



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

con Acreditación
Institucional
de Alta Calidad
por **8** años

CASO HIPOTÉTICO MERTELL VS. TELECENTRAL

JULIANA RODAS BARRAGÁN

DEMANDANTE

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

SANTIAGO DE CALI, FECHA JUNIO 14 DE 2018

CASO HIPOTÉTICO MERTELL VS. TELECENTRAL

**JULIANA RODAS BARRAGÁN
DEMANDANTE**

**DIRECTOR:
COMITÉ EVALUADOR DE LA MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL
SANTIAGO DE CALI, FECHA JUNIO 14 DE 2018**

ARTICULO 23 de la Resolución No. 13 del 6 de Julio de 1946, del Reglamento de la Pontificia Universidad Javeriana.

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de Tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y la moral católica y porque las Tesis no contengan ataques o polémicas puramente personales; antes bien, se vea en ellas el anhelo de buscar la Verdad y la Justicia”.

Nota de Aceptación

Comité Evaluador de la Maestría en Derecho Empresarial:

Adriana Collazos Ortiz
Maria Alejandra Arevalo Moscoso
Francesco Zappala Sastoque
Santiago Dussan Laverde
Luis Felix Barriga Palomino



Adriana Collazos Ortiz
Directora
Maestría en Derecho Empresarial

Santiago de Cali, 14 de junio de 2018

ÍNDICE

| | |
|---|----------------|
| I. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS | Pág. 5 |
| II. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO | Pág. 8 |
| a. DEL ARBITRAJE | Pág. 8 |
| b. DEL DERECHO SOCIETARIO | Pág. 9 |
| c. DEL DERECHO CONTRACTUAL | Pág. 12 |
| d. DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL | Pág. 13 |
| e. DE LA COMPETENCIA DESLEAL | Pág. 16 |
| f. OTRO PROBLEMA JURÍDICO | Pág. 20 |
| III. PRETENSIONES | Pág. 20 |
| IV. PRUEBAS | Pág. 22 |
| a. Interrogatorio de parte | Pág. 22 |
| b. Testimoniales | Pág. 22 |
| c. Documentales | Pág. 22 |
| d. Inspección Judicial | Pág. 23 |
| e. Dictamen Pericial | Pág. 23 |
| V. PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA | Pág. 23 |
| VI. NOTIFICACIONES | Pág. 23 |
| VII. MEDIDAS CAUTELARES (Escrito separado) | Pág. 25 |
| VIII. BIBLIOGRAFÍA | Pág. 26 |

Señores

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

Ciudad

JULIANA RODAS BARRAGÁN, mayor de edad, domiciliada y residente en la ciudad de Cali, identificada como aparece al pie de mi firma, abogada en ejercicio, obrando en nombre y representación de la sociedad **MERTELL COMUNICACIONES S.A.S.**, con domicilio en la ciudad de Cali, de manera atenta me permito solicitar que conforme con lo previsto en el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se proceda a integrar un tribunal de arbitramento compuesto por tres árbitros, quienes deberán decidir en derecho las diferencias surgidas entre las empresas **MERTELL COMUNICACIONES S.A.S.** y **TELECENRAL S.A.S.**, con ocasión del contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación “**NOMINEX APP**”.

I. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

Primero: La empresa **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, es una sociedad mercantil con domicilio en Cali, constituida por documento privado de fecha xx-xx-2009, registrada en la Cámara de Comercio de Cali, con fecha xx-xx-2009

Segundo: La empresa **Telecentral S.A.S.**, es una empresa con domicilio en Bogotá, constituida por escritura pública N° 0000 de fecha xx-xx-2010, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá con fecha xx-xx-2010.

Tercero: El 01 de abril de 2016, la sociedad **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, contrató los servicios de la sociedad **Telecentral S.A.S.**, suscribiendo un contrato de prestación de servicios que tuvo por objeto exclusivamente la creación y desarrollo de la aplicación

“**Nominex App**”, para ser ejecutada en los teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles, permitiendo a los clientes de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, acceder a todos los beneficios del software de su propiedad “**Nominex**”.

Cuarto: El plazo contractual se fijó en dos (2) años.

Quinto: El software “**Nominex**”, propiedad de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, se encuentra debidamente inscrito en la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor; Igualmente cuenta con el correspondiente registro de marca ante la Superintendencia de Industria y Comercio, cuya finalidad es un software de gestión contable y administrativa que permite la facturación, controla inventarios, administra cartera, las finanzas y contabilidad de las empresas.

Sexto: Las partes contratantes declararon como valor del contrato la suma de \$1.700.000.0000, pagaderos por **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, a **Telecentral S.A.S.**, el día primero (01) de noviembre de 2017. (Cláusula Novena).

Séptimo: Las partes contratantes acordaron que los derechos de propiedad intelectual sobre la aplicación “**Nominex App**”, sus protocolos de pruebas y demás creaciones que se derivaran del contrato de prestación de servicios celebrado, serían propiedad de **Mertell Comunicaciones S.A.S.** (Cláusula Décima).

Octavo: Las partes contratantes acordaron que **Telecentral S.A.S.**, durante la duración del contrato de prestación de servicios celebrado, no podría crear aplicación o generar desarrollo alguno que entrara en competencia directa o indirecta con el objeto contratado, incluyendo esto el aprovechamiento de los conocimientos, diagramas y código desarrollado para **Mertell Comunicaciones S.A.S.** (Cláusula Décima Primera)

Noveno: El 20 de noviembre de 2017 **Telecentral S.A.S.**, anunció públicamente el lanzamiento del nuevo producto de la compañía “**Infosoft**” y su aplicación móvil “**Infosoft**”

App”, con la finalidad de incursionar en el mercado del software de gestión contable y administrativa; dicho software fue creado con las mismas características del software “**Nominex**”, propiedad de la demandante **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, violando la prohibición de competencia pactada en la Cláusula Décima Primera, del contrato de prestación de servicios suscrito.

Décimo: Igualmente, el 20 de noviembre de 2017 **Telecentral S.A.S.**, anunció públicamente a través de su representante legal que culminó con éxito la venta del software “**Infsoft**” y su aplicación móvil “**Infsoft App**”, a los clientes de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, Nutresa y Postobón y confirmó que estaba en negociaciones con el Grupo empresarial Sura y Grupo AVAL, violando las cláusulas décima primera y décima segunda del contrato de prestación de servicios suscrito entre la partes.

Décimo Primero: La sociedad **Telecentral S.A.S.**, incumplió el contrato de prestación de servicios en su cláusula de confidencialidad (Cláusula Décima Segunda), al utilizar en beneficio propio, con la creación de su software “**Infsoft**” y su aplicación móvil “**Infsoft App**”, la información entregada por **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, respecto de los códigos que integraban el software “**Nominex**”, propiedad de la demandante, junto con su programación e integración, además de la información relevante de sus clientes más importantes el Grupo empresarial Sura, Grupo AVAL, Nutresa y Postobón, junto con los proyectos tecnológicos que involucraría el uso de “**Nominex App**”.

Décimo Segundo: En desarrollo del contrato de prestación de servicios y previo requerimiento de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, **Telecentral S.A.S.**, entregó el 05 de octubre de 2017, dos modelos y un prototipo de la aplicación “**Nominex App**”, quedando pendiente todavía algunos ajustes para su funcionamiento, sin que esta fuera la entrega definitiva.

Décimo Tercero: La sociedad **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, se enteró el 01 de enero de 2018, sobre la constitución de una nueva sociedad denominada **Telcenta S.A.S.**, compuesta

por los activos sociales más importantes y gran parte del patrimonio de **Telecentral S.A.S.**, además de la totalidad de sus socios integrantes.

Décimo Cuarto: Las partes contratantes pactaron dentro del contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”, la cláusula compromisoria, para dirimir sus posibles conflictos, razón por la cual se acude a la presente solicitud. (Cláusula Décima Tercera).

II. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO

a. DEL ARBITRAJE

Es de la competencia y jurisdicción del presente Tribunal conocer de este conflicto conforme a la cláusula décima tercera del contrato de prestación de servicios para la creación y desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”, suscrito el 01 de abril de 2016 entre **Mertell Comunicaciones S.A.S.** y **Telecentral S.A.S.**, lo anterior teniendo en cuenta que para acceder al arbitraje las partes deben haber acordado un pacto arbitral que conste por escrito, que para este caso es la mencionada cláusula compromisoria que forma parte de contrato de prestación de servicios citado previamente, siendo plenamente válido.¹ El Tribunal debe ser integrado por tres (3) árbitros de acuerdo con lo pactado en la cláusula compromisoria y la ley, debido a que las controversias objeto de este proceso tienen una cuantía de contenido patrimonial superior a los 400 smlmv, conforme al artículo 2 de la ley 1563 de 2012, siendo el domicilio de la demandada la ciudad de Bogotá D.C.

¹ Dr. SUÁREZ FRANCO, Roberto. Consejero Ponente. Concepto Sala de Consulta C.E. 838 de 1996 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil. Bogotá: Junio 24 de 1996. [Revisado 23 de abril de 2018]. Disponible en internet: <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3917>.

“CLAUSULA DÉCIMA TERCERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Toda controversia o diferencia relativa a la celebración y ejecución de este contrato, se resolverá en primera instancia de común acuerdo por las partes. De no llegarse a un acuerdo en un término de treinta (30) días, la controversia será dirimida por un Tribunal Arbitral que sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas: 1. El Tribunal estará integrado por 3 árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que tal designación no sea posible, estos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes. 2. El procedimiento aplicable será el del Reglamento para Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. 3. El Tribunal decidirá en Derecho.”

Las pretensiones aquí contenidas se refieren al incumplimiento del referido contrato de prestación de servicios en cuanto a su objeto contratado y la violación a la propiedad intelectual de la aplicación “**Nominex App**”, la prohibición de competencia y de la confidencialidad de la información entregada por **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, a la sociedad **Telecentral S.A.S.**, para el desarrollo de la misma, aspectos todos contenidos en el contrato, siendo vulnerado unilateralmente y sin justa causa por la demandada, lo cual da derecho a exigir el reconocimiento y pago del valor contratado a favor de la demandante, además de los perjuicios causados por la desviación de sus principales clientes Grupo AVAL, Nutresa y Postobón, tal y como los expone en su artículo 8 la ley 256 de 1996 por la cual se dictan las normas sobre competencia desleal.

b. DEL DERECHO SOCIETARIO

Bajo las luces del artículo 70 de la Ley 222 de 1995, el pacto de accionistas celebrado entre los miembros accionarios de la sociedad demandante es totalmente válido, puesto que se encuentra por escrito, firmado por todos los accionistas y debidamente depositado en las oficinas donde funciona la administración de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, pese a que dicho acuerdo de accionistas estipula en su cláusula segunda que: “El representante legal de

la sociedad será elegido por unanimidad de los accionistas que integran el capital social. Cualquier decisión que contravenga este acuerdo se reputará inválida.”.

Como lo ha reiterado el Dr. Reyes Villamizar, dichos acuerdos en ningún caso podrán ser oponibles a terceros, pues carecen de publicidad mercantil², significa que solo serán aplicables entre los accionistas, en este caso, nos encontramos que pese a que el nombramiento como representante legal por mayoría simple y no por unanimidad del señor Clementino Alvear, en la Asamblea General de Accionistas celebrada el pasado 15 de febrero de 2016, viola el acuerdo de accionistas vigente, esto no significa que se afecte la validez del contrato de prestación de servicios para la creación y desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”, suscrito el 01 de abril de 2016 entre **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, y **Telecentral S.A.S.**, a través de sus respectivos representantes legales. En tal caso, el accionista o accionistas que quiera(n) hacer cumplir el acuerdo, podrá promover la respetiva actuación ante la Superintendencia de Sociedades, para que se dé cumplimiento a las obligaciones pactadas, sin que dicha actuación sea resorte de este proceso.

La Superintendencia de Sociedades, en su Concepto N° 220-115766 del 14 de junio de 2016, refiera los siguientes, respecto de los contratos celebrados, pese a la existencia de un acuerdo de accionistas: “No obstante lo anterior, se impone advertir que si bien las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles, en el presente caso ha de tenerse en cuenta que los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial y los asuntos regulados expresamente en ella, amén de la obligatoriedad de las disposiciones que integran el régimen de deberes y responsabilidad de administradores.”³

² REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá: Editorial Temis S.A., Tomo I, 2004, p.433.

³ Concepto N° 220-115766. Superintendencia de Sociedades. Bogotá: Junio 14 de 2016 [Revisado 23 de abril de 2018]. Disponible en internet: http://www.supersociedades.gov.co/NUUESTRA_ENTIDAD/NORMATIVIDAD/NORMATIVIDAD_CONCEPTOS_JURIDICOS/OFICIO%20220-115766.PDF.

Evidentemente nos encontramos frente a un acto de mala fe promovido por la Junta Directiva de **Telecentral S.A.S.**, su representante legal y complementada por los accionistas, al constituir una nueva sociedad denominada **Telcenta S.A.S.**, compuesta por los activos sociales más importantes y gran parte del patrimonio de **Telecentral S.A.S.**, además de la totalidad de sus socios integrantes, configurándose una actuación defraudadora con **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, puesto que la única finalidad de esta actuación es ocultar y proteger su patrimonio, ante el incumplimiento del contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”.

Para tal situación, contempla el artículo 42 de la ley 1258 de 2008, la denominada desestimación de la personalidad jurídica, la cual será aplicable, cuando una nueva sociedad por acciones simplificada sea creada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, como es en este caso **Telcenta S.A.S.**, consistente en el levantamiento del velo corporativo de los accionistas y los administradores, que facilitaron o participaron en los actos defraudatorios, teniendo que responder solidariamente por las obligaciones nacidas del contrato, además de los perjuicios causados, de manera personal.

Entonces vemos como la ley 1258 de 2008 protege al que actúa de buena fe y sanciona a quien actúa de mala fe, cometa fraude o abuso del derecho, al momento de conformar una nueva sociedad como es la creación de **TELCENTA S.A.S.**, tal como lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C-865 de 2004 al reiterar que habrá lugar al levantamiento del referido velo cuando se perciba un actuar de mala fe.⁴

Así también lo expone el profesor Francisco Reyes Villamizar, “En efecto, la sociedad puede haberse constituido como un simple testafarro, con el objeto de evadir el cumplimiento de obligaciones, disimular bienes, burlar los intereses del fisco, evitar responsabilidades o, en general, engañar a terceros que contratan con la sociedad”⁵.

⁴ Corte Constitucional Republica de Colombia. Sentencia C-865/04. Bogotá: Junio 14 de 2016 [Revisado 26 de abril de 2018]. Disponible en internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-865-04.htm>

⁵ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá: Editorial Temis S.A., Tomo I, 2004, p.219.

Lo que se pretende con la desestimación de la personalidad jurídica, es establecer la responsabilidad solidaria del titular de la cuotas de capital y de los administradores,⁶ además de llamar a responder subsidiariamente a la compañía matriz, en este caso, **NORTELLES CORPORATION**, ante la posibilidad de la iniciación de un proceso de insolvencia empresarial por parte de **TELECENRAL S.A.S.**

Si bien, **NORTELLES CORPORATION** en su calidad de matriz de **TELECENRAL S.A.S.**, no es responsable del incumplimiento contractual de su subordinada, si podrá ser llamada a responder de forma subsidiaria por las obligaciones de aquella, en caso de acogerse al Régimen de Insolvencia Empresarial, conforme al artículo 61 de la ley 1116 de 2016, pero para que esto suceda, **TELECENRAL S.A.S.**, tendrá que cumplir con los supuestos de admisibilidad de que trata el artículo 9 que la misma ley exige, siendo estos la cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, los cuales no son de conocimiento público o cumplimiento aún.

c. DEL DERECHO CONTRACTUAL

Los negocios jurídicos requieren cuatro elementos constitutivos para su existencia: La voluntad, la causa, el objeto y la capacidad, siendo la declaración libre de la voluntad de los individuos que celebran el negocio jurídico un elemento insustituible para la configuración del mismo, declaración que deber ser seria y recta para que no se convierta en un instrumento de fraude; por ello para que la voluntad sea seria, quien se obliga debe entender lo que hace, entender a que se obliga, obligarse en la misma forma en que se expresa en el contrato y hacerlo dentro de la legalidad.⁷

Luis María Olaso y Jesús María Casal, han manifestado frente a este concepto que: “Los negocios jurídicos consisten en declaraciones de voluntad. Ella constituye el nervio esencial;

⁶ REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Bogotá: Editorial Temis S.A., Tomo I, 2004, p.222.

⁷ VALENCIA ZAE, Arturo. Derecho Civil de las Obligaciones. Tomo III. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015, p68.

sin ella no puede tener vida ni producir efectos. Por eso se dice que la voluntad es “el alma del negocio jurídico y que ella hay que referirla como elemento básico y primario del mismo. Para que la voluntad sea la base del negocio es necesario: que la persona pueda actuarla de una manera racional y consciente y que reúna aquellas condiciones que exige el Derecho (voluntad capaz); que no exista ninguna circunstancia o vicio que excluya o disminuya aquella cualidad (no viciada); que se manifieste oportunamente (exteriorizada), y que esta manifestación no esté en discordia con la voluntad interna (concorde). La voluntad es pura únicamente cuanto se emite libre y conscientemente”.⁸

Es reiterada la doctrina en que la libertad contractual y la autonomía de la voluntad de las partes es el principio elemental de todo negocio jurídico y la naturaleza de este dependerá de las intenciones de los contratantes y de sus declaraciones de voluntad, siendo el pilar esencial del nacimiento de las relaciones jurídicas entre las personas; el negocio jurídico se convierte entonces en la valoración máxima de la autonomía de la voluntad privada por parte del ordenamiento jurídico, siendo la forma como se autorregulan los intereses privados, por tanto en aplicación a nuestro caso en estudio encontramos que el contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación “**Nominex App**” entre las empresas **Mertell Comunicaciones S.A.S.** y **Telecentral S.A.S.**, es la manifestación libre y plena de dos voluntades de celebrar un negocio jurídico, con una causa y objeto lícito, además de ser ambas partes plenamente capaces de contratar.

d. DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La denominación “propiedad intelectual” cubre los aspectos relacionados con los derechos asociados a la propiedad de los productos derivados de la actividad intelectual. Estos aspectos se refieren a temas como la protección, la duración, la negociación y las implicaciones en áreas relacionadas con la producción y la utilización de esos bienes intangibles.⁹

⁸OLASO, Luis María. y CASA, Jesús María, Curso de Introducción a Derecho. Tomo II. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p 393 y 394.

⁹CHAPARRO BELTRÁN, Fabio y Colaboradores. Manual sobre la Propiedad Intelectual de productos derivados de la actividad académica en universidades y centros de investigación. Bogotá: Editorial Universidad Nacional, 1997. p. 13, 14.

Delia Lipszyc manifiesta que “en materia de derechos de autor, la originalidad reside en la expresión -o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad. No hay obra protegida si ese mínimo no existe.”¹⁰

Tenemos entonces que el software “**Nominex**”, propiedad de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, se encuentra debidamente inscrito en la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, siendo reconocido en el mercado por ser un software de gestión contable y administrativa que permite facturar, controlar inventarios, administrar cartera, además de las finanzas y contabilidad de las empresas; y tiene una similitud sustancial en sus características con el software de la compañía **Telecentral S.A.S.**, denominado “**Infsoft**” desarrollado de manera posterior y durante el plazo contractual del contrato de prestación de servicios base de esta controversia; dicho software como lo fue anunciado por la representante legal de la compañía busca incursionar en el mismo mercado del software de gestión contable y administrativa, exactamente, como lo ha hecho durante años **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, con su software “**Nominex**”, violando la prohibición de competencia pactada en el contrato de prestación de servicios suscrito, con el agravante que el nuevo software “**Infsoft**”, presuntamente desarrollado por **Telecentral S.A.S.**, fue creado con información relevante entregada por **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, para la creación de la aplicación “**Nominex App**”, tal como los códigos fuente que integraban el software “**Nominex**”, su programación e integración, junto con la información de sus clientes más importantes como el Grupo Empresarial Sura, Grupo AVAL, Nutresa y Postobón.

El laudo arbitral del Tribunal de Arbitramento de AS COLOMBIA LTDA contra INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A., contempla importantes consideraciones frente a lo previamente expuesto, como:

¹⁰ LIPSZYC, Delia. Derechos de Autor y Derechos Conexos. Francia: Unesco, 1993. p.65.

“La originalidad significa entonces que en la obra el creador haya desplegado algún trabajo o esfuerzo intelectual, que la obra provenga del autor, que no sea una copia de creaciones precedentes y que contenga cierto grado de creatividad.”

...(...)

“La noción de reproducción envuelve dos elementos: Debe existir un grado suficiente de similitud objetiva entre las dos obras y una relación de causalidad entre la creación del demandante y la del demandado, es decir, que ésta fue producida por el uso que se hizo de la obra del demandante. En otras palabras, para que exista reproducción además de la similitud objetiva, debe existir la prueba de que en efecto el demandante tuvo la posibilidad de conocer, usar o acceder a la creación del demandante. En los casos de reproducción de software, se requiere, sin lugar a dudas, de un análisis complejo acerca de estos elementos: similitud sustancial y acceso a la obra ajena. Como se ya se explicó, el derecho de autor no podría resultar infringido por creaciones independientes sino por verdaderas copias de programas y, por ende, tanto la prueba del acceso al trabajo ajeno, como la similitud objetiva resultan esenciales en este tipo de infracciones.”¹¹ (Negrita y cursiva de la suscrita.)

De manera concordante con lo mencionado previamente, se evidencia que existe una similitud objetiva entre el software **“Infosoft”** desarrollado por la compañía **Telecentral S.A.S.**, y el software **“Nominex”**, propiedad de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, ambos desarrollados para la gestión contable y administrativa y sobre el cual la compañía **Telecentral S.A.S.**, tuvo acceso a la obra ajena, es decir, a su información relevante, códigos fuentes, programación e integración, más la información de sus clientes más importantes, en razón del contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación **“Nominex App”**.

¹¹ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Laudo Arbitral en Tribunal de Arbitramento de AS COLOMBIA LTDA contra INFORMÁTICA Y GESTIÓN S.A. Centro de Arbitraje y Conciliación – Cámara de Comercio de Bogotá: Bogotá, Octubre 17 de 2006 [Revisado 23 de abril de 2018]. Disponible en internet: http://www.cecolda.org.co/images/documentos/laudo_arbitral_software_as_colombia.pdf, p.17, 21, 22, 23.

Se denomina software, soporte lógico o programas de ordenador al conjunto organizado de instrucciones que se suministran a un equipo de cómputo o a cualquiera otra máquina que disponga de las capacidades de procesamiento necesarias, para permitirle cumplir con una tarea determinada, procesar alguna información a alcanzar un resultado específico. Las instrucciones que se suministran a la máquina se redactan y organizan de manera lógica en lenguajes desarrollados para esa comunicación hombre-máquina (Basic, C++, Fortran, Oracle, etc.) denominándose al programa así presentado como software en **código fuente**.¹²

Recordemos que el software “**Nominex**”, propiedad de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, se encuentra debidamente inscrito en la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, estando debidamente protegido tanto por la legislación nacional, como por la internacional, siendo suficiente para que se le reconozcan sus derechos, como es la propiedad del código fuente, entregado a **Telecentral S.A.S.**, exclusivamente para el desarrollo de objeto del contrato de prestación de servicios suscrito para el desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”.

Reitera la autora Delia Lipszyc que: “... la utilización por un tercero puede originar un perjuicio que dé lugar a la reparación en favor del autor lesionado. Aquí resulta apropiada la aplicación del régimen de protección contra los actos de competencia desleal.

e. DE LA COMPETENCIA DESLEAL

La Superintendencia de Industria y Comercio, se ha pronunciado respecto del principio la buena fe comercial de qué trata el artículo 7 de la ley 256 de 1996, debiendo ser entendido dentro del contexto de que todos los comerciantes y demás participantes en el mercado deben actuar de acuerdo a los mandatos de honestidad, confianza, honorabilidad, lealtad y sinceridad que rigen a los comerciantes en sus actuaciones. Considera también que conforme

¹² CHAPARRO BELTRÁN, Fabio y Colaboradores. Manual sobre la Propiedad Intelectual de productos derivados de la actividad académica en universidades y centros de investigación. Bogotá: Editorial Universidad Nacional, 1997. p. 53, 54, 55, 56.

al artículo 8 de la misma ley, se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial o al principio de la buena fe comercial, o bien cuando esté encaminada a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado. El Código de Comercio al igual que la ley 256 de 1996, no define la buena fe comercial, como quiera que se trata de un principio general de derecho, el cual tiene aplicación en materia mercantil.¹³

La comercialización del software “**Infosoft**” y su aplicación “**Infosoft App**” por parte de **Telecentral S.A.S.**, durante la ejecución del contrato de prestación de servicios objeto de esta controversia, constituye un acto de competencia desleal, así como la desviación de los clientes de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, Nutresa y Postobón, y las posibles negociaciones con el Grupo empresarial Sura y Grupo AVAL, afectando patrimonialmente a la demandante por la pérdida de los contratos celebrados previamente con ellos.

El concepto de daño patrimonial hace referencia, por una parte, a todas aquellas erogaciones, gastos o disminuciones en el patrimonio de la víctima como consecuencia del hecho ilícito, que se ha acordado en llamar “daño emergente”, y todos aquellos efectos patrimoniales o ganancias que dejaron de ingresar al patrimonio de la víctima también a consecuencia del hecho dañino, denominado “daño emergente”.¹⁴

La ley 23 de 1982 en su artículo 238 entregó la posibilidad al titular del derecho para solicitar el resarcimiento del daño o perjuicio causado por la infracción a sus derechos dentro del proceso penal o por separado ante la jurisdicción civil. Se deben tener en cuenta los criterios legales para la valoración del daño, actualmente la ley americana consagra tres tipos de

¹³CALDERÓN MEDINA, Mariana. Jefe Asesora de la Oficina Jurídica (e). Concepto 01086015. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, diciembre 12 de 2001 [Revisado 26 de abril de 2018]. Disponible en internet: http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic7933.htm.

¹⁴ PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad Civil Por Infracciones al Derecho de Autor. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2010. p 159.

indemnización. El primero es el “actual damages” que representan las pérdidas o perjuicio sufridos por el titular del copyright en virtud de la infracción. El segundo son los llamados “demandant’s profits” que hacen referencia a las ganancias o beneficios obtenidos por el infractor con la actividad ilícita. Los terceros “statutory damages” (Daños pre-establecidos) los cuales trae la ley y el demandante puede acogerse en cualquier momento antes de que se dicte el fallo.¹⁵

Conforme a la ley 256 de 1996, **Telecentral S.A.S.**, incurrió en los siguientes actos de competencia desleal:

Artículo 7.- Prohibición general: **Telecentral S.A.S.**, ha violado el principio de la buena fe comercial, haciendo uso deshonesto de la información relevante entregada por **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, en el desarrollo de su software “**Infosoft**” y su aplicación “**Infosoft App**”, la cual fue exclusivamente entregada para el desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”, como fueron los códigos fuente que integraban el software “**Nominex**”, su programación e integración, junto con la información de sus clientes más importantes como el Grupo Empresarial Sura, Grupo AVAL, Nutresa y Postobón, violando la cláusula décima del contrato de prestación de servicios suscrito entre la partes.

Artículo 8.- Actos de desviación de la clientela: El 20 de noviembre de 2017, **Telecentral S.A.S.**, anunció públicamente a través de su representante legal que culminó con éxito la venta del software “**Infosoft**” y su aplicación móvil “**Infosoft App**”, a los clientes de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, Nutresa y Postobón y confirmó que estaba en negociaciones con el Grupo empresarial Sura y Grupo AVAL, lo anterior encontrándose dentro del plazo contractual para el desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”, violando la cláusula décima primera del contrato de prestación de servicios suscrito entre la partes.

¹⁵ PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad Civil Por Infracciones al Derecho de Autor. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2010. p 167, 168, 169.

Artículo 16.- Violación de secretos: Telecentral S.A.S., conoció y accedió a los códigos fuente que integraban el software “**Nominex**”, su programación e integración, junto con la información relevante de los clientes más importantes de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, como el Grupo Empresarial Sura, Grupo AVAL, Nutresa y Postobón, desarrollando posteriormente su software “**Infosoft**” y su aplicación móvil “**Infosoft App**”, dentro del plazo contractual para el desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”, con una similitud objetiva, explotando sin autorización de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, la información entregada exclusivamente para la creación de dicha aplicación, violando la cláusula décima segunda del contrato de prestación de servicios suscrito entre la partes.

El acto desleal de violación de secretos se configura, entre otras hipótesis, en aquellos eventos en los que una persona que, con ocasión de un vínculo contractual con el titular del secreto, tuvo acceso legítimo a esa información, desconoce el inherente deber de reserva y la comunica o revela sin autorización a un tercero que no debería acceder a la misma (divulgación) y que, con base en esa revelación y sin contar tampoco con autorización del titular, la utiliza aprovechándola en beneficio propio (explotación).¹⁶

Artículo 17.- Inducción a la ruptura contractual: Telecentral S.A.S., culminó con éxito la venta del software “**Infosoft**” y su aplicación móvil “**Infosoft App**”, a los clientes de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, Nutresa y Postobón y confirmó que estaba en negociaciones con el Grupo empresarial Sura y Grupo AVAL, dentro del plazo contractual para el desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”, siendo desleal la inducción a clientes a infringir los deberes contractuales básicos que había contraído con **Mertell Comunicaciones S.A.S.**

f. OTRO PROBLEMA JURÍDICO

¹⁶ BARONA VILAR, Silvia. Op. Cit. Págs. 566 y ss. Sentencia No. 1647 Radicación 03105250 Demandante: C.I. Guirnalda S.A. Demandados: C.I. Naturalways Colombia Limitada y Jorge Luis Meza González. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá. [Revisado 23 de abril de 2018]. Disponible en internet: http://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/sentencia%20de%20competencia%20desleal/Sentencia_1647_2011.pdf

Pese a que no es competencia de este Tribunal, desde el punto de vista penal tenemos que los accionistas de Telecentral S.A.S., liderados por la Junta Directiva, aprobaron la constitución de **Telcenta S.A.S.**, como figura de protección societaria ante una potencial acción jurídica por parte de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, trasladando los activos sociales más importantes y gran parte del patrimonio de **Telecentral S.A.S.**, a la nueva sociedad conformada con los mismos accionistas, configurándose un delito contra el patrimonio económico, denominado alzamiento de bienes (Artículo 253 Código Penal), aplicable a quien alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, en este caso **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El alzamiento de bienes como delito socioeconómico pretende que el acreedor encuentre dificultades para encontrar elementos patrimoniales con los que poder cubrir su deuda, estando tanto los miembros de la Junta Directiva de **Telecentral S.A.S.**, y su Asamblea de Accionistas vinculados penalmente por la decisión tomada de constituir **Telcenta S.A.S.**, para defraudar a **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, contemplándose su actuar en la ilegalidad.

Por tal razón, de manera simultánea de adelantará el tramite ante la jurisdicción penal.

III. PRETENSIONES

Solicito al Tribunal muy respetuosamente realizar las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Se declare que la sociedad **Telecentral S.A.S.**, incumplió las obligaciones contractuales que adquirió a favor de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, contenidas en el contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación “**Nominex App**”.

SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación “**Nominex App**” por incumplimiento de la sociedad **Telecentral S.A.S.**

TERCERA: Como consecuencia del incumplimiento, se condene a la empresa **Telecentral S.A.S.**, al pago de la cláusula penal a favor de **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, equivalente al treinta por ciento (30%) del valor de contrato, por la suma de QUINIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS (\$510.000.000).

CUARTA: Se declare que la sociedad **Telecentral S.A.S.**, incurrió en actos de competencia desleal en contra de la sociedad **Mertell Comunicaciones S.A.S.**

QUINTA: Como consecuencia de lo anterior se condene a la sociedad **Telecentral S.A.S.**, a pagar a título de indemnización por la totalidad de los perjuicios causados a **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, los cuales se declaran bajo **JURAMENTO ESTIMATORIO**, de acuerdo a lo ordenado por el Artículo 206 del Código General del Proceso. La tasación razonable es la siguiente:

| CONCEPTO | VALOR |
|---|-------------------------|
| Contrato software "Nominex" Grupo Empresarial SURA duración 1 año | \$ 360.000.000 |
| Contrato software "Nominex" Grupo AVAL duración 1 año | \$ 360.000.000 |
| Contrato software "Nominex" NUTRESA duración 1 año | \$ 360.000.000 |
| Contrato software "Nominex" POSTOBÓN duración 1 año | \$ 360.000.000 |
| | \$ 1.440.000.000 |

SEXTA: Sobre la suma indicada en la pretensión QUINTA, se condene a la sociedad **Telecentral S.A.S.**, a pagar a **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, intereses moratorios liquidados a la tasa de mora más alta prevista por nuestra legislación, desde la fecha de presentación de esta demanda y hasta que se produzca el pago total de la condena impuesta en el respectivo laudo.

SÉPTIMA: Condenar a la sociedad **Telecentral S.A.S.**, en costas del proceso y agencias en derecho.

IV. PRUEBAS

Solicito se decreten y tenga como medios de pruebas los siguientes:

A) Interrogatorio de parte: Solicito respetuosamente se decrete y practique interrogatorio de parte que formularé oralmente el día de la audiencia a la señora Martha Flórez, como actual representante legal de la sociedad Telecentral S.A.S., quien se puede notificar en el domicilio de la sociedad demandada, para probar los hechos de la demanda susceptibles de confesión y para demostrar los hechos en que se funda la acción de mi representada. Sírvanse, señores árbitros, al decretar esta prueba fijar fecha y hora para la audiencia correspondiente.

B) Testimoniales: Solicito se decrete y practique prueba testimonial, para esclarecer los hechos en que se funda la acción de mí representada, las preguntas las formularé oralmente el día de la diligencia a las siguientes personas: Accionistas y Junta Directiva de la sociedad Telecentral S.A.S., quienes se pueden notificar en el domicilio de la sociedad demandada.

C) Documentales:

- 1- Poder a mi conferido.
- 2- Contrato de prestación de servicios suscrito el 01 de abril de 2016 para la creación y desarrollo de la aplicación “Nominex App”.
- 3- Certificado de existencia y representación legal de Telecentral S.A.S.
- 4- Certificado de existencia y representación legal de Mertell Comunicaciones S.A.S.
- 5- Certificado de existencia y representación legal de Telcenta S.A.S.

D) Inspección Judicial: Sírvanse decretar y practicar una inspección judicial con intervención de peritos expertos a los libros de Actas de Junta Directiva, en el domicilio de Telecentral S.A.S., a fin que los peritos respondan al cuestionario que les formularé en la misma. Sírvanse, señores árbitros, señalar fecha y hora para su práctica.

E) Dictamen Pericial: Sírvanse decretar y practicar un dictamen pericial financiero y contable a la sociedad Mertell Comunicaciones S.A.S., a fin que los peritos respondan al cuestionario que les formularé en la misma, sobre los perjuicios causados a la demandante. Sírvanse, señores árbitros, señalar fecha y hora para su práctica.

V. PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA

El litigio se tramitará a través del proceso arbitral previsto en la Ley 1563 de 2012. La cuantía la estimo en la suma de MIL NOVECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$1.950.000.000) M/CTE.

VI. NOTIFICACIONES

La sociedad **Mertell Comunicaciones S.A.S.**, recibirá notificaciones en su domicilio ubicado en la ciudad de Cali.

La sociedad **Telecentral S.A.S.**, recibirá notificaciones en su domicilio ubicado en la ciudad de Bogotá.

La suscrita en la Secretaría de esta corporación o en calle 25N # 5A-40, en la ciudad de Cali.

Atentamente,



JULIANA RODAS BARRAGÁN

C.C. 38.550.846 de Cali

T.P. 134.028 del CSJ

VII. MEDIDAS CAUTELARES (Escrito separado)

Solicito muy respetuosamente se decreten y practiquen las siguientes medidas cautelares:

- A) Con el fin de asegurar el pago de los perjuicios que se reclaman, solicitó el decreto y práctica de la inscripción de la demanda en el libro de acciones y accionistas de la sociedad **Telecentral S.A.S.**, domiciliada en la ciudad de Bogotá, sobre la totalidad de las acciones de propiedad de la demandada.

- B) Ordenar la cesación provisional de la comercialización del software “Infosoft” y su aplicación “Infosoft App” por parte de Telecentral S.A.S.,

Atentamente,



JULIANA RODAS BARRAGÁN

C.C. 38.550.846 de Cali

T.P. 134.028 del CSJ

VIII. BIBLIOGRAFÍA

FRANCISCO REYES VILLAMIZAR. Derecho Societario. Reimpresión. Bogotá: Editorial Temis S.A., Tomo I, 2004, p.219, 222, 433. ISBN 958-35-0391-6 (Obra). ISBN 958-35-0392-a (Tomo1)

ARTURO VALENCIA ZAE y ÁLVARO ORTIZ MONSALVE. Derecho Civil de las Obligaciones. Novena Edición. Tomo III. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998, p.68. ISBN 958-35-0161-1

LUIS MARÍA OLASO J. y JESÚS MARÍA CASAL. Curso de Introducción a Derecho. Tomo II. Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2007. p. 393, 394. ISBN 980-244-101-5 (Obra Completa). ISBN 980-244-103-1 (Volumen 2).

FABIO CHAPARRO BELTRÁN y COLABORADORES. Manual sobre la Propiedad Intelectual de productos derivados de la actividad académica en universidades y centros de investigación. Bogotá: Editorial Universidad Nacional, 1997. p.13, 14, 53, 54, 55, 56. ISBN 958-17-0184-2.

DELIA LIPSZYC. Derechos de Autor y Derechos Conexos. Francia: Unesco, 1993. p.65. ISBN 92-3-302837-2.

CALDERÓN MEDINA, Mariana. Jefe Asesora de la Oficina Jurídica (e). Concepto 01086015. Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá, diciembre 12 de 2001 [Revisado 26 de abril de 2018]. Disponible en internet: http://www.sic.gov.co/recursos_user/historico/d2011sic7933.htm.

LUIS CARLOS PLATA LÓPEZ, Responsabilidad Civil Por Infracciones al Derecho de Autor. Barranquilla: Ediciones Uninorte, 2010. p 159, 167, 168, 169. ISBN 978-958-741-058-7.