUN 450, de contingencia, no tiene activado el software aplicativo (incompatible con el esquema de replicación de datos) éste si es contenido en los medios magnéticos y puede ser activado en pocos minutos, en caso de contingencia."

En las aclaraciones al dictamen el perito expresó (página 66 de las aclaraciones):

"PREGUNTA No. 2.2 - Aclarar su respuesta indicando en el resumen del cuadro de la página 61, para cada rango de fechas, cuántos de los equipos relacionados en la columna NUMERO DE EQUIPOS, tenían instancias completas del sistema Fénix (acorde con los componentes establecidos en la respuesta 1.4 a excepción de CLIENTE POWER BUILDER), operando en producción, es decir, prestando servicios de administración de cartera en línea a los usuarios finales del sistema."

"Atendiendo la solicitud, el perito complementa la tabla resumen de respuesta a la pregunta 2 (página 61) del dictamen."

<i>Fecha inicio</i>	<i>Fecha fin</i>	<i>Número de equipos servidores que tuvieron instalados componentes del sistema FENIX</i>	<i>Número de equipos servidores que tuvieron instalada una instancia completa del sistema FENIX</i>
<i>Enero 2001</i>	<i>Junio 2001</i>	<i>2</i>	<i>1</i>
<i>Julio 2001</i>	<i>Octubre 2003</i>	<i>4</i>	<i>1</i>
<i>Noviembre 2003</i>	<i>Julio 2004</i>	<i>5</i>	<i>2</i>
<i>Agosto 2004</i>	<i>la fecha</i>	<i>4</i>	<i>2</i>

"El perito aclara que la segunda instancia completa del sistema FENIX existente a partir de Noviembre de 2003, corresponde al ambiente de contingencia en el equipo SUN 450, que como se menciona en la respuesta en referencia no se encuentra activa, sino en espera en caso de fallas en la instancia completa del sistema FENIX en producción."

De lo anterior se desprende que de los dos equipos en que en enero de 2001 existían componentes del sistema Fénix, sólo existió un ejemplar completo del programa Fénix. Sin embargo a partir de noviembre de 2003, existe otra copia completa para contingencias.

En relación con la copia para contingencias debe observarse que el artículo 24 de la Decisión 351 autoriza una copia *"Con fines de archivo, es decir, destinadas exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida."* (Se subraya.)

Como puede observarse, la ley sólo permite la copia de seguridad para reemplazar el ejemplar que ya no pueda utilizarse por daño o pérdida. La copia que se encuentra instalada en el equipo SUN 450 tiene por objeto entrar a operar cuando haya *"fallas en la instancia completa del sistema FENIX en producción"*, según expresa el perito. Es evidente que tales fallas pueden ocurrir no sólo en los casos de daño o pérdida del programa, sino también en los casos en que se produce un daño o una parálisis del equipo en que aquél se encuentra instalado. Luego la copia en mención tiene un alcance mayor al de la hipótesis cubierta por la autorización legal.

A lo anterior se agrega que dichas copias de seguridad son en la práctica objeto de licencia. En efecto, Granahorrar dispone de algunas licencias "ColdBackup" que según expresa el perito son una *"Modalidad específica para equipos de contingencia que permite el uso del producto un número previamente limitado de horas"*. No tendría sentido que se pagara por una licencia ColdBackup, si la posibilidad de obtener una copia del programa para estos casos estuviera cubierto por la norma legal que autoriza copias de seguridad. Por consiguiente, la licencia otorgada para el Programa Fénix no cubre dicha copia de contingencia.

Por lo que se refiere a las copias parciales que enumera el perito, observa el Tribunal que éste expresó en su dictamen lo siguiente:

"De otro lado, el perito acepta la definición dada de INSTANCIA COMPLETA DEL SISTEMA FENIX y aclara que se pueden tener instancias PARCIALES del sistema con componentes de lo enunciado. A manera de ejemplo, una instancia de base de datos con toda la información de cartera de la entidad, más los programas de generación de reportes, sin el componente de programas Pro-C (requerido para la comunicación con TopEnd) es considerado una "instancia parcial del sistema Fénix" que podría ser utilizada para propósitos de producción; de igual manera una instancia de base de datos con el modelo de datos del sistema FENIX, algunos de los procedimientos almacenados del denominado "kernel", sin la información de cartera de la entidad, y sin ningún otro componente adicional, puede ser una "instancia parcial del sistema Fénix" que podría ser utilizada para propósitos de desarrollo. De igual manera, el perito anota que según la definición dada, entre Junio de 1999 y Diciembre de 2000 (antes de la puesta en funcionamiento del componente de Programas ProC que interactúan con TopEnd), no se tenía en producción ninguna instancia completa del sistema FENIX como se ha definido, sino se tenía una instancia parcial del sistema FENIX." (Se subraya.)

Como se puede observar, de acuerdo con lo expuesto por el perito, una instalación parcial de los componentes del programa Fénix permite llevar a cabo labores de desarrollo o de producción, por lo cual debe concluirse que no sólo hay violación del contrato de licencia cuando se realiza una instalación completa del programa, sino que también puede haberla cuando se instalan copias parciales, particularmente cuando ellas permiten realizar algunas de las tareas para las cuales es necesario el programa. No sobra destacar a este respecto que las normas que regulan el derecho de autor prohíben no sólo las copias totales de una obra, sino también sus copias parciales, así lo ha reconocido en materia de programas la jurisprudencia de otros países (es el caso M.S. Associates Ltd vs Power en Inglaterra). En todo caso, para efectos de la violación al convenio, es indiferente que la instalación haya sido parcial o completa, por cuanto en las dos modalidades implica un uso indebido por carencia de la licencia pertinente.

Así las cosas, considera el Tribunal que las copias parciales de que da cuenta el perito fueron copias no autorizadas y por ello Granahorrar debe asumir las consecuencias correspondientes.

En esta medida en algunos períodos existieron dos equipos servidores que tuvieron instalados componentes del sistema Fénix, en otros períodos cuatro y, finalmente, en el período de noviembre 2003 a julio 2004 existieron cinco equipos que tuvieron instalados componentes del sistema Fénix (de los cuales sólo uno tenía una copia autorizada). Por lo anterior concluye el Tribunal que existieron cuatro copias instaladas que no corresponden a lo autorizado por la licencia.

Observa el Tribunal que en su dictamen el perito se refirió a la información que le fue suministrada por algunos funcionarios del BCH acerca de la existencia de una copia del programa instalada en un equipo del BCH en el año 2000. Igualmente se refirió a un documento en el que se hacía referencia a la necesidad de disponer de un equipo en el BCH para la instalación. Posteriormente en sus aclaraciones, el perito señaló que los funcionarios del BCH, *"reconocieron al perito su desconocimiento y su incapacidad de afirmar con relación al tipo de interfaz utilizada"* y que los funcionarios de Granahorrar señalaron que *"la instalación del sistema FENIX en el equipo mencionado (SUN 10000) no se realizó sino hasta el mes de Octubre, en las instalaciones físicas de GRANAHORRAR"*. Sobre este punto el apoderado de Granahorrar expresa que dentro de la cesión de activos de BCH a GRANAHORRAR esta última adquirió el servidor SUN 10000, en el cual GRANAHORRAR instaló el sistema FENIX, al parecer mientras se estaba haciendo la migración de datos (proceso en el que participó el señor Félix Rodríguez, según contrato suscrito por FERSOFT y GRANAHORRAR). Por lo cual concluye que el programa no fue instalado en el equipo de un tercero.

En relación con este punto observa el Tribunal que el perito acompañó a su dictamen la comunicación del 14 de julio de 2000, dirigida por el Director Unidad de Recursos Tecnológicos de Granahorrar al Banco Central Hipotecario, en la cual se expresa: *"De la manera más atenta solicito su acostumbrada colaboración para que nos sea asignado de manera temporal el dominio de desarrollo de la máquina SUN ULTRA ENTERPRISE 10000 del Banco Central Hipotecario, con el fin de llevar a cabo las pruebas de portabilidad del aplicativo de cartera Granahorrar sobre la plataforma Solaris"*. En dicha comunicación se

señala que el tiempo total de la prueba es de 18 días. Ahora bien, se destaca que en la lista de equipos en que estuvo instalado el programa Fénix que elabora el perito, se encontraba este equipo (página 60 del dictamen pericial), por lo cual el mismo ya se encuentra incluido entre los equipos a los que se ha hecho referencia.

Por lo anterior, prosperan las pretensiones tercera y cuarta de la demanda de Fersoft y es del caso entrar a ocuparse de las consecuencias económicas del anterior incumplimiento.

En lo que se refiere a la pretensión quinta, se observa que el principio de la reparación integral a que se refiere el artículo 16 de la ley 446 de 1998, implica restablecer el equilibrio destruido por el hecho ilícito y colocar a la víctima en la situación en que se encontraría si no se hubiese producido el hecho dañoso⁴⁶. En particular, en materia de copias, se acude a determinar el monto de ingresos del cual fue privado el titular de la obra⁴⁷. Así por lo demás lo dispone el artículo 57 de la ley 44 de 1993. Desde esta perspectiva, si Granahorrar hubiera actuado conforme al ordenamiento habría debido pagar una licencia para cada copia que utilizó; como las partes le asignaron un valor de US 240.000 para una licencia, la inicial, considera procedente el Tribunal partir de este valor como prestación equivalente a dicho reconocimiento, por ser aquel que las partes estimaron como el adecuado, tanto así que no obstante estar señalado en la pretensión quinta de la demanda, no se cuestionó su monto por la demandada

En relación con este aspecto observa el Tribunal que el demandante solicitó que dicha cifra se liquidara a la tasa representativa del mercado vigente al momento de efectuarse la instalación o copias adicionales, lo cual encuentra razonable el Tribunal, en la medida en que fue en ese momento en que Granahorrar debió haber cancelado a Fersoft el valor de la licencia correspondiente.

Para hacer la liquidación respectiva el Tribunal tomará en cuenta la información suministrada en el dictamen pericial, la cual arroja el siguiente resultado:

⁴⁶ Genieve Viney. La Responsabilité. Effets en el Traité de Droit Civil de Jacques Ghestin, Paris, 1988, página 81.

⁴⁷ Viney. Ob cit, página 13.

Contra

Granahorrar Banco Comercial S.A.

Fecha inicio	Fecha fin	Número de equipos servidores que tuvieron instalados componentes del sistema FENIX.	Número de equipos servidores que tuvieron instalada una instancia completa del sistema FENIX.
Enero 2001	Junio 2001	2	1
Julio 2001	Octubre 2003	4	1
Noviembre 2003	Julio 2004	5	2
Agosto 2004	la fecha	4	2

De esta manera a partir de enero de 2001 deberá causarse el valor de una copia adicional. A partir de julio de 2001, deberá reconocerse el valor de dos copias adicionales. Finalmente, a partir de noviembre de 2003 deberá reconocerse otra copia adicional.

El promedio mensual de la tasa representativa del mercado según la información que reposa en la página web del Banco de la República es el siguiente:

Enero de 2001	2.241,40
Julio de 01	2.304,28
Noviembre de 03	2.807,20

Por consiguiente el valor en pesos a reconocer por estas copias es el siguiente:

Fecha	Tasa representativa	Numero de copias	Valor unitario en dólares	Valor total en pesos
Ene-01	2.241,40	1	\$ 240.000,00	\$ 537.936.000,00
Jul-01	2.304,28	2	\$ 240.000,00	\$ 1.106.054.400,00
Nov-03	2.807,20	1	\$ 240.000,00	\$ 673.728.000,00
Total				\$ 2.317.718.400,00

Dicha suma debe actualizarse a la fecha de notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda, esto es al 9 de marzo de 2006, para lo cual se tomará en cuenta el índice de precios al consumidor de los meses mencionados y el de febrero de 2006.

	IPC	IPC FEB/06	Valor original	Valor actualizado a marzo
Ene-01	120,04	163,10	\$ 537.936.000,00	\$ 730.935.953,34
Jul-01	126,26	163,10	\$ 1.106.054.400,00	\$ 1.428.823.352,21
Nov-03	144,81	163,10	\$ 673.728.000,00	\$ 758.830.963,00

Total		\$ 2.918.590.268,56
-------	--	---------------------

Por consiguiente, considera el Tribunal que debe condenarse a Granahorrar a pagar la suma de \$ 2.918.590.268,56 por este concepto, guarismo que será adicionado con los intereses moratorios liquidados a partir de la notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda al demandante, tal como lo prescribe el art. 90 del C. de P. C.

Estima pertinente el Tribunal hacer unas breves consideraciones acerca del fundamento para realizar la liquidación de intereses moratorios antes ordenada, por lo que es menester recordar que el inciso segundo del artículo 90 del C. de P. C. consagra que: "La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes", norma con la cual se le dio dinámica e hizo operante lo previsto en el artículo 1608 del C.C., numeral tercero, que indica que el deudor está en mora cuando "ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor", lo que está de acuerdo con lo señalado en el artículo 1617 del Código Civil, donde prescribe que en las obligaciones de pagar una suma de dinero, como es una indemnización de perjuicios, el deudor debe pagar intereses moratorios desde que se encuentra en mora.

Con esta disposición se buscó acabar con la interpretación atinente a que en los procesos de conocimiento las sanciones moratorias tan solo se daban luego de ejecutoriada la sentencia respectiva, lo cual había sido un acicate para la litigiosidad y artificial prolongación de los procesos por parte de los demandados por imponerse las sanciones moratorias únicamente luego de ejecutoriada la sentencia, lo que en una economía usualmente inflacionaria, en mucho podía afectar a quien tenía la razón al demandar.

Con la clara orientación legal, las sanciones moratorias se deben imponer no a partir de la ejecutoria de la sentencia sino, en principio, desde la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda, pues esa será la que, usualmente, se tomará para los efectos del numeral 3º del artículo 1608 del C.C., dado que la específica finalidad del agregado que al artículo 90 introdujo el decreto 2282 de

1989, fue la de erradicar cualquier duda con relación al punto y, por sobre todo, desterrar la idea acerca de que las sanciones eran tan solo a partir de la ejecutoria de la sentencia, con lo de que de paso se cerró interpretación que en tal sentido había sostenido la Corte Suprema de Justicia.

En verdad, tradicionalmente la Corte Suprema de Justicia había sostenido que para que existiera mora se requería como presupuesto necesario que existiera una obligación exigible de pagar una cantidad de dinero (*in illiquidis mora non fit*). Por consiguiente, si la cantidad sólo se podía establecer como consecuencia del proceso, señalaba la Corte, no procedía el pago de intereses de mora con anterioridad a la ejecutoria de la sentencia.⁴⁸

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia ha considerado que cuando se condena al pago de perjuicios por incumplimiento de un contrato, procede igualmente la condena al pago de intereses moratorios a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda al demandante, es decir determinó que esa debía ser la nueva orientación ante lo perentorio del art. 90 del C. de P.C, al señalar que⁴⁹

⁴⁸ Sentencias del 29 de septiembre de 1984 (G.J. Tomo CLXXVI p. 288) y 10 de junio de 1995 la Sala Civil de la Corte (Expediente 4540),

⁴⁹ Sentencia del 9 de noviembre de 2004, Ponente, Silvio Trejos. Expediente No. 12789. En el mismo sentido se expresó en sentencia del 18 de noviembre de 2004, Ponente: Cesar Julio Valencia, Expediente No. 7287 donde la Corte indicó: "En cuanto a la mora, esto es, "un incumplimiento calificado que produce efectos jurídicos" (G.J. t. CLXV, pag. 341), el artículo 1608 del Código Civil señala que el deudor incurre en ella en cualquiera de las siguientes hipótesis: **a).** cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se le requiera para constituirlo en mora; **b).** cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y **c).** en los demás casos, cuando ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor. "En los dos primeros eventos la mora es automática; en cambio, el tercero supone la reconvenición judicial del acreedor al deudor "en reclamación de que cumpla" (G.J. CXXIV, pag. 423), diligencia que se encuentra regulada, entre otras disposiciones, por el inciso segundo del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, según el cual "la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes". "4. En el caso que ocupa la atención de la Sala, el planteamiento del recurrente toca, como se dijo, con la determinación del momento a partir del cual se han de causar intereses moratorios a cargo de la empresa que el Tribunal halló responsable de los daños patrimoniales ocasionados al actor." Pese a que el artículo 1608 del Código Civil fue invocado por el ad quem, surge claramente que le fijó un sentido contrario a su tenor, pues dispuso, sin justificación alguna, que los intereses de mora correrían a partir de la ejecutoria de la sentencia, cuando ello no corresponde a ninguno de los supuestos normativos, sin reparar, además, que el deudor ya se encontraba en dicha situación, como efecto de la reconvenición judicial realizada - numeral 3º -.

“... por concepto de la indemnización que surge ante la evidente responsabilidad contractual de la demandada derivada del incumplimiento del contrato de obra que se le imputa por parte de la Constructora Arauca, de cuyos perjuicios se ha dado cuenta en el despacho de los cargos, se le impondrá a la demandada la obligación de pagar la suma de \$1.480.598.246, a la cual equivale el sobrecosto consistente en \$116.25 por cada metro cúbico de material estéril que en virtud del contrato tenía que remover y no lo hizo, habiéndolo efectuado otra empresa. Sobre dicha cantidad se liquidará el interés bancario corriente a partir del 13 de diciembre de 1991, -fecha en que se terminó el contrato de obra-, hasta cuando se notificó la demanda en la que quedó la demandada constituida en mora; fecha a partir de la cual ese dinero causará los intereses legales comerciales de mora, fijada por la Superintendencia Bancaria para cada período mensual, hasta cuando se efectúe el pago total.”

“Ciertamente, del examen de la actuación emerge que el Tribunal no tuvo en cuenta que el 18 de junio de 1993 la sociedad Basf Química Colombiana S.A. se notificó por conducta concluyente del auto de 24 de marzo del mismo año, que había admitido la demanda ordinaria (C. 1, fls. 63 - 74), con lo que dejó de aplicar el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, con las secuelas propias de esta disposición, reflejadas en que la mentada gestión obra como el “requerimiento judicial para constituir en mora al deudor”, desconociendo, de paso, el perentorio mandato del artículo 870 del Código de Comercio.”

No puede perderse de vista que cuando se acude a la intervención de la justicia en un proceso declarativo, la sentencia, de ser estimatoria de la demanda, no hace nada diverso a reconocer que el demandante tenía razón, que le asistía el derecho, de ahí que sea apenas equitativo tomar como base para efectos de imponer sanciones moratorias la fecha advertida, salvo que una norma de manera expresa señale otra oportunidad, tal como sucede, por ejemplo, con el contrato de seguro donde el art. 1080 del C. de Co. indica que será a partir del mes siguiente al de presentada la reclamación que se originan las mismas.

Como es deber del intérprete desentrañar el sentido de la ley, una interpretación exegética del art. 90 implicaría que el cómputo se efectúe a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda al demandante, pues usualmente es aquí en

donde queda establecido el objeto del proceso; empero, cuando existe reforma de la demanda, entiende el Tribunal que esa liquidación debe ser a partir del momento en que se notifica el auto admisorio de ella al demandante, porque, en tal hipótesis, es en esta oportunidad procesal que se precisa en definitiva el objeto del proceso al quedar fijadas las pretensiones, pues ya se sabe a ciencia cierta qué es lo que se quiere del demandado y es por eso que será respecto de lo contenido en la reforma que opera la reconvención judicial de que trata el art. 1608 en su numeral 3, para efectos de liquidar los intereses moratorios.

Por eso es a partir de esa segunda oportunidad que el Tribunal ha realizado el cálculo.

El cálculo de dichos intereses arroja el siguiente resultado:

Fecha 1	Fecha 2	Tasa de interés	Valor Liquidado intereses mora
09-Mar-06	31-Mar-06	25,88%	\$42 ' 637.229,47
01-Abr-06	30-Abr-06	25,13%	\$54 ' 276.460,31
01-May-06	31-May-06	24,11%	\$54 ' 035.792,07
01-Jun-06	30-Jun-06	23,42%	\$50 ' 916.164,89
01-Jul-06	31-Jul-06	22,62%	\$50 ' 987.995,60
01-Ago-06	31-Ago-06	22,53%	\$50 ' 802.817,04
01-Sep-06	30-Sep-06	22,58%	\$49 ' 249.813,30
01-Oct-06	31-Oct-06	22,61%	\$50 ' 967.426,35
01-Nov-06	30-Nov-06	22,61%	\$49 ' 309.506,07
01-Dic-06	31-Dic-06	22,61%	\$50 ' 967.426,35
01-Ene-07	31-Ene-07	20,75%	\$47 ' 114.586,93
01-Feb-07	28-Feb-07	20,75%	\$42 ' 522.065,12
01-Mar-07	31-Mar-07	20,75%	\$47 ' 114.586,93
01-Abr-07	30-Abr-07	25,13%	\$54 ' 276.460,31
01-May-07	25-May-07	25,13%	\$43 ' 341.013,34
			\$738 ' 519.344,08

Como conclusión se tiene que cumpliendo el Tribunal el deber que le asigna el art. 307 del C. de P. C. de imponer la condena en concreto considerando todos los rubros que incidan en esa fijación hasta el día del fallo, el monto de la condena asciende a un gran total de \$3.657.109.613.

6. El uso del programa Fénix por varias personas

En la pretensión sexta de su demanda, Fersoft solicita que *"se declare que el contrato de licenciamiento suscrito en 1.997 solo autorizaba a GRANAHORRAR como único usuario del software o programa FENIX"* y que por ello existió violación de contrato al *"permitir GRANAHORRAR la utilización por parte de terceras personas naturales o jurídicas, a través suyo, directa o indirectamente, del programa o software FENIX"*.

En tal sentido precisa que la licencia otorgada autorizaba únicamente a GRANAHORRAR como usuario final del programa, con lo cual, el solo hecho de que la convocada hubiera permitido a un tercero, no expresamente autorizado a utilizar el programa, constituye clara y flagrante violación contractual. Señala que las normas andinas consideran ilícito todo procedimiento o aprovechamiento del programa a través de redes, estaciones de trabajo o procedimientos similares, cuando ello no hubiere sido expresamente autorizado y, para cada caso, por el titular de los derechos, por lo cual concluye que esta violación se produjo cuando se permitió que a través de conexiones, redes o similares, terceros no autorizados se valieran y emplearan o aprovecharan el software o programa FENIX, sin contar para ello con la previa autorización de los licenciantes.

Por su parte Granahorrar se opone a esta pretensión y señala que los terceros no tienen acceso a la porción cliente del sistema FENIX (denominada internamente en el Banco como POWER BUILDER, por estar construida sobre dicho programa), es decir, no tienen instalado en ninguno de sus computadores una porción del sistema FENIX, pues la información se procesa únicamente en los equipos de GRANAHORRAR. GRANAHORRAR no ha habilitado a ningún tercero a correr procesos en el sistema FENIX, ni ha permitido que terceros o varias personas aprovechen el programa mediante redes o estaciones de trabajo.

Sobre el particular encuentra el Tribunal:

Al perito en sistemas se le preguntó:

"PREGUNTA No. 3. Número de equipos, terminales y usuarios, locales o remotos, que GRANAHORRAR tiene conectados y operando con el programa FENIX desde enero 1 de 1.999 y hasta la fecha de presentación del dictamen, sean estos propios y/o de terceros.

"RESPUESTA No. 3.

"La tabla a continuación presenta el número estimado de equipos y usuarios conectados, operando o consultando información provista por el sistema FENIX.

AÑO	Estaciones desarrollo y pruebas (Nota 1)	Estaciones Power Builder (Nota 2)	Estaciones Caja (Nota 3)	Clientes GranNet (Nota 4)	Clientes Internet (Nota 5)	Clientes Terceros (Nota 6)
1999	7					
2000	7	300	420	ND		*
2001	13	400	430	ND		*
2002	16	500	450	ND		*
2003	15	700	470	ND		*
2004	15	941	490	1.734		*
2005	13	330	521	1.336	1.260	30 activos 43 elim.
2006	12	347	521	1.149		

"Nota 1: Datos estimados a partir de las plantas de personal de Desarrollo y pruebas.

Se aclara que en el 2005 se hizo una depuración de usuarios que ya no eran vigentes.

"Nota 2: Los datos del 2000 a 2003 son estimados y del 2004 al 2006 se tomaron de los logs de usuarios.

"Nota 3: Datos estimados con base en la cantidad de oficinas del BANCO GRANAHORRAR

"Nota 4: Datos tomados del log de usuarios de GranNet, seleccionando aquellos usuarios que en su perfil tienen operaciones de Cartera.

"Nota 5: Se Aclara que este número corresponde al número de clientes que a través de Internet han usado operaciones de cartera hipotecaria.

"Nota 6: GRANAHORRAR relaciona como único tercero con acceso a Fénix a CISA; de estos usuarios se entregó una lista de usuarios vigentes y eliminados a la fecha. El número de usuarios histórico durante los años de prestación del servicio, no se pudo determinar."

Ahora bien en relación con estas cifras considera el Tribunal lo siguiente:

El programa Fénix está estructurado bajo la forma cliente servidor, por lo cual es normal que exista un núcleo central de procesamiento y estaciones que acceden al mismo. Es precisamente por ello que durante el desarrollo del

programa se estructuraron las estaciones de trabajo con el programa Power Builder. Adicionalmente, es razonable que en un sistema de cartera con estructura cliente-servidor puedan acceder al mismo a través de terminales los diferentes empleados de Granahorrar, así no sea a través del programa Power Builder, particularmente en la medida en que Granahorrar es el titular de la licencia y fue autorizado para hacer adaptaciones del programa (cláusula décima segunda del contrato), sin limitación en el número de estaciones que podían tener acceso al servidor, obviamente sin que ello implicara otorgar a terceros los derechos derivados de la licencia. En esta medida es claro que no puede haber violación alguna del contrato por razón de las estaciones de desarrollo y pruebas, las estaciones Power Builder o las estaciones caja, a las que alude el perito.

Por lo que se refiere a los clientes GranNet, los clientes Internet y los clientes terceros se observa lo siguiente:

En la página 18ª de su dictamen el perito precisó los mecanismos de acceso remoto del programa Fénix y señaló entre otros:

"Cliente GranNet"

"Desarrollado por Granahorrar para habilitar el acceso al sistema FENIX (porción servidor) a través de la red interna de Granahorrar (Intranet), utilizando tecnología Web.

"Cliente Internet"

"Desarrollado por Granahorrar para habilitar el acceso al sistema FENIX (porción servidor) a través de Internet, para atención de consultas y pagos."

De esta manera, los dos mecanismos son sistemas de acceso para obtener información sobre los créditos que se manejan a través del programa Fénix. Vale la pena señalar que igualmente el perito expresó *"En consecuencia el perito conceptúa (sin eliminar la posibilidad que teóricamente pueda ocurrir) que los usuarios del sistema FENIX, ajenos o distintos a GRANAHORRAR, que acceden al sistema por los métodos de acceso GranNet e Internet, **no** pueden modificar el aplicativo o la estructura de la base de datos central **ni** reproducir el aplicativo."*

Encuentra el Tribunal que si bien inicialmente el programa no permitía la consulta de los créditos por terceros, posteriormente a través de GranNet e Internet se permitió que terceros utilizaran el programa Fénix para obtener información sobre los créditos que se encontraban en el mismo. Si bien, los clientes no podían modificar el aplicativo o la base de datos, si tenían un uso limitado del programa para consulta y pagos, pues al acceder a través de Internet o GranNet era necesario que el programa cumpliera alguna de sus funciones para que el usuario obtuviera información sobre su crédito.

Ahora bien, en la descripción del programa ante la Dirección de Derechos de Autor el demandante expresó:

"La tecnología del Banco permite acceder a la base de datos de CARTERA por diferentes vías:

"1. A través de Clientes Power Builder ubicados en las diferentes sucursales (a nivel nacional) y conectados a la base de datos directamente por SQLNET de Oracle.

"2. A través de la intranet del Banco, utilizando un servidor de aplicación web (WAS), instalado en un servidor NT, quien a su vez, por medio de JDBC se conecta a la base de datos ORACLE.

"3. A través de Internet los clientes se conectan a un servidor de páginas web SUN 450, que pasa a los IBM AIX y lo validan para entregar el switch TANDEM, quien a través del monitor TopEnd, llega a la base de Datos ORACLE.

"4. A través de agencias desde terminales finesse, conectadas al switch TANDEM, llegando al equipo de cartera por medio del monitor transaccional TopEnd".

Se tiene así que la posibilidad de que a partir de 2004 los clientes pudieran acceder a la información sobre sus créditos y en esta medida utilizaran el programa Fénix, constituye un desarrollo del mismo, según resulta del registro en la Dirección de Derechos de Autor.

Obra en el expediente el contrato de Prestación de Servicios para el Mantenimiento de los Programas del Sistema "Fénix" Cartera en Línea Fersoft y Granahorrar de fecha 26 de febrero de 2.003, suscrito entre Fersoft y el Banco Granahorrar por el término de doce meses (Folios 207-211 del Cuaderno de

Pruebas No. 1). En la cláusula segunda de este contrato, entre los servicios contratados, se incluye: *"4. Proveer a Granahorrar de cualquier corrección, modificación y perfeccionamiento que no sean pagaderos como aquellos que no contengan mejoras o nuevos desarrollos. "7. Mantener la aplicación con las últimas mejoras globales – upgrade, que se realicen (que no sean personalizaciones)."*

Así las cosas la mejora del programa permitió que a partir de 2004 los clientes consultaran sus créditos por Internet. En esa misma época Fersoft se obligó a proveer cualquier corrección, modificación o perfeccionamiento del programa. Lo anterior implica para el Tribunal, que cualquier mejora del mismo se encontraba autorizada a Granahorrar. Por esta razón no existe desde este punto de vista violación del contrato de licencia, y por consiguiente no prospera la pretensión sexta de la reforma de la demanda.

7. La administración de cartera ajena

En la pretensión octava de su demanda, Fersoft solicitó *"Que se declare que la prestación a título oneroso de servicios a terceros por parte de GRANAHORRAR, haciendo uso del programa o software FENIX, constituye violación del contrato de licencia suscrito en 1.997 entre GRANAHORRAR y FERSOFT."*

A tal efecto expresó que está probado que la convocada permitió la utilización por parte de terceras personas naturales o jurídicas, a través suyo, directa o indirectamente, del programa o software FENIX, situación que configura clara violación del contrato de licencia existente entre GRANAHORRAR y FERSOFT.

Por su parte, la demandada se opone a tal declaración y señala que en todo caso, desde un principio se había previsto la administración de cartera de terceros y Fersoft lo conocía. Agrega que las entidades a quienes GRANAHORRAR les administra la cartera no tienen acceso al sistema, sino que es GRANAHORRAR la que con sus recursos propios usa el sistema para procesar los datos de estas otras entidades. Expresa que solo uno de estos terceros accede por los medios desarrollados e implementados por el Banco, esto es, CISA cuyos empleados acceden por GranNet, que es la red interna del Banco,

pero en todo caso tales clientes *"no pueden ejecutar operaciones diferentes a consultas de información"*. Señala que el derecho de autor no concede derechos exclusivos sobre la explotación práctica, o mejor, sobre la funcionalidad de un programa de computación.

Sobre el particular considera el Tribunal:

Está acreditado que Granahorrar ha administrado cartera de terceros. En efecto, al contestar la pregunta No. 8, el perito en sistemas expresó:

"El perito estableció que la cartera administrada por Granahorrar en virtud de los contratos suscritos con Banco de la República (desde el 7 de Julio de 1999), Banco Central Hipotecario (desde enero 1 de 2000), CISA (desde el 29 de noviembre de 2000) y Titularizadora Colombiana (desde mayo de 2002), fue manejada y procesada utilizando el sistema FENIX. En consecuencia, se concluye que Granahorrar ha administrado cartera de terceros utilizando el sistema FENIX desde el 7 de Julio de 1999".

Así mismo de los documentos obrantes en el proceso se concluye que Granahorrar ha administrado cartera del Banco de la República (Cuaderno de Pruebas No. 7, folios 1 a 30 inclusive), el Banco Colmena (BCSC) (Cuaderno de Pruebas No. 7, folios 31 al 37 inclusive), el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Cuaderno de Pruebas No. 7 folios 38 al 62 inclusive y 121 al 171 inclusive), la Central de Inversiones CISA (folios 417 y s.s del Cuaderno de Pruebas No. 5) y, la TITULARIZADORA COLOMBIANA (folios 182 y s.s. del Cuaderno de Pruebas No. 5).

Ahora bien, en relación con dichos casos, observa el Tribunal que en el único en que la entidad cuya cartera se administraba tenía acceso directo a los sistemas de Granahorrar era el de CISA, pero su acceso era para consultar la información correspondiente a la cartera.

En este sentido expresa el perito en su dictamen:

"Adicionalmente y como se muestra en la misma tabla ha existido una conexión con la entidad externa Central de Inversiones S. A. CISA, a través de la cual se ha habilitado a un total de 73 funcionarios a través de la interfaz GranNet."

"En el caso de CISA, desde Noviembre de 2000, y hasta la fecha, sus funcionarios pueden acceder a la base de datos del sistema FENIX por intermedio de GranNet. Estos funcionarios se encuentran ubicados tanto en las instalaciones de CISA como en las instalaciones de GRANAHORRAR, facilitadas para tal efecto. "

Así mismo, sobre la posibilidad para los funcionarios de CISA de ejecutar operaciones diferentes a consultas de información, el perito expresó en sus aclaraciones:

"PREGUNTA No. 5.1 - Aclarar si específicamente los clientes CISA que tienen acceso a través de Grannet, pueden ejecutar operaciones diferentes a consultas de información y cuáles son estas operaciones.

"RESPUESTA No. 5.1

"No. Los clientes CISA que tienen acceso a través de Grannet, no pueden ejecutar operaciones diferentes a consultas de información. Esta funcionalidad se restringe a partir de la definición de "perfiles de usuario" del sistema FENIX.

"En el mismo sentido, el perito aclara que la tabla de respuesta a la pregunta Nro. 10 del dictamen (página 69) presenta la totalidad de las transacciones de consulta ejecutadas por funcionarios de CISA, y que estas son todas las operaciones que ellos pueden ejecutar actualmente y por configuración de parámetros del sistema."

Así mismo expresó:

"PREGUNTA No. 21.1 - Aclarar si los funcionarios de CISA, desde sus instalaciones y a través de Grannet, están en capacidad de reportar los eventos relacionados con modificación a las condiciones de los créditos CISA (reliquidaciones) o nuevos créditos, o novedades a los créditos (pagos, notas etc.), o si el procedimiento es que envían la información a los funcionarios de Granahorrar quienes finalmente realizan las operaciones de administración correspondientes en el sistema Fénix.

"RESPUESTA No. 21.1

"No. Los funcionarios de CISA, desde sus instalaciones y a través de Grannet, no están en capacidad de registrar con y en el sistema FENIX (reportar) los eventos relacionados con modificación a las condiciones de los créditos CISA (reliquidaciones) o nuevos créditos, o novedades a los créditos (pagos, notas etc.).

"Las modificaciones o actualizaciones, y este tipo de operaciones, son solicitadas por CISA mediante órdenes en forma de memorandos o

comunicaciones escritas, enviadas a Myriam Ortiz, único punto de contacto para CISA. Dos funcionarios de CISA con sede en las oficinas de Granahorrar realizan labores de consulta y validación, así como el control de consignaciones en cuenta empresarial.”

De esta manera, está acreditado que Granahorrar ha prestado el servicio de administración de cartera utilizando el programa Fénix y que, si bien en el caso de CISA ha permitido que los funcionarios de esta entidad tengan acceso al programa para consultas, en realidad la administración de dicha cartera la ha mantenido Granahorrar, quien es la única que a través de sus funcionarios puede introducir modificaciones o actualizaciones.

Ahora bien, cabe preguntarse si dicha conducta constituye violación de los derechos patrimoniales de Fersoft o del contrato que ésta había celebrado con Granahorrar.

Por lo que se refiere a los derechos patrimoniales correspondientes al derecho de autor, debe recordarse que de conformidad con la Decisión 351 “Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias”.

Ahora bien, el artículo 12 de la ley 28 de 1932 establece:

“El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes:

- A. Reproducir la obra;*
- B. Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra, y*
- C. Comunicar la obra al público mediante la representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio.”*

Por su parte, el artículo 13 de la Decisión 351 dispone:

“El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;*

e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.”

De esta manera, a Fersoft como titular del derecho sobre el programa Fénix le correspondía autorizar la reproducción de la obra, autorizar su comunicación pública, distribuir públicamente ejemplares de ella por medio de venta arrendamiento o alquiler, autorizar la importación de copias hechas sin su autorización, o, finalmente, autorizar la traducción, adaptación, arreglo o transformación de la obra.

En esta medida quien tiene una licencia de uso de un programa como Granahorrar no podía realizar los siguientes actos: reproducir el programa, salvo las copias que las normas especiales en materia de programas consagran, a las cuales ya se refirió el tribunal; realizar la comunicación pública del programa por cualquier medio; distribuir públicamente copias del programa mediante la venta, el arrendamiento o alquiler, o realizar la adaptación o modificación del programa, sin perjuicio de la adaptación que realiza el usuario para su exclusiva utilización, en los términos del artículo 27 de la Decisión 351.

Vale la pena señalar que el segundo inciso del artículo 26 de la Decisión 351 establece:

“No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos”.

En el presente caso es claro que como se trata de un programa cliente servidor, su uso estaba autorizado a través de la red del Banco. Por lo que se refiere a los usos análogos a los que se refiere la norma, entiende el Tribunal que ello implica cualquier mecanismo en que un tercero emplea el programa. De este modo lo que está prohibido, a la luz de la norma y sin perjuicio de lo que resulte del contrato y de la conducta de las partes, es permitir a un tercero distinto al licenciatarario utilizar el programa. En el presente caso es claro que ello no ocurre, porque es Granahorrar quien emplea el programa para administrar cartera ajena.

A este respecto debe destacar el Tribunal que la ley no prohíbe que el titular de una licencia utilice el programa para desarrollar actividades lucrativas, salvo que ello implique permitir que un tercero use directamente el programa, como es el caso del alquiler del mismo. En efecto, el artículo 7o de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena establece:

“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.” (Se subraya.)

En este sentido la doctrina señala que si bien el usuario de un programa no puede realizar copias, puede sin duda servirse de todas las posibilidades de programa conforme a su destino.⁵⁰

Así mismo, es pertinente señalar que una Corte de Apelaciones francesa, en decisión aprobada por la Corte de Casación en sentencia del 1º de julio de 1997, consideró que un contrato de concesión de un programa para uso personal, debía entenderse que permitía la utilización del programa por el concesionario sobre su propio computador, en el marco de su actividad profesional de prestatario de servicios informáticos, para establecer pagos por cuenta de sus clientes.⁵¹

A juicio del Tribunal la administración de cartera de terceros por parte de Granahorrar no encaja en ninguno de los supuestos en los que se requiere autorización del titular del derecho de autor. En efecto, es el propio administrador el que usa el programa y no permite que otro lo use para tal propósito. Para el Tribunal la situación en este caso es análoga a la que se presenta cuando el licenciataria de un procesador de texto lo utiliza para elaborar textos por los cuales cobra una suma de dinero. El proveedor de dicho programa de procesamiento de texto no podría reclamar al licenciataria por ofrecer al público el servicio de procesamiento de texto, sin hacer copias adicionales del programa y sin alquilarlo para que otra persona lo use, y menos pretender que debe recibir una participación económica de lo que aquel cobró.

⁵⁰ Pierre-Yves Gautier. Ob cit., página 157.

⁵¹ Revue Internationale de Droit d’Auteur, No 175, páginas 301 y siguientes.

Ahora bien, el hecho de que las normas de derecho de autor no prohíban tal uso no excluye que las partes no lo puedan limitar en el contrato, por lo cual es necesario examinar este último. Desde esta perspectiva observa el Tribunal que el contrato concedió una licencia de uso, sin establecer expresamente ninguna restricción sobre el uso que podría dar Granahorrar al programa para realizar una actividad lucrativa, siempre que ello no implicara la reproducción del programa o su alquiler. Tampoco encuentra el Tribunal que ninguna restricción pueda deducirse de su espíritu.

En efecto, de la prueba que obra en el expediente se desprende que el programa estaba diseñado para administrar cartera de terceros. En efecto en el dictamen pericial se expresa:

"PREGUNTA No. 18. El perito determinará si el SISTEMA FENIX ofrece la posibilidad de manejar los procesos de cartera de otras entidades y la manera cómo se implementa esta funcionalidad.

"RESPUESTA No. 18.

"El sistema FENIX cartera en línea sí ofrece la posibilidad de manejar los procesos de cartera de otras entidades. Esa funcionalidad se implementa mediante un "código de empresa" asociado a cada obligación. La tabla consultada en presencia del perito, a la fecha de la pericia, contenía las siguientes entidades:

*"BBVA
FOGAFIN
Banco de la República
CISA
BANCAFE
Ban Agrario
BBVA
Titularizadora Colombia
Colmena
Fondo Nacional de Garantías
Titularizadora Improductiva
Colsubsidio"*

Igualmente en las aclaraciones al dictamen el señor perito expresó:

"7. Se servirá precisar el Señor Perito si el programa o aplicativo FÉNIX desde un principio, contaba con la funcionalidad de administración de

cartera para terceros, si es así, le solicito respetuosamente efectuar las siguientes indicaciones y aclaraciones:

"PREGUNTA No. 7.1 - Sírvase indicar si se encontraba especificada en el manual de operaciones.

"RESPUESTA No. 7.1.

"Sí. La funcionalidad de administración de cartera para terceros, si se encontraba especificada en el manual de operaciones.

"PREGUNTA No. 7.2 - Si fue así, sírvase especificar la referencia específica en el manual y fecha de elaboración del mismo

"RESPUESTA No. 7.2.

"A continuación se presentan las siguientes referencias relacionadas con titularización y empresas dueñas del crédito:

<i>"Nombre del Archivo:</i>	<i>ManualSist.doc</i>
<i>"Título del documento:</i>	<i>Fersoft – Software y Compañía Ltda., Manual del Sistema de Cartera En Línea FENIX</i>
<i>"Fecha del documento:</i>	<i>Mayo 3 de 2000</i>
<i>"Autor:</i>	<i>FERSOFT</i>
<i>"Aportado por:</i>	<i>FERSOFT"</i>

Observa el Tribunal que en el Manual de Usuario efectivamente se hace referencia a la función de administración de cartera. En efecto, en él se expresa refiriéndose al programa:

"Está completamente adaptado para que el operador pueda ejecutar los procesos de Facturación, los Débitos Automáticos, los cierres, generar e imprimir todos los reportes del Sistema, como también producir los archivos planos y Bases de Datos requeridos por los diferentes usuarios para la administración no sólo de la Cartera de Granahorrar sino también las Carteras de otras entidades administradas por la Corporación"⁵².(Se subraya.)

Vale la pena precisar que si bien en su declaración el señor Félix Rodríguez manifestó que el manual no fue producto de su exclusiva creación, en todo caso reconoció que dicho Manual tenía la firma de Fersoft y fue elaborado conjuntamente con Granahorrar por el señor Roberto Buitrago quien trabajaba para Fersoft (folios 471 a 501 del Cuaderno de Pruebas No. 6). En igual sentido

⁵² Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 168.

el testigo Juan Carlos Alzate manifestó que los manuales habían sido elaborados por Fersoft y en particular por el señor Buitrago (folios 426 a 459 del Cuaderno de Pruebas No. 6), y este último en su declaración reconoció que fue contratado para elaborar el Manual (folios 29 a 46 del Cuaderno de Pruebas No. 6).

Adicionalmente, los testigos reconocieron que el programa se diseñó para administrar cartera de terceros. En tal sentido el testigo Roberto Buitrago expresó:

"DR. RENGIFO: Este es documento muy importante, se titula manual de operación para la ejecución de los procesos baech del sistema de cartera en línea. En la parte introductoria, párrafo segundo del folio 168 Cuaderno de Pruebas número 3, felizmente encuentro está frase, la cito textualmente "Está completamente adaptado para que el operador pueda ejecutar los procesos de facturación, los débitos automáticos, los cierres, generar e imprimir todos los reportes del sistema, como también producir los archivos planos y bases de datos requeridos por los diferentes usuarios, para la administración no solo de la cartera de Granahorrar sino también las carteras de otras entidades administradas por la corporación" Quiero preguntar lo siguiente, ¿es que inicialmente se pensó que el sistema Félix era para operar la cartera propia? Ó ¿con el andar del tiempo se pensó que también iba a administrar cartera de terceros? Quiero que le explique al Tribunal eso.

"SR. BUITRAGO: El sistema, nuevamente le digo, el sistema contempla el módulo de la parte de administración de cartera, se desarrolló y estaba así, y así se hizo y se desarrolló la parte de la administración, ya en ese año estábamos administrando las obligaciones del BCH.¹⁶³

A lo anterior se agrega que en el acta del 2 de marzo de 2000 (folios 152 a 154 del Cuaderno de Pruebas No. 3), suscrita entre Granahorrar y Fersoft, se deja constancia que en julio 16 de 1999 "se ingresa en PRODUCCIÓN la CARTERA UPAC de Granahorrar, Banco de la República, Fogafin y Granfiduciaria quedando en funcionamiento los procesos de liquidación y facturación", lo cual implica que a través del programa se estaba administrado cartera de terceros, y así mismo se expresa: "todos los anteriores requerimientos y ajustes fueron aceptados mutuamente por las partes, concientes de los esfuerzos adicionales que se requerían tanto como por el proveedor como por Granahorrar, para que este contrato pudiera culminarse a satisfacción de las partes"

⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 38 y 39.

Por otra parte, en el documento que el demandante presentó a la Dirección de Derechos de Autor describiendo las características del programa, que tiene connotación de confesión extrajudicial, se expresa:

"El software maneja la cartera hipotecaria propia del banco y la cedida del Banco Central hipotecario (BCH), pero también administra la cartera de otras entidades (Fogafin, Bancafé, Cisa, Titularizadora Colombia, etc)"

A lo anterior se agrega que al perito se le pidió determinar *"si el señor Félix Rodríguez o FERSOFT participaron o han participado en la implementación del SISTEMA FENIX para incluirle, mediante cambios o parametrización, carteras de otras entidades distintas al Banco GRANAHORRAR"* y el mismo contestó:

"RESPUESTA No. 17.

"El perito ha establecido que el señor Félix Rodríguez en nombre de FERSOFT, y por ende FERSOFT, sí participaron en la implementación del sistema FENIX para incluirle, mediante cambios o parametrización, carteras de otras entidades distintas al Banco Granahorrar, siendo esta una de las principales características del sistema FENIX, desde el momento de su concepción.

"En particular el 4 de Agosto de 2000, Granahorrar suscribió con FERSOFT un contrato de prestación de Servicios para: análisis, programación, diseño y desarrollo de programas para migrar la información de la cartera hipotecaria del BCH a FÉNIX. (Incluye carteras de Banco Agrario, Bancafé y CISA).

"Igualmente, el 28 de Febrero de 2003 Granahorrar suscribió con FERSOFT un contrato de prestación de servicios para: modificación de programas del sistema FÉNIX para implementar y procesar la conciliación de cuentas del Banco de la República."

Debe señalar el Tribunal que el señor Félix Rodríguez al ser preguntado por el registro en la Dirección de Derechos de Autor señaló lo siguiente:

"DR. RENGIFO: Me salto a otra pregunta que tenía de última, pero a raíz de esa respuesta. Pregunta No. 31: Le quiero poner de presente el software que usted registró ante la División Nacional de Derechos de Autor, y le quiero poner el Cuaderno de Pruebas número 4 folios 59 y siguientes, pero específicamente le quiero poner de presente el 62, en

ese folio 62, quiero solicitarle si me permite leerle el tercer párrafo al Tribunal, para que no le produzca fatiga yo se lo hago.

"El software maneja la cartera hipotecaria propia del banco y las cedidas del Banco Central Hipotecaria BCH, pero también administra la cartera de otras entidades (Fogafín, Bancafé, CISA, Titularizadora Colombia, etc.)" ¿cómo explica usted?

"SR. RODRÍGUEZ: En este momento del 2004 ya me he dado cuenta de esto, y ya era un hecho cumplido por Granahorrar, y estaba reclamando a Granahorrar, y esto es algo para mercadeo señor, ya era un hecho cumplido de Granahorrar, entonces yo no podía decir que no lo administro y lo estaban haciendo como hecho cumplido": Cuaderno de Pruebas No. 6, folio 494."

Para el Tribunal lo expresado por perito y el documento presentado a la Dirección de Derechos de Autor, claramente demuestran que desde un principio el programa podía administrar cartera de terceros, sin que se pueda entender que ello fue simplemente un hecho unilateral de Granahorrar, sobre todo si Fersoft fue contratado para implementar procesos que permitieran dicha administración.

En esta medida, a la luz del artículo 1996 del Código Civil ya citado, la utilización del programa por parte de Granahorrar para administrar cartera de terceros no constituye una violación del contrato de licencia, pues corresponde a la naturaleza del programa.

Ahora cabe, preguntarse si dicha conclusión no se ve desvirtuada por el convenio que celebraron las partes para la administración de cartera de Cajas de Compensación y Fondos de Empleados. En efecto, el 19 de noviembre de 2004 se celebró un *"contrato de licenciamiento de software del módulo de administración de cartera de cajas de compensación familiar, fondos de empleados y personalizaciones para integrar este módulo al sistema de cartera en línea Fénix licenciado para Granahorrar por Fersoft Ltda."* (Folios 224-235 Cuaderno de Pruebas No. 1). En dicho contrato se concedió una licencia de uso a término indefinido y con carácter definitivo e irrevocable sobre el módulo de Administración de Cajas de Compensación y Fondos de Empleados. Dicha licencia autoriza al Banco para llevar a cabo la administración hasta de dos

Cajas de Compensación o Fondos de Empleados y se prevé un pago adicional si Granahorrar desea administrar otras cajas o fondos.

El apoderado de la demandada señala que este contrato se firmó cuando ya habían empezado las reclamaciones y el conflicto con FERSOFT. A tal respecto precisa que a mediados de septiembre del año 2004, una sociedad denominada "Raíces" empezó a ofrecer un sistema FENIX para la administración de cartera de las Cajas de Compensación, a lo cual el Banco presentó objeción. Pese a ello, el Banco resolvió continuar negociando con FERSOFT para efectos de que se pudiese modificar el programa de GRANAHORRAR con el objeto de que le incluyera un módulo de administración de cartera de cajas de compensación. Así pues, afirma, el contrato de 19 de noviembre de 2004 se firmó en medio de una especial coyuntura de divergencia entre las partes, teniendo GRANAHORRAR el interés de adquirir un módulo independiente para la administración de cartera de cajas de compensación.

A este respecto considera el Tribunal que el contrato de licencia del módulo de Administración de Cajas de Compensación y Fondos de Empleados no puede interpretarse en el sentido que el contrato de licencia del programa Fénix celebrado entre las partes no permitía la administración de cartera ajena.

En efecto, el artículo 1622 del Código Civil dispone que las cláusulas de un contrato *"Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia."* De esta manera, lo que las partes hayan estipulado en un contrato constituye un elemento fundamental para interpretar lo que han querido con otro contrato sobre el mismo objeto. Pero es claro que este criterio de interpretación debe tener en cuenta los hechos que se hayan presentado, pues ciertamente el cambio de las circunstancias puede hacer que las partes al prever la celebración de un nuevo contrato establezcan reglas nuevas y ello no permite concluir que la intención del contrato inicial corresponda al del nuevo contrato. En conclusión, un contrato posterior puede servir para revelar la intención de las partes al celebrar un contrato inicial, pero como en todo caso lo que importa es la intención de las partes al celebrar el contrato inicial, las circunstancias pueden mostrar que el nuevo pacto

contractual no revela la intención de las partes al celebrar el primero, sobre todo si hay diferencias entre ellos

Ello es lo que a juicio del Tribunal ocurre en el presente caso. En efecto, el contrato de 19 de noviembre de 2004 tiene por objeto el desarrollo de un nuevo módulo para administrar cartera de cajas de compensación y fondos de empleados. No se trata del mismo programa original. En este caso, al celebrar un nuevo contrato y dadas las perspectivas de negocios existentes, las partes limitaron el uso del programa a dos administraciones de cartera, salvo que se pagara una suma adicional por cada cartera extra. Como se puede apreciar, el pacto surgió de circunstancias particulares del momento y no permite concluir que el convenio original de licencia no permitía en general administrar carteras de terceros, pues no se refiere específicamente a esta hipótesis.

8. La conducta posterior de las partes y la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Ya tuvo oportunidad el Tribunal de referirse al hecho de que después de celebrado el contrato de licencia de uso del sistema Fénix, suscrito entre la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda Granahorrar y Fersoft Ltda., el 23 de diciembre de 1997, las partes celebraron, a partir del 1 de agosto de 2001, una serie de contratos que denominaron *de prestación de servicios*, de cuya ejecución obra abundante prueba en el proceso.

Estos contratos de prestación de servicios tuvieron fundamento contractual a su vez en el otrosí al contrato de licencia de uso del sistema Fénix, suscrito entre las partes el 10 de marzo de 2000, y según el cual, *“Fersoft Ltda. se compromete a mantener el sistema en buenas condiciones de buen funcionamiento y para subsanar divergencias entre el funcionamiento real obtenido y las especificaciones dadas en el sistema y en las modificaciones correspondientes a los requerimientos de Granahorrar.”*

Mediante los contratos de prestación de servicios, en los aspectos fundamentales que acá interesan, la sociedad demandante Fersoft se obligó; a) a prestar sus servicios profesionales para realizar las actividades de análisis,

programación, diseño, desarrollo y modificación de los programas del sistema "FENIX" cartera en línea de Granahorrar, para lo cual el montaje del sistema debía hacerse en el equipo que Granahorrar dispusiera para tal fin (contrato de 1 de agosto de 2001); b) a prestar sus servicios profesionales para realizar las actividades de análisis, programación, diseño, y desarrollo de los programas necesarios para migrar la información de la cartera hipotecaria del BCH para lo cual el montaje del sistema debía hacerse en el equipo que Granahorrar dispusiera para tal fin (contrato de 4 de agosto de 2000); c) a prestar sus servicios profesionales para realizar las actividades de análisis, programación, diseño y desarrollo de los programas necesarios para modificar el sistema Fénix, en aspectos tales como, liquidación de intereses de mora sobre seguros, implementación de manejo de rubro por faltante de liquidaciones, desarrollo de nuevas transacciones en línea, modificación del acceso de conexión al cliente *power builder*, para que el usuario y clave no estén en el cliente, etc. (contrato de 10 de diciembre de 2001); d) a prestar sus servicios profesionales para realizar las actividades de análisis, programación, diseño y desarrollo de los programas necesarios para la modificación del sistema Fénix cartera en línea de Granahorrar de conformidad con plan de descuento por pago, plan reducción de cuotas, reestructuración y refinanciación de créditos, cuyo montaje debía hacerse en el equipo que Granahorrar dispusiera para tal fin (contrato de 5 de marzo de 2001); e) a prestar sus servicios profesionales para realizar actividades relacionadas entre otras con la implementación del seguro de cobertura, análisis de nuevos campos, nuevas tablas, nuevo sistema de amortización especificado, etc. (contrato de 29 de octubre de 2002); f) a prestar sus servicios profesionales para la modificación de los programas del sistema Fénix para implementar la cartera vis subsidiada por el Fondo Nacional de Garantías (contrato de 24 de septiembre de 2002); g) a prestar sus servicios profesionales para la modificación de los programas del sistema Fénix para implementar la segunda fase del seguro de cobertura (contrato de 1 de diciembre de 2003); h) a prestar sus servicios profesionales para la modificación de los programas del sistema Fénix para implementar el adelantamiento de cuotas y la eliminación de saldos a favor (contrato de 20 de junio de 2003); i) a prestar sus servicios profesionales para la modificación de los programas del sistema Fénix para implementar y procesar la conciliación de cuentas del banco

de la República (contrato de 28 de febrero de 2003); j) a prestar sus servicios profesionales para el mantenimiento preventivo, correctivo y soporte del sistema de información Fénix (contrato de 26 de febrero de 2003); k) a prestar sus servicios profesionales para la modificación de los programas del sistema Fénix para implementar la contabilidad diaria y manejo contable por centros de costo (contrato de 15 de diciembre de 2004); L) a conceder a Granahorrar por termino indefinido y con carácter definitivo e irrevocable licencia de uso correspondiente al módulo de administración de cartera de Cajas de Compensación y Fondos de Empleados (contrato de 19 de noviembre de 2004); m) a prestar a prestar sus servicios profesionales para la modificación de los programas del sistema Fénix para implementar contabilización de operaciones de la cartera castigada, administración de provisiones de años anteriores, cálculo de los ajustes a intereses corrientes, mora e intereses de mora sobre seguros para transacciones de reverso de abonos y abonos extemporáneos. (Contrato de 16 de febrero de 2005).

Por todos y cada uno de estos contratos de prestación de servicios, Fersoft recibió una remuneración, debidamente cancelada por Granahorrar.

Acerca de la importancia que tienen estos contratos de prestación de servicios en la implementación y desarrollo de esta clase de software, **VÍCTOR MANUEL DUQUE RODRÍGUEZ**, de gran experiencia en el sector de la tecnología informática, manifestó en la declaración rendida en este proceso que, *"La característica más importante de los software aplicativos complejos es que su instalación no es tan trivial, que sufren por lo menos dos o tres procesos muy largos antes de ser instalados y de ser productivos, si el software normalmente es importado del exterior sufre primero un proceso de localización o de adaptación a las leyes y usos de Colombia, después tiene que sufrir un proceso de personalización en el cual ese software se adapta a las necesidades de ese cliente y después de eso viene un proceso de instalación técnica, un proceso de educación de los usuarios y un proceso muy largo de cambio de algunos procesos y algunos elementos adicionales, papelería, etc., entrenamiento de los clientes inclusive y finalmente entra en producción"*

Al precisar el alcance de los servicios que asume el proveedor, el declarante mencionado señaló que, *"Es un proceso largo, es un proceso costoso y es un proceso que está acompañado de responsabilidades importantes de parte del proveedor en el sentido que tiene que comprometerse a mantenerlo, tiene que comprometerse a resolver las fallas que presenta el software (...) El software normalmente presenta fallas, no hay ninguna compañía en el mundo que garantice que el software está exento de fallas, de tal manera que el proveedor tiene que adquirir esa obligación y esa obligación se materializa a través de contratos de mantenimiento, a través de contratos de servicios profesionales para mantener el software siempre al día."*

Sobre las circunstancias que motivan el mantenimiento y adaptación de un programa de las características del que ocupa la atención del Tribunal, software de manejo de cartera, observó el señor Duque que, *"Otra fuente de cambios son las necesidades de los usuarios, cuando los usuarios piden que ese software haga cosas que originalmente no hacía, hay que adicionarlas, hay que complementarlo y finalmente hay una tercera fuente de cambios que es el avance tecnológico, como ustedes saben en la industria informática que es una industria muy joven es sumamente rápido de tal manera que es frecuente que los clientes quieran cambiar sus plataformas tecnológicas o requieran cambiar sus plataformas tecnológicas con mucha velocidad y eso afecta también el software (...). Normalmente no es usual que el usuario le haga modificaciones al software porque una de las premisas de las cuales se parte es que quien provee el software es quien mejor lo conoce, cuando los clientes intentan traspasar esa barrera y hacerle modificaciones al software que han adquirido por su propia cuenta, corren riesgo de que no saben como está hecho por dentro, que no tiene la habilidad o el conocimiento técnico. En muy pocas oportunidades se presenta eso y las oportunidades que conozco son aquellas en las cuales el proveedor no puede prestar el servicio o la compañía desaparece o la persona fallece y entonces el usuario tiene que tomar la documentación del software y venir a tratar de modificarlo por sus propios recursos (...). Normalmente es el proveedor de software el que le hace los cambios y las alteraciones."*

En el sentido de la declaración rendida por el señor Víctor Manuel Duque, y en relación con los servicios prestados por Félix Rodríguez en el mantenimiento y actualización del software Fénix, desde la celebración del contrato de licencia de uso, se expresaron entre otros, **JOSE LUIS MERCHAN ORTEGA**, técnico en ingeniería de sistemas de BBVA (antes Granahorrar), **LUIS ENRIQUE COLLANTE VELASQUEZ**, director de informática de BBVA, **JAIME ALFONSO GUARIN MEJIA**, funcionario del área de procesamiento de datos de BBVA y **DALADIER LOPEZ HERNANDEZ**, del área de infraestructura tecnológica de BBVA.

De igual manera, destaca el Tribunal que señor **JULIO E. LOPEZ MEDINA**, Ph. D., PMP, PERITO DE SISTEMAS, en la respuesta 14 del dictamen encomendado, señaló de manera precisa cuáles fueron las reprogramaciones y cambios que se le hicieron al SISTEMA FENIX, con la participación del señor Félix Rodríguez, como proveedor:

"En resumen y en orden cronológico, para los eventos que se indica la fecha en la correspondiente acta, (se refiere el perito al acta del 2 de marzo de 2000, que luego menciona el Tribunal) las reprogramaciones y cambios se muestran en la siguiente tabla:

Fecha	Descripción de Evento	Implicaciones / Cambios / Reprogramaciones
<i>11-dic-1997 (18-dic-1997)</i>	<i>Firma del contrato de licencia de uso</i>	<i>Sistema de Administración de cartera FENIX desarrollado por Fersoft. Porción Servidor para operar sobre plataforma UNIX con Base de datos SYBASE: 85% programas PROC 15% procedimientos almacenados y programas COBOL Base de datos SYBASE Porción Cliente Porción cliente construida en Power Builder para operar sobre plataforma Windows</i>
<i>13-Feb-1998</i>	<i>Granahorrar decide convertir el proyecto a Oracle. Razones: portabilidad sobre UNIX, modularidad, mejorar rendimiento</i>	<i>Convertir Software de PROC y COBOL a Procedimientos Almacenados en Oracle. Adecuar cliente Power Builder Convertir modulo de parámetros a Power Builder</i>

Fecha	Descripción de Evento	Implicaciones / Cambios / Reprogramaciones
13-Feb-1998 a sept-1998	Se inicia personalización de software	Granahorrar amplió especificaciones
	Granahorrar decidió implementar RUC propio (posterior a inicio de transformación del software)	Se desarrolla RUC en procedimientos almacenados y Power Builder. Se desarrolla de nuevo módulo de parámetros en Power Builder
	Por solicitud de Granahorrar, se desarrolla Aplicación de Administración en Power Builder	Desarrollo de aplicación de ADMINISTRACION para el control de: Usuarios, Perfiles, Aplicaciones, submenús y el manejo de transacciones, permitiendo entrar por éste módulo todas las transacciones de Cartera
	Medidas dadas por el Gobierno a finales de 1998 y durante 1999 sobre ALIVIOS a los deudores	Se desarrolla manejo de ALIVIOS en PESOS y UPAC
Marzo – 1998	Cambio en manejo de transacciones por parte de Granahorrar. Entrada de sistema procesador de transacciones TANDEM (marzo de 1998).	Modificación de programas PROC-TOPEND para TANDEM Eliminación de programas COBOL Adición manejo de UFA a programas PROC-TOPEND
Junio – 1998 hasta Julio de 1998	Pruebas de módulo de Administración de usuarios	Ajustes a módulo de Administración de usuarios
Julio – 1998 hasta Agosto- 1998	Pruebas de módulo de parámetros	Ajustes a módulo de Parámetros
Sept – 1998 hasta Febr - 1999	Pruebas de Transacciones en línea	Desarrollo de módulo de transacciones en Cliente Power Builder
15-Dic-1998	Pruebas de año 2000	
Feb-1999	Pruebas de Cinta de endeudamiento	Desarrollo de funcionalidad para generación de cinta de endeudamiento.
Junio-1999	Ingresó en PRODUCCION la CARTERA EN PESOS de Granahorrar y los ALIVIOS I y II	
16-Julio-1999	Ingresó en PRODUCCION la cartera UPAC de Granahorrar, Banco de la República, Fogafin y Granfiduciaria	Desarrollo de procesos de liquidación y facturación.
Julio-1999 Hasta 16-Oct-1999	Ajustes definitivos a programas en TOPEND	Ajustes a programas PRO*C – TOPEND para recepción de mensajes directamente de TANDEM.
15-Oct-1999 Hasta 30-Oct-1999	Pruebas de transacciones de TOPEND	Abonos, devolución de cheques, y otras

Fecha	Descripción de Evento	Implicaciones / Cambios / Reprogramaciones
Oct-1999	Producción de cinta de endeudamiento utilizando Software FENIX	
Nov-1999	Desmonte de software y sistemas de contabilidad del equipo NCR 9800	Desarrollo de contabilidad de sucursales y agencias sobre FENIX

En la respuesta No 10, el dictamen ilustra en forma detallada sobre la metodología que se estableció en el proceso de desarrollo en la implementación del sistema Fénix, con la participación del señor Félix Rodríguez, para el período a partir de año 2000 con posterioridad a la entrega del sistema:

"Se manejaban dos aspectos: (1) Requerimientos nuevos, (2) Ajustes o modificaciones en los procesos en producción. PROCESO REQUERIMIENTOS NUEVOS: Proceso aplicado: Los usuarios o los entes de control (ejemplo Superbancaria) generaban los requerimientos nuevos y los enviaban vía mail, carta o por solicitud directa a la unidad de desarrollo. El coordinador de la unidad de desarrollo evaluaba el requerimiento y según el caso se analizaba con el ingeniero de desarrollo y procedía a su asignación al profesional que lo va a implementar. El profesional evaluaba el requerimiento y en otros casos se evaluaba directamente con el proveedor. De acuerdo con la evaluación se enviaba el concepto técnico a los usuarios y la viabilidad del mismo. Si el requerimiento implicaba un desarrollo de nivel complejo se establecía la necesidad de efectuar reuniones con los usuarios con el fin de poder llegar a definir el requerimiento y determinar los diferentes desarrollos que se debían hacer en Fénix. Los usuarios finalmente generaban el requerimiento en un formato preestablecido y lo formalizaban con tecnología. De acuerdo con la complejidad del desarrollo según el caso que implicara varios cambios en el software y por tiempos de respuesta en los desarrollos y por el nivel de conocimiento del sistema, se determinaba si se contrataba al proveedor Fersoft o se hacía internamente en la unidad de desarrollo del Banco. En el caso de que se decidiera por contratar al proveedor, entonces se aplicaba el siguiente procedimiento: 1. Se le entregaba el requerimiento con las especificaciones de lo que se necesita desarrollar. 2. El proveedor evaluaba el requerimiento y presentaba una propuesta donde se incluía la parte técnica y económica. En la propuesta también se incluía el plan de trabajo para la implementación del proyecto o requerimiento. 3. Esta propuesta se recibía en la Unidad de Informática y pasaba por el proceso de aprobación y reserva del presupuesto en el banco. 4. Con la aprobación por parte de los entes directivos y de control del banco, se realizaban y legalizaban los contratos incluyendo en el proceso la evaluación y verificación jurídica y con el cumplimiento de las diferentes pólizas de garantías que se le solicitaban al proveedor. 5. Legalizado el contrato, se procedía a iniciar la implementación del requerimiento por parte del proveedor ajustando estos desarrollos al plan de trabajo presentado en la propuesta inicial. 6. En un ambiente de desarrollo para Fersoft se instalaba la última versión del software Fénix operativo en Granahorrar. Sobre esta versión Fersoft incluía

Cualquier mejora que hubiese desarrollado sobre su software base en Oracle. Posteriormente implementaba las funcionalidades requeridas, aprovechando las bondades que tiene Fénix en su núcleo. 7. Una vez terminados los desarrollos, se hacían las pruebas internas por parte del proveedor en los ambientes de desarrollo asignados para el proyecto. Luego se procedía a incluir sobre los programas cualquier ajuste que hubiese hecho los ingenieros de Granahorrar sobre los programas ajustados. Estos cambios se detectaban utilizando la función "diff" de Unix. 8. Se aplicaban las pruebas de certificación con los usuarios, de los resultados se hacían los ajustes al software y una vez terminada la certificación con los usuarios, se procedía a catalogar en producción los diferentes programas, scripts de modificación de tablas, shells o menús de ejecución, en los formatos requeridos para esto. 9. Con la aprobación de los usuarios y la firma de las actas respectivas, la unidad de Administración de Sistemas compilaba el software y llevaba a producción todas las modificaciones. 10. Después en producción se le hacía el seguimiento a los cambios y si se presentaban problemas o fallas en alguno de los procesos se procedía con los ajustes, pruebas, verificación y se compilaban los programas o el software ajustado en producción"

El dictamen se refiere, igualmente, a la metodología que se utilizó para el período entre 2004 a 2005, tanto para desarrollos efectuados por Fersoft como para desarrollos efectuados internamente por GRANAHORRAR: *"Si se contrataba al proveedor se le hacía el seguimiento a los desarrollos en cada uno de los proyectos por parte del coordinador de la Unidad de Desarrollo como interventor técnico de cada proyecto. Para este mismo caso se debían seguir los mismos pasos en la contratación del proveedor Fersoft Ltda. El procedimiento seguido por Fersoft era el siguiente: 1. Granahorrar hacía un requerimiento de la nueva funcionalidad, anexando el plan contable y la descripción de su requerimiento y una solicitud de propuesta. 2. Fersoft analizaba el requerimiento y elaboraba la propuesta anexando las actividades ha llevar a cabo en el desarrollo de la nueva funcionalidad. Estas propuestas generalmente se entregaban a la unidad de Informática quienes la enviaban propuesta al comité de compras. 3. Una vez aprobada la propuesta por el comité de compras. Se elaboraba y se firmaba el contrato con Granahorrar. Legalizándolo con las pólizas. 4. En un ambiente de desarrollo para Fersoft se instalaba la última versión del software Fénix operativo en Granahorrar. Sobre esta versión Fersoft incluía cualquier mejora que hubiese desarrollado sobre su software base en Oracle. Posteriormente implementaba las funcionalidades aprovechando las bondades que tiene Fénix en su núcleo. 5. Se hacían las pruebas necesarias por parte de Fersoft y se procedía a incluir sobre los programas cualquier ajuste que hubiese hecho los ingenieros de Granahorrar*

sobre los programas ajustados. Estos cambios se detectaban utilizando la función diff de Unix. 6. Una vez concluidas las pruebas, software se entregaba a desarrollo de sistemas de Granahorrar para su certificación. Se ajustaba y completaba la documentación del proyecto para que hiciese parte de la entrega. 7. Una vez terminaba la etapa de certificación exitosamente Granahorrar procedía a poner el software en producción, para lo cual se hacía un acta de recibo a satisfacción del usuario.”

Ahora bien, en relación con la fecha a partir de la cual Granahorrar administra cartera de terceros, utilizando el sistema FENIX, indicó el perito López Medina en la respuesta 8 del cuestionario formulado por el apoderado de la parte convocada que, *“El perito estableció que la cartera administrada por Granahorrar en virtud de los contratos suscritos con Banco de la República (desde el 7 de Julio de 1999), Banco Central Hipotecario (desde enero 1 de 2000), CISA (desde el 29 de noviembre de 2000) y Titularizadora Colombiana (desde mayo de 2002) , fue manejada y procesada utilizando el sistema FENIX. En consecuencia, se concluye que Granahorrar ha administrado cartera de terceros utilizando el sistema FENIX desde el 7 de Julio de 1999”*

En la respuesta 17 del dictamen, el perito López, acerca de la participación que tuvieron el señor Félix Rodríguez o FERSOFT en la implementación del SISTEMA FENIX para incluirle, mediante cambios o parametrización, carteras de otras entidades distintas al Banco GRANAHORRAR, indicó: *“El perito ha establecido que el señor Félix Rodríguez en nombre de FERSOFT, y por ende FERSOFT, sí participaron en la implementación del sistema FENIX para incluirle, mediante cambios o parametrización, carteras de otras entidades distintas al Banco Granahorrar, siendo esta una de las principales características del sistema FENIX, desde el momento de su concepción. En particular el 4 de Agosto de 2000, Granahorrar suscribió con FERSOFT un contrato de prestación de Servicios para: análisis, programación, diseño y desarrollo de programas para migrar la información de la cartera hipotecaria del BCH a FÉNIX. (Incluye carteras de Banco Agrario, Bancafé y CISA). Igualmente, el 28 de Febrero de 2003 Granahorrar suscribió con FERSOFT un contrato de prestación de servicios para:*

modificación de programas del sistema FÉNIX para implementar y procesar la conciliación de cuentas del Banco de la República."

En general, en el acta del 2 de marzo de 2000 (folios 152 a 154 del Cuaderno de Pruebas No. 3), suscrita entre Granahorrar y Fersoft, se recogen y aclaran todos los puntos, *"que han tenido que ser adoptados por necesidades de Granahorrar para ajustar el aplicativo a las necesidades internas y a las últimas disposiciones emitidas por el Gobierno"*. Allí se menciona, entre otros temas, especialmente, el trámite adoptado por las partes para la personalización del software, *"tema en el cual Granahorrar decidió ampliar las especificaciones internas y las pantallas el usuario final con el objeto de realizar un solo esfuerzo y dotar a Granahorrar de la herramienta necesaria en línea"*. También se indica en ese acuerdo que, *"se desarrolló en POWER BUILDER por solicitud de Granahorrar una aplicación de ADMINISTRACIÓN para el control de: Usuarios, Perfiles, Aplicaciones, submenús y el manejo de transacciones, permitiendo entrar por este módulo todas las transacciones de cartera."*

De igual manera se menciona en el numeral diez del acta que, *"en junio de 1999 se ingresó en PRODUCCIÓN la CARTERA EN PESOS de Granahorrar y los ALIVIOS I y II, en el nuevo sistema. En julio 16 de 1999 se ingresa en PRODUCCIÓN la CARTERA UPAC de Granahorrar, Banco de la República, Fogafin y Granfiduciaria quedando en funcionamiento los procesos de liquidación y facturación."*

La parte final del acta dice que, *"todos los anteriores requerimientos y ajustes fueron aceptados mutuamente por las partes, concientes de los esfuerzos adicionales que se requerían tanto como por el proveedor como por Granahorrar, para que este contrato pudiera culminarse a satisfacción de las partes."*

Ha querido el Tribunal hacer el recuento de la forma como las partes ejecutaron y pusieron en práctica los mecanismos relacionados con la implementación y personalización del aplicativo Fénix, mediante la celebración además de contratos de *prestación de servicios*, pues buena parte de las pretensiones de la demanda de Fersoft y Félix Rodríguez, se encaminan, como ya se dejó expuesto, a que se declare que *"al permitir GRANAHORRAR la utilización por parte de terceras*

personas naturales o jurídicas, a través suyo, directa o indirectamente, del programa o software FENIX, se configura violación del contrato de licencia existente entre GRANAHORRAR y FERSOFT”, (Pretensión Séptima) y que "se declare que la prestación a título oneroso de servicios a terceros por parte de GRANAHORRAR, haciendo uso del programa o software FENIX, constituye violación del contrato de licencia suscrito en 1.997 entre GRANAHORRAR y FERSOFT.(Pretensión Octava) y que en consecuencia se declare que Granahorrar debe "indemnizar plena e integralmente a FERSOFT y/o a FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS.” (Pretensión Novena).

Sin embargo, dado el *iter contractual* que ha puesto de manifiesto el Tribunal, por este aspecto no le asiste razón a la parte convocante en la formulación de las pretensiones mencionadas, pues de la ejecución del contrato y del querer de las partes, se desprende sin lugar a dudas, que Félix Rodríguez y Fersoft, fueron plenamente concientes y dieron su asentimiento a las modificaciones introducidas al sistema Fénix por los requerimientos de Granahorrar, y del Gobierno Nacional, por lo cual fueron debidamente remunerados sus servicios.

Recalca el Tribunal que, cuando se trata de desentrañar la real intención de las partes y el alcance mismo de las cláusulas contractuales, debe procederse bajo un análisis integral y sistemático de la relación, donde se tenga en cuenta el contrato como creación jurídica y como manifestación de voluntad. Para este laborío debe considerarse no sólo su naturaleza jurídica, y su tipicidad legal, sino además consultarse la aplicación práctica dada por las partes, y como factor preponderante, el desarrollo o desenvolvimiento de la relación porque, a partir de su celebración, por la dinámica y naturaleza misma de las prestaciones, como ocurrió en este caso, las partes las modulan de acuerdo con lo querido y consentido.

Por lo demás, y a tono con lo expuesto, los contratos deben ser ejecutados e interpretados de acuerdo con los postulados generales de la buena fe, igualdad, y libertad contractual, y para cuya apreciación, deben tenerse en cuenta los antecedentes históricos de su formación, ejecución, función y orientaciones integrales del contrato y conforme con las especiales circunstancias que

influyeron en su celebración y que fueron el motivo determinante para que las partes consintieran en el específico contrato.

En este asunto, dadas las particularidades del contrato de licencia de uso del software Fénix, Fersoft, como se ha indicado, libremente aceptó y acordó que el sistema aplicativo que ponía a disposición de Granahorrar para su uso, tendría modificaciones y actualizaciones, según los requerimientos que se le fueran presentando, y admitió participar en su actualización, sin que, a la hora de ahora, pueda intentar desconocer sus efectos y pretender una indemnización, que a todas luces no tiene soporte alguno, dado que, además, por los servicios prestados en el mantenimiento y actualización del sistema Fénix recibió una remuneración por parte de Granahorrar.

Finalmente observa el Tribunal que una de las consecuencias y aplicaciones del postulado de la buena fe, consiste precisamente en el imperativo de observar las partes un comportamiento coherente a lo largo del desarrollo del contrato, de tal manera que nadie puede venir contra sus propios actos, y no puede ser oído el que quiere defenderse alegando su propia torpeza (*nemo potest contra proprium factum venire, nec quisquam audiendus est propiam allegans turpitudinem*), lo que significa que la conducta contradictoria es una contravención o infracción del deber de buena fe, que según lo expone con acierto Luís Díez-Picazo, significa que, "cuando una persona dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada a la buena fe y a la protección de la confianza."⁵⁴

⁵⁴ La doctrina de los actos propios". Bosch. Barcelona.1963. Pág. 142

En suma, a nadie es lícito venir contra sus propios actos, sencillamente porque la buena fe contractual implica un deber de conducta que obliga a observar en el futuro el comportamiento que los actos anteriores permitían prever.⁵⁵

Por todo lo anterior no prosperan las pretensiones séptima, octava, novena, décima, y décima primera

9. Decisión sobre excepciones perentorias

Las excepciones perentorias respecto de la demanda inicial.

El señor apoderado de la parte demandada presentó las siguientes excepciones perentorias al dar respuesta a la demanda corregida e integrada y respecto de cada una de ellos se precisa el sentido de su decisión:

9.1. El aplicativo FÉNIX es de GRANAHORRAR. Por lo ya expuesto no prospera este hecho exceptivo pues el aplicativo no es de la convocada.

⁵⁵ JESUS GONZALEZ PEREZ, El principio de la buena fe en el Derecho Administrativo. Madrid 1983, Ed. CIVITAS. Pág 45. 106. La anterior doctrina ha sido acogida en nuestro medio por la Corte Constitucional, sentencia T-295-99, reiterada por muchas otras, el Consejo de Estado, en las sentencias N° 859-963 del 23 de julio de 1996 y 4739 del 31 de enero de 1991. También ha sido aceptada en varios laudos arbitrales, entre los cuales merece resaltarse el laudo proferido el 22 de abril de 1998 por el Tribunal que decidió las controversias surgidas entre Geofundaciones S.A. Consorcio Constructores Asociados de Colombia Conascal S.A. - Impregilo S.P.A. Sucursal Colombia, en el que, entre otros aspectos, se advierte: **"En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste más importancia que la de la propia ley (...).** En esta materia el Profesor Alejandro Borda, en su obra La teoría de los Actos Propios, Premio Jorge Joaquín Llambías, Segunda Edición, Abeledo Perrot, págs. 51 y ss. destaca: "Esta teoría ha sido definida tanto por autores nacionales y extranjeros como por la jurisprudencia. Entre ellos podemos citar a Enneccerus-Nipperdey, quienes afirman que **"a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe"**. (...) Compagnucci de Caso entiende que la doctrina de los propios actos importa "una barrera opuesta a la pretensión judicial, **impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probado en las relaciones jurídicas**", y agrega que **no es posible permitir que se asuman pautas que susciten expectativas y luego se autocontradigan al efectuar un reclamo judicial (...).**" **Podemos afirmar, en conclusión, que la teoría de los propios actos constituye una regla derivada del principio general de la buena fe que puede ser aplicada con bastante amplitud pero que tendrá decisiva importancia en el trámite de los procesos judiciales."**

9.2. El aplicativo FENIX fue desarrollado bajo las instrucciones de GRANAHORRAR. Igualmente se niega esta excepción por cuanto el aplicativo FENIX lo desarrollo Félix Rodríguez.

9.3. El contrato denominado de "licencia de uso" en realidad se ejecutó como un contrato de prestación de servicios. Se niega por cuanto se estableció que no fue esa la naturaleza del contrato, dado que fue de licencia de uso.

9.4. No incumplimiento del denominado contrato de "licencia de uso". No prospera esta excepción pues existió incumplimiento en lo atinente a la instalación del programa sin la licencia debida.

9.5. No infracción a los derechos de autor. Es consecuencia de la anterior y debe también ser negada.

9.6. Pago. Se niega esta excepción pues quedó establecido que las instalaciones por programas adicionales no fueron pagadas.

9.7. Inexistencia del "software secundario".Frente a esta excepción no encuentra el Tribunal que la misma esté dirigida a enervar las pretensiones de la demanda que están llamadas a prosperar, por lo cual el Tribunal se abstendrá de examinarla.

9.8. Violación de la buena fe contractual. Parcialmente prospera esta excepción en lo que tiene que ver con el empleo del programa por parte de terceros, todo de acuerdo con lo precisado en la parte motiva de este fallo y concretado en lo atinente a la aplicación de la teoría de ir contra los propios actos.

El Tribunal reitera que, si bien el contrato de 23 de diciembre de 1997, sólo autorizaba a GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A. (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.), como único usuario del software o programa FENIX, mediante la celebración especialmente de otros contratos de prestación de servicios, Félix Rodríguez y Fersoft, con su participación activa, permitieron y

consintieron que otras personas distintas de la demandada hicieran uso del programa.

9.9. Excepción genérica del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil. No se estableció ningún hecho exceptivo que ameritara su declaración de oficio.

10. La demanda de reconvención.

Teniendo en cuenta lo señalado en los apartes anteriores, no prosperan ninguna de las pretensiones de la demanda de reconvención y, en consecuencia, se absuelve a la parte reconvenida, de cuyos hechos exceptivos se acoge el atinente a que no podía GRANAHORRAR ir contra sus hechos propios en lo que corresponde a la naturaleza jurídica del contrato y a la titularidad de los derechos patrimoniales del software FENIX, pero se declara no probada la restante excepción perentoria, a saber "mala fe procesal (exceptio doli procesali)."

11. Condena en costas

En principio, por haber prosperado las pretensiones de la demanda y ser negadas las de la reconvención, pareciera que la condena en costas debería ser impuesta exclusivamente a la entidad convocada; empero, no es posible desconocer la circunstancia de que, en virtud de haber prosperado parcialmente hechos exceptivos, el monto de la condena impuesta fue considerablemente menor del solicitado; de ahí que el Tribunal acoja la orientación señalada por la H. Corte Suprema de Justicia quien advierte, en sentencia de mayo 8 de 1981, que *"cabe abstenerse de hacer esta condena o de hacerla solo en la forma parcial cuando la demanda no prospere totalmente"*, lo que no es nada diverso a la aplicación del numeral 6º del art. 392 del C. de P. C., que, a la letra, prescribe: *"En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión."*

Por tal razón y atendidos los fundamentos antes señalados, el Tribunal en su

discrecionalidad que basa en la norma transcrita no hará condena en costas y, por ende, cada parte asume los gastos del proceso que realizaron, así como los honorarios de sus apoderados judiciales.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Protocolización, registro y otros", se ordenará su devolución a las partes, junto con los intereses que tales sumas hayan producido desde la fecha de su consignación. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por las partes en proporciones iguales.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias entre **FERSOFT LIMITADA** y **FÉLIX EDUARDO RODRÍGUEZ CÁRDENAS** con **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.** (Hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.) administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probadas las objeciones por error grave contra el dictamen pericial contable rendido por la experta Ana Matilde Cepeda M. y contra la experticia rendida por el perito en sistemas Julio E. López Medina.

SEGUNDO: Declarar que el autor o creador del programa o software FENIX es el señor **FELIX EDUARDO RODRIGUEZ CARDENAS.**

TERCERO: Declarar que **FERSOFT LIMITADA** es titular de los derechos patrimoniales de autor derivados del programa o software FENIX.

CUARTO: Declarar que **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.** (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.), de conformidad con el contrato de licencia suscrito en el año 1.997, solo podía instalar o grabar el programa o software FENIX en un solo y único equipo.

QUINTO: Declarar que la instalación o grabación del software o programa FENIX por parte de **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.** (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.) en más de un equipo de cómputo constituye violación a los términos del contrato de licencia suscrito el 23 de diciembre de 1997.

SEXTO: Condenar a **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.** (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.), a pagar a favor de FERSOFT LTDA la suma de tres mil seiscientos cincuenta y siete millones ciento nueve mil seiscientos trece pesos (\$3.657.109.613), suma que incluye capital e intereses causados hasta la fecha de este Laudo. Sobre el capital actualizado indicado en la parte motiva de este laudo, se seguirán causando intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la legislación mercantil, hasta la fecha del pago, de conformidad con las pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Negar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las demás pretensiones, principales y subsidiarias de la demanda.

OCTAVO: Negar las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención formulada por **GRANAHORRAR BANCO COMERCIAL S.A.** (hoy Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A.).

NOVENO: Declarar que prospera parcialmente la excepción del demandado denominada "violación a la buena fe contractual". Así mismo, declarar que prospera la excepción formulada por el demandante frente a la demanda de reconvención denominada "No puede venirse contra el hecho propio", en lo que

corresponde a la naturaleza jurídica del contrato y a la titularidad de los derechos patrimoniales del software FENIX. Declarar que no hay lugar a pronunciamiento respecto de la excepción de la demandada denominada inexistencia del software secundario. Las demás excepciones propuestas por las partes se niegan.

DECIMO: Abstenerse de imponer condena en costas por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

UNDECIMO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo incluidas las constancias de ley, con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DUODECIMO: Ordenar que en la oportunidad de ley, se protocolice este expediente en una notaría del Círculo de Bogotá y se rinda por el Presidente cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización.

Esta providencia queda notificada en esta audiencia a los apoderados de las partes.

CÚMPLASE.

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Presidente

JORGE SANTOS BALLESTEROS
Árbitro

HERNAN FABIO LÓPEZ BLANCO
Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES
Secretaria