



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

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

**CASO OPCIÓN DE TRABAJO DE GRADO
DEMANDA ARBITRAL: MERTELL SAS VS TELECENTRAL SAS**

HUGO ESPINOSA ROJAS

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

**CASO OPCIÓN DE TRABAJO DE GRADO
DEMANDA ARBITRAL: MERTELL SAS VS TELECENTRAL SAS**

HUGO ESPINOSA ROJAS

COMITÉ EVALUADOR DE LA MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESARIAL

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



INDICE

DEMANDA ARBITRAL	6
EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS	7
ANÁLISIS LEGAL DEL CASO	12
PETITORIO	21
BIBLIOGRAFÍA	27
CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL	29
PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LOS HECHOS	29
PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS PRETENSIONES	31
ANÁLISIS LEGAL DEL CASO	31
PETITORIO	47
BIBLIOGRAFÍA	51

CONVOCATORIA DE INTEGRACIÓN DE TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

Señores

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Referencia: Demanda Arbitral de responsabilidad civil contractual.

Hugo Espinosa Rojas, mayor de edad, domiciliado y residente en Cali, identificado con la C.C N° 8.308.254 de Medellín, con T.P. N° 31.930 del Consejo Superior de la Judicatura, abogado en ejercicio, actuando en nombre y representación de la empresa Mertell Comunicaciones S.A.S., según consta en el poder que se adjunta, empresa legalmente constituida a través de documento privado, con domicilio en la ciudad de Cali, Valle, según consta en Certificado de existencia y Representación Legal, expedido por la Cámara de Comercio de Cali, documento que se anexa, por medio de la presente se solicita Convocar a Tribunal de Arbitramento de acuerdo con las disposiciones pertinentes que regulan la materia y en particular por la cláusula compromisoria acordada, el cual estará compuesto por tres árbitros, quienes deberán decidir en derecho las diferencias surgidas entre las empresas Mertell Comunicaciones S.A.S. y Telecentral S.A.S., con ocasión del contrato suscrito el 1 de abril de 2016 en virtud de la cual se presenta esta Demanda Arbitral de responsabilidad civil contractual.

PARTES

Parte Convocante: La empresa Mertell Comunicaciones S.A.S., representada legalmente por el Sr. Clementino Alvear, es una sociedad mercantil domiciliada en la ciudad de Cali, constituida inicialmente como empresa unipersonal en el año de 1996 y posteriormente transformada a una Sociedad por Acciones Simplificadas en el año 2009, mediante documento privado, registrada en la Cámara de Comercio de Cali. Su composición accionaria es familiar. Su objeto social principal consiste en la prestación de servicios de asesoría contable y administrativo a otras empresas.

Parte Convocada: La sociedad Telecentral S.A.S., representada legalmente por la Sra. Martha Flórez, es una empresa con domicilio en Bogotá D. E., constituida en el año 2010 por documento privado, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá. Su objeto social principal consiste en la prestación de servicios de diseño y programación de algoritmos, desarrollo de aplicaciones para móviles, e-commerce y marketing online. Telecentral se encuentra en una situación de control declarada por la compañía estadounidense Nortelles Corporation, con domicilio en Delaware, quien la adquirió en el año 2012, considerada como una de las más importantes multinacionales en desarrollo de software y aplicaciones para móviles.

Litisconsorcio necesario: Miembros de la Junta Directiva de Telecentral S.A.S y la sociedad Nortelles Corporation, con domicilio en Delaware, E.E.UU.

A. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS

Los hechos y antecedentes de los actos del incumplimiento de contrato ejecutados por Telecentral, contra Mertell se pueden establecer en los siguientes:

1. **Objeto social de Mertell:** Mertell es reconocida en el mercado por su software ñNominexö, de gestión contable y administrativo que permite la facturación, controla inventarios, administra cartera, las finanzas y la contabilidad de las empresas, aplicación que se considera revolucionaria en el mercado de softwares de gestión contable y administrativa, pues ninguno de los proveedores cuenta con un desarrollo tecnológico de tal magnitud. El software ñNominexö cuenta con el registro correspondiente en la Dirección Nacional de Derecho de Autor óDNDA-.
2. **Contrato entre las partes:** Entre las empresas Mertell y Telecentral se suscribió el 1 de abril de 2016, con un plazo de dos años para su cumplimiento, un contrato de prestación de servicios para la creación y desarrollo de la aplicación ñNominex appö, para ser ejecutada en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles y que permitiría a los clientes de Mertell acceder a todos los beneficios del software ñNominexö.

- 3. Obligaciones de las partes:** Las obligaciones de las partes surgen del contrato que se anexa como prueba documental No. 3, las cuales en lo pertinente a la presente demanda son las siguientes:

Obligaciones del Convocante:

- a) Pagar Telecentral un precio de COP\$1.700.000.000, el 1 de noviembre de 2017 por el desarrollo de la aplicación objeto del contrato.
- b) Suministrar la información técnica del software òNominexö a Telecentral para el desarrollo de la aplicación contratada con destino al uso de sus clientes.

Obligaciones del Convocado:

- a) La creación y desarrollo de la aplicación òNominex appö para ser ejecutada en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles y que permitiría a los clientes de Mertell acceder a todos los beneficios del software òNominexö.
 - b) Plazo de 2 años para la entrega de la aplicación, es decir el 1 de abril de 2018.
 - c) Respetar los derechos patrimoniales de propiedad intelectual sobre la aplicación òNominexö los cuales pertenecen a Mertell.
 - d) Prohibición de competencia. Telecentral se compromete a no llevar a cabo, durante la duración del presente contrato, ningún desarrollo ni aplicación que pudiera entrar en competencia directa o indirecta con el objeto del contrato.
 - e) Guardar la confidencialidad. La información confidencial, y todos los derechos a la misma que han sido o serán divulgados a Telecentral, permanecerán como propiedad de Mertell y solo se utilizará para los fines del contrato.
- 4. Desarrollo del contrato:** Durante varias reuniones de trabajo entre las partes, la Convocante reveló a Telecentral toda la información necesaria para el desarrollo del contrato: los códigos que integraban el software, su programación e integración, siendo esta información vital para la creación de su software òNominexö y el futuro desarrollo de la aplicación òNominex appö. Mertell entregó además información relevante de sus clientes más importantes: el Grupo empresarial Sura, el Grupo

AVAL, Nutresa y Postobón, junto con sus futuros proyectos tecnológicos que involucrarían el uso de ñNominex appö.

5. **Avance del compromiso de entrega:** Mediante comunicación oficial fechada el 5 de octubre de 2017 Mertell requirió a Telecentral sobre la fecha de entrega de la aplicación ñNominex appö,
6. **Respuesta de Telecentral:** Telecentral S.A.S respondió que cumpliría con el plazo de entrega acordada de dos años y además remitió dos modelos y un prototipo de aplicación al cual le faltaban mínimos ajustes para su funcionamiento.
7. **Primeras dificultades:** Un mes después, iniciando noviembre de 2017, mientras Mertell con los fondos en bancos se aprestaba a efectuar el pago del precio en la fecha convenida, llegó a su conocimiento a través de varias fuentes de información muy confiables, que Telecentral SAS estaba trabajando en la creación de un nuevo software contable y financiero, junto con su aplicación móvil. Y según dichas fuentes de información, el software estaba listo y se estaban realizando las últimas pruebas sobre la aplicación. Por este serio indicio de incumplimiento contractual de la convocada, el pago se aplazo hasta tener mayor claridad sobre la conducta de Telecentral.
8. **Telecentral anuncia al público su incursión en el mercado de los softwares de gestión contable y administrativa:** La Sra. Martha Flórez representante legal de Telecentral SAS, concedió un reportaje a La Revista Dinero en su edición del 20 de noviembre de 2017, el cual fue publicado en un informe especial, donde anuncia al público el lanzamiento del nuevo producto de la compañía: ñInfosoftö y su aplicación móvil ñInfosoft appö. De la edición indicada de Revista Dinero transcribo las declaraciones de la Sra. Flórez: *öTelecentral quiere incursionar en el mercado de los softwares de gestión contable y administrativa, y fue idea de uno de los ingenieros de la compañía crear el producto, ante la ausencia de una aplicación en el mercado que facilite el uso de este tipo de softwares. El producto ha tenido gran acogida en*

el mercado, de hecho, y como primicia, me complace comentar que hemos culminado con éxito la venta del software y su aplicación a Nutresa y Postobón, y en la actualidad estamos en negociaciones con el Grupo empresarial Sura y el Grupo AVAL, quienes han manifestado su intención de adquirirlo, pues tienen varios proyectos a futuro que requieren del software y su aplicación. Estamos felices con los resultados y tranquilos puesto que se están adelantando todos los trámites jurídicos para proteger el software y su aplicación por temas de propiedad intelectual. Confirmado el incumplimiento contractual de la convocada por las conductas anticompetitivas anunciada por la Sra. Flórez la convocante de abstuvo de hacer el pago.

9. **Mertell pide explicaciones a Telecentral:** Conocidas por los accionistas de la Convocante las declaraciones de la representante legal de Telecentral SAS, el Gerente de Mertell Sr. Clementino Alvear llamó a Martha Flórez para pedir una explicación ante lo sucedido.
10. **Reacción de Telecentral al reclamo de Mertell:** Al reclamo anterior y para mayor sorpresa de Mertell, la Sra. Martha Flórez respondió acusando a Mertell de injuria y calumnia y amenazó con interponer una denuncia por tales acusaciones. Dicha respuesta causó el enojo y preocupación a los accionistas de Mertell y resolvieron acudir a su equipo legal para la defensa de los intereses de la empresa.
11. **Telecentral constituye a Telcenta:** Con gran asombro de Mertell y de sus accionistas, el 1 de enero de 2018 se enteran de la constitución de Telcenta SAS, efectuada el 25 de diciembre de 2017, por parte de los mismos accionistas de Telecentral, la compañía estadounidense Nortelles Corporation, y que sus activos sociales más importantes y gran parte de su patrimonio fueron trasladados a la nueva compañía. Esto como una estrategia de Telecentral para proteger sus activos sociales trasladando su operación a Telcenta SAS, la nueva compañía, en caso de una eventual acción jurídica por parte de Mertell que comprometiera su responsabilidad.
12. **Activación de la cláusula Décima Tercera: Solución de Controversias.** Por el

conflicto que surge entre las partes, según los hechos descritos en los numerales 7 a 11, Mertell y sus accionistas deciden activar la cláusula Décima tercera de Solución de Controversias del contrato suscrito, y convocan a Telecentral a negociaciones directas.

13. **Negociaciones Directas:** Durante las negociaciones directas, Mertell argumentó que por parte de Telecentral existía incumplimiento contractual por todo lo acontecido, y se negó rotundamente al pago del precio, señalando vulneraciones en materia societaria, de competencia y de propiedad intelectual. Telecentral por su parte exigió el pago de COP\$1.700.000.000 correspondiente al valor del contrato argumentando que el 5 de octubre de 2017 ya había remitido a Mertell dos modelos y un prototipo de la aplicación. Las negociaciones directas no lograron ningún acuerdo entre las dos partes.
14. **Demanda para Convocar a Tribunal de Arbitramento:** Ante la imposibilidad de lograr un acuerdo entre las partes, Mertell S.A.S. decide presentar esta Demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá amparándose en la Cláusula Décima tercera del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes: Solución de Controversias.
15. **Consecuencias en Mertell de las conductas de Telecentral.** La incursión de Telecentral en el mercado de los softwares de gestión contable y administrativa y la venta del software y su aplicación a Nutresa y Postobón, así como las negociaciones con el Grupo empresarial Sura y el Grupo AVAL, dejó a Mertell sin producto que explotar y sin clientes para vender su servicio de software. A partir de diciembre 2017 la facturación cayó a cero, la iliquidez es total, las cuentas por pagar y obligaciones en general no se pueden atender por lo cual presenta a la Superintendencia de Sociedades una solicitud para acogerse a la protección del régimen de insolvencia empresarial regulado por la ley 1116 de 2006, la que está en curso.

B. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO

1. **Validez del contrato de prestación de servicios:** El contrato objeto de esta demanda fue suscrito por Martha Flórez, representante legal de Telecentral, y Clementino Alvear en calidad de representante legal de Mertell. Clementino Alvear fue nombrado por la Asamblea General de Accionistas de Mertell el 15 de febrero de 2016, por mayoría simple. Este nombramiento se hizo de acuerdo con los estatutos de la sociedad y su nombramiento fue debidamente registrado en la Cámara de Comercio de Cali y es válido frente a terceros. Como lo señala la Corte Constitucional, *“Conforme al artículo 196 del Código de Comercio, la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, según el régimen de cada tipo de sociedad”*.¹ Ciertamente hay un pacto entre los accionistas de Mertell que está depositado en las oficinas de la sociedad. Pero para ser oponible a terceros se requiere registrarlo en la Cámara de Comercio, como una reforma de estatutos. Por no haberse registrado, la Cámara registró el nombramiento de nuevo Gerente con el quórum de simple mayoría estatutarios. Siendo válido el nombramiento del representante legal de Mertell son válidos los contratos que suscriba a nombre de la empresa como el contrato que nos ocupa suscrito con Telecentral.
2. **Violación del contrato por parte de Telecentral:** La conducta comprobada de Telecentral S.A.S, su gerente y accionistas muestra una inequívoca violación al contrato que causan graves perjuicios a la convocante como se precisara más adelante. Tal como quedó públicamente demostrado mediante las declaraciones que la representante legal y gerente Sra. Martha Flórez a la revista Dinero en la entrevista publicada en la edición del 20 de noviembre de 2017, las cuales se citan textualmente:
 - a. Dice la Sra. Flórez: *“Telecentral quiere incursionar en el mercado de los softwares de gestión contable y administrativa”* *ö*. Lo cual viola lo pactado en la cláusula décima primera: *“Telecentral se compromete a no*

¹ Corte Constitucional (29 de julio de 2003) Sentencia C-621. [MP Marco Gerardo Monroy Cabra]

llevar a cabo, durante la duración del presente contrato, ningún desarrollo ni aplicación que pudiera entrar en competencia directa o indirecta con el objeto del contrato...ö

- b. Respecto a la misma cláusula, complementa la Sra. Flórez confesando que: *öEl producto ha tenido gran acogida en el mercado, de hecho, y como primicia, me complace comentar que hemos culminado con éxito la venta del software y su aplicación a Nutresa y Postobón, y en la actualidad estamos en negociaciones con el Grupo empresarial Sura y el Grupo AVAL, quienes han manifestado su intención de adquirirlo, pues tienen varios proyectos a futuro que requieren del software y su aplicación.ö* En el contrato se obligó en la cláusula décima primera: *öí A todos los efectos, se entenderá que Telecentral incurre en dicha circunstancia (entrar en competencia directa) siempre que desarrolle para otra compañía o cualquier tercero, de forma paralela y aprovechando los conocimientos, diagramas y código desarrollados para Mertellí ö*. Habiendo recibido información de Mertell sobre sus clientes va donde ellos con fines concurrenciales con quienes Mertell tiene contratos de suministro de software, a venderle el software copiado de Mertell y la aplicación que Mertell le contrató desarrollar.
- c. Añade que *öí y fue idea de uno de los ingenieros de la compañía crear el producto, ante la ausencia de una aplicación en el mercado que facilite el uso de este tipo de softwaresí ö*. Miente la Sra. Flórez cuando asigna a su ingeniero la idea de creación del producto cuando la información la obtuvo directamente de Mertell S.A.S., quien la suministró de buena fe para el desarrollo de la aplicación contratada. Telecentral desconoce los derechos de propiedad intelectual de Mertell sobre el software *öNominexö*, se apropia de ellos y los anuncia al público como propios y alega la ausencia de una aplicación de ese tipo en el mercado. Telecentral viola así de una parte, la cláusula décima del contrato *öLos derechos de*

propiedad intelectual sobre la aplicación òNominexö, sus protocolos de prueba y demás creaciones susceptibles de ser protegidas por la propiedad industrial o el contrato y que se deriven del desarrollo del proyecto pertenecerán a Mertell.ö. Al final manifiesta la Sra. Flórez: òEstamos felices con los resultados y tranquilos puesto que se están adelantando todos los trámites jurídicos para proteger el software y su aplicación por temas de propiedad intelectualö. Aquí es manifiesta la mala fe al pretender proteger una creación patrimonialmente ajena, la aplicación òNominex appö y otra el software òNominexö que está protegida por derechos de autor

- d. Por otro lado, Telecentral viola el contrato en su cláusula décima segunda que obliga a Telecentral a la confidencialidad de la información técnica recibida de Mertell: *òLa información confidencial, y todos los derechos a la misma que han sido o serán divulgados a Telecentral, permanecerán como propiedad de Mertell. Telecentral no obtendrá derecho alguno, de ningún tipo, sobre la información, ni tampoco ningún derecho de utilizarla, excepto para el cumplimiento exclusivo del presente contrato.ö*
3. La conducta de la Convocada constituye también flagrante violación a las normas legales que regulan la materia de competencia desleal. Sobre este punto la SIC se ha manifestado así: *òEn este orden de ideas, tres son entonces las fases que se distinguen en la competencia desleal, a saber: a) la ejecución de actos desleales con aptitud para producir confusión, desviación o desorganización; b) la ocurrencia real o efectiva de dichos fenómenos; y c) la existencia de perjuicios cuya sustancia, según quedó visto, la constituye por principio la conducta censurable del competidor.ö² La ocurrencia real y efectiva de los actos de competencia desleal y los perjuicios causados quedaron demostrados y se ratificarán por las pruebas periciales que se solicitan en esta demanda al Tribunal como se probará a continuación:*

² Superintendencia de Industria y Comercio (10 de mayo de 2004) Resolución 10030. Expediente 01111167.

- a. **Violación a la prohibición general de actos de competencia desleal. desviación de clientela.** La Ley 256 de 1996 en su artículo 7 establece la prohibición general de competencia desleal.³ Las conductas de Telecentral SAS fueron totalmente violatorias de esta norma legal, pues sin ningún respeto por la buena fe comercial y en forma indebida aprovechó el encargo contractual que recibió de mi poderdante Mertell SAS para copiar su producto òNominexö con la información recibida con carácter confidencial, la aplicación que éste le encargo desarrollar òNominex appö, la información de sus clientes en el mercado, para armar una oferta comercial con fines concurrenciales e ir a ofrecerla y venderla con otro nombre òInfosoftö a los mismos clientes de la empresa Mertell SAS, causándole muy graves perjuicios, como se cuantificará más adelante. La SIC ha precisado el alcance del artículo 7 centrando en la lealtad y buena fe el valor supremo que tutela la norma.⁴
- b. **Desviación de clientela.** Además, la Ley 256 de 1996 en su artículo 8 establece que: *òSe 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.*ö Tal como lo advierte la SIC: *òComo se advirtió al inicio de esta sentencia, la competencia desleal no reprime la pérdida de clientela*

³ Congreso de Colombia (15 de enero de 1996) Artículo 7. Ley sobre Competencia Desleal. [Ley 256 de 1996]: “Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial. En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.”

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio (27 de julio de 2005) Resolución 17710. Expediente 3040589: En este orden de ideas, el bien jurídico y el valor supremo que tutela la ley 256 de 1996, es la lealtad y/o buena fe empleada en los medios para competir, lealtad cuya noción y fundamento se encuentra contenida en el inciso primero del artículo 7º de la propia regulación...”.

*ni el deseo por alcanzar mayores ingresos como consecuencia de la desviación de la clientela ajena, fines que son legítimos y naturales a un mercado competitivo, sino solamente la utilización de medios indebidos para competir.*⁵ Telecentral SAS viola igualmente de esta norma legal, pues actuando de mala fe y en forma indebida utiliza el software y la aplicación sobre los cuales Mertell detenta sus derechos de autor con el objeto de desviar la clientela en forma desleal en su beneficio, pero no solo con el objeto de desviarla sino con el efecto de lograr efectivamente desviarla, todo lo cual en conjunto constituye una acción evidente concurrencial de competencia desleal, violando así la prohibición de las normas citada, causando gravísimos perjuicios a la convocante Mertell. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se expresa sobre la mala fe así: *“Se observa con claridad que para determinar si una persona obró con mala fe es necesario que su actuación sea consecuencia de la intención o de la conciencia de violar una disposición legal o contractual, o causar un perjuicio injusto o ilegal”*⁶, como es el caso que nos ocupa.

- c. **Actos de desorganización:** La Ley 256 de 1996 en su artículo 9 dispone que: *“Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto desorganizar internamente la empresa, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno”*. En el hecho No. 15 anterior se explicó cómo los actos ilegales y desleales de Telecentral al dejar a Mertell en una situación devastadora sin su único producto, el software contable *“Nominex”* y sin los clientes a los cuales vendió el producto *“Infosoft”*, fiel copia del producto de mi poderdante, que a la postre le causó el estado de insolvencia, incurrió en el acto desleal de desorganización. La SIC ha sopesado el efecto de la conducta desleal en la estructura interna de la empresa afectada en varias de sus sentencias

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio (21 de diciembre de 2005) Sentencia 09. Expediente 03035095.

⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (14 de mayo de 1999. Interpretación Prejudicial No. 3-IP-99.

sobre la materia. Al referirse al alcance que debe tener el acto desorganizador dijo: *õí debe ser entendido como alterar o romper la estructura, orden y desenvolvimiento ordinario de otra empresa*⁷, igualmente el acto desleal e ilegal debe ser el causante de la desorganización, como es este el caso. Como lo señala el Código de Comercio en su artículo 25: *õSe entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.õ* El profesor Dionisio de la Cruz expresa que: *õEl rompimiento de las prestaciones y los establecimientos -muchas veces literal- que permiten el flujo de procesos mediante los cuales se cumple el objeto de la empresa reviste de deslealtad la conducta.*⁸õ Mertell estaba organizada para prestar un servicio de provisión de su producto único, el software *õNominexõ* a sus clientes el Grupo empresarial Sura, el Grupo AVAL, Nutresa y Postobón. Después del anuncio de las acciones concurrenciales anticompetitivas de Telecentral en la revista Dinero el 20 de noviembre de 2017, Mertell queda en estado de total desorganización: sin producto que explotar y sin clientes para vender su servicio de software, con las gravísimas consecuencias y perjuicios sobre su situación económica y financiera.

- d. **Inducción a la ruptura contractual.** La Ley 256 de 1996 en el artículo 17 establece que: *õSe considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se*

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio (26 de diciembre de 2005) Sentencia 10. Expediente 3105582.

⁸ DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La competencia Desleal en Colombia. Un estudio sustantivo de la ley. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014. p. 36-37.

califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos. Durante el recuento de los hechos en se relató como mi poderdante Mertell S.A.S. reveló a Telecentral los clientes que Mertell atendía y estaba cerca a atender. Igualmente se transcribió la labor de inducción de Telecentral a los clientes de Mertell para terminar la relación contractual con su proveedor del software *Nominex* con el fin de eliminar a Mertell su competidor en el mercado, tal como lo confiesa la Sra. Martha Flórez en sus declaraciones a la revista Dinero en la entrevista publicada en la edición del 20 de noviembre de 2017: *El producto ha tenido gran acogida en el mercado, de hecho, y como primicia, me complace comentar que hemos culminado con éxito la venta del software y su aplicación a Nutresa y Postobón, y en la actualidad estamos en negociaciones con el Grupo empresarial Sura y el Grupo AVAL, quienes han manifestado su intención de adquirirlo*. Esta conducta desleal de Telecentral está explicada en la Sentencia 8 de 2006 de la SIC.⁹ El profesor Dionisio de la Cruz expresa que: *la inducción a la ruptura contractual no es más que una etapa dentro de una estrategia de desorganización, que podría contener, además, violación de secretos y la desorganización misma*¹⁰. Las consecuencias y perjuicios sobre Mertell son catastróficos sobre sus niveles actuales y futuros de ventas.

9 Superintendencia de Industria y Comercio (8 de junio de 2006) Sentencia 08. Expediente 02088118: *En su inciso segundo, la norma contiene dos prohibiciones, referidas a cualquier sujeto, competidor o no, consistentes en (i) no inducir a una persona obligada contractualmente para con un participante del mercado a que regularmente de por terminada esa relación contractual, y (ii) no aprovecharse de una infracción contractual ajena. Sin embargo, cualquiera de esas dos conductas sólo llega a calificarse como desleal cuando se realiza (i) con conocimiento de esa relación o infracción contractual, y (ii) con la intención de lograr una expansión industrial o empresarial, o acompañada de circunstancias como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado, o de circunstancias análogas*

10 Ibid., p. 206.

4. **Actos violatorios a los derechos de autor.** En el contrato suscrito entre mi poderdante Mertell S.A.S. y Telecentral S.A.S., conviene distinguir dos tipos de soporte lógico o softwares: el software òNominexö, creación de Mertell quien es el titular de los derechos de autor y como tal de los derechos morales y patrimoniales, como quedo consignado en el contrato suscrito entre las partes en la cláusula décima, de una parte y de otra parte la aplicación òNominex Appö cuyo desarrollo constituyó el objeto del contrato de suministro suscrito por las partes. Ésta última cuyo titular de los derechos morales pertenecerán a su creador Telecentral, pero en lo que concierne a los derechos patrimoniales, se pactó por escrito en el contrato, en su cláusula décima pertenecen a Mertell S.A.S. Esta provisión contractual es coherente con lo dispuesto por Ley 23 de 1982, que en su Artículo 20¹¹. Concluimos entonces con que Mertell S.A.S. es titular de los derechos de autor del software òNominexö y de sus derechos morales y patrimoniales y además es titular de los derechos patrimoniales de la aplicación òNominex appö y corresponde solo a Mertell la facultad exclusiva de disponer y aprovechar del software y de la aplicación. La actuación desleal y de mala fe de la representante legal de Telecentral, se su Junta Directiva y de sus accionistas, los hacen responsables de incurrir en los delitos contra los derechos morales y patrimoniales de autor, previstos en el Código Penal, Artículo 270 y 271, con las consecuencias allí indicadas.

INTEGRACIÓN DEL LITISCONSORCIO NECESARIO.

En atención a los actos societarios defraudatorios de Telecentral sus administradores y accionistas, como se informó en el hecho No, 11, la Ley 1258 de 2008, en su artículo 42

¹¹ El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 fue modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010 ó 2014: *En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones.*

establece. *Artículo 42. Desestimación de la personalidad jurídica. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario. La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del Convocante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.* La mala fe con que han actuado los administradores y accionistas de Telecentral se puede comprobar además con la constitución de Telecenta propuesta por la Junta Directiva de aquella a sus accionistas que se materializó el 25 de diciembre de 2017. En reunión extraordinaria de accionistas se aprobó la constitución de Telcenta SAS, como una figura de protección societaria ante una potencial acción jurídica por parte Mertell. Los activos sociales más importantes y gran parte del patrimonio fueron trasladados a la nueva compañía. La corte constitucional precisó la materia en Sentencia C-865/2004: *“Cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social”*¹². Cabe resaltar que los accionistas de Telcenta SAS son los mismos accionistas de Telecentral SAS, todo lo anterior en fraude a la ley y a los intereses de Mertell, incurriendo en violación de esta infracción a la norma citada.

Por todo lo anterior y de conformidad al artículo 61 del CGP, **se solicita al Tribunal de Arbitramento integrar el litisconsorcio necesario** y citar al Tribunal de arbitramento a los miembros de la Junta directiva de Telecentral, a la matriz, Nortelles y a la nueva sociedad,

¹² Corte Constitucional. (7 de septiembre de 2004) Sentencia C-865. [MP Rodrigo Escobar Gil]

Telcenta SAS. De no aceptar éstas su comparecencia, citarlas como Testigos, aduciendo el vínculo de Nortelles como controlante única, y de la segunda como instrumento de mala fe para conducir a la insolvencia a la sociedad Telecentral.

C. PETITORIO

1. Que se declare la validez del contrato suscrito entre las partes el 1 de abril de 2016.
2. Que se declare que Telecentral S.A.S ha violado los artículos 7, 8, 9, 11 y 17 de la ley 256 de 1996 y por lo tanto ha cometido actos de competencia desleal.
3. Que se declare a Telecentral, a sus administradores y accionistas responsables de la violación de los derechos de autor de Mertell SAS sobre el software ñNominexö y la aplicación ñNominex appö y una vez producido el laudo se corra traslado a la justicia penal.
4. Que se declare que Telecentral S.A.S incumplió el contrato de prestación de servicios para la creación y desarrollo de la aplicación ñNominex appö, suscrito con la empresa Mertell S.A.S de fecha 1 de abril de 2016, como consecuencia de las violaciones a la ley señalada en los puntos 2 y tres del petitorio.
5. Que como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato.
6. Que se ordene a la Convocada devolver la información confidencial recibida del Convocante en desarrollo del contrato y se exonere a la convocante a pagar el precio contractual.
7. Que como consecuencia de la declaratoria del incumplimiento y de los perjuicios probados ocasionados por Telecentral se condene a la empresa Telecentral S.A.S. y en forma solidaria a la empresa Telecenta SAS y a la empresa Nortell Corporation al reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios compensatorios, los cuales se estiman en la suma diez y siete mil trescientos cincuenta y ocho millones de pesos

(\$17.358.000.000)

8. Que el monto de la condena ha de cancelarse dentro del término que fije el laudo, con la corrección monetaria según la inflación.
9. Que se condene en costas del proceso y agencias en derecho a Telecentral SAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Fundamento el presente PETITORIO en las siguientes normas:

1. Ley 256 de 1996 en particular en sus artículos 7, 8, 9, 17
2. Ley número 23 de 1982, artículo 20.
3. Ley 1258 de 2008, artículo 42.
4. Ley 1563 de 2012
5. Código Civil, artículos: 1613, 1614, 1615, 1617, 2343 y 2344.
6. Código General del Proceso: Artículos 61, 206, 283, 590
7. Código de Comercio

PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA

El litigio se tramitará a través del proceso arbitral nacional previsto en la Ley 1563 de 2012 y el laudo será en derecho. Para los efectos previstos en el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, estimo la cuantía en la suma de diez y siete mil trescientos cincuenta y ocho millones de pesos (\$17.358.000.000), moneda corriente.

PRUEBAS

1. Documentales
 - a) Poder especial para actuar otorgado al suscrito por Mertell SAS
 - b) Certificado de constitución y gerencia de las empresas Mertell, Telecentral, Telecenta. y Nortelles Corporation.

- c) Copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes de fecha 1 de abril de 2016.
- d) Un ejemplar autenticado de la revista Dinero, edición del 20 de noviembre de 2017, contentivo en la página 32 del informe especial con la entrevista de la Sra. Martha Flórez, representante legal de Telecentral.
- e) Contratos de licencia y asistencia informática de Mertell con sus clientes: Grupo Empresarial Sura, el Grupo AVAL, Nutresa y Postobón.
- f) Copias de las cartas dirigidas a Mertell SAS de los clientes Grupo Empresarial Sura, el Grupo AVAL, Nutresa y Postobón informando su decisión de cancelar los contratos de licencia y asistencia informática con Mertell, con fecha diciembre de 2017.
- g) Estados financieros de Mertell de los años 2016 y 2017.

2. Interrogatorio de parte

Solicito al Tribunal se sirva CITAR en la forma establecida en el artículo 200 del C. G. P, a las siguientes personas para que en audiencia pública que tendrá lugar en la fecha y hora que el Tribunal señale, absuelva el interrogatorio de parte que acompaño en pliego cerrado, sobre los hechos relacionados con este proceso.

- a) La Sra. Martha Flórez, representante legal de Telecentral para que efectúe el reconocimiento de sus declaraciones a la revista Dinero del 20 de noviembre de 2017 y de las acciones concurrenciales anticompetitivas que anunció haber efectuado públicamente.
- b) A la Sra. Martha Flórez, representante legal de Telecentral para que explique el objeto, propósito y bienes sociales de la constitución el 25 de diciembre de 2017 de la sociedad Telecenta SAS.

Testimoniales

Solicito que se señale fecha y hora para que bajo la gravedad del juramento declaren sobre los hechos de la presente demanda y demás aspectos de interés para el proceso, a las siguientes personas:

- a) A los miembros de la Junta directiva de Telecentral, según consta en el certificado de Cámara de Comercio de Bogotá, para que explique el objeto, propósito y bienes sociales de la constitución el 25 de diciembre de 2017 de la sociedad Telecenta SAS.
- b) Representantes legales de las sociedades antiguas clientes de la convocante a saber: Grupo empresarial Sura, el Grupo AVAL, Nutresa y Postobón para que expliquen qué los indujo a romper los contratos de suministro con su proveedor anterior Mertell SAS.

Dictamen pericial

La convocante Aporta con la demanda los siguientes dictámenes periciales:

- a) Dictamen pericial informático que establece las características técnicas y de desarrollo del software ñInfosoftö y su aplicación ñinfosoft appö en relación con el software ñNominexö y de su aplicación ñNominex appö.
- b) Dictamen pericial financiero que establece las causas de la grave crisis económica e insolvencia de Mertell SAS.

PETICIONES ESPECIALES:

MEDIDAS CAUTELARES:

Al tenor del artículo 590 del Código General del Proceso, solicito que en el mismo auto admisorio de esta demanda, se ordene las medidas cautelares que se solicitan en escrito separado a la demanda.

JURAMENTO ESTIMATORIO:

Como esta demanda contiene pretensiones de indemnizar perjuicios de orden material, para dar cumplimiento al artículo 206 del CGP, comedidamente y bajo la gravedad del JURAMENTO ESTIMATORIO, los estimamos en la suma de diez y siete mil trescientos cincuenta y ocho millones de pesos (\$17.358.000.000), moneda corriente, suma que se ha calculado siguiendo los criterios técnicos actuariales, según el artículo 283 del CGP y se discrimina así:

1. Daño emergente consolidado, la suma de \$12.000 millones¹³, o sea el valor de la òdisminución patrimonial de los accionistas¹⁴ y que equivale al valor de la compañía antes del daño, pues a fines de 2017 la Convocante perdió su valor al perder los clientes a causa de la ruptura contractual y la desorganización y el estado de insolvencia que le causaron los actos de competencia desleal de Telecentral.
2. Lucro cesante, la suma de \$5.358 millones, o sea la utilidad que la empresa habría obtenido con base en las cifras históricas de utilidades (\$1.200 millones/año), en un horizonte conservador de 5 años a partir de 2018, traída a valor presente y descontado el flujo a la tasa del 6% anual, el interés legal, y que constituye no logrará recuperar por el estado de insolvencia al que la condujo la acciones las acciones concurrenciales ilegales de Telecentral.¹⁵

VALIDEZ DEL PACTO ARBITRAL Y COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Es procedente la solicitud de convocatoria toda vez que se apoya en una cláusula compromisoria contenida en un contrato válidamente suscrito. La cláusula compromisoria no está afectada por ningún vicio y además goza de la autonomía de que trata el artículo 5 de la Ley 1163 de 2012 y al no ser afectada por posibles vicisitudes del contrato, por lo cual el Tribunal es competente para conocer del caso. En este punto vale preguntarse si la materia del derecho de la competencia es arbitrable, a lo cual el profesor Carlos Andrés Perilla concluye: *òComo conclusión de lo expresado en los tres apartes precedentes, es claro que el tribunal arbitral puede aplicar el derecho de la competencia, ya que no es función exclusiva de la SIC, es materia arbitrable, y el árbitro asume conocimiento si la cláusula lo*

¹³Valor de Mertell: Utilidades x P/E ratio. Utilidades= 8% x Ventas= 8% x \$15.000 millones/año= \$1.200 millones. P/E ratio sector tecnología=10. Valor Mertell= \$1.200 millones x 10 = \$12.000 millones. (P/E ratio: Price/earnings ratio)

¹⁴ Philippe le Tourneau, La responsabilidad civil, trad. Javier Tamyó Jaramillo, Bogotá, Legis, 2010, p. 70.

¹⁵ En la función financiera de Excel, se selecciona VA y se introducen los parámetros de tasa 6% anual, n=5 períodos, y la utilidad anual de \$1.200 millones, pagaderos a final de período. La fórmula debe mostrar la estructura:
VA(6/100;5;1200;;1)

*habilita*¹⁶.

PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA

El litigio se tramitará a través del proceso arbitral nacional previsto en la Ley 1563 de 2012 y el laudo será en derecho. Para los efectos previstos en el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, estimo la cuantía en la suma de diez y siete mil trescientos cincuenta y ocho millones de pesos (\$17.358.000.000)

NOTIFICACIONES

Mi poderdante recibirá notificaciones en la siguiente dirección: Av. 4 N 6 N-67, Oficina 201 Cali, Valle.

El demandado en: Cr7 24-89, Oficina 201, Bogotá, D.E.

El suscrito en: Av. de las Américas No. 18 N 26, Oficina 202, Cali, Valle

Atentamente,



Hugo Espinosa Rojas

Abogado

T.P. No. 31.930 del Consejo Superior de la Judicatura.

16 PERILLA CASTRO, Carlos Andrés. Laudos Arbitrales en Derecho de la Competencia. En: Rev. Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), Vol. 11 (enero-diciembre 2015); p. 177-219.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS GARCÍA, Fernando. Estudios de propiedad intelectual. Tunja: Sello Editorial Universidad Santo Tomás, 2011. 124 p. ISBN: 978-958-749-155-5.

BECERRA TORO, Rodrigo. Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal: Nueva legislación (Ley 1563 de 2012). Cali: Cámara de Comercio de Cali, 2013. 583 p. ISBN: 978-958-57940-1-6.

CORREA, Carlos M. Derechos de propiedad intelectual competencia y protección del interés público: La nueva ofensiva en materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los países en desarrollo. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2009. 260 p. ISBN: 978-9974-676-29-9.

DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La competencia desleal en Colombia: Un estudio sustantivo de la ley. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. 295 p. ISBN: 978-958-772-165-2.

FORERO SILVA, Jorge. Medidas cautelares en el código general del proceso. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Editorial Temis, 2013. 120 p. ISBN: 978-958-35-0950-6.

GAVIRIA CARDONA, Alejandro. Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2017. 150 p. ISBN: 978-958-720-405-6.

LEZCANO MIRANDA, Martha Eugenia. Arbitraje Nacional e Internacional: Mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Medellín: Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2016. 258 p. ISBN: 978-958-59069-2-1.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Proceso Arbitral Nacional. Bogotá: Dupré Editores Ltda., 2013. 343 p. ISBN: 978-958-98790-6-1.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje comercial: Nacional e Internacional. Tercera edición. Bogotá: Librería Ediciones de Profesional, 2011. 431 p. ISBN: 978-958-707-208-2.

NIHOUL, Paul. Introducción al derecho de la competencia: Posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 320 p. ISBN: 958-710-025-5.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS: La sociedad por acciones simplificada. Segunda edición. Bogotá: Legis editores S.A., 2010. 317 p. ISBN: 978-958-653-829-9.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

Señores

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Referencia: Contestación a la demanda arbitral presentada por Mertell Comunicaciones S.A.S., según radicado No. _____

Hugo Espinosa Rojas, mayor de edad, domiciliado y residente en Cali, identificado con la C.C 8.308.254 de Medellín, con T.P. 31.930 del C.S.J., abogado en ejercicio, actuando en nombre y representación de la empresa DEMANDADA Telecentral S.A.S., NIT No. _____, según consta en el poder especial que se adjunta, empresa con domicilio en Bogotá D. E., constituida en el año 2010 por documento privado, registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá, según consta en Certificado de existencia y Representación Legal, expedido por dicha Cámara, documento que se anexa, por medio del presente escrito, procedo a presentar a ustedes CONTESTACIÓN A LA DEMANDA ARBITRAL presentada por la empresa Mertell Comunicaciones S.A.S., identificada con NIT: _____, la cual da origen al proceso de la referencia con ocasión del contrato suscrito entre ellas el 1 de abril de 2016, así como a proponer las excepciones pertinentes y la práctica de las diligencias de prueba, en los siguientes términos:

A. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LOS HECHOS

Respecto a los hechos de la demanda la convocada se pronuncia en el mismo orden en que fueron relacionados así:

1. Se admite.

1.1. Se niega pues el hecho está expresado de manera incompleta. Las obligaciones de las partes están expresamente determinadas en el contrato y no constituyen en sí un hecho.

- 1.2. Se admite, pero se aclara: El contrato inició en la fecha de su suscripción, es decir el 1 de abril de 2016 y termina el 31 de marzo de 2018.
2. Se admite, pero se aclara: La información recibida de Mertell SAS fue necesaria para que mi poderdante pudiera cumplir debidamente con el suministro previsto en el contrato, esto es la aplicación ñNominex appö.
 - 2.1. Se admite.
 - 2.2. Se admite.
 - 2.3. Se admite.
3. Se admite.
4. Se admite, pero se aclara: Los ajustes que faltaba hacer a los dos modelos y al prototipo para su funcionamiento, que como bien admite el convocante, **eran mínimos**, dependían de la retroalimentación que el convocante le debía dar a mi poderdante para completar los ajustes finales de la aplicación ñNominex appö, es decir la manifestación de este sobre su satisfacción con el producto entregado o las observaciones para que el convocado lo pusiera a punto con los ajustes finales, retroalimentación que nunca le proporcionó Mertell.
5. No me constan las informaciones que dice haber recibido el convocante al inicio de noviembre de 2017, ni en dicha fecha fue informada Telecentral por el convocante al respecto.
6. Se admite y se aclara. Lo anunciado al mercado por la Sra. Martha Flórez, representante legal de Telecentral, por medio de la revista Dinero, hace parte del objeto social de la sociedad Telecentral no existe prohibición legal que le impida informar al mercado los servicios y productos informáticos de la sociedad convocada.
7. No es cierto ni está probado. Las informaciones recibidas de Mertell sobre el software ñNominexö según el contrato están protegidas por derechos de autor, como corresponde a un soporte lógico, derechos que han sido respetados por Telecentral. Por lo demás la convocada no recibió ni la convocante le reveló secretos industriales o empresariales, los cuales son un instituto distinto y están tipificados en el artículo 260 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

8. No es cierto ni está probado. Más que un hecho es un juicio de valor. Telecentral ha actuado tan de buena fe que con la información recibida desarrolló ñNominex appö, la cual remitió a la convocante en el mes de octubre de 2017, faltándole solo mínimos ajuste para su funcionamiento y sobre la cual no ha recibido ninguna información de retroalimentación de Mertell, como ya se relato en el hecho No. 4.
9. No es cierto ni está probada. Este hecho se repite y se contestó en el punto siete (7) anterior.

B. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS PRETENSIONES

Me opongo a todas las pretensiones de la Convocante porque no le asiste el derecho invocado.

C. ANÁLISIS LEGAL DEL CASO

Se proponen a continuación las siguientes **Excepciones de fondo**:

1) DEBIDA EJECUCIÓN DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES POR PARTE DEL CONVOCADO.

Se demostrará que el convocado ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales.

Del contrato suscrito entre las partes surgen las siguientes obligaciones para el convocado:

- a.* La creación y desarrollo de la aplicación ñNominex appö para ser ejecutada en teléfonos inteligentes, tabletas y otros dispositivos móviles y que permitiría a los clientes de Mertell acceder a todos los beneficios del software ñNominexö.

Como se relató en el hecho 3 de la demanda por parte del convocante: *ñEl día 5 octubre de 2017, el contratante envió una comunicación al contratista requiriendo información sobre el estado actual de la aplicación y su fecha estimada de entregaö.* Y añade el hecho 4 de la demanda del convocante: *ñEl contratista respondió que culminaría con el proyecto con éxito*

en la fecha estimada en el contrato (2 años), incluso remitió dos modelos y un prototipo de aplicación al cual le faltaban mínimos ajustes para su funcionamiento.ö

Es decir, cinco meses antes del cumplimiento del plazo del contrato y después de haber invertido cuantiosos recursos en ingeniería de sistemas, de desarrollo y horas hombre de personal altamente calificado, la convocada había diligentemente cumplido con el objeto del contrato de suministro toda vez que a los modelos y al prototipo entregados les faltaban mínimos ajustes que para completarse.

Inmediatamente después, el convocante Mertell debía haber informado a Telecentral bien su conformidad por cumplir la aplicación sus expectativas operacionales y técnicas, o avisarle los ajustes que para su perfecto funcionamiento debería el convocado efectuarle a la aplicación. Esta retroalimentación de información nunca le fue comunicada por el convocante a mi representada.

Puesto que la ejecución de los mínimos ajustes finales del producto entregado por la convocada pendía del aviso de conformidad o de las observaciones a que hubiere lugar que debía manifestar la convocante, no puede predicarse incumplimiento del objeto principal de contrato por parte de la convocada y no permite además que progrese alegato de incumplimiento de contrato por este concepto por parte de Mertell a Telecentral.

- b.** Respetar los derechos de propiedad intelectual sobre la aplicación òNominex y los derechos patrimoniales de la aplicación òNominex appö, según la cláusula décima del contrato.

La gran mayoría de países protegen los programas de computador o software a través de los derechos de autor, en el caso de Colombia la protección goza de un rango constitucional en los términos del artículo 61 el cual consagra òEl Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la leyö. De suerte que esta materia

se encuentra regulada por la Ley 23 de 1982 y posteriormente por la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, CAC, de conformidad a sus artículos 3, 4 y 58¹⁷:

õArtículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende porí Programa de ordenador (Software): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.ö

õArtículo 4: La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: a)í ; b)í ; c)í

l) Los programas de ordenador; ll)í

õArtículo 58: Los programas de ordenador, como obras expresadas por escrito, y las bases de datos, por su carácter de compilaciones, gozan de la protección por el derecho de autor, aun cuando se hayan creado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión.ö

Esta disposición andina se integró a la legislación colombiana en materia de derechos de autor, toda vez que fue ratificada por medio de la Ley 44 de 1993.

Interesa precisar aquí sobre cuál es aspecto protegido por el derecho de autor en el software y para el caso es ilustrativo el conflicto entre AS Colombia Ltda. vs Informática & Gestión S.A., resuelto por Laudo Arbitral en la Cámara de Comercio de Bogotá: õInformáticaö distribuía un software de manejo de nómina creación de AS que presentaba problemas de calidad no resueltos por AS, al punto õInformáticaö resolvió desarrollar un

17 Comisión del Acuerdo de Cartagena (17 de diciembre de 1993) Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

software para manejo de nómina, esto es con la misma funcionalidad o idea utilitaria, pero con códigos, estructura y leguajes totalmente diferentes.

El Tribunal al desestimar las pretensiones de AS consideró que: *“Ahora bien, en materia de protección de software y de la aplicación de este principio, la polémica alrededor de la dicotomía entre idea y expresión de una obra resulta de difícil tratamiento porque no es fácil distinguir o separar el concepto o idea de un programa de computación, es decir, los elementos internos no protegibles de la expresión protegible. Sin embargo, al ser el software una obra o creación de naturaleza utilitaria, o mejor, con finalidad práctica o vocación funcional, se ha entendido que en principio el aspecto práctico de un programa de computador, su aplicación o su funcionalidad no son objeto de protección por el derecho de autor, toda vez que la función de un programa o software es la misma idea no protegible de la obra.”*¹⁸

Lo anterior pues, aunque la funcionalidad o idea utilitaria del software de *“Informática”* era la misma que el software de AS, esto es manejo de nómina, sus códigos, estructura y leguajes se encontraron totalmente diferentes en el informe pericial.

Sobre el particular y como lo explican bien Eric Iriarte y Ruddy Medina: *“Hay que tener en cuenta que lo que se protege por medio del derecho de autor es el código del software -tanto el código fuente como el objeto-, no la función que realiza el programa propiamente dicha, por tal razón, pueden existir varias aplicaciones de chat similares, como puede ser el caso de WhatsApp y Messenger, con diferente código, sin que estemos ante la presencia de una infracción de derechos de autor.”*¹⁹

18 Cámara de Comercio de Bogotá: Centro de Arbitraje y Conciliación (17 de octubre de 2006) Laudo arbitral. [Árbitro: Dr. Ernesto Rengifo García], p. 20.

19 IRIARTE, Eric y MEDINA, Ruddy. Guía de autor para creadores de software, citado por FLÓREZ-ACERO, G.D., SALAZAR, S., DURÁN, M.A., RODRIGUEZ-FLOREZ, J.C. Y SIERRA-MARULANDA, O.R. Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017, p.35.

Al respecto se ha pronunciado con claridad la dirección Nacional de Derechos de Autor: *“[í] el software puede ser objeto de protección y podrán crearse diversos programas de computador que versen sobre un mismo tema ya que el objeto de protección del derecho de autor son las obras literarias y artísticas y no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí mismos”*.²⁰

Este concepto está en coherencia con lo establecido en el artículo el artículo 6, inciso 2, de la ley 23 de 1982 cuando dice: *“Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas o científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas o artísticas”*.

Igualmente, el artículo 7 de la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, al respecto, prevé: *“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”*

En punto de lo expuesto, debe resaltarse que la convocada hace parte del grupo internacional Nortel Corporation, compañía americana con domicilio en Delaware, considerada como una de las más importantes multinacionales en desarrollo de software y aplicaciones para móviles. De tal suerte que cuando la convocada desarrolla sus propios programas de ordenador o software dispone del personal técnico en sistemas y en programación para hacerlo, respaldada además por la corporación Nortel que dispone de la experiencia y know how de talla internacional.

²⁰ Dirección Nacional de Derechos de Autor, “DNAPö. Concepto 1-2012-49791. Bogotá. 2012. [Autor: Dr. Felipe García Pineda].

De alegarse que la convocada habría incumplido su obligación de respetar los derechos de autor sobre el software òNominexö de propiedad de la convocante, es decir si existió o no reproducción de dicho software objeto del contrato de 1 de abril de 2016 celebrado entre las partes, por haber la convocada desarrollado el software òInfosoftö, ambos softwares con la misma funcionalidad de gestión contable y administrativa, tendría que haberse alegado y demostrado que en el desarrollo de softwares propios o para terceros, la convocada habría utilizado los mismos códigos fuente del software òNominexö, que es el aspecto protegido por el derecho de autor y no la simple funcionalidad o aspecto utilitario del software.

Esta obligación contractual, respeto de los derechos de autor, ha sido celosamente cumplida por el convocado como se deduce de la demanda presentada por el convocante pues ni en los hechos ni en las pruebas de ésta se alega o constata su incumplimiento, por lo cual no debe prosperar la pretensión de incumplimiento respecto esta obligación.

- c. Respetar la confidencialidad sobre la información de que trata la cláusula décimo segunda del contrato así: *òLa información confidencial, y todos los derechos a la misma que han sido o serán divulgados a Telecentral, permanecerán como propiedad de Mertell. Telecentral no obtendrá derecho alguno, de ningún tipo, sobre la información, ni tampoco ningún derecho de utilizarla, excepto para el cumplimiento exclusivo del presente contrato.ö*

De la demanda no se prueba que la convocada haya utilizado la información recibida por Telecentral para actividades distintas al desarrollo de la aplicación òNominex appö, por lo que no debe prosperar ningún alegato ni pretensión basado en una supuesta infracción a esta obligación, y al no haber probado el incumplimiento contractual por parte de la convocada, debe declararse probada esta excepción y denegarse la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Sobre este punto de información confidencial lo abordaremos en las excepciones Nos. 4, 5 y 6 más adelante.

2) EXCEPCIÓN POR CONTRATO NO CUMPLIDO.

Alegaremos que, estando la convocante en incumplimiento, no puede llamar a responder por responsabilidad contractual a la convocada cumplida, tal como se demostró en la excepción No. 1.

Es clara la norma del Código Civil, sobre la mora en los contratos bilaterales cuando en el artículo 1.609 establece que: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”*

Tal como se viene de establecer en la excepción No. 1 denominada *“Debida ejecución de las obligaciones contractuales por parte del convocado”* es cierto que Telecentral ha cumplido en un todo sus obligaciones contractuales, no obstante aquello, no puede predicarse igual razón de parte de la convocante, pues dentro de la ejecución del convenio de marras, se pactó que era obligación del convocante, pagar como precio del desarrollo del objeto del mismo, la suma de mil setecientos millones de pesos (\$1.700.000.000) moneda corriente, pagaderos el 1 de noviembre de 2017, empero a la fecha de redacción de este escrito, mi representada aún no recibe la retribución debida, lo que consecuentemente llevó a un estado crisis financiera.

Desde tal perspectiva, refulge notorio el incumplimiento de la parte activa, cuando tal y como lo reconoce en el hecho 4 de su petitum, el convocante constata el cumplimiento del convocado de su obligación de hacer en el contrato de suministro y admite haber recibido el producto, cuando registra: *“incluso remitió dos modelos y un prototipo de aplicación al cual le faltaban mínimos ajustes para su funcionamiento”*; producto que recibe con anticipación

a la fecha pactada para ello e incluso a la de pago del precio del contrato que debía; en otras palabras, recibe no solo un producto, sino 3 diferentes y casi terminados, y a pesar de ello, deliberadamente omite pagar lo debido, sin que medie excusa para su incumplimiento, pues véase cómo además, y para evadir su responsabilidad, acusa recibir una òsupuestaö información de violación al contrato con posterioridad a la fecha en que debía pagar y con los productos en su haber.

En desarrollo de lo expuesto y bajo el marco jurídico citado, si el convocante Mertell incumplió primero, con la obligación principal contractual de pago oportuno, no puede ahora, estando en mora de cumplir lo pactado, pretender se declare la resolución del contrato por incumplimiento de su contraparte, mediante demanda arbitral por responsabilidad civil contractual y menos pretender se condene al convocado al pago de perjuicios que, además, debe resaltarse, ni se prueban ni se estiman.

Por todo lo expuesto, esta excepción también deberá ser declarada próspera y deberá en su lugar, denegarse las pretensiones de la demanda, para condenar en pago de costas y perjuicios al convocante.

3) ILEGALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DE LA CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA DEL CONTRATO.

Dentro del clausulado del contrato objeto de revisión, encontramos que en la décima se especifica que *òTelecentral se compromete a no llevar a cabo, durante la duración del presente contrato, ningún desarrollo ni aplicación que pudiera entrar en competencia directa o indirecta con el objeto del contrato.ö* Y va más allá la cláusula pues finaliza así: *òLa obligación de no competencia tendrá una vigencia indefinida.ö* Esta cláusula es violatoria del artículo 19 de la Ley 256 de 1996 que a la letra dice:

Se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.

Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional²¹ como práctica restrictiva de la libre competencia.

El convocante relata en el hecho 6 las declaraciones que la Sra. Martha Flórez, representante legal de mi poderdante dio a la revista Dinero en las cuales anuncia al mercado el lanzamiento de los productos informáticos *Infosoft* e *Infosoft app*, y aunque el convocante no informa el objeto de la cita ni manifiesta respecto a la cita su acuerdo o desacuerdo con dicho anuncio, pero sí se puede inferir que le sirve de base conjuntamente con la cláusula decima primera del contrato sobre *Prohibición de competencia*, para pretender en relación al contrato, que éste se incumplió por parte del convocado, que se resuelva y que se condene al convocado al pago de perjuicios, perjuicios además que no precisa, no prueba, ni estima en su valor, todas vez que la demanda carece del cálculo de Juramento estimatorio. Si la base de las pretensiones es esa cláusula decima primera del contrato, pues no van a prosperar pues como se demostró antes, es ilegal por la expresa prohibición del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, y es nula de pleno derecho.

Así pues, resulta que si la cláusula enarbolada como bandera de la pretensión de incumplimiento contractual, es nula de pleno de derecho, la consabida consecuencia es su inaplicación sin que medie declaración judicial, por lo cual, también por esta causal, las pretensiones de la demanda están llamadas a caer en el vacío, mientras que debe declararse probada la excepción aquí planteada.

²¹ Corte Constitucional (23 de octubre de 1997) Sentencia C-535. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]

4) IMPROCEDENCIA DE ALEGAR UN HECHO AJENO AL CONTRATO DE SUMINISTRO PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES.

Tal como puede observarse de los hechos que se relatan en la demanda en los numerales 1 a 5, la información que suministró Mertell a Telecentral para que éste cumpliera el objeto del contrato, esto es el desarrollo de la aplicación òNominex appö, concernía específicamente al soporte lógico o software òNominexö, protegido por los derechos de autor que se indican en el contrato en la cláusula décima.

El convocante introduce en la demanda un instituto ajeno al caso contractual en los hechos 7 y 9, que en verdad no son hechos sino alegatos, así: ò El contratista divulgó y explotó, a sabiendas de su deber de reserva y sin autorización del titular (el contratante), los secretos industriales y empresarialesí ö. Es decir, Mertell considera en su demanda que el software está protegido por los secretos industriales y empresariales y que el supuesto incumplimiento del contrato por parte del convocado se sustenta en una infracción a la categoría jurídica de los òsecretos empresariales e industrialesö.

Por ello, en este punto conviene pues distinguir las dos categorías de la propiedad intelectual: los derechos de autor y los secretos empresariales.

Sobre los derechos de autor se trató en detalle en la excepción No. 1 (b), por lo cual no repetiremos aquí lo ya dicho.

Las dos instituciones difieren en aspectos clave como la duración de la protección: en el derecho de autor la protección es temporal; es así como en Colombia el artículo 21 de la Ley 23 de 1982 establece el plazo de protección de los derechos de autor, aplicable a las personas naturales: la vida del autor y ochenta años después de su muerte. Al respecto la DNDA

explica²²: *“El derecho de autor está sujeto a un plazo de vigencia limitado en el tiempo, por lo cual, transcurrido el plazo de protección, las obras ingresan al dominio público y es posible la utilización de estas sin previa autorización y sin el reconocimiento o pago de una remuneración, de manera que se facilite el acceso de las personas a las creaciones intelectuales cuya utilización se encontraba restringida por los derechos exclusivos que se reconocen a favor de los titulares.”*

A diferencia de los derechos de autor *“la protección de los secretos comerciales tiene la ventaja de no estar sujeta a límites temporales í Por consiguiente, la protección de los secretos comerciales continúa de manera indefinida siempre que el secreto no se revele al público”*²³

En ninguna cláusula del contrato las partes calificaron de *“secreto empresarial o industrial”* la información relativa al software y por el contrario se predicó de ella su protección en la cláusula décima de Propiedad Intelectual, pues se precisó: *“En todo caso, los derechos morales de la aplicación “Nominex app” pertenecerán a sus creadores”,* ello referente a los derechos patrimoniales de los derechos de autor le pertenecen a Mertell.

El demandante situó el conflicto sobre una materia que es ajena al contrato: los *“secretos empresariales e industriales”* que se rigen por normas distintas a las de la propiedad intelectual y que caen fuera de la materia que trata el contrato entre Mertell y Telecentral, por lo cual las pretensiones no pueden prosperar.

5. IMPROCEDENCIA DE ALEGAR “VIOLACIÓN DE SECRETOS EMPRESARIALES” PARA FUNDAMENTAR SUS PRETENSIONES.

²² VEGA JARAMILLO, Alfredo: Manual de Derechos de Autor. Bogotá: Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2010.

²³ OMPI. (24 de mayo de 2018). ¿Patentes o secretos industriales? Recuperado de : http://www.wipo.int/sme/es/ip_business/trade_secrets/patent_trade.htm

No obstante, todo lo expuesto, y encuadrada como debe estar la protección del software *ñNominexö* dentro de la reglamentación de los derechos de autor en las excepciones de mérito Nos. 1 (b) y 4, dado que la demanda invoca como base de sus pretensiones la *ñviolación de secretos empresarialesö*, se examinará la improcedencia de este argumento aún bajo el supuesto de que la información recibida por la convocada de Mertell estuviere amparada por dichos secretos empresariales.

Sobre el secreto empresarial la Decisión 486 de la Comunidad Andina lo define así: *ñSe considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:*

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;*
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y*
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.*

*La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.ö*²⁴

De lo anterior se deduce que en cuanto a la naturaleza del secreto éste puede tratarse de información que no haya sido *ñdivulgadaö* y útil para uso empresarial en producción, industria o comercio.

24 Comisión de la Comunidad Andina. (14 de septiembre de 2000). Régimen Común sobre Propiedad Industrial. [Decisión 486]. Recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can012es.pdf>

Ahora, en cuanto a la forma en que la información debe existir, la norma requiere de tres requisitos indispensables para su protección a saber: ser secreta, tener valor comercial y este valor debe provenir de su carácter de secreta y que el empresario poseedor de la información haya tomado medidas suficientes para mantenerla secreta.

Un ejemplo ilustrativo es el de la fórmula de la Coca-Cola, del cual la firma canadiense de abogados Zvulony & Co., especialistas en propiedad intelectual comenta en su página web así: *“La fórmula para hacer Coca-Cola es un secreto industrial. La fórmula es extremadamente valiosa para la compañía como un secreto; sería casi inútil para la compañía si fuera conocida por sus competidores (ya que todos comenzarían a copiarla), es conocida solo por unas pocas personas selectas dentro de la compañía Coca-Cola, y la compañía toma precauciones especiales para asegurarse que la fórmula no sea conocida. En otras palabras, cumple los criterios esenciales para un secreto comercial: la compañía se esfuerza especialmente por mantenerlo en secreto, y ese secreto crea valor.”*²⁵

En cuanto a los mecanismos de protección en Colombia aplicables al secreto empresarial se encuentran principalmente el de la competencia desleal en el artículo 16 de la Ley 256 de 1996: *“Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.”* Adicionalmente las disposiciones de los códigos del trabajo, artículo 58 (2) y Penal en el artículo 308. Relacionado con el caso litigioso nos adentraremos en la protección relacionada con la competencia desleal.

25 Zvulony & Co. (24 de mayo de 2018). Understanding Intellectual Property: Law through Coca-Cola. Recuperado de: <https://zvulony.ca/2010/articles/intellectual-property-law/understanding-intellectual-property-law/>

En las demandas tramitadas en la SIC por violación de secretos de que trata el artículo 16 de la Ley 256 de 1999 se identifican los elementos probatorios para que prosperen o no las pretensiones.

Veamos:

Según la demanda de Pelanas SAS vs Claudia Paola Gutiérrez y Jorge Alejandro Cuineme, el demandado Alejandro Cuineme trabajó para Pelanas en el cargo de Director Comercial, considerado como de dirección, confianza y manejo, motivo por el cual tuvo acceso a información privilegiada, considerada como secreto empresarial para la compañía. Agregó que, por su parte, Claudia Paola Gutiérrez propietaria del establecimiento Docura Chocolates, se aprovechó injustificadamente de las bases de datos que le proporcionó Alejandro Cuineme, lo cual ocasionó desorganización en la empresa y prestaciones mercantiles de la misma, al tiempo que Cuineme mantenía un vínculo laboral con la parte demandante de manera simultánea al ejercicio del cargo de Director General en Docura Chocolates.

la SIC considera que es desleal la conducta consistente en divulgar o explotar secretos empresariales y adquirir secretos por medio de espionaje o comportamientos análogos, siendo necesario para que se configure la referida conducta, que la información a que se alude: a) sea secreta y que no sea fácilmente accesible, b) tenga un valor comercial y, c) que se hayan adoptado las medidas razonables para mantenerla en secreto.

Manifiesta la SIC que las referidas exigencias no se advierten en el presente caso, por cuanto no se logró acreditar que la base de datos de clientes y los procedimientos de fabricación de chocolates fueran secretos empresariales, vale decir, que se tratara de información clasificada o confidencial.

Y añade que brilla por su ausencia la acreditación acerca de que la demandante realizara tal protección o prevención, tanto más si se considera que, en el caso específico de los listados de clientes, dado el carácter público de la actividad de conquista de éstos, la

referida información tiende a ser pública, a menos, se reitera, que se demuestren las condiciones especiales del tratamiento reservado.

Por lo anterior se concluye que, como quiera que no se probó en qué consistía el proceso de fabricación, no podrá declararse probado el acto de violación de secretos abordado.²⁶

En el caso de Legis vs Centro Virtual el conflicto se presentó pues Legis manifestó que maneja un portal de internet llamado "Legiscomex", el cual ofrece un servicio en comercio exterior y añadió que fue informada sobre la similitud que presentan los códigos fuente además de la interfaz de los programas y la propuesta comercial de Legiscomex con los de la página de Centro Virtual.

La SIC se pronunció al respecto de la infracción de la violación de secretos el artículo 16 de la Ley 256 de 1996, en los siguientes términos: *“í es claro que en este caso no se configuró la conducta desleal en estudio porque la parte actora no acreditó el carácter secreto de la información que reprodujo Centro Virtual, pues además que la publicación en internet de tales datos permite destacar, en este caso en particular, la confidencialidad de estos, tampoco se demostraron las medidas idóneas adoptadas por Legis S.A. para efectos de proteger la información en cuestión.”*²⁷

Resulta pues claro de la jurisprudencia emanada de la SIC de los dos casos citados no basta con alegar que la información es secreta, que tiene un valor y que se adoptaron medidas razonables para mantenerla en reserva, sino que hay que probarlo.

Descendiendo al caso, en la demanda la convocante ni en los hechos, ni en el análisis legal del caso se precisan o prueban los elementos determinantes de la infracción a los

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio (26 de septiembre de 2011) Sentencia 0628. Expediente 10003991.

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio (22 de junio de 2012) Sentencia 3129. Expediente 09028491.

secretos, la determinación de cuáles secretos, su valor y menos aún las medidas idóneas tomadas por el convocante para proteger las informaciones en cuestión. De tal suerte que aun en el supuesto de que el software ñNominexö estuviere protegido por el artículo 16 de la Ley 256 de 1996, la demanda carece de demostración y pruebas que acrediten la infracción a la norma de violación de secretos, por ello, esta también es una excepción que desestima las pretensiones de la demanda.

6. FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL PARA DECIDIR SOBRE INSTITUTOS AJENOS AL CONTRATO.

Hecha la precisión sobre lo ajeno que resulta al contrato el instituto de ñsecretos empresariales e industrialesö, es pertinente estudiar el alcance de la materia sobre la cual versa la competencia del Tribunal de Arbitramento. El contrato de suministro la fija en la cláusula décima tercera sobre solución de controversias así: *ñ Toda controversia o diferencia relativa a la celebración y ejecución de este contratoí ö* Y el contrato en su objeto se refiere al desarrollo soportes lógicos protegidos por las normas de la propiedad intelectual que en el caso del software son los derechos de autor.

Evidente resulta, que el demandante situó el conflicto sobre una materia que es ajena al contrato: los ñsecretos empresariales e industrialesö que como se constató en la excepción No. 4, es un instituto muy diferente y que por caer fuera de la materia que trata el contrato el Tribunal Arbitral no tiene atribución o competencia para decidir sobre ella.

Así se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en el sentido de que: *ñ La cláusula compromisoria tiene fuente jurídica en un contrato con la finalidad de procurar solucionar eventuales litigios entre las partes que lo celebran. De*

*consiguiente, no podrá someterse a la decisión de árbitros asuntos que no tengan vinculación alguna con dicho contrato.*²⁸

Por otra parte, la H. Corte Constitucional se ha manifestado en cuanto al punto en estudio así: *“el arbitramento debe tener un carácter excepcional, y la inhabilitación de las partes que exige la Constitución para que proceda, ha sido interpretado en el sentido de que en todos los casos debe ser expresa, manifiesta y libre la voluntad de las partes de acudir a ella.”*²⁹

Esa habilitación de las partes de que habla la corte queda plasmada en forma expresa, manifiesta y libre en el contrato suscrito que fijó el objeto del suministro en un software protegido por los derechos de autor, por lo que no puede prosperar la competencia del Tribunal Arbitral sobre el instituto de los secretos empresariales e industriales sin vinculación alguna con el contrato, por ello también deberá declararse probada esta excepción y denegarse las pretensiones de la demanda.

D. PETITORIO

Como consecuencia de lo contestado a los hechos y pretensiones invocados en la demanda y la formulación de las excepciones la convocada Telecentral S.A.S. solicita al Tribunal Arbitral lo siguiente:

1. Que se declaren no probados los hechos de la demanda.
2. Que se nieguen todas y cada una de las pretensiones de la convocante Mertell Comunicaciones S.A.S.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. (24 de junio de 1996). Providencia Rad. 838. [MP Roberto Suarez Franco].

²⁹ Corte Constitucional (20 de enero de 2010) Sentencia C-014. [MP Mauricio González Cuervo]

3. Que se declare el incumplimiento del contrato de la convocante, por falta del pago del precio pactado en el convenio a favor de la convocada, por el desarrollo de la aplicación ñNominex appö.
4. Que se condene a la convocante Mertell Comunicaciones S.A.S. al cumplimiento del contrato en el sentido de ordenarle pagar a Telecentral S.A.S. la suma de mil setecientos millones de pesos (\$1.700.000.000) por concepto del precio del contrato y al pago de los gastos, expensas, costas, agencias en derecho y perjuicios causados a la convocada, de los cuales me reservo el derecho de probar en incidente de regulación de estos.

PRUEBAS

1. Documentales

- a) Poder especial para actuar otorgado al suscrito por Telecentral SAS., anexo.
- b) Certificado de constitución y gerencia de la empresa convocada Telecentral, anexo.
- c) Copia del contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes el 1 de abril de 2016, anexo.
- d) Estados financieros de Telecentral de los años 2016 y 2017, incluido el estado de flujo de fondos, demostrativo de la iliquidez de la empresa por el incumplimiento de pago por parte de Mertell S.A.S., anexo.
- e) Copia de la carta fechada el 10 de octubre de 2017, dirigida por el Telecentral al convocante, remisoría de los dos modelos y un prototipo de la aplicación ñNominex appö, en la cual consta el recibido de Mertell SAS.
- f) Copia de la carta fechada el 1 de noviembre de 2017, dirigida por Telecentral al convocante, remisoría de la cuenta de cobro por valor de mil

setecientos millones de pesos (\$1.700.000.000), moneda corriente, por concepto del valor del contrato, en la cual consta el recibido de Mertell SAS.

2. Interrogatorio de parte

Solicito al Tribunal se sirva CITAR en la forma establecida en el artículo 200 del C. G. P, a las siguientes personas para que en audiencia pública que tendrá lugar en la fecha y hora que el Tribunal señale, absuelva el interrogatorio de parte que acompaño en pliego cerrado, sobre los hechos relacionados con este proceso:

Al Sr Clementino Alvear, representante legal de Mertell.

3. Testimoniales

Solicito que se señale fecha y hora para que bajo la gravedad del juramento declaren sobre los hechos de la presente demanda y demás aspectos de interés para el proceso, a las siguientes personas:

- a) Al Sr. Armando Contable para que informe de la situación financiera y de caja de Telecentral, por el incumplimiento del pago de parte de convocante.
- b) Al Sr. Eduardo Informático para que informe de la inversión efectuada por el convocado para el desarrollo de la aplicación ñNominex appö.

Dictamen pericial

La convocada aporta con la contestación de la demanda los siguientes dictámenes periciales:

- a) Dictamen pericial informático que establece las características técnicas y de desarrollo del software ñInfosoftö y su aplicación ñinfosoft appö en comparación con el software ñNominexö y de su aplicación ñNominex appö, demostrativo de diferencias de códigos, lenguaje y diseño fundamentales.
- b) Dictamen pericial financiero que establece la crítica situación de tesorería de Telecentral SAS, por la falta de pago oportuno por parte de Mertell S.A.S.

NOTIFICACIONES

Mi poderdante: Telecentral SAS, Av. 4 N 6 N-67, Oficina 201 Cali, Valle. Correo: telecentralsas@gmail.com

Hugo Espinosa Rojas, Apoderado

El demandante: Mertell Comunicaciones SAS, Cr7 24-89, Oficina 201, Bogotá, D.E. Correo: mertellsas@hotmail.com

El suscrito en: Hugo Espinosa R., Av. de las Américas 18 N 26, Oficina 202, Cali, Valle.
Correo: espinosa_hugo@hotmail.com

Atentamente,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Hugo Espinosa', is displayed on a light yellow rectangular background.

Hugo Espinosa Rojas

Abogado, T.P. 31.930 del Consejo Superior de la Judicatura.

BIBLIOGRAFÍA

ARIAS GARCÍA, Fernando. Estudios de propiedad intelectual. Tunja: Sello Editorial Universidad Santo Tomás, 2011. 124 p. ISBN: 978-958-749-155-5.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, Contratos mercantiles: Contratos típicos .Bogotá: Legis Editores S.A. 2012. 533p. ISBN: 978-958-653-974-6.

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal: tomo I, Teoría general del proceso. Bogotá: Editorial Temis, 2015. 504p. ISBN: 978-958-35-1088-5.

AZULA CAMACHO, Jaime. Manual de Derecho Procesal: tomo II, Parte general. Bogotá: Editorial Temis, 2015. 458p. ISBN: 978-958-35-1060-1.

BECERRA TORO, Rodrigo. Derecho arbitral doméstico sustantivo y procesal: Nueva legislación (Ley 1563 de 2012). Cali: Cámara de Comercio de Cali, 2013. 583 p. ISBN: 978-958-57940-1-6.

CORREA, Carlos M. Derechos de propiedad intelectual competencia y protección del interés público: La nueva ofensiva en materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los países en desarrollo. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2009. 260 p. ISBN: 978-9974-676-29-9.

DE LA CRUZ CAMARGO, Dionisio Manuel. La competencia desleal en Colombia: Un estudio sustantivo de la ley. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. 295 p. ISBN: 978-958-772-165-2.

FLÓREZ-ACERO, G.D., SALAZAR, S., DURÁN, M.A., RODRIGUEZ-FLOREZ, J.C. Y SIERRA-MARULANDA, O.R. Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado. 1ª ed. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2017. 134 p. ISBN 978-958-5456-02-0

FORERO SILVA, Jorge. Medidas cautelares en el código general del proceso. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana: Editorial Temis, 2013. 120 p. ISBN: 978-958-35-0950-6.

GAVIRIA CARDONA, Alejandro. Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios. Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2017. 150 p. ISBN: 978-958-720-405-6.

GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán. Régimen arbitral colombiano: Ley 1563 de 2012. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013. 1075p. ISBN: 978-958-749-209-5.

LEZCANO MIRANDA, Martha Eugenia. Arbitraje Nacional e Internacional: Mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Medellín: Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2016. 258 p. ISBN: 978-958-59069-2-1.

LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Proceso Arbitral Nacional. Bogotá: Dupré Editores Ltda., 2013. 343 p. ISBN: 978-958-98790-6-1.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Arbitraje comercial: Nacional e Internacional. Tercera edición. Bogotá: Librería Ediciones de Profesional, 2011. 431 p. ISBN: 978-958-707-208-2.

NIHOUL, Paul. Introducción al derecho de la competencia: Posición de las autoridades, de los consumidores y de las empresas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 320 p. ISBN: 958-710-025-5.

REYES VILLAMIZAR, Francisco. SAS: La sociedad por acciones simplificada. Segunda edición. Bogotá: Legis editores S.A., 2010. 317 p. ISBN: 978-958-653-829-9.