

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA

vs.

INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A.-HOSPITAL I

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D. C. diez y nueve (19) de Mayo de dos mil diez (2.010).

Agotado el trámite legal previo y la totalidad de las actuaciones procesales correspondientes, dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo, en orden a ponerle fin al proceso arbitral seguido por FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA contra INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A. HOSPITAL i .

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. La FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA (en adelante LA FUNDACIÓN, la Convocante o la Demandante) solicitó por conducto de apoderado especial la convocatoria de este Tribunal al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a la sociedad INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A. HOSPITAL i (en adelante HOSPITAL i, la Convocada o la Demandada) el 3 de Octubre de 2008, con fundamento en la cláusula compromisoria contenida en la Cláusula Décima Segunda del "Contrato de Alianza FCV-Clinica de Country" que a la letra dice:

"CLAUSULA DÉCIMA SEGUNDA: ARBITRAMENTO. Cualquier diferencia que surja entre las partes en virtud del presente contrato o en la ejecución o liquidación del mismo, se someterá a decisión arbitral. Los árbitros decidirán en Derecho o según principios técnicos, para lo cual tendrán en cuenta las normas que existen sobre arbitramento. El arbitramento se surtirá en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá a cuyo reglamento se someterá".

2. En la audiencia de designación de árbitros llevada a cabo el día 21 de octubre de 2008 (fls. 44 a 45 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1), fueron designados como árbitros de común acuerdo entre las partes, los doctores ERNESTO RENGIFO GARCÍA, DANIEL PEÑA VALENZUELA y GUILLERMO ZEA FERNÁNDEZ. El Director del Centro de Arbitraje informó a los nombrados su designación, recibiendo respuesta de los árbitros designados, quienes manifestaron su aceptación dentro del término legal, quedando así integrado el Tribunal de Arbitramento.

3. El Tribunal se instaló el día 20 de octubre de 2008 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. En dicha audiencia fue nombrado como Presidente el doctor ERNESTO RENGIFO GARCÍA, quien aceptó el cargo, y como secretaria la doctora PATRICIA ZULETA GARCÍA, quien posteriormente fue notificada, aceptó el cargo y tomó posesión del mismo. El Tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría, la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Avenida El Dorado No. 68D-35 Piso 3º de la ciudad de Bogotá, D.C. En esa misma audiencia, el Tribunal dispuso que en el término de cinco días la parte convocante precisara la cuantía de sus pretensiones, lo cual cumplió el 26 de Noviembre de 2008, mediante escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación.

4. El Tribunal en audiencia celebrada el 28 de noviembre de 2008 ordenó, por reunir los requisitos establecidos en el artículo 428 y concordantes del C.P.C., admitir la demanda presentada por LA FUNDACIÓN y a su vez ordenó correr traslado de la demanda y sus anexos y notificar la respectiva providencia a la Convocada, como en efecto se hizo.

5. Oportunamente HOSPITAL i por conducto de apoderado especial dio respuesta a la solicitud de convocatoria que ha originado este proceso, mediante escrito radicado el 19 de enero de 2009, en el que se opuso a las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, propuso excepciones de mérito, solicitó pruebas y al mismo tiempo y por separado presentó demanda de reconvencción contra LA FUNDACIÓN.

6. Mediante providencia del 16 de febrero de 2009 se admitió a trámite la demanda de reconvencción, auto admisorio que fue notificado al apoderado de la Demandada en Reconvencción en la misma audiencia.

7. En escrito recibido en el Centro de Arbitraje y Conciliación el 3 de Marzo de 2009, el apoderado de la parte convocante contestó la demanda de reconvencción, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas adicionales. Posteriormente mediante fijación en lista del 6 de marzo de 2009 se dio traslado de las excepciones de mérito propuestas por el apoderado de la convocada en su escrito de contestación a la demanda y las formuladas por el apoderado de la parte convocante en su escrito de contestación a la demanda de reconvencción.

8. En audiencia celebrada el 1º. de abril de 2009, se fijaron las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, de la secretaria y de los gastos de administración del Tribunal. Dentro de la oportunidad legal las partes consignaron la porción de honorarios y gastos que a cada una de ellas les correspondía, de acuerdo con el auto No 6., sumas estas que fueron entregadas al Presidente del Tribunal.

9. El 13 de mayo de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación de que tratan los artículos 141 del Decreto 1818 de 1998 (artículo 121, Ley 446 de 1998) y 432 parágrafo 1º. del C.P.C., con la asistencia de los apoderados de las partes y de los representantes legales de las sociedades convocante y convocada, haciéndose constar en el acta correspondiente la imposibilidad de llegar a un acuerdo.

Acto seguido el Tribunal en la misma diligencia resolvió la solicitud hecha por el apoderado de la parte convocada de excluir como parte procesal a la Clínica del Country cuyas consideraciones y decisión del Tribunal se proceden a transcribir dada su importancia:

"En consideración a todo lo anterior, el Tribunal encuentra que debe asumir plena competencia en este asunto; empero, antes de ello, entra a resolver la solicitud manifestada por el apoderado de la convocada en el sentido de que el Tribunal excluya como parte procesal del presente proceso arbitral a la CLINICA DEL COUNTRY, y así lo hará, previas las siguientes consideraciones:

"En efecto obra en el expediente la prueba documental mediante la cual se firma el contrato de Alianza Fundación Cardiovascular de Colombia - Clínica del Country de fecha 28 de agosto de 2003, (folios 52 a 56 del cuaderno de pruebas) y el otro sí del 2 de marzo de 2007 (cuaderno de pruebas) el cual señala en su parte inicial lo siguiente:

"... a) El día 28 de agosto de 2003, se suscribió entre la FUNDACIÓN

CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, y la CLÍNICA DEL COUNTRY SA , el CONTRATO DE ALIANZA mediante el cual se entrega por parte de la Fundación la CLÍNICA o a la SOCIEDAD ANÓNIMA ASOCIADA que esta constituya para la ejecución del presente contrato, b) Que la sociedad ANÓNIMA ASOCIADA a la cual se hace mención es INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A., HOSPITAL I, ... e) Que en consecuencia es HOSPITAL I quien asume la totalidad de las obligaciones y derechos correspondientes a la CLÍNICA dentro del presente contrato." (subrayas nuestras).

(i) De conformidad con el artículo 887 del Código de Comercio, el tercero cesionario entra a ser parte del contrato. Señala la norma citada: "En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas no se ha prohibido o limitado dicha sustitución".

(ii) En punto de la extensión o alcance de la cesión del contrato el artículo 895 del Código de Comercio indica: "La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato". Es decir que el tercero que asume la condición de parte en una relación jurídica derivada de un contrato, puede ser sujeto activo o pasivo de las acciones que se desprenden del mismo.

(iii) En el presente caso, la cesión indudablemente quedó prevista desde el inicio de la relación contractual surtida entre las partes, sin que allí se hubieran establecido condiciones para su eficacia. Bastaba, pues, la simple notificación tal como aparece a folios 267 y 268 del Cuaderno Principal. En efecto, aquí se lee: "De la manera más atenta me permito informarle que en cumplimiento de lo estipulado en la cláusula primera del contrato celebrado entre su representada y Clínica del Country S.A., ésta última ha cedido su posición contractual a favor de INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A., de conformidad con el documento cuya copia anexo

(iv) Como se sabe, la cesión de contrato, en general, es la transferencia de la posición contractual que ocupa una persona, parte en un contrato originario, a un tercero. Por el hecho de la cesión, el cedente, que era parte del contrato,

pasa a ser tercero, y el cesionario, que era tercero, pasa a ser parte. Más sintéticamente, una de las partes (cedente) pierde su calidad de tal, en beneficio de un tercero (cesionario) que pasa a estar ligado con la otra parte (cedido).

(vi) Así pues, debe entenderse que LA FUNDACIÓN aceptó su relación con HOSPITAL 1, sin objeción alguna; el Tribunal, pues, no encuentra procedente vincular a la CLÍNICA DEL COUNTRY S.A. al presente proceso arbitral y como es esta la oportunidad para hacerlo, excluye a la CLÍNICA DEL COUNTRY del presente proceso por esta haber cedido íntegramente su posición contractual a INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A., HOSPITAL 1. "

Contra esta providencia el apoderado de la parte convocante interpuso Recurso de Reposición, el cual se despachó como a continuación aparece:

"Escuchadas a las partes, procede el Tribunal a decidir el recurso de reposición interpuesto contra el numeral primero del auto No. 9 de 13 de mayo de 2009, según el cual "Se excluye del presente trámite arbitral a la CLÍNICA DEL COUNTRY S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído".

"El Tribunal confirmará su decisión por las siguientes razones:

1.Es incontrovertible la existencia de la cesión contractual. Su consecuencia está prevista en el artículo 895 del Código de Comercio el cual señala que "La cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato". Cedido un contrato, por lo tanto, se ceden sus acciones.

2.La ley no distingue entre cesión formal y cesión sustancial. La cesión contractual es la sustitución de una parte contractual por otro sujeto, como aquí ha acontecido.

3.El cedente con la cesión deja de ser parte y esta condición la asume el cesionario. Y más tratándose de una cesión total.

4.Es bueno advertir que un litisconsorte necesario no es tercero, es parte. Cosa que aquí no acontece por cuanto la Clínica del Country con la cesión del contrato, ha devenido en tercero y

como se sabe un tercero si no expresa su voluntad no puede ser obligado a concurrir a un proceso arbitral. En el presente caso CLÍNICA DEL COUNTRY S.A. no ha expresado ese querer, antes por el contrario, ha alegado desde los inicios de este trámite su exclusión.

5. En cuanto a la solicitud de la medida cautelar el Tribunal se reserva para momento posterior su decisión, recordando aquí que el artículo 152 del decreto 1818 de 1998 así lo permite al decir que el decreto de medidas cautelares podrá proferirse "al asumir el tribunal su competencia, o en el curso del proceso" (Subrayas fuera de texto)."

Por las razones expuestas, el Tribunal confirmó el numeral primero del auto No 9 del 13 de mayo de 2010.

10. La primera audiencia de trámite se celebró el día 13 de mayo del 2009, oportunidad en la que el Tribunal de Arbitramento se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración. Posteriormente en audiencia celebrada el 22 de mayo de 2009, el Tribunal se pronunció respecto de las pruebas solicitadas por las partes, decretándolas como quedó consignado en el auto No.10 que fue proferido en desarrollo de la mencionada audiencia.

11. El 17 de Noviembre de 2009 el Tribunal se pronunció sobre las Medidas Cautelares solicitadas por el apoderado de la parte convocante en su escrito de demanda, concluyendo el Tribunal que no podía dar cabida a la cautela solicitada por la convocante por las razones que quedaron consignadas en el Acta No. 20 (fls. 1154 a 1161 del C. Ppal No. 6) y que se transcriben a continuación:

"Solicitud de medidas cautelares"

A continuación el Tribunal procede a resolver las medidas cautelares solicitadas por el apoderado de la convocante en los siguientes términos:

"Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 56 de la Decisión 351 de 1993, y el carácter intangible y por ende altamente vulnerable de las creaciones informáticas alrededor de las cuales se ciñe este proceso, solicito que el Tribunal ordene como medida cautelar la incautación y secuestro preventivo del software de salud que actualmente tiene en uso y funcionamiento la CLÍNICA DEL COUNTRY, así como en las siguientes entidades: CLÍNICA LA CAROLINA Y HOSPITAL CARDIOVASCULAR DEL NIÑO DE CUNDINAMARCA; y así mismo se retire de los servidores de INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A., HOSPITAL 1, quien lo comercializa actualmente; o en donde este se encuentre instalado y/o hospedado el programa informático". (Subrayas del Tribunal).

"Por su parte el apoderado de la convocada en extenso memorial de 28 de mayo de 2009, se opone a dicha declaración, en esencia, por considerarlas improcedentes, abusivas, por ser atentatorias a derechos constitucionales de primera generación y, en fin, por cuanto la solicitud es desproporcionada e irrazonable, de todo lo cual deduce que ella debe ser rechazada de plano.

"Consideraciones del Tribunal"

"En razón de la trascendencia de lo solicitado, el Tribunal ha de precisar lo que sigue:

1. La Corte Constitucional frente a la demanda de inconstitucionalidad del artículo 32 del decreto 2279 de 1989, equivalente al artículo 152 del decreto 1818 de 1998, hubo de precisar que "al ser investidos -transitoriamente- los árbitros de la función de administrar justicia, es lógico, consecuente y ajustado al ordenamiento superior y legal vigente, que los árbitros dentro del trámite y curso del proceso arbitral -a petición de cualquiera de las partes- puedan decretar las medidas cautelares, particularmente cuando su finalidad no sólo es garantía del equilibrio entre las partes en el transcurso y

desarrollo del proceso, sino también evitar que se hagan nugatorias las determinaciones que se adopten, por lo que las normas que se examinan se encuentran conformes con la Carta Política".

2. La doctrina tradicional exigía como requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, esto es, la posibilidad de un daño y la verosimilitud del derecho alegado: empero, las legislaciones modernas, ya no exigen la concurrencia de los mencionados requisitos, sino que se le ha dejado a la voluntad y *sindéresis* del legislador determinar en qué eventos o situaciones se pueden decretar las cautelares.
3. El artículo 56 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en efecto tipifica la incautación y el secuestro preventivo como medidas cautelares en procesos relacionados con el derecho de autor y los derechos conexos.

4. No obstante la apertura normativa frente a la procedencia de las medidas cautelares la cual, por supuesto, se hace extensiva a los conflictos relacionados con el derecho de autor, el Tribunal no decretará la incautación y secuestro preventivo sobre el software materia de este litigio porque el *busilis* de la cuestión gira en torno precisamente de la propiedad del mismo y su decreto tendría unas consecuencias imponderables en este estado del proceso, máxime que incluso el software materia de discusión presuntamente está siendo explotado por entes societarios que no han concurrido ni como partes ni en calidad de terceros en este trámite arbitral. Así mismo, ha de recordarse que CLÍNICA DEL COUNTRY S.A fue excluida del proceso por haber cedido su posición contractual a INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A., HOSPITAL 1.

Con formato: Resaltar

5. El Tribunal quiere hacer suyas la palabras de Eduardo J COUTURE para desterrar la idea de que las medidas cautelares están establecidas en beneficio exclusivo de la parte acreedora o

demandante en un proceso: "Cuando el Estado pone su actividad al servicio del acreedor en peligro, no sólo actúa en defensa o satisfacción de un interés, sino en beneficio del orden jurídico en su integridad. La jurisdicción también en este caso no funciona uti singulo sino uti civis. Tales decisiones se dirigen más que a defender los derechos subjetivos a garantizar la eficacia y, por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional, el imperium iudicis".

6. Finalmente, en la medida en que la finalidad de algunas de las pretensiones de la demanda es determinar la legitimidad o no del uso del soporte lógico por la convocada, en sentir del Tribunal la prosperidad de la cautela podría implicar un juicio anticipado a la decisión de fondo que busca en esencia darle certeza al derecho objetivo en disputa. En otras palabras, el Tribunal estima que el objeto del pleito es la constatación de la ilicitud o no de la explotación del software entregado mediante Contrato de Alianza a HOSPITAL 1, tema que no puede ser resuelto sino en el laudo. Basta pues este breve análisis para concluir que el Tribunal no puede dar cabida a la cautela solicitada por la convocante. "

Mediante Auto No. 23 del 17 de noviembre de 2009 el Tribunal denegó la solicitud de las medidas cautelares formulada por la convocante en el escrito de demanda inicial, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

12. El 11 de diciembre de 2009, el Tribunal profirió una providencia en razón de la solicitud hecha por las partes de común acuerdo en el sentido de que el tribunal se reajustara los honorarios y cuya conclusión y sentir del Tribunal quedaron consignadas en el aparte pertinente del Acta que se transcribe a continuación:

".....Acto seguido el Tribunal procede a hacer un breve análisis sobre el tema del reajuste de honorarios de los árbitros, lo cual ha suscitado por parte de sus miembros dudas respecto del comportamiento de una de las partes, toda vez que se enfrenta a una situación atípica que le mereció un tiempo de reflexión sobre la forma

como se hizo la solicitud de dicho reajuste y si en realidad de verdad había sido genuina su manifestación.

Para efectos del análisis, despunta relevante transcribir las excertas pertinentes contenidas en las actas números 19 y 20 del 6 y 17 de noviembre respectivamente.

Así, en el acta número 19, se lee:

"A continuación el apoderado de la parte convocada solicitó el uso de la palabra para manifestar respecto de los honorarios de los árbitros y gastos del tribunal lo siguiente:

Con formato: Resaltar

"Pedirle al tribunal formalmente que revise la pericia de sistemas toda vez que la encontramos supremamente pobre, razón por la cual anticipamos un largo proceso de aclaraciones y complementaciones y a su vez examine y revise en las actuales circunstancias la cuantía real de éste litigio para adecuarla a la realidad y a la complejidad de este proceso, para que procedan a hacer un reajuste de sus honorarios y gastos del Tribunal, con lo cual está de acuerdo mi cliente, por considerar que la dimensión real de este proceso ha cambiando de manera importante y nuestro sentir es que el Tribunal se sienta cómodo a la hora de fallar". (Subrayas fuera de texto)

Por su parte el apoderado de la parte convocante en uso de la palabra manifestó:

"La razón por la cual llegamos a iniciar la acción legal fue por la negativa de la Clínica del Country y de Hospital i a suministrar la información sobre la ejecución del Contrato de Alianza como clientes y la cuantía de los contratos, negativa que hoy todavía se evidencia dentro del proceso. Sobre esta realidad se estructuró la demanda. En realidad llegamos a una cita a ciegas frente al proceso. No tengo ninguna objeción al reajuste de los honorarios de los árbitros y gastos del Tribunal. No tengo problema, si lo considera el Tribunal pertinente". (Subrayas fuera de texto).

Así mismo, en el acta número 20, se lee:

“Reajuste de honorarios. Acto seguido el Tribunal procede a reajustar los honorarios de los árbitros, secretaria y gastos del tribunal, previas las siguientes consideraciones:

El Tribunal teniendo en la cuenta que en la audiencia celebrada el pasado 6 de noviembre de los corrientes, las partes por intermedio de sus apoderados expresaron de consuno su voluntad para que hubiese un reajuste de honorarios de los árbitros en razón de las actuales circunstancias del proceso y de una evidente modificación de su cuantía, toma nota de dicha manifestación y que en efecto todas las circunstancias relevantes del caso y sobre todo la dimensión del pleito, no habían aflorado o no se le habían puesto de presente, estima, por lo tanto, procedente acoger la solicitud recíproca y espontánea de las partes y realizar un reajuste razonable y equitativo de honorarios.

El Tribunal de todas maneras deja en claro que dicho reajuste opera bajo el entendido de que la solicitud le ha sido formulada expresamente por las partes de este litigio. Así pues, tendrá en cuenta las nuevas circunstancias que han aflorado en el pleito, en especial su naturaleza, envergadura, cuantía y duración, todas ellas, en este momento del proceso, expuestas suficientemente por las partes”.

Transcrito lo pertinente, es claro que el reajuste de honorarios se produjo en razón de que las partes, por medio de sus apoderados, expresaron su voluntad para que el referido reajuste operara; empero, la convocada se ha sustraído a consignar el monto que le correspondía. De ahí que dicha conducta pudiese ser interpretada en el sentido de que esa solicitud recíproca y espontánea ha quedado sin efecto.

También es claro que el tema del reajuste se fundamentó en la espontánea solicitud de las partes y no con base en el artículo 148 del decreto 1818 de 1998, tal como ha quedado expuesto al transcribirse los apartes relevantes de las actas referidas. Es decir que el auto No. 22 de 17 de noviembre de 2009, es producto del querer exclusivo de las partes, manifestado en audiencia.

Por ello, el Tribunal se lamenta en haber fijado en el numeral segundo del auto No. 22 de 17 de noviembre del presente año un plazo para que cada una de las partes consignara el 50% del reajuste de honorarios, toda vez que considera que al ejercicio propio de la voluntad de las partes no se le debía fijar un término perentorio y máxime que ese reajuste de honorarios operaba no bajo el gobierno

del artículo 148 del decreto 1818 de 1998, sino por el más original y prístino de todos: la autonomía de las partes. Tan es así, que proferido el auto, el Tribunal continuó sus funciones al punto que hubo de decidir, mediante su auto número 23, uno de los asuntos más delicados de este proceso: la solicitud de medidas cautelares.

Mejor dicho: si el reajuste de honorarios se dio como consecuencia de las manifestaciones hechas en audiencia por los apoderados de las partes y el Tribunal las consideró pertinentes, mal haría en poner a las partes en los términos y condiciones del artículo 144 del Decreto 1818 de 1998, el cual, como se sabe, sólo es aplicable para la etapa inicial del proceso, es decir hasta que el Tribunal se declare competente.

En el presente caso, ni siquiera por analogía podría estimarse que las partes se pueden ver afectadas o constreñidas a dar cumplimiento a los términos señalados en la norma citada, por cuanto ello sería contrario a la voluntad de las mismas al haber procedido de manera libre y espontánea a solicitar el reajuste con posterioridad evidente al agotamiento de la primera audiencia de trámite.

Obsérvese, a riesgo de fatigar, que el Tribunal no suspendió los términos del proceso; por el contrario, continuó con la audiencia al resolver sobre las medidas cautelares. Además, no fijó un monto para la Cámara de Comercio. Siempre consideró que su actuar no estaba movido sobre la circunstancia o no de la consignación del reajuste de honorarios, en los términos del Decreto 1818 de 1998, sino en su deseo de seguir actuando como juez por expresa designación de las partes. En otras palabras: el reajuste de honorarios por supuesto que debía venir de la libre y espontánea voluntad de las partes, sin que esto pudiera interferir con la obligación, así sea temporal, de administrar justicia.

El Tribunal se ha visto compelido a hacer las anteriores precisiones dadas las actuales circunstancias, atípicas por supuesto, las cuales pudieron haberse evitado; pero ello le sirve para reconocer su equívoco al haber fijado un término para consignar el monto del reajuste, por cuanto se excedió en ello al no existir norma que supeditase temporalmente a que las partes, en ejercicio libre de su autonomía privada, dieran cumplimiento a su designio espontáneo y original. En efecto, no hay término perentorio para ejercer lo que ellas libremente consintieron.

Por todo lo anterior y para ser consecuentes, pero por sobre todo partiendo de la base de que el dinero es ancilar y subsidiario respecto de la justicia y, por supuesto de su administración y de quienes la representan, en este caso de jueces temporales, el Tribunal ordenará revocar el numeral segundo, punto 2) del Auto No. 22 del 17 de noviembre de 2009 y deja en libertad a las partes de proceder en consonancia con sus motivaciones para consignar los montos que les corresponde, sin límite temporal, si así lo consideran pertinente.

Por otro lado el Tribunal reconoce la manifestación de confianza de la convocante al haber consignado la suma de \$91.782.650, pero a pesar de ello se ordenará devolver dicho monto, toda vez que contablemente no le corresponde mantener en una cuenta especial un dinero del cual no hay la certeza de que se pueda disponer.

Finalmente, el Tribunal ha de señalar que la carga del comportamiento asumido es propia de la parte o de las partes y ella no se le puede trasladar al Tribunal quien, no obstante esta pequeña, pero útil distracción, seguirá concentrado en su tarea de impulsar el proceso, acertar y laudar; en una palabra: administrar justicia”.

El Tribunal revocó de manera parcial el Auto No. 22, en su numeral segundo, punto 2) del 17 de noviembre de 2009 y ordenó devolver a la parte convocante la suma de \$91.782.650.

13. Concluido el debate probatorio y habiendo finalizado la instrucción del proceso, mediante auto dictado el día 5 de Abril de 2010 (acta No.26), se citó a las partes para la audiencia de Alegatos de Conclusión, con intervención de los señores apoderados de las partes, quienes, en audiencia realizada el día 20 de abril de 2010, presentaron oralmente sus alegaciones finales y anexaron resúmenes escritos de las mismas para su incorporación al expediente. En la misma audiencia se fijó como fecha y hora para la audiencia de fallo el 19 de mayo de 2010 a las 3:00 p.m. en la sede del Tribunal.

CAPITULO SEGUNDO

DESARROLLO DE LA ETAPA PROBATORIA

La práctica de las pruebas pedidas por las partes y las que oficiosamente decretó el Tribunal se desarrolló así:

1. El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos relacionados como pruebas y anexados con la demanda (cuaderno principal No.1, folios 1 a 18), los aportados en el escrito de contestación y excepciones de mérito a la demanda y que obran en el cuaderno principal No. 3 a folios 296 a 320 del expediente. Así mismo, se ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito que a cada una corresponda, los documentos relacionados como pruebas y anexados con la demanda de reconvención (cuaderno principal No.2, folios 134 a 146), y los aportados en el escrito de contestación y excepciones de mérito a la demanda de reconvención (cuaderno principal No.21, folios 148 a 153).

2. En cuanto a las pruebas de inspección judicial con exhibiciones de documentos e intervención de peritos se llevaron a cabo las siguientes:

a) el 13 de octubre de 2010 en las dependencias del Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, ubicado en la Carrera 1 A Este No. 31-58, en Soacha (Cundinamarca), diligencia que se declaró concluida el 4 de Noviembre de 2009 al haberse cumplido el objeto de la misma.; b) El 14 de octubre de 2009 en las dependencias de la Clínica

del Country. Sin embargo una vez se procedió a dar cumplimiento al segundo objeto de la diligencia que consistía en inspeccionar y verificar los libros de contabilidad, correspondencia, contratos celebrados y demás información financiera de la entidad, se informó que quien manejaba la contabilidad y los pagos era la Administradora del Country S.A., razón por la cual el Tribunal decretó de oficio la inspección judicial a la Administradora del Country S.A., diligencia que se llevó a cabo el 26 de octubre de 2009 y se declaró concluida el 6 de Noviembre de 2009 con la exhibición de los documentos en la sede del Tribunal; c) el 19 de octubre de 2009, en la Fundación Cardiovascular de Colombia, ubicada en la Calle 155 A No. 23-58 Sector El Bosque Urb. Floridablanca (Santander), diligencia que se declaró concluida el mismo día por cumplimiento de su objeto, y; d) El 4 de noviembre de 2009 en la Clínica la Carolina ubicada en la Carrera 14 No. 126 A-11 la cual se declaró concluida en la misma fecha por haberse cumplido en su totalidad el objeto de la diligencia.

3. En audiencias celebradas entre el 9 de Junio de 2009 y el 6 de noviembre de 2009, ambas fechas inclusive, se recibieron declaraciones de parte y testimonios de las personas que adelante se relacionan. Las transcripciones de las correspondientes declaraciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

- El 9 de Junio de 2009 rindieron declaración de parte Roberto Ignacio García Torres y de Víctor Raúl Castillo Mantilla (Acta No. 9,

Con formato: Resaltar

folios 567 568 del C. Ppal No.4.). Este último se comprometió durante su declaración a enviar respuesta por escrito a las preguntas Nos. 4, 5, 12 y 17 que fueron suspendidas por el Tribunal con este compromiso, cumplimiento del cual se da cuenta en el escrito que obra en el expediente visible a folios 661 a 664 del C. Ppal no. 4.

- El 10 de Junio de 2008 rindieron testimonio Aracely Jaimes Chanaga, Carmen Judith Jaimes Delgado, Gilberto Augusto Reyes Ortiz, Wilson Rodríguez Arguello, Germán Rodríguez Rodríguez, Giovanni Mauricio Malaver Kure, Santiago Matiz Vásquez, (Acta No. 10, folios 606 a 614 del C. Ppal No.2.). Se dejó constancia de la tacha por sospecha formulada por el apoderado de la parte convocada respecto de: Carmen Judith Jaimes Delgado y de Gilberto Augusto Reyes Ortiz, ambos por tener vínculo laboral con la parte convocante. Por su parte el apoderado de la parte convocante formuló tacha de sospecha respecto de Wilson Rodríguez, por considerar que su declaración llevaba implícita animadversión.

- El 30 de Julio de 2009 rindieron testimonio José Leonidas Olaya Forero, Libardo Ramírez Tirado, Jorge Alberto Ortiz Jaramillo, (Acta No. 11, folios 606 608 del C. Ppal No.4.).

- El 6 de noviembre de 2009 rindieron testimonio Elvia del Carmen Romero Jiménez, Mario Cuca Ortiz, José Reinel Vargas Heredia.

4. La Convocante desistió de la práctica de los testimonios de María Esperanza Gómez Ferreira y de Faber Garzón, desistimiento que fue coadyuvado por el apoderado de la parte convocada.

De su lado, la Convocada desistió de la práctica de los testimonios de Ligia Olaya, Luis Alberto Sánchez y de Mónica Romero, desistimiento que fue coadyuvado por el apoderado de la parte convocante.

Con formato: Resaltar

Con formato: Resaltar

5. Las transcripciones de las declaraciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C de P.C., las cuales obran en el Cuaderno de Testimonios, folios 1 a 121. Se incorporaron al expediente documentos que fueron entregados por algunos testigos en el transcurso de las declaraciones.

6. Se recibieron los dictámenes decretados por el Tribunal y elaborados por los peritos designados, a saber:

- Un dictamen pericial contable practicado por el doctor Eduardo Jiménez Ramírez, en los términos ordenados por el Tribunal y que obra visible a folios 1210 a 1271 del C. Ppal No. 6. El cual fue aclarado y complementado (fls. 1436 a 1487, C. Principal 6).
- Un dictamen pericial técnico rendido por el señor Gonzalo Romero Borda, practicado en los términos ordenados por el Tribunal y que obra visible a folios 1112 a 1152 del C. Ppal No. 5.

Todos los dictámenes fueron sometidos a la contradicción de ley y el dictamen técnico fue objetado por error grave por parte del apoderado

de la parte convocada (fl. 1163 a 1188 del C. Ppal No. 6). Pidió como prueba un nuevo dictamen pericial por un perito experto en sistemas de información para lo cual formuló un cuestionario conducente a que el perito que **designará** el Tribunal determinara si hubo o no error grave en el dictamen original. En consecuencia el 3 de marzo de 2010 el doctor Manuel Dávila Sguerra se posesionó de su cargo como perito, el Tribunal calificó las preguntas del cuestionario presentado por el apoderado de la parte convocada y se le fijó un término para rendir su experticia, todo lo cual aparece consignado en el Acta No. 24 del 3 de marzo de 2010 (Fls. 1318 a 1325). El perito **Sguerra Dávila** presentó su informe pericial el 16 de marzo de 2010 (Fls. 1436 a 1486) y de conformidad con lo ordenado por el Tribunal se dio el correspondiente traslado por el término legal. El apoderado de la parte convocada dentro del término de traslado solicitó se **complementará** el dictamen. Mediante providencia dictada por el Tribunal el 5 de abril de 2010 (Fls. 1492 a 1502 del C. Ppal No. 6) se rechazó la solicitud de complementación al dictamen técnico presentado por el perito **Sguerra Dávila** por considerar el Tribunal que las preguntas desbordaban el sentido de una complementación y en consecuencia fue desestimada por improcedente.

Comentario [ZA1]: Sintilde

Con formato: Resaltar

Comentario [ZA2]: Al contrario losapellidos

Con formato: Resaltar

Con formato: Resaltar

Comentario [ZA3]: Sintilde

Con formato: Resaltar

Con formato: Resaltar

Comentario [ZA4]: Al contrario apellidos

7. La Dirección Nacional de Derechos de autor, Unidad Administrativa Especial, el 8 de septiembre de 2009, en atención a la solicitud de fecha 10 de agosto de 2009 radicada bajo el número 1-2009-29879 del 10-08-2009 por la Secretaria del Tribunal, envió una comunicación mediante la cual **adjunto** seis (6) certificados de registro de los soportes lógicos, con sus anexos en 21 folios, los cuales obran

Comentario [ZA5]: Contilde

Con formato: Resaltar

en el expediente visibles a folios 634 a 655 del Cuaderno Principal No. 5.

CAPÍTULO TERCERO

TÉRMINO PARA PROFERIR LAUDO

El presente proceso arbitral es de carácter institucional, sin embargo las partes en la audiencia celebrada el 13 de mayo de 2009 con la presencia de los representantes legales de las partes modificaron la cláusula compromisoria en el sentido de expresar su voluntad para los efectos del artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de no someterse a las limitaciones del mismo, en cuanto hace referencia a las suspensiones solicitadas por las partes durante el trámite arbitral y acordaron en cambio someterse a lo previsto en la ley 23 de 1991, es decir que el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite del Tribunal, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones e interrupciones. En consecuencia, su cómputo comienza a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, es decir, el 22 de mayo de 2.009, con lo cual el plazo de seis meses previsto en la ley hubiera vencido el 22 de noviembre de 2.009. Sin embargo, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes acogida por el Tribunal:

- Acta No.8- Auto No.12 (desde el 23 de Mayo de 2009 hasta el 8 de Junio de 2009, ambas fechas inclusive): 10 días hábiles suspendidos.
- Acta No.9-Auto No.14 (desde el 9 de Junio de 2009 hasta el 28 de Julio de 2009, ambas fechas inclusive): 32 días hábiles suspendidos.
- Acta No.11-Auto No.16 (desde el 31 de Julio de 2009 hasta el 14 de septiembre de 2009, ambas fechas inclusive): 30 días hábiles suspendidos.
- Acta No.12-Auto No.17 (desde el 16 de septiembre de 2009 hasta el 12 de octubre de 2009, ambas fechas inclusive): 18 días hábiles suspendidos.
- Acta No.14-Auto No.20 (desde el 15 de octubre de 2009 hasta el 18 de octubre de 2009, ambas fechas inclusive): 2 días hábiles suspendidos.
- Acta No.21-Auto No.25 (desde el 17 de diciembre de 2009 hasta el 1º. de febrero de 2010, ambas fechas inclusive): 30 días hábiles suspendidos.
- Acta No.23-Auto No.26 (desde el 12 de febrero de 2009 hasta el 2 de marzo de 2010, ambas fechas inclusive): 13 días hábiles suspendidos.
- Acta No. 28-Auto No.31 (desde el 21 de abril de 2010 hasta el 18 de mayo de 2010, ambas fechas inclusive): 18 días hábiles suspendidos.

En consecuencia, al sumarle al término inicial los 153 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término

vence el 8 de julio de 2010; por tanto, se encuentra el Tribunal dentro del término legal para proferir el Laudo

CAPÍTULO CUARTO

LA CONTROVERSIA

El Tribunal con el fin de guardar la fidelidad debida procede a transcribir las pretensiones de la demanda, así como a relacionar las excepciones de mérito propuestas contra la misma, en la forma en que fueron planteadas por las partes. Así mismo, se transcriben las pretensiones de la demanda de reconvención, y se relacionan las correspondientes excepciones.

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Fueron enunciadas así:

“PRIMERA PRINCIPAL. Incumplimiento del contrato de alianza. Solicito se declare que por parte de la CLINICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. se incumplió con las obligaciones principales a su cargo emanadas del contrato de Alianza FCV-CLÍNICA DEL COUNTRY, en cuanto a:

- 1.1.** El reconocimiento de los porcentajes que le correspondía a la FUNDACIÓN con ocasión de la comercialización del software con los desarrollos informáticos posteriores efectuados por HOSPITAL I, a partir del primero (1) de de julio de 2007.
- 1.2.** La violación a los derechos de autor que ostenta LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA respecto de las obras informáticas entregadas, que comprenden los códigos fuentes, fundamento para el desarrollo de los módulos posteriores del

software que las demandadas han entregado a terceras empresas sin autorización de LA FUNDACIÓN, violando así los derechos patrimoniales de propiedad intelectual.

“PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL. Uso de las creaciones informáticas entregadas por LA FUNDACIÓN, de manera contraria a los usos honestos de la propiedad intelectual.

En caso de no considerarse probado el incumplimiento del contrato, solicito respetuosamente al Tribunal se declare que por parte de la CLÍNICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A., se ha efectuado un uso contrario a los usos honestos de la propiedad intelectual, en los términos del artículo 22 del literal b) de la Decisión 351 de 1993, dado que por terceras entidades se está haciendo uso del software cuyo origen estriba en las creaciones informáticas entregadas por LA FUNDACIÓN a la CLINICA COUNTRY S.A.

“SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL. Responsabilidad por el uso parasitario de las obras informáticas entregadas por la demandante a las demandadas.

En caso de que no considerarse probado el uso deshonesto de las creaciones informáticas entregadas por LA FUNDACIÓN a la CLÍNICA COUNTRY, solicito respetuosamente al Tribunal se declare que la CLINICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. son solidariamente responsables por el uso parasitario dado a los código fuentes de las creaciones informáticas que le fueron entregados por LA FUNDACION, con base en los cuales desarrollaron otros módulos que hoy usa y goza la misma CLINICA DEL COUNTRY, así como los terceros que igualmente usan y gozan de dichas obras.

“TERCERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL. Actos de competencia desleal provenientes de la violación de una norma jurídica.

En caso de que no considerarse probada la responsabilidad de las demandadas con ocasión del uso parasitario que han efectuado sobre las creaciones informáticas entregadas por LA FUNDACION a la CLINICA COUNTRY, solicito respetuosamente al Tribunal se declare que la CLINICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. son solidariamente responsables por los actos de competencia desleal desplegados como consecuencia de la infracción una norma jurídica (artículo 18 de la Ley 256 de 1996) en el caso particular, las normas del Derecho de Autor que prohíben la reproducción sin autorización de las creaciones del autor, así como su uso por terceros y cualquier otra forma de explotación contraria a Derecho.

“SEGUNDA PRINCIPAL. Terminación del contrato. Como consecuencia de una cualquiera de las declaraciones anteriores, solicito se declare terminado el contrato de alianza comercial suscrito entre la CLINICA DEL COUNTRY S.A. Y/O HOSPITAL I, y la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA.

“TERCERA PRINCIPAL. Restituciones y condenas. Solicito se condene solidariamente a la CLINICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A., al pago de las sumas de dinero que se expresan a continuación, así como al cumplimiento de las prestaciones de hacer que aquí se relacionan, en los valores hasta ahora establecidos o en los que llegare a probarse:

3.1. A la restitución de los códigos fuentes, ejecutables, manuales y/o módulos del software entregados inicialmente por LA FUNDACION.

3.2. Al cese en la explotación de los derechos patrimoniales derivados de las obras informáticas entregadas con ocasión del contrato de alianza.

3.3. A pagar a la FUNDACION, por lo menos, la suma de trescientos veintiséis millones de pesos por concepto de perjuicios materiales, o la suma que resultare probada en el proceso.

3.4. A reconocer los intereses de mora que se han causado sobre estas sumas de dinero por su no pago oportuno, en las fechas acordadas por las partes en el contrato de ALIANZA, y hasta la fecha efectiva de pago.

“SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. Reparación adecuada por la violación del Derecho de Autor. En caso de que el Tribunal no considere probados las restituciones y condenas solicitadas en los literales 3.3. y 3.4., subsidiariamente solicito se condene solidariamente a la CLINICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A., al pago de una reparación adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la violación de los derechos patrimoniales de autor en cabeza de LA FUNDACION sobre las obras informáticas entregadas a la CLINICA COUNTRY, con fundamento en el artículo 57, literal a) de la Decisión 351 de 1993. Para ello deberá atenderse a los valores que se cobran en el mercado por el licenciamiento de soluciones informáticas de esta naturaleza.

“CUARTA PRINCIPAL. Indexación. Solicito se condene a la CLINICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. al reconocimiento

de las sumas de dinero actualizadas que por cualquier concepto le sean ordenadas reconocer a favor de LA FUNDACION, dada la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano, moneda en la cual se solicitan las condenas que anteceden.

“QUINTA PRINCIPAL. Costas. Solicito se condene a la CLINICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. a las costas y agencias en derecho que se causan con la iniciación de este proceso arbitral.

2. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA CONVOCADA.

[Las] propuestas en el escrito mediante el cual se contestó la demanda, fueron enunciadas así:

Comentario [ZA6]: Dar espacio

- Existe incumplimiento esencial de la FUNDACIÓN
- El derecho de la FUNDACIÓN de percibir una participación pendía de la verificación de dos condiciones
- Mala fe contractual
- Mala fe procesal (exceptio doli procesali)
- Enriquecimiento sin causa y torticero de la FUNDACIÓN
- Nadie puede alegar su propio error y negligencia
- La absoluta imposibilidad para el profesional de los negocios de venir en contra de sus propios actos
- Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a HOSPITAL I Y CLÍNICA DEL COUNTRY: las pretensiones de la demanda en ese sentido están mal formuladas y corroboran la mala fe de la convocante
- Falta absoluta de competencia y/o de Jurisdicción del H. Tribunal para pronunciarse sobre el contrato de implantación

- Excepción Genérica

3. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Fueron enunciadas así:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

“PRIMERA: Que se declare que la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA incumplió de manera grave y esencial sus obligaciones en el CONTRATO DE ALIANZA FCV-CLINICA DEL COUNTRY.

“SEGUNDA. Que se declare como consecuencia de tal incumplimiento, la terminación del CONTRATO DE ALIANZA FCV-CLINICA DEL COUNTRY.

“TERCERA. Que se declare que como consecuencia del incumplimiento grave y esencial de la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, no llegó a causarse derecho económico alguno a su favor

“CUARTA. Que se declare que como consecuencia de tal incumplimiento, HOSPITAL I debió efectuar a su costa el desarrollo del software.

“QUINTA. Que se declare que el software HOSPITAL I es un programa de cómputo que solo pertenece a la sociedad INFORMATICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A. HOSPITAL I.

“SEXTA. Que se condene a LA FUNDACION CARDIOVASCULAR, a reconocer y pagar a favor de HOSPITAL I las costas del presente proceso.

"PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

"PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. En caso de no hallar prospera el Tribunal la indicada pretensión principal, solicito en forma subsidiaria se declare que ha operado entre la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA e INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A. HOSPITAL I, el fenómeno extintivo de la compensación.

"PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL. En caso de no hallar prospera el Tribunal la indicada pretensión principal, solicito en forma subsidiaria se declare que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA está obligada a reconocer y pagar a favor de HOSPITAL I una suma no inferior a los TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000,00) o aquella que resulte probada en el proceso, por concepto de los gastos y expensas en que HOSPITAL I debió incurrir para desarrollar el software.

"SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL. En caso de no hallar prospera el Tribunal la QUINTA pretensión principal y entrar a evacuar la pretensión subsidiaria anterior, solicito que de manera consecencial a la prosperidad de tal pretensión subsidiaria, se ordene a la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA pagar los intereses moratorios sobre la suma indicada o la que se llegare a establecer, a la máxima tasa permitida por la legislación mercantil (Art. 884 del Código de Comercio), utilizando para ello la tasa que corresponda legalmente o, en su defecto, la que encuentre aplicable el H. Tribunal, hasta el momento en que se realice en forma total el pago de la obligación."

4. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR LA DEMANDADA EN RECONVENCIÓN.

Las propuestas en el escrito mediante el cual se contestó la demanda de reconvencción, fueron enunciadas así:

- Cumplimiento del contrato de alianza por parte de la Fundación Cardiovascular de Colombia S.A.
- Terminación del contrato de implantación y desarrollo de software en marzo 2 de 2007
- Compensación proveniente del acuerdo celebrado entre las partes al dar por terminado el contrato de implantación y desarrollo de software en marzo 2 de 2007
- Inexistencia de perjuicios económicos a favor de Hospital i
- Ausencia de legitimación en la causa para pedir una declaratoria de propiedad intelectual en cabeza de hospital i
- Excepción genérica

5. HECHOS FUNDAMENTALES QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES DE LA FUNDACION.

Tomados de la demanda, son los siguientes:

"ANTECEDENTES DEL CONFLICTO SOMETIDO A JURISDICCION ARBITRAL.

"3.1. La fundación Cardiovascular de Colombia *desarrolló* a partir de su experiencia como institución prestadora de servicios de salud, un *software* que denominó FCV.SOFT para IPS. El Software en sus códigos fuentes tiene cerca de cinco millones ochocientas mil (5´800.000) líneas de código, lo que supone más o menos cinco millones ochocientos mil (5´800.000) instrucciones operando en veintidós (22) módulos, circunstancia que implicó un trabajo de ingeniería de sistemas de aproximadamente cinco (5) años.

"3.2. El software antes referido, presentaba los siguientes módulos y por ende, funcionalidades, al momento de su creación inicial:

3.2.1. Historia Clínica

3.2.2. Software contable (contabilidad, presupuestos, tesorería y cuentas por pagar)

3.2.3. Facturación y cartera

3.2.4. Compras

3.2.5. Suministros y farmacia

3.2.6. Activos fijos

3.2.7. Liquidación de nómina

3.2.8. Módulo gerencial

"3.3. LA FUNDACION ha estado en *permanente desarrollo de mejoramiento* de su software, entendiendo que, tal como lo expresa la doctrina especializada, se trata de un bien intangible inacabado, que se adapta y responde de manera dinámica a las necesidades de la organización.

"3.4. Los módulos que componen el software antes referido, fueron objeto de registro en la Oficina de Derechos de Autor durante el año dos mil dos (2002). Los ingenieros que trabajaron en la creación del software, hicieron la cesión de derechos patrimoniales a favor de LA FUNDACION. Se anexa copia auténtica de los certificados que dan cuenta de dicho registro.

"DEL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES.

"3.5. Por parte de la Clínica del Country S.A. se planteó a LA FUNDACION, la posibilidad de explotar conjuntamente el software desarrollado por ésta última, previa instalación del mismo al servicio de la Clínica, quien así mismo asumiría los costos y gastos de su adecuación.

"3.6. La propuesta antes mencionada se concretó mediante comunicación del 28 de enero de dos mil tres (2003), suscrita por el Dr. JORGE ALBERTO ORTIZ, comunicación que se aporta a la presente demanda en copia auténtica, y en la cual reza textualmente lo siguiente:

"Habiendo tenido la oportunidad de conocer la aplicación de la Fundación cardiovascular de Oriente Colombiano (hoy Fundación Cardiovascular), nos es grato manifestarles que esta igualmente cumple con nuestros requisitos básicos y que sería de sumo interés para nosotros, como nos lo manifestaron en las visitas que realizamos a Bucaramanga, que pudiéramos contemplar la posibilidad de negocio con ustedes. (...)"

“3.7. En términos económicos, la propuesta de la CLINICA DEL COUNTRY dirigida a LA FUNDACION, se describe como sigue:

“De aceptar ustedes el anterior esquema, estaríamos en disposición de instalar la aplicación (es decir el software) en la Clínica del Country (Patrimonio Nueva Clínica) de inmediato y empezar a generar ingresos para la Fundación Cardiovascular desde el momento en que la aplicación sea operativa. La clínica reconocería un arriendo anual de aproximadamente US\$150.000 pagaderos mensualmente. Las clínicas de Ecuador, similares en tamaño y operación a la del Country, están programadas para entrar en operación en el segundo semestre del 2004, si las circunstancias lo permiten.

En el período de 15 años que duraría nuestro acuerdo, estimamos que los ingresos a la Fundación pueden ser del orden de los US 4 millones. Esta cifra parte del supuesto que a partir del año tres, la Clínica del Country S.A. o la compañía asociada, además de la actual operación en Bogotá y las del Ecuador, estará en capacidad de administrar o colocar la aplicación en al menos una institución similar a la Clínica del Country, en una institución mediana y en dos instituciones pequeñas por año.

En términos generales, lo anterior es nuestra propuesta de negocio. Estamos en total disposición de precisar y concretar lo que sea necesario si encontramos en ustedes, como quisiéramos que fuera, el interés en continuar desarrollando el tema.”

“3.8. LA CLINICA DEL COUNTRY presentó también a LA FUNDACION, los parámetros de comercialización del software aplicativo bajo la modalidad de arriendo, simulando el escenario de que la CLINICA saliera a ventas simultáneamente con la firma del contrato de alianza a celebrarse entre ellas. Se anexan al presente escrito dichos parámetros de carácter económico, que influyeron en la aceptación de la propuesta por parte de LA FUNDACION.

“3.9. LA FUNDACION atendió a la propuesta de negocio presentada por la CLINICA DEL COUNTRY en los términos de la carta fechada en febrero 10 de 2003, cuyo original se aporta con este escrito.

De la respuesta dada por LA FUNDACION, se destacan algunas diferencias respecto de lo propuesto inicialmente. La más importante de

estas diferencias, tiene que ver con la no transferencia de la propiedad intelectual sobre su software. Tal se desprende del mencionado documento, que textualmente reza:

“En relación a la propuesta efectuada por usted según comunicación con fecha enero 28 del presente año, por medio de la presente queremos manifestarle nuestro interés en llegar a un acuerdo para la negociación del Sistema Integral de Información de la Fundación Cardiovascular, con las siguientes modificaciones respecto de su ofrecimiento:

1. *La propiedad intelectual no podrá ser transferida. Los derechos morales son propiedad del desarrollador del código según la legislación Colombiana. No obstante, se entregan las fuentes y documentación pertinente al programa y se autorizará a la Clínica del Country para que haga las modificaciones que requiera, con el reconocimiento de la autoría de las mismas.*
2. *A futuro la Clínica del Country no podrá vender las nuevas fuentes sobre las modificaciones efectuadas hasta transcurridos 15 años.*
3. *(...)*
4. *La FCV efectuará la implantación solamente en la ‘Nueva Clínica’, en cuyo caso los gastos que se generen corren por cuenta de la CLINICA DEL COUNTRY.*
5. *Los módulos objeto de negociación son:*
 - *Historia Clínica*
 - *Software contable (contabilidad, presupuestos, tesorería y cuentas por pagar)*
 - *Facturación y cartera*
 - *Compras*
 - *Suministros y farmacia*
 - *Activos fijos*
 - *Liquidación de nómina*
 - *Módulo gerencial”*

“3.10. Previo el intercambio de propuestas entre las partes en los términos antes esbozados, en efecto se *celebró* entre ellas el CONTRATO DE ALIANZA FCV - CLINICA DEL COUNTRY el 28 de agosto del año 2003, cuyo objeto se describe como sigue:

“LA FUNDACION entrega a LA CLINICA o a la SOCIEDAD ANONIMA ASOCIADA que esta constituya para la ejecución del presente contrato (que para todos los efectos también se entenderá como LA CLINICA), el

usufructo remunerado de las fuentes del software denominado FCV. SOFT para IPS que contiene los siguientes módulos: (...)

*LA CLINICA a su vez podrá hacer al software las modificaciones que considere necesarias y comercializará las licencias de uso, reconociendo a la FUNDACION una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización en el porcentaje que se establecerá en una cláusula posterior.
(...)”*

“3.11. Tal como se indicó en el Contrato de Alianza celebrado entre las partes, la CLINICA DEL COUNTRY constituyó una nueva sociedad del tipo de las anónimas, que se encargaría de todo lo relacionado con el software: su implantación en la clínica, su comercialización, el desarrollo de nuevas funcionalidades, entre otras cosas.

Esta sociedad se denominó INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A. cuya sigla es HOSPITAL I.

“3.12. A partir de la suscripción del contrato, LA FUNDACION, LA CLINICA DEL COUNTRY y HOSPITAL I, interactúan de manera indistinta para el logro de las acciones propuestas en el contrato de alianza, respecto del cual han surgido las diferencias que se someten a solución a través de este arbitramento.

“3.13. La vigencia del contrato se pactó entre las partes por quince (15) años, contados a partir de la suscripción del mismo, es decir, en este momento se encuentra vigente.

“3.14. Las partes celebraron, el día dos (2) de marzo de dos mil siete (2007), un otrosí al contrato de alianza en el cual se destaca, entre otros asuntos descritos posteriormente, que HOSPITAL I asumiría las obligaciones y derechos que le corresponden a la CLINICA dentro del contrato celebrado.

**“OBLIGACIONES PRINCIPALES A CARGO DE LA FUNDACION
SURGIDAS DEL CONTRATO DE ALIANZA COMERCIAL SUSCRITO
CON LA CLINICA DEL COUNTRY**

“3.15. ENTREGA DE LOS FUENTES Y DEL SOFTWARE. La principal obligación asumida por LA FUNDACION consistió en la entrega de los

fuentes de los módulos relacionados en la cláusula primera del contrato de alianza, debidamente documentadas.

Esta obligación fue cumplida por LA FUNDACION tal como consta en las *actas de entrega de fuentes* de todos los módulos, incluyendo el de costos.

"3.16. INSTALACION Y ADECUACION DEL SOFTWARE EN LA CLINICA DEL COUNTRY. Así mismo LA FUNDACION se obligó a entregar el software instalado y configurado en la clínica, de conformidad con el plan de implantación Anexo No.1 del contrato celebrado entre las partes. Esta obligación obedeció al interés de la CLINICA en disponer para su propio uso del software de manera que éste funcionara en la clínica y fuese la demostración del mismo para su comercialización.

En cumplimiento de esta obligación y habiéndose constituido una sociedad distinta (HOSPITAL I) para tales efectos por LA CLINICA, se suscribió un contrato denominado: CONTRATO DE IMPLANTACION DE SOFTWARE ENTRE LA FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA Y HOSPITAL I, el día 23 de marzo de 2004.

"3.17. GAP ANALISIS. Para proceder a la implantación del software en la CLINICA DEL COUNTRY se efectuó un GAP análisis (obligación conjunta) que determinaría la situación del sistema de información que en ese momento tenía la clínica, para saber cuales debían ser las acciones a seguir en el logro de dicho cometido.

"3.18. Finalmente y a pesar de los tropiezos que se encontraron al momento de implementar el software en la CLINICA DEL COUNTRY, el contrato de implantación del software fue terminado y liquidado el día 2 de marzo de 2007 tal como se desprende del acta suscrita entre las partes, declarándose mutuamente a paz y salvo por lo que respecta con la implantación del software en la Clínica del Country.

"OBLIGACIONES PRINCIPALES A CARGO DE LA CLINICA DEL COUNTRY SURGIDAS DEL CONTRATO DE ALIANZA COMERCIAL SUSCRITO CON LA FUNDACION CARDIOVASCULAR

"3.19. COMERCIALIZACION DEL SOFTWARE. De la cláusula PRIMERA del contrato de alianza celebrado entre las partes claramente se desprende la *contraprestación asumida por la CLINICA DEL COUNTRY*

en el contexto del negocio celebrado: comercializar las licencias de uso del software, reconociendo a LA FUNDACION una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización en el porcentaje que se acordó en la cláusula TERCERA.

"3.20. Esta obligación así mismo se desprende de las comunicaciones que antecedieron la celebración del contrato de alianza y constituyó la causa para que LA FUNDACION procediera a celebrar este contrato, tal como quedó plasmado claramente en el parágrafo primero de la cláusula TERCERA del contrato así:

"LA CLINICA, en la etapa pre-contractual del presente acuerdo, presentó a la FUNDACION los parámetros de comercialización de el software aplicativo bajo la modalidad de arriendo, simulando el escenario de que LA CLINICA saliera a ventas simultáneamente con la firma del presente contrato, que se señalan a continuación. Las cifras indicadas a LA FUNDACION y sobre las cuales esta accedió al acuerdo aquí contemplado, establecen lo siguiente: (...)

"3.21. PLAZOS DEL PAGO. Respecto de esta obligación, las partes acordaron en la cláusula TERCERA que la CLINICA DEL COUNTRY pagaría a LA FUNDACION los porcentajes allí descritos por la venta de licencias sobre el software, dentro de los treinta (30) días corridos de la fecha en que se recaude los ingresos de los clientes. Así mismo debía elaborar un PLAN DE NEGOCIOS con el fin de proyectar la estrategia de precios anual.

"3.22. VALOR DEL USO DEL SOFTWARE EN LA CLINICA DEL COUNTRY. En el parágrafo segundo de la cláusula TERCERA, LA CLINICA DEL COUNTRY así mismo se obligó a pagar a la FUNDACION una participación calculada de conformidad con los porcentajes convenidos en el contrato de alianza, como contraprestación por el uso del software por parte de la administradora del patrimonio autónomo Nueva Country, *"...pagadero desde el momento en que el software asuma operatividad en reemplazo del aplicativo que actualmente soporta la gestión administrativa y operativa de Administradora Country S.A. en el patrimonio Autónomo Nueva Clínica".*

"3.23. CORTE DE CUENTAS SEMESTRAL. Semestralmente acordaron las partes realizar un corte de cuentas para establecer el estado del contrato, las ventas que se han efectuado, los contratos de

arrendamiento que se han realizado y los pagos de las participaciones que se hayan hecho a LA FUNDACION.

"3.24. INFORMES. En el literal k) de la cláusula SEXTA la CLINICA DEL COUNTRY se obligó, en relación con su obligación de comercializar el software, a remitir a LA FUNDACION copia de los contratos de venta o arrendamiento que realice con terceros en desarrollo del contrato y a rendir informes sobre los negocios realizados.

"3.25. OTROSI AL CONTRATO. Mediante el otrosí suscrito por las partes en Marzo 2 de 2007, las partes modificaron la cláusula tercera de la siguiente manera:

"Las partes acuerdan modificar la cláusula tercera VALOR DE LA VENTA Y PARTICIPACION EN LA COMERCIALIZACION Y FORMA DE PAGO acordando que a partir de la fecha de suscripción de este otro sí, LA FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, recibirá los pagos por concepto de los porcentajes que le corresponden sobre los ingresos que obtenga por arriendo o venta de licencias de uso del software aplicativo, a partir del primero (1) de Julio del año 2007 de acuerdo con las escalas establecidas en el contrato, previa suscripción del acta de liquidación del contrato de implantación de software suscrito entre las partes el 23 de marzo de 2004. (...). SEGUNDO. Las demás estipulaciones contractuales a la modificación implementada conservarán su vigencia y por consiguiente las partes consienten nuevamente en su cumplimiento."

"OBLIGACIONES ASUMIDAS POR LA CLINICA DEL COUNTRY EN RELACION CON LA PROPIEDAD INTELECTUAL DEL SOFTWARE ENTREGADO POR LA FUNDACION

"3.26. FACULTAD DE LA CLINICA DEL COUNTRY PARA REALIZAR MODIFICACIONES AL SOFTWARE. Las partes acordaron que la CLINICA DEL COUNTRY *podría hacer las modificaciones que considerara pertinentes* sobre los fuentes del software entregados por LA FUNDACION. En el evento en que se desarrollaran por la CLINICA DEL COUNTRY sistemas de funcionalidad equivalentes al del software entregado, acordaron las partes en la cláusula SEXTA, literal i) del contrato de alianza, que la FUNDACION tendría derecho a la participación sobre los ingresos generados por la comercialización de dichos sistemas, en los porcentajes acordados.

Se excluyeron expresamente de este acuerdo, los módulos funcionales tales como CRM, Minería de Datos, Sistemas de Manejo de Conocimiento, entre otros, bajo el entendido de que éstos son módulos que interactúan con el software objeto del contrato, pero no cumplen funciones equivalentes.

“3.27. RESPETO POR LOS DERECHOS DE AUTOR EN CABEZA DE LA FUNDACION. Si bien la CLINICA DEL COUNTRY podría hacer modificaciones al Software entregado por LA FUNDACION, de la cláusula SEXTA del contrato de alianza claramente se desprende a cargo de LA CLINICA DEL COUNTRY, una serie de obligaciones que limitan ese derecho de modificación y que impactan de manera directa la propiedad intelectual, y de manera concreta, los derechos de autor que la FUNDACION tiene sobre su software:

“Adoptar las medidas de seguridad para proteger la propiedad y todo derecho de la FUNDACION sobre el software y materiales relacionados, como también impedir su uso, reproducción o modificación por terceros.

No divulgar ni dar a conocer o traspasar el software o material relacionado, sin autorización previa y expresa de LA FUNDACION.

LA CLINICA se compromete a que el software únicamente podrá ser utilizado en el sistema de cómputo de las instituciones con quienes tenga contrato de arrendamiento o en el de aquellas que hayan adquirido el software aplicativo, o en las máquinas que utilice en las modalidades de software y/o colocación.

LA CLINICA no podrá vender las fuentes entregadas o modificadas del producto objeto del presente contrato, salvo previo acuerdo entre las partes.

“DE LA CELEBRACION DE NEGOCIOS POR PARTE DE LA DEMANDADA SIN CONOCIMIENTO DE LA DEMANDANTE

“3.28. La CLINICA DEL COUNTRY y/o HOSPITAL I han incumplido su obligación de pagar los porcentajes que le corresponden a LA FUNDACION desde el primero de julio del año 2007, según lo acordaron en el otro sí al contrato, no obstante haber entregado el software o algunos de sus módulos a otras entidades.

"3.29. La CLINICA DEL COUNTRY y/o HOSPITAL I, han incumplido el contrato de alianza porque no han pagado a la FUNDACION los porcentajes que le corresponden con ocasión de los negocios celebrados con otras entidades a quienes se les ha hecho entrega de los sistemas desarrollados por LA CLINICA COUNTRY y/o HOSPITAL I, a partir de los fuentes entregados por LA FUNDACION. Es decir, también sobre los desarrollos efectuados por LA CLINICA o por HOSPITAL I, corresponde a LA FUNDACION una participación económica, que no ha sido pagada ni entregada como se acordó.

"3.30. HOSPITAL I en su página web claramente expresa quienes son sus clientes actuales en el sector de la salud: Clínica La Carolina. Hospital Cardiovascular del niño de Cundinamarca. Hospital de Los Valles, en Ecuador.

HOSPITAL I tiene su origen justamente en el acuerdo empresarial efectuado por LA FUNDACION y la CLINICA DEL COUNTRY. En consecuencia, sus clientes están usando software o módulos del mismo, que en sus fuentes fue entregado por LA FUNDACION y que posteriormente fue modificado por LA CLINICA DEL COUNTRY y/o por HOSPITAL I, pero *en cualquiera de estos escenarios, LA FUNDACION tiene el derecho a percibir un porcentaje de los negocios de HOSPITAL I con sus clientes.*

"3.31. Tampoco se ha reconocido a LA FUNDACION el porcentaje que le corresponde como consecuencia del arriendo del software en la Fundación Nueva Clínica Country, cuyo pago debía hacerse desde la fecha en que el software entrara en operabilidad dentro de dicha clínica.

"DE LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR QUE OSTENTA LA DEMANDANTE

"3.32. La CLINICA DEL COUNTRY y/o HOSPITAL I han violado los derechos de autor de LA FUNDACION sobre los fuentes del software entregados con ocasión del contrato de alianza celebrado, pues el mismo ha sido reproducido en máquinas de terceros sin la autorización de LA FUNDACION y sin su conocimiento.

"3.33. En este sentido, tampoco se han adoptado las medidas de seguridad pertinentes para proteger la propiedad del software y las obras derivadas del mismo, pues se ha instalado a los clientes de

HOSPITAL I sin previsiones contractuales que impidan la violación de derechos por parte de estos terceros.

"DE OTROS HECHOS DE COMPETENCIA DESLEAL POR PARTE DE LAS DEMANDADAS

"3.34. La clínica, a lo largo de la ejecución del contrato, se llevó personal de la fundación, concretamente a 12 ingenieros.

"3.35. Dada la importancia del software para la fundación, herramienta informática sobre la cual sustenta todos sus procesos, esta desviación de personal causó perjuicios económicos a la Fundación.

"DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A LA DEMANDANTE PROVENIENTES DE LAS ACCIONES DE LA DEMANDADA

Comentario [ZA7]: Reducir espacio

"3.36. Las acciones dañinas antes descritas han causado perjuicios patrimoniales a LA FUNDACION, no sólo por lo dejado de percibir por LA FUNDACION con ocasión de la entrega del software a los clientes de HOSPITAL I y que no ha reportado a LA FUNDACION, sino también por la violación a los derechos de autor que corresponden a ésta y de contera, la violación de las normas de competencia leal. Estimamos estos perjuicios en una suma aproximada y mínima de trescientos veintiséis millones de pesos (\$326.000.000). A través del proceso se cuantificará efectivamente el monto de estos perjuicios.

"3.37. CLAUSULA COMPROMISORIA. En el contrato de alianza celebrado entre las partes, se acordó en la cláusula decima segunda la siguiente:

"ARBITRAMENTO. Cualquier diferencia que surja entre las partes en virtud del presente contrato, o en la ejecución o liquidación del mismo, se someterá a decisión arbitral. Los árbitros decidirán en Derecho o según principios técnicos, para lo cual tendrán en cuenta las normas que existan sobre arbitramento. El arbitramento se surtirá en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá a cuyo reglamento se someterá."

6. HECHOS FUNDAMENTALES QUE SIRVEN DE SUSTENTO A LAS PRETENSIONES DE HOSPITAL I.

Tomados de la demanda de reconvenición, son los siguientes:

"

1. **Enero 28 de 2.003:** JORGE ALBERTO ORTIZ, obrando como Representante de la CLINICA DEL COUNTRY, se dirige a VICTOR RAUL CASTILLO, Director Ejecutivo de la FUNDACION, a efectos de exponer las condiciones bajo la cuales aquella sociedad, estaría interesada en desarrollar un acuerdo comercial con esta última.

En dicha comunicación, el Dr. ORTIZ deja en claro *"que el software aplicativo con el que manejemos la clinica...., debe reflejar nuestra manera de hacer las cosas y desde luego, ser de nuestra propiedad"*

La premisa conceptual de la propuesta de operación, desde su inicio, fue *"un modelo de negocio basado en la transferencia de la propiedad intelectual y el reconocimiento de una franquicia por uso"*

2. **Febrero 10 de 2.003:** El Director Ejecutivo de la FUNDACION, contesta la propuesta a que se refiere el hecho anterior, precisando un punto sobre los derechos morales, proponiendo una modificación de la tabla de ingresos y en lo demás aceptando las premisas sentadas por CLINICA DEL COUNTRY
3. Lo interesante de esta comunicación es que la FUNDACION lista en forma expresa los módulos objeto de la negociación, esto es, aquellos que se comprometía a desarrollar y entregar, siendo ellos: Historia Clínica, Software contable (contabilidad, presupuestos, tesorería y cuentas por pagar), Facturación y Cartera, Compras, Suministros y Farmacia, Activos Fijos, Liquidación de nomina, Modulo Gerencial

Procesalmente habrá de demostrarse el incumplimiento esencial de sus obligaciones por parte de la FUNDACION, que no entregó esos módulos como era su compromiso.

4. **Agosto 28 de 2.003**: Luego de una prolongada negociación, se suscribe entre LA FUNDACION y LA CLINICA DEL COUNTRY, el acuerdo que las partes denominaron CONTRATO DE ALIANZA FCV-CLINICA DEL COUNTRY (en adelante simplemente EL CONTRATO)
5. El CONTRATO, en lo que a esta demanda de reconvención interesa (pues otros aspectos del mismo se tratan en la contestación de la demanda), indicó expresamente en su cláusula primera, que la FUNDACION tendrá como única retribución, una *"participación en los ingresos provenientes"* de la comercialización del software que se comprometió a entregar, integrado por los módulos que en esa misma cláusula se listaron.
6. En otras palabras, que el derecho de la FUNDACION a percibir ingresos pendía de dos condiciones, de un lado, la entrega de un software terminado y, en segunda instancia, que ese software, desarrollado integralmente por la FUNDACION y no otro, empezara efectivamente a producir ingresos.
7. Según el acuerdo, la FUNDACION *"entrega a LA CLINICA o a la SOCIEDAD ANONIMA ASOCIADA que esta constituya"* las fuentes de un software terminado. En otras palabras, la FUNDACION no se comprometió a entregar unas bases de un software, ni parte de un software, ni la idea de un software, la FUNDACION se comprometió a típica obligación de resultado, lo que tiene enorme incidencia en la definición de este proceso.
8. Todo lo anterior está ratificado por la cláusula TERCERA del CONTRATO, que estableció que *"En contraprestación al usufructo de las fuentes"*, se reconocería a *"LA FUNDACION un porcentaje sobre los ingresos que obtenga por arriendo o venta de las licencias de uso de el software aplicativo"*, siendo claro que ello solo es posible cuando el software que se comprometió a entregar terminado la FUNDACION, empezara a producir ingresos.
9. En idéntico sentido, el párrafo segundo de la misma cláusula determinó que el contrato a celebrarse con la Administradora Country S.A. para el arrendamiento del software *"será pagadero desde el momento en que el software asuma operatividad en reemplazo del aplicativo que actualmente soporta la gestión administrativa y operativa de Administradora Country S.A."*

10. Como habrá de demostrarse procesalmente, el software que como producto terminado se había comprometido a entregar la FUNDACION, nunca llegó a terminarse y, como consecuencia de ello, fue HOSPITAL I quien tuvo que realizar tal desarrollo.
11. La CLINICA DEL COUNTRY se comprometió a pagar CIENTO MILLONES (\$100.000.000,00) a la FUNDACION, para *"sufragar los costos inherentes al proceso que establece la CLAUSULA SEPTIMA"*, esto es, todo lo relacionado con el denominado GAP ANALISIS, que permitiría establecer los ajustes necesarios en el software para su ulterior implantación en LA CLINICA, siempre sobre la base que el software existía y constituía un producto terminado.
12. LA CLINICA DEL COUNTRY canceló oportuna y debidamente esa suma.
13. La cláusula QUINTA del CONTRATO estableció las obligaciones específicas a cargo de la FUNDACION, donde sin desconocer la importancia procesal de las demás obligaciones, la que adquiere mayor relevancia es la identificada con el literal e), conforme al cual el software tendría que ser entregado terminado, instalado y configurado, el 1 de Enero de 2.004.
14. Como habrá de demostrarse en este proceso, tal obligación de resultado, por demás esencial para el CONTRATO, fue incumplida totalmente por la FUNDACION.
15. La FUNDACION igualmente incumplió sus obligaciones consignadas en los literales a), c), f), g), h), i) j) y k), tal como habrá de demostrarse procesalmente.
16. **Marzo 23 de 2.004:** se suscribe entre HOSPITAL I y la FUNDACION, el denominado *"contrato de implantación de software entre la fundación cardiovascular de colombia y hospital i"*
17. **Abril 28 de 2.004:** mediante comunicación remitida por HOSPITAL I, se remite a la FUNDACION el denominado *"DOCUMENTO DE CESION DE POSICION CONTRACTUAL"*, por virtud del cual y en virtud precisamente a lo dispuesto en el CONTRATO, Clínica del Country cedió *" su posición contractual a favor de INFORMATICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A,"*

18. Con esa notificación quedada cumplida la exigencia legal y contractual, sustituyendo HOSPITAL I total e integralmente a la CLINICA DEL COUNTRY en el CONTRATO, sin que dicho sea de paso, tal proceder hubiera sido objetado por la FUNDACION, que muy por el contrario, solo se relacionó de allí en adelante, para la ejecución del CONTRATO y como lo demuestra abundante material probatorio, con HOSPITAL I.
19. **Abril 13 de 2.005:** El Director Ejecutivo de la FUNDACION se dirige a HOSPITAL I (ratificando con ello que era esta sociedad y no la CLINICA su única contraparte) para proponer los términos de una posible nueva alianza, relacionada con el producto SAHI.
20. Esa comunicación reviste enorme importancia probatoria, pues conlleva el reconocimiento del incumplimiento esencial por parte de la FUNDACION al CONTRATO.
21. Precisamente como consecuencia del incumplimiento esencial por parte de la FUNDACION a sus obligaciones, las partes empezaron a ejecutar su relación en forma distinta, al punto que la FUNDACION emitió varias facturas por trabajos específicos a HOSPITAL I (las que en copia se adjuntan), situación que además preemitirá demostrar que estábamos frente una modalidad pura y simple de contratación de servicios, pues el software había sido ya asumido por HOSPITAL I, que además fue quien realmente culminó su desarrollo
22. **Marzo 22 de 2.006:** HOSPITAL I y la FUNDACION suscriben documento denominado "*CONSTANCIA DE ENTREGA DE CD CON FUENTES DE ADMINISTRACION DE PERSONAL -SAHI*", por virtud del cual la FUNDACION entrega los fuentes del modulo de administración de personal del software SAHI.
23. **Junio de 2.006:** HOSPITAL I y la FUNDACION suscriben una nueva constancia de entrega para fuentes del software SAHI, donde además se menciona y reconoce al entrega de los fuentes para los módulos desarrollados en Genexus.
24. La recepción de los fuentes se da cuando HOSPITAL I comprende que la FUNDACION no tiene la capacidad para terminar el desarrollo del software. HOSPITAL I tenía un espejo de lo que

estaba realizando la FUNDACION y decidió tomar el control de los fuentes al comprender que ese era el único mecanismo para llegar a tener un software terminado.

25. HOSPITAL I tuvo que contratar personal calificado para poder realizar el desarrollo de los módulos que supuestamente había desarrollado la FUNDACION, los que como procesalmente habrá de demostrarse, no estaban terminados y más grave aún, no cumplían las funcionalidades que se habían ofrecido.
26. Como lo demostrarán las pruebas a practicar, HOSPITAL I tuvo que incurrir en gastos en cuantía superior a los TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS, con el objeto de poder desarrollar el software que la FUNDACION no entregó.
27. A partir de la entrega de esos fuentes, HOSPITAL I realiza el análisis e los mismos, intenta compilar los fuentes y descubre que el software no existe como producto terminado, que no es posible la compilación y que por ende, como habrá de demostrarse pericial y testimonialmente en el proceso, no es posible que el software funcione.
28. Entre estos primeros meses de 2.006 y el año 2.007, HOSPITAL I es quién efectúa el desarrollo del software, pues varios módulos, como habrá de demostrarse documental, pericial y testimonialmente, simplemente no existían, lo que hizo necesario simplemente iniciar desde cero, como habrá de demostrarse procesalmente.
29. **Octubre 2 de 2.006:** la FUNDACION se dirige a HOSPITAL I mediante comunicación en la que plantea su exigencia respecto al pago de unas facturas presentadas, misiva en la que se reconoce expresamente que para el modulo de facturación y cartera HOSPITAL I prácticamente hubo de desarrollarlo nuevamente en forma total y, que en la mayoría de los módulos quedaron al momento de la entrega de los fuentes, temas por resolver, temas estos que si bien la FUNDACION considera menores, procesalmente habrá de demostrarse que muy por el contrario los fuentes entregados no correspondían a lo pactado en el CONTRATO, se entregaban con años de retraso y, además, correspondió a HOSPITAL I el desarrollo casi total de los mismos.

30. **Octubre 12 de 2.006:** HOSPITAL I contesta la comunicación antes indicada, indicando de forma clara la totalidad de las fallas existentes y sobre todo, el hecho que el software no fue entregado como un producto terminado, haciéndose necesario que HOSPITAL I rehiciera el desarrollo.
31. En esa comunicación, el Dr GARCIA además indica que la contratación de FEISAR MORENO se dio precisamente a instancias de la FUNDACION y precisamente como formula que permitiera mitigar el efecto dañoso de los incumplimientos presentados.
32. Allí, HOSPITAL I ratifica su entendimiento de que la FUNDACION solo puede tener algún derecho económico si el software está funcionando y si además de ello hubiera cumplido su obligación de entregar un producto terminado.
33. **Marzo 2 de 2.007:** HOSPITAL I y la FUNDACION suscriben acta de terminación para el contrato de implantación en la CLINICA DEL COUNTRY y otrosí modificatorio al CONTRATO. Estos documentos fueron producto de la negociación entonces adelantada entre las partes, en orden a precaver un posible litigio entre ellas y en virtud al hecho inobjetable de que fue HOSPITAL I quién asumió y concluyó la implantación ante la ADMINISTRADOR COUNTRY S.A.
34. **Octubre 10 de 2.007:** HOSPITAL I y la FUNDACION efectúan una reunión, cuyos resultados se vierten en un acta que aquí se acompaña, explorando posibilidades comercial conjuntas. Lo interesante de tal acta es que allí expresamente la FUNDACION reconoce que todo el desarrollo de ingeniera de software es realizado y está a cargo de HOSPITAL I.
35. La FUNDACION, en actuación que si constituye clara prueba de su incumplimiento al CONTRATO, entregó las fuentes al Hospital San Ignacio de Bogotá, ante la imposibilidad de terminar para esa entidad (cliente de la FUNDACION) el software que según la convocante entregó a HOSPITAL I. "

CAPITULO QUINTO

Comentario [ZA8]: Reducir espacio

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. ASPECTOS PROCESALES. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.

- 1.1. Previo al análisis del fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que el proceso reúne los siguientes presupuestos procesales, requeridos para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.
- a. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal arrimados al proceso, ambas Partes son personas jurídicas legalmente constituidas y representadas, quienes actuaron por conducto de Apoderados debidamente reconocidos como tales.
 - b. La demanda principal y la demanda de reconvención reúnen los requisitos legales.
 - c. El Tribunal constató, en la oportunidad procesal correspondiente que:
 - Había sido designado e instalado en debida forma;
 - Las partes eran capaces y estaban debidamente representadas;
 - La Demandante oportunamente consignó las sumas que le correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios y, asimismo, la

contraparte consignó oportunamente las sumas que le correspondían.

- Las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y las Partes tenían capacidad para transar respecto de las mismas, y tales controversias se encuentran cobijadas por la Cláusula Compromisoria pactada por las Partes.
- d. El Proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.

2. LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL RENDIDO POR EL PERITO GONZALO ROMERO BORDA

Sea lo primero advertir que ante la necesidad de darle aplicación al artículo 187 del C. de P. C. toda vez que por mandato de la ley (artículo 31 del Decreto legislativo 2279 de 1989) los árbitros tienen en materia de pruebas las mismas facultades y deberes que a los jueces del Estado les señala la citada codificación procesal, y por cuanto a su tiempo la convocada formuló objeción por error grave contra el dictamen que rindió el perito Gonzalo Romero Borda, es forzoso comenzar por establecer si dentro del conjunto de los elementos probatorios recaudados en el proceso para su posterior valoración crítica en el laudo, hay lugar a reconocerle mérito, y en caso afirmativo en que medida procede al hacerlo con arreglo a la ley, a la aludida experticia, lo

que implica resolver inicialmente sobre el mérito de la objeción como lo ordena el numeral 6to del artículo 238 del C. de P. C.

El apoderado de la convocada el 11 de noviembre de 2010 presentó un escrito por medio del cual formuló con fundamento en lo dispuesto en el artículo 238 del C.P.C., objeción por error grave contra el dictamen rendido por el perito Ingeniero Gonzalo Alfredo Romero Borda y fundamentó así la objeción en referencia:

“El dictamen rendido es de una descomunal pobreza intelectual, se realizó con desconocimiento de los mas elementales procedimientos técnicos al arte o ciencia, sus premisas de análisis son erradas, lo que vicia las conclusiones de manera irreparable.

“Además de ello por los errores tan protuberantes, es clarísimo que el ingeniero ROMERO no tenía la capacidad y conocimientos para este experticio y que falló al no advertir tales circunstancias ante el tribunal.

*“No se trata de estar en desacuerdo con el dicho **por del perito**, lo que **ocuerre** es que el porcedimiento seguido y las conclusiones del ingeniero ROMERO desafían la lógica, al punto, que demostrados esos errores (como aquí se hace), es evidente que el sentido del dictamen tendría que haber sido completamente distinto.*

Con formato: Resaltar

Con formato: Resaltar

“Hay en el experticio, como también se demuestra, conceptos esenciales planteados de forma completamente errada, el perito omitió realizar buena parte de las tareas que fueron solicitadas según él, porque resultaban “dispendiosas”, basó su trabajo en documentos que no eran parte del proceso, denegó examinar los documentos que le fueron entregados y sobre los cuales se le pidió hacer el trabajo y omitió indicar porque tomó archivos diferentes a los que le fueron entregados.

“Más grave aún, hizo comparaciones a partir de premisas falsas, comparó archivos de estructuras binarias con archivos en word, una actuación de tal absurdo que cuestiona incluso su profesionalismo.

*“Omitió considerar toda la programación en GENEXUS de mis poderdantes, con lo cual hizo caso omiso de 16 millones de líneas de código, arribando como es obvio a conclusiones totalmente equivocadas y ello por cuanto no utilizó el manual que se le entregó, pues lo que queda claro es que **nisiquiera** revisó las fuentes en GENEXUS.*

Con formato: Resaltar

“Un perito que si sepa de programación que si tenga un protocolo técnico y que además haga la tarea como le fue solicitada, llegaría a conclusiones totalmente distintas”

Adicionalmente el apoderado consideró que el perito no atendió varias preguntas y a renglón seguido afirmó que el perito omitió toda referencia a las fuentes de GENEXUS.

También afirmó que el perito incurrió en varias falsedades a través de su documento y señala como una de las mas protuberantes la afirmación según la cual *“..... las fuentes de SAN IGNACIO son iguales a las de la CLINICA DEL COUNTRY, entre otras muchas razones por una **poitísima**, y es que el HOSPITAL SAN IGNACIO y CLINICA DEL COUNTRY, manejan los módulos de facturación, Cartera y Glosas realizadas con herramientas de desarrollo diferentes, el primero en VB6 (Visula Basic 6.0) y segundo en Genexus, por esta diferencia, es falso afirmar que software entregado al Hospital San Ignacio está basado en las mismas fuentes del software que tiene la Clínica del Country”*.

Con formato: Resaltar

Por último afirmó que *“.....igualmente son falsas las afirmaciones sobre similitudes en los programas y existencia de líneas o fuentes idénticas, pues aquí se demuestra y lo ratifican los documentos anexos, ello es contrario al más elemental análisis técnico”*.

El 1º. de febrero de 2010 presentó un escrito solicitando un nuevo dictamen pericial, para lo cual formuló un cuestionario con el fin de que se determinara si hubo o no error grave en el dictamen original; adicionalmente solicitó se tuvieran como pruebas las siguientes: (1) los videos que se acompañaron con el escrito en medio magnético (CD), los cuales pretenden demostrar que seguido el procedimiento técnico sobre el software entregado a HOSPITAL i por la FUNDACIÓN, aportado al proceso y puesto a disposición del Perito, el error esencial en que incurrió en el examen y comparación de las fuentes; (2) el acta correspondiente a la diligencia realizada en la ciudad de Bucaramanga, específicamente en la FUNDACION CARDIOVASCULAR; (3) la totalidad de los archivos incluidos en el CD que adjunta, donde se detallan los soportes que

demuestran el error esencial en que se incurrió en el examen y comparación de las fuentes, y (4) un documento que anexa, denominado: MANUAL DE INGRESO AL CÓDIGO FUENTE POR MEDIO DE GENEXUS, documento entregado en su momento al Perito para indicarle como acceder a GENEXUS y examinarlo, el cual de conformidad con lo afirmado por el apoderado en su escrito de objeción por error grave fue totalmente omitido por el Perito. Este instructivo según afirma el apoderado demuestra el error esencial de la pericia frente a GENEXUS.

En opinión del Tribunal, las objeciones planteadas en el presente proceso arbitral y las observaciones que dan lugar a la objeción por error grave deben dejar claro que el dictamen pericial tiene fundamentos equívocos de tal magnitud, que necesariamente conducen a conceptos erróneos y falsas conclusiones sobre la materia objeto de la prueba; es decir el error debe consistir en una equivocación ostensible y notoria por parte de los peritos y no en una simple discrepancia de las partes en relación con la metodología utilizada por estos o a sus conceptos, elementos cuyo análisis le corresponde exclusivamente al juzgador.

Sobre el particular se debe recordar que la objeción a un dictamen, debe implicar *per se* la coexistencia de dos factores concurrentes: a) que exista error; y b) que tal equivocación sea grave y de estirpe fáctica, pues al respecto no procede invocar errores jurídicos o de estirpe legal.

Así las cosas, se tiene que el error grave que abre paso a la objeción del dictamen puede aparecer bien en el objeto analizado por los expertos, ora en los ensayos, procedimientos o experimentaciones utilizados por

los peritos, es decir, en la metodología seguida para su estudio y también puede recaer sobre las conclusiones del dictamen, bien porque incidan en éstas o porque se originen en ellas.

A la luz de las anteriores consideraciones se procede al análisis de las objeciones formuladas por el apoderado de la demandada contra el dictamen del perito técnico.

La objeción por error grave al dictamen rendido por el Perito Ingeniero en sistemas, se fundamenta en general en lo siguiente: (i) desconocimiento de procedimientos técnicos aplicables al arte o ciencia; (ii) error en las premisas de análisis; (iii) conceptualización planteada de manera errada; (iv) omisión en llevar a cabo buena parte de las tareas que le fueron solicitadas; (v) realizar comparaciones a partir de premisas falsas por ejemplo estructuras binarias con archivos en Word; (vi) omisión en tener en cuenta la programación Genexus; (vii) falsedad en afirmaciones en cuanto a la similitud en los programas y existencia de líneas o fuentes idénticas.

En su escrito de objeción, la convocada se refiere en particular al error esencial del perito al contestar algunas preguntas específicas tal y como se enuncia a continuación:

- En relación con la pregunta número 5 “comete error grave el Perito al enfocar la respuesta desde la comparación de archivos de código fuente y no desde los proyectos que contienen el código fuente que realmente resulta funcional en cada una de las aplicaciones. Los archivos a los que se refiere el Perito recogen un histórico de fuentes de cada organización más no significa que la totalidad de ellos sean utilizados por las instituciones que aquí se enfrentan”.

- También la convocada se refiere al hecho de que a pesar de haber recibido información sobre la herramienta de desarrollo Genexus, “el Perito olvida contar 16.3 millones de líneas de código de los módulos de facturación y cartera del software de Hospital i”.
- En relación con la pregunta número 10 se predica el error grave de la utilización en el análisis de la compilación de los códigos fuentes de un archivo que no fue suministrado por Hospital i entregadas por la Convocante en el 2006. Según la objetante, la razón del error en éste caso “fue que el Perito concluyó que lo recibido en Bucaramanga es igual a lo que mi cliente le suministró? Corrió sobre las dos carpetas, la del 2006 suministrada por Hospital i y la de 2009 suministrada por la Fundación, el mismo software de comparación que aquí hemos demostrado es tan versado en su uso para determinar que se trataba de información gemela?”
- En relación con la compilación de archivos, la convocada considera que el Perito practicó la prueba en relación con las fuentes que le entregó la Fundación en los CD en la diligencia en Bucaramanga y no en los entregados por Hospital i. Tales CD además, según el dicho de la convocada, fueron entregados como prueba directamente al perito y serían inadmisibles.
- Para la objetante existe error esencial en el dictamen derivado del análisis de carpetas y no proyectos y estructuras de programación. Lo anterior lleva al perito a una falsedad en el sentido de afirmar la existencia de un número determinado de archivos de código idénticos. Dejó de lado de contar el perito 16 millones de líneas de código producidas en Genexus. Malinterpretando el rol de este generador de código. Por la misma razón antes enunciada, también

se equivoca el experto al afirmar que los módulos de cartera, facturación y glosas de Hospital i guarda alguna relación con los modelos de la Fundación en esas materias.

- En relación con la pregunta número 7, se fundamenta la objeción en el hecho de que el Perito interpreta las estructuras como solo tablas cuando también hubiera podido interpretar las estructuras del código fuente entregada por la Fundación. *"El Perito entendió que solo compararía las bases de datos cuando estas son meros receptáculos de la información y omitió comparar el software y los fuentes que fue lo que realmente se le había pedido."*
- Por último, la objetante considera que respecto de la respuesta a la pregunta número 6 de Hospital i también se puede predicar error esencial en cuanto a que el Perito afirma que los módulos de software de la fundación operan de manera satisfactoria y trabajan sobre las tablas que existen en la base de datos del software. Para la convocada, en cambio un análisis de tres módulos, esto es, historia clínica, citas y contratos arrojan un resultado negativo.
- Debido a que de conformidad con lo señalado en el numeral 6 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil la objeción se decidirá en la sentencia, es pertinente proceder a definir la objeción referida y en relación con la cual se tiene lo siguiente:

El error grave, tal como está establecido en el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, debe ser esencial, determinante de las conclusiones a las cuales han llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas. Es evidente que no puede caber en el calificativo de error grave el experticio en el que se expongan criterio

debidamente sustentado sobre bases lógicas y con metodologías propias de la ciencia informática así no se comparta por una de las partes por ser otra la orientación o la forma de analizar los eventos y hechos o por tener otra perspectiva sobre las posibles y diversas metodologías de análisis posibles.

Para el Tribunal, el objetante no logró su objetivo de probar a través de las pruebas presentadas para sustentar la objeción ni con la segunda experticia solicitada que más allá de no compartir las conclusiones del dictamen original y que considere que el mismo se aparta de su propio entendimiento metodológico, exista realmente un error que reúna la condiciones específicas previstas por la ley procesal y que traiga consigo el decaimiento de la prueba. Para el Tribunal el primer dictamen técnico demuestra la firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos así como la competencia del perito en los términos del artículo 241 del C.P.C.

La experticia realizada con el fin de sustentar probatoriamente la objeción en lugar de cumplir tal fin concuerda en lo fundamental con lo dicho en la experticia original. En efecto, ambos peritos informáticos concuerdan en las siguientes materias: (a) el contenido de los CDS con las fuentes entregadas por Fundación Cardiovascular en cuanto a módulos, número de líneas de código, lenguaje de programación, fecha de creación, número de archivos, bases de datos entregadas, número de tablas consignadas en la base de datos; b) la documentación técnica y de soporte a la entrega de las fuentes; c) el concepto técnico de fuentes; d) las características de las tablas de datos relacionales; d) el alcance del concepto de idoneidad y operatividad; e) el alcance del

concepto de compilación y su aplicación al software objeto de la controversia.

Adicionalmente en el segundo dictamen, el Tribunal encuentra, en lugar de las falsedades, imprecisiones metodológicas, bases equivocadas, o una apreciación equivocada del objeto examinado, una reafirmación de la conceptualización y metodología utilizadas en la primera pericia.

En particular, vale la pena resaltar que el perito DAVILA cierra cualquier controversia respecto del alcance de Genexus dentro de la controversia planteada en plena consonancia con el perito ROMERO al afirmar en la respuesta a la pregunta nueva que el Tribunal solicitó fuera respondida por él:___ “Genexus es considerada por Hospital-i como una herramienta de ayuda que agiliza los procesos de desarrollo y es aceptada. No es práctica para el mantenimiento permanente por la demorada generación del código, pero siendo de todas maneras más rápida que escribirlo a mano”.....“El sistema genera código fuente en Visual Basic y es posible introducir comando de Basic manualmente, más no es posible embeber programas de Visual Basic completos que accedan datos dentro del código de Genexus.”(folio 1359 del C. Ppal 6).¹

De la misma forma, es menester transcribir otra cita del experto Dávila en la cual se aprecia de manera evidente la sincronía metodológica y la evidente concordancia de conclusiones entre los dos dictámenes, también como parte de la respuesta a la pregunta nueva formulada por el Tribunal al Perito:

¹ Dictamen de 16 de marzo de 2010, página17.

“De acuerdo con esta forma de operar de Genexus se dificulta el análisis relacionado con copias de fuentes cuando se usa un generador. Si hubiere copia en un sistema de estos, puede sobrevenir por copia de la Base de conocimientos. Sin embargo, conociendo la movilidad en el desarrollo, modificaciones y ajustes. Dicho en el contexto del lenguaje que estamos hablando, la Base de conocimientos se ha actualizado permanentemente. La del 2006 podría ser, sin embargo su punto de partida. Esto es reconocido por los señores de Hospital I”². (folio 1360 del C. Ppal No 6).

En conclusión, el Tribunal encuentra que en la primera pericia: (i) se aplicaron procedimientos técnicos aplicables a la ciencia computacional; (ii) tuvo bases conceptuales y metodológicas suficientes en las premisas de análisis; (iii) la conceptualización es amplia y suficiente; (iv) las tareas que le fueron solicitadas al perito fueron cumplidas a cabalidad y de manera integra; (v) las comparaciones partieron de líneas de código, estructuras, tablas, módulos y funcionalidades adecuadas; (vi) se tuvo en cuenta la programación Genexus en el alcance y para los efectos necesarios en relación con el objeto del presente litigio. De tal manera que la objeción por error grave no prospera.

3. TACHA POR SOSPECHA RESPECTO DE LOS TESTIMONIOS QUE SE RELACIONANA CONTINUACION:

Se formuló Tacha de Sospecha respecto de los testigos Carmen Judith Jaimes Delgado (folio 608 del C. Ppal No. 2); Gilberto Augusto Reyes

Comentario [ZA9]: Dar espacio

² Dictamen de 16 de marzo de 2010, página 18.

Ortiz (folio 609 del C.Ppal No. 2); y respecto de Wilson Rodríguez Arguello (folio 610 del C. Ppal No. 2) así:

- En la audiencia celebrada el 29 de Julio de 2009, la cual consta en el Acta No. 10, con posterioridad a que el Presidente del Tribunal interrogara a la testigo Carmen Judith Jaimes Delgado, sobre sus generales de ley, el apoderado de la parte convocada, al tenor del artículo 218 del C.P.C., formuló tacha de sospecha respecto de la testigo, por trabajar con la convocante y dijo: *".....Señores del Tribunal yo quiero calificar como sospechosa esta testigo, la razón es muy sencilla tiene vinculación laboral con la parte convocante, la prueba pericial contable que se practicará va a dar unos elementos adicionales y en esa medida quiero que esa tacha de sospecha obre en el acta de hoy y entiendo que no puede haber pronunciamiento alguno del Tribunal, pero quiero que quede radicada en el acta del día de, no se si el Presidente quiere explicarle, porque cuando uno está ahí sentado piensa que eso es en contra uno(sic), pero eso no es contra la persona que está ahí sentada".*(Cuaderno de Testimonios, folio 50). Igualmente formuló tacha contra Gilberto Augusto Reyes Ortiz, por la misma razón (folio 614 del C. Ppal No. 2) y dijo: *"Dos cosas muy breves, la primera para que conste en el acta con el doctor que es abogado me da menos pena, es tachar al testigo como sospechoso, la causal es la misma, el señor devenga su sustento de lo que recibe en la Fundación no es un testigo fiable sumado al hecho de que casi todo lo que ha afirmado en esta diligencia no corresponde a los hechos del proceso, las preguntas que se le han hecho o no se*

relacionan con los hechos procesales o con hechos o con hechos que a él no le pueden constar de manera directa. Por esa misma razón, por la que no participa en los hechos que dan origen a esta controversia salvo lo sospechoso, yo no tengo ninguna pregunta para hacerle al doctor Reyes". (Cuaderno de Testimonios, folio 28).

- De otra parte, en la audiencia celebrada en la misma fecha el apoderado de la parte convocante formuló tacha de sospecha respecto del testigo Wilson Rodríguez Arguello, por considerar que su testimonio llevaba implícito animadversión y dijo: "*Quisiera expresar mi velo de duda sobre la veracidad de las respuestas del testigo y creo que se evidencia en la animadversión que está en su relato inicial dejo constancia dentro del acta".*

DR. ESPINOSA: Eso es una tacha?

DR. VELASCO: Sí una tacha de sospecha.

DR. RENGIFO: Planteada la tacha de sospecha...

(Cuaderno de Testimonios, folio 23)

Como quiera que el artículo 218 del C.P.C., en su inciso segundo ordena que los motivos y pruebas de la tacha se deben apreciar en la sentencia, procede el Tribunal a resolver sobre las tachas formuladas, sin dejar de advertir que de acuerdo con lo previsto en el último inciso de la norma referida, el juez debe apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y acorde con las reglas de la sana crítica.

Para emitir el correspondiente pronunciamiento, el Tribunal observa que al tenor del artículo 174 del C.P.C, “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”, precepto que debe analizarse conjuntamente con el inciso primero del artículo 187 del mismo código, que reza: “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (...)”.

Estudiadas las transcripciones de los testimonios rendidos por los testigos tachados como sospechosos y de conformidad con los argumentos esgrimidos por los apoderados de las partes para formular las respectivas tachas, el Tribunal encuentra que en efecto algunos de los testigos tienen actualmente o tuvieron en el pasado vínculos de subordinación o laborales o de otro tipo de relación jurídica con las partes, lo que llevaría a reconocer los motivos de tacha al tenor del artículo 217 del C.P.C. Sin embargo, evaluados por el Tribunal los testimonios tachados, se observa que de ellos no surgen manifestaciones que vayan en contravía o que contradigan las demás pruebas recaudadas; por el contrario, tal circunstancia **da** veracidad a la razón de sus dichos respecto de los aspectos fácticos que relataron, prácticamente llegados a su conocimiento por percepción directa, sobre algunas importantes fases de la *causa* **pretendi**, puesto que todos ellos y particularmente los que fueron objeto de tacha por el señor apoderado de la convocada, dada su cercanía al objeto de la controversia, su proximidad –aún mediando vínculos laborales o de prestación de servicios con la sociedad convocante – a la forma en que ciertos hechos se presentaron, son circunstancias que, a juicio del Tribunal no menguan ni condicionan la realidad de los acontecimientos

Comentario [ZA10]: Sin tilde

Con formato: Resaltar

Comentario [ZA11]: Pretendi?

que ellos presenciaron y respecto de los cuales depusieron, bajo la gravedad del juramento, dentro del presente proceso. En otros términos: la vinculación o relación de dependencia de algunos de los deponentes respecto de las partes aquí contendientes, no es motivo suficiente, en opinión del Tribunal, para que prosperen las tachas por sospecha contra ellos formuladas.

En cuanto concierne a la tacha por sospecha formulada por el señor apoderado de la sociedad convocante contra el testimonio del señor Wilson Rodríguez Arguello, considera el Tribunal que las observaciones sobre las cuales se fundamentó la tacha por sospecha no son bastantes para evitar que el Tribunal aprecie el dicho de este testigo, con aplicación del artículo 187 del C.P.C., pues la afirmación de que el testigo "llevaba implícita animadversión", es una apreciación subjetiva que de la lectura de la transcripción no se infiere necesariamente.

Estas razones son suficientes para que el Tribunal rechace las tachas por sospecha formuladas por la convocada contra los testigos señora Carmen Judith Jaimes Delgado y contra Gilberto Augusto Reyes Ortiz, así como las formuladas por la convocante contra Wilson Rodríguez Arguello. Así se dirá en la parte resolutive de este laudo.

4. DE LA DEMANDA PRINCIPAL, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES.

Entra ahora el Tribunal al estudio y decisión de las pretensiones de la demanda principal, su contestación y excepciones, de acuerdo con las

pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso y las normas jurídicas aplicables al caso.

1. PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL:

En la pretensión primera principal, la convocante solicita: *"PRIMERA PRINCIPAL. Incumplimiento del contrato de alianza. Solicito se declare que por parte de la CLÍNICA COUNTRY S.A. y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. se incumplió con las obligaciones principales a su cargo emanadas del contrato de Alianza FCV-CLÍNICA DEL COUNTRY, en cuanto a:*

1.1. El reconocimiento de los porcentajes que le correspondía a la FUNDACIÓN con ocasión de la comercialización del software con los desarrollos posteriores efectuados por HOSPITAL I, a partir del primero (1) de julio de 2007.

1.2. La violación a los derechos de autor que ostenta LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA respecto de las obras informáticas entregadas, que comprenden los códigos fuentes, fundamento para el desarrollo de los módulos posteriores del software que las demandadas han entregado a terceras empresas sin autorización de LA FUNDACIÓN, violando así los derechos patrimoniales de propiedad intelectual".

Frente a esta pretensión el convocado se ha opuesto de la siguiente manera:

"Me opongo radicalmente a la totalidad de la pretensión, con las precisiones adicionales que es del caso efectuar: 1. El contrato de

Alianza fue integralmente cumplido por HOSPITAL I. Fue la FUNDACIÓN quien incumplió de manera esencial sus obligaciones como habrá de demostrarse en este proceso. 2. La FUNDACIÓN no tenía ni tiene derecho a percibir la contraprestación económica pactada en el contrato, por la sencilla razón que no cumplió sus obligaciones de resultado. 3. No existe ni podría existir violación alguna a los derechos de autor de la FUNDACIÓN, simple y llanamente porque la entrega de los fuentes estaba pactada en el contrato, que además incluyó la expresa autorización para HOSPITAL I de modificarlos, al punto que la realidad es que el software HOSPITAL I constituye un software esencialmente distinto al denominado FCV.SOFT para IPS que intentó desarrollar sin éxito la FUNDACIÓN, todo lo cual habrá de demostrarse en el presente proceso. 4. El contrato preveía, como elemento esencial del mismo, por demás explícito, que HOSPITAL I podría modificar los fuentes, desarrollar nuevo software y, comercializarlo a terceros (para lo cual ninguna autorización de LA FUNDACIÓN se requería) siempre y cuando no enajenara a ningún título, prohibición esta contemplada para ambas partes, que como habrá de demostrarse, HOSPITAL I ha cumplido a cabalidad en tanto no ha procedido así la FUNDACIÓN”.

Estos argumentos de la convocada los repite dentro de su contestación en el acápite dedicado a dar respuesta a los hechos de la demanda. Así por ejemplo, en respuesta al hecho 3.27 se lee: “[...] el software que hubo de desarrollar HOSPITAL I, esto es, el denominado software HOSPITAL I, es uno sustancialmente distinto a lo que estaba contenido en los fuentes entregados, que no contenían un programa terminado y plenamente funcional”.

En respuesta al hecho 3.28 y 3.29 se lee: “[...] Al no haber cumplido sus obligaciones de resultado, no llegó a surgir derecho económico alguno a favor de la FUNDACIÓN. [...] [L]o desarrollado por HOSPITAL I es un software completo respecto del cual no cabe derecho económico alguno a la FUNDACIÓN”.

En respuesta al hecho 3.30, el demandado afirma: “[...] [E]l estudio pericial del software instalado en alguno de esos clientes demostrará, más allá de toda duda, que el software HOSPITAL I es un programa sustancialmente distinto a las fuentes incompletas e infuncionales (sic) que entregó la FUNDACIÓN”.

Así pues, lo que tendrá que resolver el Tribunal para decidir la primera pretensión de la demanda es, entre otras cosas, (i) si el software de HOSPITAL I es sustancialmente diferente al software de la Fundación Cardiovascular de Colombia, (ii) si las fuentes fueron entregadas en el año 2006 y si eran ejecutables, y (iii) si en efecto HOSPITAL I comercializó el software derivado de las fuentes del año 2006 o comercializó uno propio.

A continuación el Tribunal hará referencia a algunas de las pruebas documentales con las que se ha provisionado este litigio con el fin de decidir la pretensión:

Comentario [ZA12]: Dar espacio

1. El 28 de enero de 2003, Jorge Alberto Ortiz en representación de la Clínica del Country S.A. le dirige una comunicación a la Fundación Cardiovascular del Oriente Colombiano en donde le expresa el interés de la Clínica de adquirir un software aplicativo. Se lee en la misiva, *inter alia*, lo que sigue: “Habiendo tenido la

oportunidad de conocer la aplicación de la Fundación Cardiovascular del Oriente Colombiano, nos es grato manifestarles que ésta igualmente cumple con nuestros requisitos básicos y que sería de sumo interés para nosotros, como nos lo manifestaron en las visitas que realizamos a Bucaramanga, que pudiéramos contemplar la posibilidad de negocio con ustedes". A renglón seguido le expone los elementos que para la clínica son esenciales en el futuro negocio.

2. El 10 de febrero de 2003, Víctor Raúl Castillo Mantilla, Director Ejecutivo de la Fundación Cardiovascular del Oriente Colombiano, le responde la carta anterior a don Jorge Alberto Ortiz en donde le expresa, en esencia, *"el interés en llegar a un acuerdo para la negociación del Sistema Integral de Información de la Fundación Cardiovascular, con las siguientes modificaciones respecto a su ofrecimiento: 1. La propiedad intelectual no podrá ser transferida. [...] No obstante, se entregan las fuentes y documentación pertinente al programa y se autoriza a la Clínica del Country para que haga las modificaciones que requiera, con el reconocimiento de la autoría de las mismas. 2. A futuro la Clínica del Country no podría vender las nuevas fuentes sobre las modificaciones efectuadas hasta transcurridos 15 años".* (subrayas fuera de texto).

Así mismo se refiere al porcentaje de ingreso para la Fundación por el arriendo del producto informático, el cual difiere del planteado inicialmente por la Clínica del Country, se habla de la implantación del programa y se mencionan, finalmente, los ocho módulos que serían objeto de la negociación.

3. Esos contactos preliminares terminan con la suscripción de un contrato el día 28 de agosto de 2003 que las partes calificaron como CONTRATO DE ALIANZA FCV - CLINICA DEL COUNTRY, el cual, valga precisarlo, no ha sido objeto de cuestionamiento en cuanto a su existencia y validez. De ese contrato y para efectos de la resolución de esta pretensión se destacan los siguientes puntos o elementos:

El objeto del mismo era según la cláusula primera lo que sigue: *"LA FUNDACIÓN entrega a la CLÍNICA o a la SOCIEDAD ANÓNIMA ASOCIADA que esta constituya para la ejecución del presente contrato (que para todos los efectos también se entenderá como LA CLÍNICA), el usufructo remunerado de las fuentes del software denominado 'FCT. SOFT para IPS" que contiene los siguientes módulos: a) Historia clínica electrónica; b) Vías clínicas; c) Contabilidad, Presupuesto, Tesorería y Cuentas por Pagar; d) Facturación y Cartera; e) Compras; f) Suministros y Farmacia; g) Activos Fijos; h) Satisfacción al Cliente; i) Liquidación de Nómina; j) Módulo Gerencial".*

Dentro de esa misma cláusula primera, se señala: *"LA CLÍNICA a su vez podrá hacer al software las modificaciones que considere necesarias, y comercializará las licencias de uso, reconociendo a la FUNDACIÓN una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización en el porcentaje que se establecerá en una cláusula posterior".*

En la cláusula tercera se indica: *“En contraprestación al usufructo de las fuentes, LA CLÍNICA reconocerá a LA FUNDACIÓN un porcentaje sobre los ingresos que obtenga por arriendo o venta de las licencias de uso del software aplicativo en el territorio nacional y en el exterior, de acuerdo a la siguiente escala: [...] e) del 12.5% hasta que el acuerdo cumpla 15 años, fecha en la cual los derechos de la FUNDACIÓN expiran adquiriendo LA CLÍNICA plenos derechos económicos, la nuda propiedad y el usufructo, sobre el software objeto de este contrato”*. Así mismo y en cuanto a la remuneración el parágrafo segundo de esta cláusula también establece una participación para la Fundación con ocasión del contrato que la CLÍNICA suscribirá con la Administradora del Country S.A.: *“El acuerdo a convenir con Administradora Country S.A. establecerá que el arriendo será pagadero desde el momento en que el software asuma operatividad en reemplazo del aplicativo que actualmente soporta la gestión administrativa y operativa de Administradora Country S.A. en el Patrimonio Autónomo Nueva Clínica”*.

La cláusula quinta señala las obligaciones a cargo de la Fundación dentro de las cuales y para efectos de la decisión de este litigio se mencionan las siguientes: *“a) A entregar las fuentes debidamente documentadas; b) A proteger a la CLÍNICA de cualquier demanda o acción que terceros inicien contra ella por la violación de los derechos de autor sobre el mismo; c) A entregar su capacidad y conocimiento en el desarrollo y ejecución del presente contrato”*. Siguen otras nueve obligaciones típicas en este tipo de contratos

informáticos: fecha de instalación, soporte, capacitación, garantía de funcionamiento, etc.

La cláusula sexta se refiere a las obligaciones que asumió la CLÍNICA, dentro de las cuales, y bajo la perspectiva de este litigio, merecen destacarse las que siguen: "a) *Supervisar, administrar y controlar el uso del software que se instala; [...];* c) *Adoptar todas las medidas de seguridad necesarias para proteger la propiedad y todo derecho de la FUNDACIÓN sobre el software y materiales relacionados, como también, impedir su uso, reproducción o modificación por terceros; [...];* f) *No divulgar ni dar a conocer o traspasar el software o material relacionado, sin autorización previa y expresa de la FUNDACIÓN; [...];* h) *LA CLÍNICA se compromete a que el software únicamente podrá ser utilizado en el sistema de cómputo de las instituciones con quienes tenga contrato de arrendamiento o en el de aquellas que hayan adquirido el software aplicativo, o en las máquinas que utilice en las modalidades de software y/o colocación;* i) *En el evento en que se desarrollen por parte de la CLÍNICA sistemas de funcionalidad equivalentes, la FUNDACIÓN tendrá derecho a la participación sobre los ingresos generados por su comercialización en los porcentajes establecidos en el presente contrato [...];* j) *LA CLÍNICA no podrá vender las fuentes entregadas o modificadas del producto objeto del presente contrato, salvo previo acuerdo entre las partes;* k) *LA CLÍNICA se obliga a remitir a LA FUNDACIÓN una vez suscritos copia de los contratos de venta o arrendamiento que realice con terceros en desarrollo del objeto del presente contrato. En todo caso se*

obliga a rendir informes sobre los negocios realizados cuando así se lo solicite la FUNDACIÓN".

La cláusula novena se denomina "Cláusula de reserva" cuyo tenor es así: *"No obstante lo pactado en el presente contrato, la FUNDACIÓN conserva el derecho de uso, comercialización y modificación del código fuente objeto del presente contrato, sin que ello signifique obligación para la FUNDACIÓN de hacer entrega a la CLÍNICA de las modificaciones que le realice. Sin embargo, la FUNDACIÓN, no podrá vender las fuentes y derechos de los que trata este contrato a terceros que establezcan la comercialización de las mismas".* Una cláusula que sin evitar los desarrollos del programa y su comercialización por parte de la FUNDACIÓN, evitaba que terceros al contrato compitieran respecto de la comercialización del software.

4. El día 23 de marzo de 2004 la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA y HOSPITAL i suscriben un contrato de implantación del software *"SAM by FCVSOFT para IPS en la Clínica del Country en desarrollo del contrato de alianza suscrito previamente entre las partes. En la cláusula primera de este contrato, suscrito por las mismas partes involucradas en este litigio, se lee lo que sigue: "OBJETO. Implantar el software denominado 'SAM by FCV.SOFT' que el CONTRATISTA ha entregado al CONTRATANTE a través del contrato de alianza suscrito previamente entre las partes y el cual tiene como objeto entregar el usufructo remunerado de las fuentes del software denominado 'SAM by FCV.SOFT' el cual está*

conformado por los siguientes módulos: [...]". Se enlistan, a renglón seguido, 19 módulos.

5. En virtud de cesión contractual, HOSPITAL I asumió la totalidad de las obligaciones y derechos correspondientes a la CLÍNICA dentro del contrato de 28 de agosto de 2003 que las partes calificaron como CONTRATO DE ALIANZA FCV - CLINICA DEL COUNTRY. El documento de cesión de posición contractual de 28 de abril de 2004 es notificado al contratante cedido en esta misma fecha.
6. Figura en el expediente prueba documental contentiva de la constancia de entrega de CD con fuentes del módulo de administración de personal componente del software SAHI (Software de Administración Hospitalaria Integrado) de fecha 22 de marzo de 2006. Esa constancia aparece suscrita por el señor Wilson Rodríguez Arguello en representación de HOSPITALARIA INFORMÁTICA INTEGRADA S.A.
7. Figura en el expediente prueba documental contentiva de la constancia de entrega y recepción de las fuentes de cada uno de los módulos componentes del software SAHI, junto con la base de datos que contiene la estructura de funcionamiento asociada, de fecha 1 de junio de 2006. Según la constancia se entregaron tres CDs con cuatro archivos y estos archivos *"fueron copiados directamente al Computador del Ing. Roberto García"*. La constancia del recibimiento de las fuentes fue suscrita por el ingeniero Roberto García Torres en calidad de gerente de HOSPITALARIA INFORMÁTICA INTEGRADA.

8. El día 2 de marzo de 2007 se suscribe el acta de terminación y liquidación del contrato de implantación de software celebrado entre la FUNDACIÓN y HOSPITAL I, el día 23 de marzo de 2004. De dicha acta y para efectos de este litigio se extrae lo que sigue: “[...] e) *Que la implantación del software objeto del contrato ya fue ejecutada por la Fundación. [...] Las partes de común acuerdo proceden a la liquidación del contrato, se declaran a PAZ Y SALVO por todo concepto u obligación derivada del mencionado CONTRATO DE IMPLANTACIÓN DE SOFTWARE. Las partes expresan que aceptan la liquidación descrita en la presente acta a partir de la fecha de suscripción de la misma y se liberan mutuamente de cualquier otra obligación que pudiera provenir del cumplimiento de los compromisos adquiridos en desarrollo y ejecución del objeto general del contrato. En consecuencia renuncian mediante este escrito a cualquier reclamación posterior con ocasión a la ejecución o terminación del presente contrato*”.
9. Ese mismo día, 2 de marzo de 2007, las mismas partes suscriben otro si al contrato de ALIANZA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA- CLÍNICA DEL COUNTRY, del cual se destacan las siguientes afirmaciones, sin salvedades, que contiene ese documento: “[...] e) *Que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA hizo entrega de las fuentes, las cuales se declaran recibidas por medio de este escrito; hemos acordado modificar el contrato de USUFRUCTO REMUNERADO DE FUENTES así: PRIMERO: Las partes acuerdan modificar la cláusula tercera, VALOR DE LA VENTA Y PARTICIPACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN Y FORMA DE PAGO acordando que a partir de la fecha de suscripción de este otro sí, la FUNDACIÓN*

CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, recibirá los pagos por concepto de los porcentajes que le corresponden sobre los ingresos que obtenga por arriendo o venta de licencias de uso del software aplicativo, a partir del primero (1) de Julio del año 2007 de acuerdo a las escalas establecidas en el contrato, previa suscripción del acta de liquidación del contrato de implantación de software suscrito entre las partes el 23 de marzo de 2004"

10. El día 28 de junio de 2008 Gilberto Reyes Ortiz de la Fundación Cardiovascular le dirige un mensaje electrónico al representante legal de HOSPITAL I, Roberto García, mensaje cuya autenticidad no se ha puesto en duda, en donde le solicita lo que sigue:

"Con el fin de dar cumplimiento al contrato de alianza celebrado entre la Fundación Cardiovascular de Colombia e Informática Hospitalaria Integrada S.A. Hospital I (antes Clínica del Country), el 28 de agosto de 2003, con otro si firmado el 2 de marzo del presente, le ruego el favor de enviarme relación y copia de los contratos de venta o arrendamiento, producto de la comercialización del software denominado 'FCV SOFT para IPS'. También le ruego acompañar la información con un cronograma de pagos programados a la FCV por concepto del porcentaje participación de ingresos convenidos". Igualmente le señala las personas designadas por la Fundación para que hagan parte del Comité de Cuentas previsto en el contrato.

11. Mediante correo electrónico del 13 de julio de 2007 Gilberto Reyes le insiste al Representante legal de Hospital I: *"No me ha*

llegado la información solicitada [...] Por favor Roberto, es muy importante tener esta información, quisiera saber los motivos por los cuales no nos has suministrado dichas copias de contratos, estos no tienen nada que ver [con] el grado de cumplimiento o no del contrato. Solo son copia de los negocios que Informática Hospitalaria Integrada S.A. ha realizado. Estos deben reposar en sus archivos y tenemos el derecho de conocer los mismos”.

12. Ante las dos comunicaciones anteriores, el Gerente de HOSPITAL i responde mediante correo electrónico de 16 de julio de 2007, lo que sigue:

“Hospital i no ha vendido, ni arrendado el software ‘FCV-SOFT para IPS’. Al no haber comercializado este software no hay pagos programados por este concepto. El comité de cuentas es necesario discutirlo a la luz del contrato. Como te dije es necesario discutir los detalles que enmarca el contrato y que por los cuales la Clínica del Country generó pagos por concepto de desarrollo y también como anticipos de arrendamientos, estos desarrollos hacen parte del GAP análisis, anexo del contrato y los cuales nunca se entregaron a conformidad”.

1.1. Inferencias de lo expuesto:

De todo lo expuesto hasta ahora, se pueden hacer las siguientes inferencias, no obstante que sobre algunas de ellas se volverá más adelante: (i) que de conformidad con los correos electrónicos apenas referidos quedó planteado el conflicto; (ii) que expuesto los lineamientos generales el contrato de Alianza se observa que la titularidad del programa es de la FUNDACIÓN, la cual se desprendió del derecho de

usufructo sobre el mismo y que por ello recibiría una retribución económica (usufructo remunerado); (iii) que la FUNDACIÓN autorizaba a que la clínica o la sociedad asociada pudieran introducirle modificaciones a los fuentes del programa, todo en la mira de la comercialización del programa o sistema originalmente concebido o desarrollado por la ella; (iv) el argumento según el cual la clínica podía introducirle modificaciones al sistema, sin que el desarrollador original recibiera una retribución económica es insostenible, máxime que en el contrato de Alianza no hay un acto de transferencia o disposición gratuita del software "FCV SOFT para IPS".

Así mismo, del acta de terminación y liquidación del contrato de implantación y del otro si al contrato de alianza, ambos documentos del 2 de marzo de 2007, se puede inferir que la implantación del software en la Clínica del Country y la entrega de las fuentes resultan hechos indubitables y que la retribución económica por el usufructo del bien informático comenzaría a regir el primero de julio de 2007. Obligación que como se verá no se cumplió; por el contrario, la convocada alega unos nuevos derechos de propiedad intelectual sobre un producto que ella estima sustancialmente diferente a los fuentes originales. Se debe recordar que el contrato es de un usufructo remunerado. Dicho en otras palabras, que no hay ni ha habido una cesión de usufructo a título gratuito.

En este estado del discurso, se deberá valorar con la ayuda de la prueba técnica obrante en el proceso dos hechos fundamentales: si el sistema que Hospital i dice que es suyo es un realidad una creación

Comentario [ZA13]: En

Con formato: Resaltar

sustancialmente distinta o es una reproducción³ o copia del software “FCV-SOFT para IPS” desarrollado por la FUNDACIÓN y si las fuentes o el software⁴ al momento de la entrega eran ejecutables.

Así mismo el Tribunal deberá analizar, con la ayuda de todos los elementos de prueba con los que se ha provisionado este litigio, si ha habido comercialización del software desarrollado originalmente por la FUNDACIÓN y si ésta recibió la contraprestación económica a la que tenía derecho.

Antes de analizar la prueba técnica, es importante poner de presente que la obra o creación intelectual es objeto de protección por el derecho de autor siempre que cumpla con el requisito de la originalidad, es decir que sea resultado de la actividad creativa de su autor. El derecho de autor protege de manera independiente las obras derivadas de otras preexistentes, siempre y cuando hayan sido aprehendidas con autorización del titular de los derechos de la obra original. Al respecto se entiende lo siguiente: *“Bastaría, por tanto, que en la creación de la obra hubiera desplegado su autor una actividad creativa (...) esto es que haya recibido de la realidad o de su imaginación algún dato, éste haya sido acogido y modelado por su inteligencia y, por medio de ésta, haya sido*

³ “El derecho de reproducción es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella. Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual. También constituyen “reproducción” (...) la inclusión de una obra o de parte de ella en un sistema de ordenador (ya sea en su unidad de almacenamiento interno o en su unidad de almacenamiento externo”. LIPSZYC, Delia. Derechos de autor y derechos conexos. Ediciones Unesco, Cernialc, Zavallia. Buenos Aires, Argentina. 1993. Pág. 179.

⁴ Al respecto, téngase en cuenta que conforme con el decreto 1360 de 1989 el programa de ordenador (software) se define como “la expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado independientemente del medio en que se encuentra almacenado, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico”, el cual debe entenderse como una creación intelectual propia del dominio literario, objeto de protección mediante la ley 23 de 1982.

*trasladado a una forma externa perceptible por los sentidos; o que de esta misma manera, hubiera transformado o seleccionado y ordenado obras o elementos preexistentes si bien, en estos dos últimos casos, quien emprenda la explotación económica de la segunda obra precisara de la autorización del autor o titular derivativo de los derechos de la obra originaria*⁵. Por el contrario, si quien aprehende los elementos de una obra preexistente para crear una obra diferente, lo hace sin autorización, éste no podrá ostentar un derecho sobre dichas modificaciones o desarrollos, puesto que los mismos no tienen un origen legal. El uso y explotación de una obra preexistente, de manera parcial o total, sólo será lícita si cuenta con la autorización del autor o titular del derecho sobre la obra original.

Ahora bien, la noción de reproducción no autorizada o ilícita envuelve dos elementos esenciales: la similitud objetiva entre las dos obras o creaciones y la relación de causalidad entre la creación del demandante y la del demandado, es decir, debe existir prueba suficiente de que la segunda fue elaborada con base en la utilización que se hizo de la obra del demandante⁶. En palabras de Saiz García *“la coincidencia parcial de elementos expresivos, habiendo conocido el segundo autor la primera obra en la cual se inspira, requerirá de la autorización del autor de ésta para ser lícita”*⁷.

Se concluye entonces que en los casos de reproducción ilícita de software se requiere de un análisis complejo de la similitud sustancial de

⁵ SAIZ GARCÍA, Concepción. Objeto y sujeto del derecho de autor. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 120.

⁶ Tribunal de Arbitramento de AS COLOMBIA LTDA contra INFORMÁTICA Y GESTIÓN S. A. Bogotá, diecisiete (17) de octubre de dos mil seis (2006).

⁷ SAIZ GARCÍA, Concepción. Objeto y sujeto del derecho de autor. *Ob. cit.* Pág. 155.

las obras y el acceso a la obra. Veamos si en el presente caso, estos dos requisitos se configuran:

a). Similitud sustancial entre las obras: De la prueba técnica:

Con base en el análisis y valoración de la prueba técnica el Tribunal llegó a la convicción de que el software HOSPITAL I se basó en las fuentes que le entregó la FUNDACIÓN en el año 2006. Así, por ejemplo, en el segundo dictamen, se lee⁸:

“Sin embargo en el ANEXO 06- Listado de algunos nombres de las tablas de las bases de datos relacionales” se listan algunos nombres de las tablas para ser comparadas entre lo entregado en el 2006 a Hospital I y las de su sistema actual, encontrándose nombres equivalentes en la muestra”.

El Tribunal al analizar ese anexo seis observa que los nombres de los archivos o tablas son iguales o idénticos. Esto prueba que, en efecto, el software que alega Hospital I ser de su autoría tomó como base las fuentes entregadas por la FUNDACIÓN en el año 2006. Es decir, que HOSPITAL I trabajó sobre las mismas tablas o siglas que venían de las fuentes del año 2006. A continuación se transcriben los folios 82 y 83 del dictamen referido:

**Extracto de algunos nombres de las tablas del sistema de la
Fundación entregado a Hospital-I en el 2006
Listado proporcionado por Hospital-I**

⁸ Dictamen de 16 de marzo de 2010, página 7.

(Se entrega en el formato original como fue recibido por el perito)

ADP_ENLA_CONT
ADP_ENLA_CONT_BACK
ADP_ENLA_CONT_ENCA_BACK
ADP_ENLA_CONT_PERS
ADP_ENLA_CONT_PERS_BACK
adp_enla_cont_temp
ADP_ESCA
ADP_ESCA_ESTR
ADP_FLIQ
ADP_HCOC
ADP_HCOC_ANOC
ADP_HCOC_CYRE
ADP_HCOC_DAPR
ADP_HCOC_DVAL
ADP_HCOC_MEDI
ADP_HCOC_RCOC
ADP_HCOC_RCOC_APCO
ADP_HCOC_RCOC_APRE
ADP_HIST_INAC
ADP_HIST_INAC_PAGO
ADP_HIST_LABO
ADP_HIST_NOVE
ADP_JUZG
ADP_NOMI
ADP_NOMI_PAGO

**Extracto de algunos nombres de las tablas del sistema actual de Hospital-I
Proporcionado por Hospital-I**

(Se entrega en el formato original como fue recibido por el perito)

dbo.ADP_ENLA_CONT <i>Enlace Contable por Concepto</i>
dbo.ADP_ENLA_CONT_BACK
dbo.ADP_ENLA_CONT_ENCA_BACK
dbo.ADP_ENLA_CONT_PERS <i>Enlace Contable por Persona</i>
dbo.ADP_ENLA_CONT_PERS_BACK <i>Enlace Contable por Persona (BACKUP)</i>
dbo.adp_enla_cont_temp
dbo.ADP_ESCA <i>Escala Salarial</i>
dbo.ADP_ESCA ESTR <i>Estructura de la Escala Salarial</i>
dbo.ADP_FLIQ <i>Frecuencias de Liquidación</i>
dbo.ADP_HCOC <i>Historia Clínica Ocupacional</i>
dbo.ADP_HCOC_ANOC <i>Antecedentes Ocupacionales</i>
dbo.ADP_HCOC CYRE <i>Conclusiones y Recomendaciones de HCOC</i>
dbo.ADP_HCOC_DAPR <i>Detalle de Apreciaciones de HCOC</i>
dbo.ADP_HCOC_DVAL <i>Detalle Valores del Registro Clínico Ocupacional</i>
dbo.ADP_HCOC_MEDI <i>Médicos Asociados a Historia Clínica Ocupacional</i>
dbo.ADP_HCOC_RCOC <i>Contenido del Registro Clínico Ocupacional</i>
dbo.ADP_HCOC_RCOC_APCO <i>Apreciaciones por Código de RCOC</i>
dbo.ADP_HCOC_RCOC_APRE <i>Apreciaciones Generales del RCOC</i>
dbo.ADP_HIST_INAC <i>Historia de Inactividades Laborales</i>
dbo.ADP_HIST_INAC_PAGO
dbo.ADP_HIST_LABO <i>Historia Laboral</i>
dbo.ADP_HIST_NOVE <i>Información Adicional de Novedades</i>
dbo.ADP_JUZG <i>JUZGADOS A NIVEL NACIONAL</i>
dbo.ADP NOMI <i>Liquidación de Nomina Realizadas</i>
dbo.ADP_NOMI_PAGO <i>Pago de Nomina Realizadas</i>

Como se sabe, las bases de datos que conforman un producto de software son componentes fundamentales para el análisis de su estructura y por ende, de su funcionalidad.

Ahora bien, la diferencia en la cantidad de líneas de código no necesariamente significa que el programa con mayor número de líneas

sea un programa sustancialmente diferente al que tiene menor número de líneas de código. Se ha de recordar que la violación al derecho de autor no es un tema cuantitativo, sino cualitativo. Si una creación posterior toma de una anterior sus elementos sustanciales, aquella será una reproducción de ésta. Dicho en otras palabras, la diferencia en el número de líneas de código, así esto sea un hecho ostensible, no significa que no haya reproducción, transformación o adaptación⁹ no autorizada. Aquí valga destacar también lo que se señala en la segunda experticia ya referida:

*"El total de instrucciones de un programa o de una función, ya que los programas no son monolíticos sino que se componen de muchos programas, módulos o funciones, depende de la complejidad del algoritmo con el cual se resuelva el problema. Un algoritmo es el método utilizado para resolver un problema. Si el algoritmo está bien escrito, podemos decir que el programa es operativo sin importar el número de líneas del código fuente"*¹⁰.

Más adelante se lee: *"De acuerdo con esta forma de operar de Genexus se dificulta el análisis relacionado con copias de fuentes cuando se usa un generador. Si hubiere copia en un sistema de estos, puede sobrevenir por copia de la Base de conocimientos. Sin embargo,*

⁹ *"El derecho de transformación consiste en la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella: adaptaciones, traducciones, revisiones, actualizaciones, resúmenes, extractos, arreglos musicales, compilaciones, antologías, etcétera. La obra originaria –o primigenia, preexistente, inicial, antecedente, de primera mano u obra original como se la denomina habitualmente-, permanece inalterada en su individualidad. A ella viene a añadirse, como consecuencia de la transformación, una nueva obra; la obra derivada –o subsecuente o de segunda mano-, calidad que debe ser claramente indicada a fin de que no se confunda con la obra de la cual deriva".* LIPSZYC, Delia. Derechos de autor y derechos conexos. *Ob. Cit.* Pág. 211-212. Vale aclarar que sólo quien ha transformado una obra de dominio privado con expresa autorización del titular de la obra original es titular del respectivo derecho de traducción, adaptación, arreglo, etc. Si no media autorización, dicha transformación o adaptación es una infracción a los derechos de autor del titular de la obra original.

¹⁰ Página 8 del dictamen técnico del 16 de marzo de 2010.

conociendo la movilidad en el desarrollo de software es seguro pensar que el sistema de hoy no es igual al de ayer y que sobre el anterior hay una suma enorme de experiencia, desarrollo, modificaciones y ajustes. Dicho en el contexto del lenguaje que estamos hablando, la Base de conocimientos se ha actualizado permanentemente. La del 2006 podría ser, sin embargo su punto de partida. Esto es reconocido por los señores de Hospital I"¹¹.

En igual sentido, más adelante, y siempre dentro de la misma experticia, se lee: "*Sobre los módulos y funcionalidades del sistema que hoy en día usa Hospital-I con respecto del que inicialmente se entregó se puede afirmar que su naturaleza es de índole similar o equivalente. No aplica la palabra igual pues el software nunca es estático y el mismo proceso de desarrollo y uso va generando nuevas funcionalidades y modalidades. Lo extraño sería que fueran iguales. Hospital-I en las reuniones sostenidas no niega que lo que tienen es originado por lo recibido de la Fundación en el 2006. Lo que tiene ahora incluye funcionalidades nuevas, modificadas y anuladas por ellos debido al proceso natural de actualizaciones"¹².*

Por supuesto que el software que la FUNDACIÓN efectivamente le entregó a HOSPITAL I en el año 2006 (sobre esto se volverá más adelante) tiene menos líneas de código que las que tiene el llamado software HOSPITAL I del año 2009. Es, pues, natural que este tenga más líneas de código no sólo porque HOSPITAL I fue autorizado para modificarlo, sino además porque HOSPITAL I utilizó para su ampliación a

¹¹ Página 18 del dictamen técnico del 16 de marzo de 2010.

¹² Páginas 18 y 19 del dictamen técnico del 16 de marzo de 2010.

un generador de software (GENEXUS). Mejor dicho, es natural que tres años después, del 2006 al 2009, el sistema de HOSPITAL I haya tenido mayores desarrollos, pero el origen de este software está, sin duda, en las fuentes entregadas en el año 2006.

El Tribunal observa que en el año 2006 el total de líneas por módulo del sistema SAHI (Software de Administración Hospitalaria Integrado) es casi idéntico a las reportadas por HOSPITAL I. En efecto, el número de líneas reportadas por la Fundación tiene un total de 1.633.663¹³, frente a las 1.632.343¹⁴ reportadas por HOSPITAL I. La diferencia, pues, es mínima. Y son esas fuentes, las que le sirvieron de base a HOSPITAL I para desarrollar el software que hoy usa y comercializa. Basta mirar el anexo 6 del dictamen en donde se aprecia, se repite, que los nombres de los archivos o tablas son casi idénticos.

Pero hay más: si tomamos en consideración cuatro de los módulos que pueden ser los más representativos del sistema, es decir, el módulo ADM (admisiones), el CIT (citas), el HCE (Historia clínica electrónica) y el SUM (Suministros¹⁵), el análisis de variación en líneas de código Visual Basic es el siguiente¹⁶:

¹³ Página 20 del dictamen técnico del 16 de marzo de 2010

¹⁴ Página 29 del dictamen técnico del 16 de marzo de 2010.

¹⁵ En HOSPITAL I se usa la sigla COM en lugar de SUM.

¹⁶ Es información se deduce del cuadro intitulado "Total de líneas por módulo SAHI" que aparece en la página 20 y del cuadro de la página 29 ambos del segundo dictamen de 16 de marzo de 2010.

Módulos	Variación de líneas fuentes entre el sistema actual de HPI y el sistema inicial de la FCV programas en Visual Basic
ADM	63,63%
CIT	56,26%
HCE	79,82%
SUM	107,97%

Lo que se puede deducir es que estos módulos presentan porcentajes de líneas de código, si bien evidentemente no iguales, sí cercanas. Respecto del módulo SUM (se llama COM en HOSPITAL I), este módulo presenta un número de líneas casi igual, es decir, que no ha sufrido demasiados cambios.

Todos estos son elementos de convicción que llevan al Tribunal a deducir que la base del software de HOSPITAL I son las fuentes entregadas por la FUNDACIÓN a HOSPITAL I en el año 2006.

Es aquí donde se observa la reproducción violatoria del derecho de autor en tanto y en cuanto la FUNDACIÓN no cedió el usufructo de su software (las fuentes) gratuitamente, sino, por el contrario, facultó o autorizó la modificación, transformación o adaptación del software, pero sujeta, esa facultad de **exclusiva** autorizada, al pago de una contraprestación económica, fijada en la cláusula tercera del contrato original, modificada en el otro si de 2 de marzo de 2007. El contrato de Alianza es, pues, un "usufructo remunerado" y no uno gratuito del software "FCV.SOFT para IPS". *"Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas [...] de disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte"*, señala el artículo 3 de la ley 23 de 1982.

Comentario [ZA14]: Exclusividad?

El número de líneas de código no es criterio suficiente para determinar la diferencia sustancial entre dos obras. La reproducción del derecho de autor se reitera, no es un tema cuantitativo, sino cualitativo. En el presente caso, la diferencia de los dos programas de computación no depende sustancialmente del mayor número de líneas de código, sino, por el contrario, de si hubo utilización o explotación de la base del conocimiento de la creación anterior, expresada en las fuentes desarrolladas y entregadas a Hospital I en el año 2006.

Ahora bien, en los alegatos de conclusión la demandada insistió en que el software de Hospital I es esencialmente distinto a las fuentes que entregó la Fundación: *“La demostración sobre tal diferencia esencial se encuentra en un sinnúmero de elementos que corresponde proceder a enunciar: “[...] b. El desarrollo de gran parte del software HOSPITAL i está en GENEXUS y no en VISUAL BASIC como el de la FUNDACIÓN. c. [...] Está demostrado que todo el desarrollo de la FUNDACIÓN está en VISUAL BASIC 6.0 (entre otros, el testimonio de la señora ARACELY JAIMES CHANAGA) y está igualmente demostrado que los desarrollos de HOSPITAL i están principalmente en GENEXUS”*¹⁷.

Ello no es tan cierto. En el primer dictamen se lee: *“Por otra parte, ambos productos de software utilizan una herramienta de software llamada “GENEXUS” para desarrollar código fuente”*¹⁸. Circunstancia que tan bien fue corroborada por el segundo dictamen, es decir, que el software de la Fundación también utilizó Genexus. Y a la inversa, el

¹⁷ Página 51 de los alegatos de conclusión de la demandada.

¹⁸ Página 15 de 40 del primer dictamen pericial.

software Hospital I usó Visual Basic: *"Se puede inferir entonces que en un 30% de los desarrollos de Hospital-I se han desarrollado con Genexus. El resto se ha usado Visual Basic directamente"*, señala el segundo dictamen¹⁹.

Para este Tribunal, pues, es concluyente la frase del primer dictamen: *"[E]l software que funciona en la "Clínica del Country" ha sido desarrollado posteriormente con los fuentes entregados por LA FUNDACIÓN"*²⁰.

Hay violación del derecho de autor, si se toman o reproducen los elementos sustanciales de una creación precedente. Y aquí se llega a esta deducción no sólo por lo dicho anteriormente, sino también porque los códigos fuentes le fueron entregados a la Fundación y porque, además del paso de ingenieros de la Fundación a Hospital I²¹, el ingeniero Roberto García quien venía de trabajar en el Hospital San Ignacio en donde el software hospitalario estaba instalado, terminó trabajando con la demandada: *"Cuando salí de la Universidad Javeriana, el Hospital San Ignacio fui contratado por Informática Hospitalaria para llevar a cabo un contrato o para trabajar en alianzas que tenía con la Fundación [...] Fue (sic) a Hospital i, era para acompañar el desarrollo por encargo que fue dado a la Cardiovascular de acuerdo a un claro análisis que acompaña al contrato y ese gran análisis era el now know de la clínica, eso es lo que debía haber terminado la fundación y que cuando yo llegué no había terminado y estaba en un porcentaje muy*

¹⁹ Página 24 del segundo dictamen.

²⁰ Página 4 de 40 del primer dictamen pericial.

²¹ *"[...] pues al mediar el hecho de que Hospital-I contrató a Ingenieros de sistemas de la Fundación quienes eran y son conocedores del software, no hacían tan necesaria la documentación"*, se lee a página 4 del segundo dictamen de 16 de marzo de 2010.

bajo en ese momento [...]. A partir de eso Hospital i empezó a desarrollar el nuevo software [...]”²², señaló el ingeniero García en su interrogatorio de parte.

Téngase en la cuenta que los derechos patrimoniales establecidos en el artículo 12 de la ley 23 de 1982 y en especial los referidos a la adaptación, arreglo o transformación de la obra, suponen que la obra original, o parte de la misma, sea usada por un tercero con el fin de crear una obra diferente. En estos casos, las condiciones de la autorización de uso de la obra original (reproducción, adaptación o transformación) son determinadas por el titular del derecho de autor en virtud del derecho exclusivo que ostenta de autorizar el uso de su obra (*ius excludendi alios*); si las condiciones impuestas por el autor para autorizar el uso de su obra, como lo sería por ejemplo, el pago de un

Comentario [ZA15]: Una

Otros elementos de la prueba técnica recogida:

En el primer dictamen pericial se le preguntó al perito (pregunta cinco) lo que sigue:

“Verificará si los códigos fuente con base en los cuales se han construido los aplicativos en salud que funcionan en la CLÍNICA DEL COUNTRY, fueron los entregados por la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR [...]”.

²² Folios 26 y 27 del Cuaderno de testimonios No. 1.

El perito respondió: *“Sí. Los códigos fuente con base en los cuales se han construido los aplicativos en salud que funcionan en la CLÍNICA DEL COUNTRY, fueron los entregados por la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR”*²³

Igualmente se le preguntó al perito (pregunta seis) lo que sigue:

“Analizará los elementos constitutivos del software que funciona en la Clínica del Country S.A.: aplicativos, manuales de usuario, descripciones de código y demás elementos que lo constituyen, y determinará si esa herramienta informática ha sido desarrollada posteriormente con base en los fuentes entregados por la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR”

Frente a la cual, el perito respondió: *“La respuesta es sí, el software que funciona en la “Clínica del Country” ha sido desarrollado posteriormente con base en las fuentes entregados por LA FUNDACIÓN”*²⁴.

La reproducción sustancial del software de la FUNDACIÓN de parte de HOSPITAL i, se observa meridianamente con la evidencia técnica que el perito suministra como soporte a la respuesta 5 formulada por la convocada.

El perito comienza diciendo que *“se hará un análisis comparativo entre la base de datos del software entregado por LA FUNDACIÓN y la base de datos del software “HOSPITAL-I”*. Y aquí, por ejemplo, se lee lo que

²³ Página 3 de 40 del primer dictamen técnico.

²⁴ Página 4 de 40 del dictamen técnico de noviembre de 2009.

sigue: *"Con base en los resultados del reporte: (1) Existen 232 TABLAS cuyos nombres y estructuras son 'idénticas' en ambas bases de datos, es decir, sus componentes internos (campos, tipos de campos, entre otros) no tienen diferencia alguna. A manera de ejemplo, la siguiente pantalla muestra que la estructura de la tabla 'admAuto Tipobase' cuyo nombre es el mismo en ambas bases de datos, es idéntica²⁵. [...] La siguiente pantalla muestra la vista 'citProgramadas' donde se puede observar que la consulta SQL a la base de datos es idéntica en ambas bases de datos: [...] (2) Se encontraron 86 procedimientos almacenados cuyos nombres y código fuente son el mismo en ambas bases de datos, no tienen diferencia alguna. A manera de ejemplo, la siguiente pantalla muestra que el procedimiento almacenado 'sp_cxcCosolidadoEdades', cuyo nombre es el mismo en ambas bases de datos, es idéntico: [...] La siguiente pantalla muestra el procedimiento almacenado 'sp_cxcCosolidadoEdades' donde se puede observar la igualdad del código fuente escrito"²⁶.*

En esa misma evidencia técnica a la respuesta 5, el perito encontró, en la comparación entre los dos programas, *"similitud estructural"* y *"archivos de código fuente idénticos"*. Por la importancia de la prueba técnica en este proceso, el Tribunal quiere seguir transcribiendo lo expuesto en la experticia.

Sobre la similitud estructural de las bases de datos afirmó: *"Se observa que las bases de datos de ambas plataformas tienen estructuras similares (en muchos casos idénticas); el hecho de que una base de*

²⁵ Página 23 de 49 del primer dictamen técnico.

²⁶ Páginas 25, 26 y 27 de 40 del primer dictamen.

datos tenga más o menos objetos (tablas, vistas, etc.) que otra, que una de sus tablas tenga más o menos campos que otra al interior de su estructura, o incluso que una de las bases trabaje sobre 'intercalaciones' ('collations') SQL distintas (muchos de los objetos 'difieren' por este aspecto), no afecta la condición para que exista similitud 'estructural' (tablas, vistas y procedimientos almacenados) entre ambos productos de software, ello independientemente de si existe similitud en líneas de código en los módulos o programas de la capa de aplicación, lo cual se procede a analizar a continuación"²⁷.

Sobre los archivos de código fuente dijo: *"En segundo lugar, se realizó un análisis comparativo entre el código fuente del software entregado por LA FUNDACIÓN y el código fuente del software 'HOSPITAL-I'. Al utilizar las herramientas 'PROJECT DIFF' y 'PRACTILINE SOURCE CODE LINE' [...], se encontró que, de un total de 1.744 archivos de código fuente de MS VISUAL BASIC (proyectos o archivos '.VBP', pantallas o archivos '.FRM', clases o archivos '.CLS', entre otros) que tiene el software 'HOSPITAL-I', 748 archivos de código fuente son idénticos a los que tiene el software entregado por LA FUNDACIÓN"²⁸. Después nos muestra que los archivos correspondientes al modulo de activos fijos y al modulo de citas son archivos con código fuente idéntico en ambas versiones comparadas²⁹ y después indica: "Anexo 2.3- Archivos idénticos.PDF" Muestra, uno a uno, el nombre y el tamaño de los archivos de código fuente idénticos en ambos productos de software, encontrados por la herramienta"³⁰.*

²⁷ Página 29 de 40 del primer dictamen.

²⁸ Página 29 de 40 del primer dictamen.

²⁹ Ver páginas 30 a 32 del primer dictamen

³⁰ Página 33 de 40 del primer dictamen.

En el punto de que los módulos de ambos programas son casi idénticos, coinciden ambas experticias³¹. Las pruebas técnicas con las que se ha alimentado este proceso son, pues, concordantes y elocuentes en cuanto a la reproducción sustancial de las fuentes y desarrollos de la demandante. Esto llevará al Tribunal a desechar, como se indicará *infra*, la pretensión según la cual el software de Hospital i, es sustancialmente diferente al de la Fundación.

A pesar de lo abrumadora que resultó la prueba técnica para deducir la copia del software de la Fundación Cardiovascular, el Tribunal quiere destacar lo que el segundo perito recurrentemente denominó "la base de conocimientos":

Así, por ejemplo, en el segundo dictamen, se lee: *"El programador o arquitecto del sistema se concentrarán en mantener actualizada la Base de conocimientos que, dicho de otra manera, es el diseño del sistema. Si se da la necesidad de hacer un cambio en el sistema, no entra a modificar el código fuente directamente sino que interactúa con la Base de conocimiento a través de los interfaces del sistema Genexus para regenerar de nuevo el código"*. Más adelante se lee: *"De acuerdo con esta forma de operar de Genexus se dificulta el análisis relacionado con copias de fuentes cuando se usa un generador. Si hubiere copia en un sistema de estos, puede sobrevenir por copia de la Base de conocimientos. Sin embargo, conociendo la movilidad en el desarrollo de software es seguro pensar que el sistema de hoy no es igual al de ayer y que sobre el anterior hay una suma enorme de experiencia, desarrollo, modificaciones y ajustes. Dicho en el contexto del lenguaje que estamos*

³¹ Véanse a propósito los cuadros que aparecen en el primer dictamen a páginas 34 y 38.

hablando, la Base de conocimientos se ha actualizado permanentemente. La del 2006 podría ser, sin embargo su punto de partida. Esto es reconocido por los señores de Hospital I³² (subrayas nuestras).

Incluso en los alegatos de conclusión de la parte demandada se lee: *“El testimonio del ingeniero Wilson Rodríguez explicó extensamente porque las fuentes entregadas por la Fundación no estaban terminadas, no cumplían las tareas para las que fueron encargadas y por ello hubo HOSPITAL i de hacer nuevamente todos los programas para que cumplieran las funcionalidades esperadas, lo que obviamente no se contraponen al hecho de que las fuentes originales se hubieren utilizado”*³³ (subrayas del Tribunal).

De modo pues que para determinar la reproducción no autorizada del software el criterio no está en el *quantum* de líneas de código (las cuales como se vio tampoco son grandes en los módulos principales del sistema: ADM, CIT, HCE y SUM), sino más bien en determinar si el diseño del programa y la base estructural del mismo (las bases de datos) fue reproducido y esto resultó evidente en los dos dictámenes obrantes en el proceso.

De la valoración de la prueba técnica obrante en el proceso, el Tribunal concluye que el software que HOSPITAL I reputa como suyo tiene como base la parte esencial de las fuentes entregadas por la FUNDACIÓN en cumplimiento del contrato que las partes denominaron de Alianza, y en la medida en que HOSPITAL I no cumplió con su obligación de pagar el

³² Página 18 del segundo dictamen.

³³ Página 42 de los alegatos de conclusión de la demandada.

porcentaje acordado, dicho uso, bien se trate de la reproducción, transformación o adaptación de la obra, se reputa no autorizado y violatorio de los derechos de autor de la FUNDACIÓN. *“Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas [...] de disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte”*, señala el artículo 3 de la ley 23 de 1982.

b). Acceso a la obra.

Entrega del software

Existe prueba documental contundente sobre la entrega del software y sobre la cual ya se ha hecho referencia. Sin embargo por la insistencia del apoderado de la convocada en que la Fundación no hizo entrega del producto informático y que por lo tanto para ella nunca surgió el derecho económico a la contraprestación establecido en el contrato de Alianza y en el otro si del 2 de marzo de 2007, el Tribunal vuelve en detalle sobre esa prueba documental:

- (i) Aparece constancia de entrega de CD con fuentes del módulo de administración de personal componente del software SAHI (Software de Administración Hospitalaria Integrado) de fecha 22 de marzo de 2006;
- (ii) Existe constancia de entrega y recepción de las fuentes de cada uno de los módulos componentes del software SAHI, junto con la base de datos que contiene la estructura de funcionamiento asociada, de fecha 1 de junio de 2006;
- (iii) El día 2 de marzo de 2007 se suscribe el acta de terminación y liquidación del contrato de

implantación de software celebrado entre la FUNDACIÓN y HOSPITAL I. En dicha acta se lee: *“Que la implantación del software objeto del contrato ya fue ejecutada por la Fundación”* y (iv) Ese mismo día, 2 de marzo de 2007, las mismas partes suscriben otro si al contrato de ALIANZA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA- CLÍNICA DEL COUNTRY, en el cual se lee: *“Que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA hizo entrega de las fuentes, las cuales se declaran recibidas por medio de este escrito”*.

De acuerdo con la prueba documental recaudada, entre la constancia de entrega de 1 de junio de 2006 y el acta de liquidación del contrato de implantación de software de 2 de marzo de 2007, existe la **comunicación** de octubre 12 de 2006 de Hospital I, que aunque no aparece suscrita su autenticidad no fue discutida en el trámite, en donde éste le manifiesta a la Fundación entre otras cosas lo que sigue:

Con formato: Resaltar

“Consideramos que los únicos fuentes que después de entregados, compilados y evaluados por Hospital i y que de alguna manera cumplieron con la funcionalidad y objetivos del gap ‘críticos’ son Historia C., Admisiones, Citas, Contratos y Suministros (con muchas observaciones). Los demás módulos o por lo menos los que hemos podido evaluar – ADP, Tesorería, Cartera, Facturación y Contabilidad, estamos terminando de rehacerlos y lo digo porque es fácil comprobarlo con el CD de fuentes entregado por ustedes. [...] Solo hasta que el sistema este al 100% de su funcionalidad mínima en todos los módulos que son el objeto del contrato se podrá pensar en el usufructo de regalías por parte de la Clínica del Country. [...] Creemos que el contrato de implantación fue incumplido por parte de la Fabrica de Software [...]”.

Aparece en el expediente una carta de respuesta de 20 de octubre de 2006, de la Fundación a Hospital I, en igual situación a la anterior, esto es, sin rúbrica, pero cuya autenticidad tampoco se controvertió en la instancia, en la cual después de una explicación de los puntos planteados en la misiva anterior, indica: *"Adicionalmente a esto, es claro que el contrato de alianza no se está cumpliendo con la obligación contractual de información (sic) para la definición de los planes de mercado, precios de clientes y de la ejecución (sic) de los contratos por usufructo que el Hospital I viene desarrollando"*.

Esa disonancia fáctica y conceptual entre las dos partes terminó zanjada con el acta de terminación y liquidación del contrato de implantación de software de 2 de marzo de 2007 e, incluso, con el otro sí al contrato de alianza, materia de este litigio, en donde en el ordinal e) las partes manifestaron: *"Que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA hizo entrega de las fuentes, las cuales se declaran recibidas por medio de este escrito"*. Así pues, la implantación del software en la Clínica del Country y la entrega de las fuentes son para este Tribunal hechos indubitables, así haya habido vicisitudes en la ejecución de la relación comercial entrabas.

Y en punto de la entrega, un punto adicional por cuanto en el debate se discutió si la entrega del software se había hecho con o sin la documentación respectiva. En esto el Tribunal quiere transcribir lo que halló en la segunda experticia: *"En el caso que nos ocupamos se presenta algo muy particular y es el hecho de que la empresa desarrolladora, la Fundación, acepta en el acuerdo que algunos de sus ingenieros conocedores del sistema sean contratados por la empresa"*

receptora Hospital-I. Es equivalente a entregar los programas fuentes con el 'know how' que dichos ingenieros llevan consigo, lo cual facilita a la empresa receptora el trabajo para develar, conocer y poner a funcionar los programas. El material entregado en el caso de esta negociación no sería el apropiado si no mediara la contratación de los ingenieros mencionados. Se observa que esto no fue un elemento de discordia fundamental pues al mediar el hecho de que Hospital-I contrató ingenieros de sistemas de la Fundación quienes eran y son conocedores del software, no hacía tan necesaria la documentación³⁴. (Subrayas del Tribunal). La entrega es pues indubitable.

- Valor del acta de terminación y liquidación del contrato de implantación del software de 2 de marzo de 2007

La parte convocada ha querido desconocer el alcance del acta de terminación y liquidación del 2 de marzo de 2007. Léase al efecto y por ejemplo, lo sostenido al respecto por el testigo Jorge Alberto Ortiz Jaramillo quien la suscribió como representante legal de Hospital I:

“El documento que yo firmo con Víctor liberándolo de la responsabilidad con la implantación es una negociación, no refleja la realidad, ellos dejaron el proceso de implantación a mediados de 2006, cuando nos entregan las fuentes, a mediados de 2006 ustedes en las visitas que hagan a Clínica del Country S.A. pueden pedir cuál era el estado de la implantación en ese momento y les darán un listado extenso de requerimientos por desarrollar”³⁵.

³⁴ Página del segundo dictamen de 16 de marzo de 2010.

³⁵ Folio 105 del Cuaderno de Testimonios No. 1.

En los alegatos de conclusión de la demandada de análoga manera se sostuvo: *" Adicional a ello y solo para dar un contexto adecuado, hay que mencionar que la Fundación ha venido a sostener que el contrato de implantación fue terminado y liquidado porque había esa entidad cumplido sus obligaciones, pero la realidad es otra, pues tal como lo admitió el Representante Legal de la Fundación durante el interrogatorio de parte (pregunta 18), esa terminación se dio dentro de un proceso de negociación"*³⁶

Sin embargo, para el Tribunal ello es contradictorio en la medida en que ese mismo día se celebra entre los mismos sujetos negociales un otro si al contrato de Alianza en donde se ratifica *"que la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA hizo entrega de las fuentes, las cuales se declaran recibidas por medio de este escrito"*.

*"La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada de aquellos que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como: error, fuerza o dolo"*³⁷.

Observa el Tribunal que sobre esa acta de liquidación del 2 de marzo de 2007 no se ha cuestionado su existencia o validez, no obstante la

³⁶ Página 42 de los alegatos de conclusión de la demandada.

³⁷ Consejo de Estado. Sentencia de Abril de 10 de 1997 .

evidente coligación negocial que existió entre el contrato de implantación de software y el contrato de Alianza³⁸. Total no es de recibo la tesis de la demandada en el sentido de que esa acta no recoge lo que Hospital I quiso negociar con la demandante.

Las fuentes de la Fundación no fueron creadas por encargo

No se puede hablar en el *sub iudice* de una obra por encargo por cuanto del *iter* contractual se observa que ya las fuentes existían -así fueran objeto de desarrollo-, para el momento en que las partes suscribieron el contrato de Alianza y así la entrega de las mismas se haya prorrogado hasta el año 2006. La obra por encargo es una obra que no ha sido creada por el autor al momento del contrato de prestación de servicios y es creada en virtud de una serie de instrucciones dadas por el contratante, quien asume los riesgos y gastos de la obra intelectual, es pues una obra futura y determinada o determinable. Estas características son ajenas a la creación intelectual preexistente, fruto de la iniciativa exclusiva de su autor, como es el caso de las fuentes de la FUNDACIÓN.

Para probar la preexistencia de las obras, también figuran en el expediente certificados de registros de cesión de derechos patrimoniales a favor de la Fundación³⁹. Si bien el registro no es constitutivo del derecho, si tiene por objeto el de *"a) Dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley, y b) Dar garantía de autenticidad y seguridad a los*

³⁸ Sobre coligación negocial véase en especial Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 25 de septiembre de 2007, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo.

³⁹ Folios 1 a 47 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

títulos de derechos de autor y derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere", reza el artículo 4 de la ley 44 de 1993 (subrayas del Tribunal).

Ahora, nótese que de acuerdo con el artículo 20 de la ley 23 de 1982, la existencia de una obra por encargo y la presunción de cesión de derechos patrimoniales opera sólo en tanto y en cuanto se cumplan todos los elementos definidos en la norma, como son: (i) un contrato de prestación de servicios; (ii) una persona natural o jurídica encargante; (iii) uno o varios autores encargados (quienes debe ser personas naturales conforme con nuestro sistema de autor); (iv) un encargo, que se entiende como la obra futura determinada o determinable; (v) un plan señalado por el encargante; (vi) la ejecución del contrato por cuenta y riesgo del contratante; y (vi) el pago de los honorarios al autor de la obra.

Ahora bien, de aceptarse que la obra entregada por la FUNDACIÓN a HOSPITAL I es una obra creada por encargo, el panorama no sería diferente al ya planteado y a la aplicación del contrato de alianza celebrado entre las partes, puesto que debe recordarse que la presunción legal de cesión de derechos patrimoniales establecida en el artículo 20 de la ley 23 de 1982 sólo opera en la medida que no exista un pacto o acuerdo en contrario que regule la titularidad de los derechos sobre la obra intelectual. Al respecto, la Corte Constitucional sostiene que la transferencia de los derechos patrimoniales de la obra encargada opera en virtud de una presunción legal de cesión, y señala que esta modalidad de cesión "(...) *antes que vulnerar el principio de libertad contractual de las personas, lo reivindica, pues radica, **salvo acuerdo***

expreso en contrario, la capacidad de disposición sobre la obra en quien la impulsa, la financia, realiza las correspondientes inversiones y asume los riesgos, sin menoscabar con ello los derechos morales de cada uno de los colaboradores y sin restringir su capacidad para libremente acordar los términos de sus respectivos contratos. Es claro, que en cada caso particular primará la voluntad de las partes, **las cuales podrán libre y autónomamente acordar los términos de contratación; sin embargo, en el evento de que no se estipule cosa distinta se aplicará la presunción legal de cesión de los derechos patrimoniales consignada en el artículo 20 de la ley 23 de 1982(...)**"⁴⁰. (Negrillas fuera de texto).

En el presente caso, es claro que las partes de común acuerdo acordaron mediante el contrato denominado de Alianza, el tratamiento de los derechos sobre la obra y el **usufructo remunerado** de la misma. Así pues, no queda duda de que aún si se hubiese logrado probar la existencia de una obra por encargo, ésta no generaría los efectos pretendidos por la convocada y señalados en el artículo 20 de la ley 23 de 1982, puesto que las partes acordaron de manera expresa como se ejercerían los derechos de carácter patrimonial sobre las fuentes entregadas y que sólo pasados 15 años, "los derechos de la FUNDACIÓN expiran adquiriendo LA CLÍNICA plenos derechos económicos, la nuda propiedad y el usufructo, sobre el software objeto de este contrato".

Sobre el argumento de la obra por encargo esgrimida en los alegatos de conclusión por la demandada valgan, además, las siguientes consideraciones:

⁴⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-276 de 1996, junio veinte (20) de mil novecientos noventa y seis (1996), Exp. No. D - 1163.

La tesis central del demandado es que la obra por encargo fue incumplida y por eso no se origina retribución económica para el demandante, no obstante que además alega que el software de Hospital i es sustancialmente diferente al de la Fundación. Señala la demandada en sus alegatos de conclusión: *"[...] el software por encargo es una de aquellas hipótesis donde se transfieren por acto inequívoco los derechos patrimoniales sobre el software, con lo cual, la Fundación desde un principio estaba obligada a ello. Lo que pasa es por efecto de su incumplimiento esencial, la contraprestación económica (los honorarios) a que hubiera podido tener derecho no llegó nunca a ser exigible"*⁴¹.

No resulta convincente que se alegue que la obra es por encargo cuando de por medio no ha habido el pago de la retribución económica acordada, que en este caso sería el porcentaje por los ingresos con ocasión de la explotación comercial de la obra. Para que haya cesión de los derechos patrimoniales de la obra a favor del encargante, es elemento estructural de la figura el pago de los honorarios o de la retribución económica establecida por las partes. El no pago impide que la presunción de cesión opere a favor del encargante y además si la obra se comercializó, se está violando el derecho de autor a consecuencia del incumplimiento del contrato, como en este caso ha sucedido.

Argumentó el demandado que para la Fundación nunca surgió derecho a percibir la participación en los ingresos de arriendo, pues tal derecho pendía de la entrega oportuna y terminada y en operación del software.

⁴¹ Página 11 de los alegatos de conclusión de la demandada.

Como ha quedado dicho, la entrega del software ha despuntado un hecho irrefutable; el dictamen técnico conceptúo que el software era ejecutable y frente a su terminación ha de recordarse que mediante el contrato de Alianza Hospital I estaba legitimado para mejorarlo y actualizarlo. Aquí el punto es que Hospital i no pagó la participación por la explotación comercial del software que le fuera entregado por la Fundación en el año 2006. Cosa que igualmente ha devenido incontrovertible.

En ese orden de ideas, podría afirmarse que el software entregado a HOSPITAL I fue un software que se fue adaptando a las necesidades del cliente (*customized software*), en contraposición, por supuesto, del software creado por encargo o a la medida del cliente (*custom-made software*), en el cual –en este último- el autor o programador parte de cero y para su creación sólo tiene en cuenta las instrucciones otorgadas por el encargante. En el presente caso el software materia del contrato se adaptó a las necesidades de Hospital I. Obsérvese que en la cláusula séptima del contrato de Alianza las partes señalaron en punto de sus obligaciones compartidas que *“Como paso previo a la ejecución del programa de Planeación, implantación y transferencia del conocimiento, la FUNDACIÓN y LA CLÍNICA conformaron un grupo interdisciplinario para realizar un GAP ANÁLISIS entre el aplicativo que actualmente corre en la operación del Patrimonio Autónomo Nuevo Clínica y el “FCV.SOFT para IPS”. Esto con el fin de determinar en qué aspectos el software objeto de este contrato debe adaptarse en el proceso de implantación y así evitar vacíos informáticos en áreas que el software actual representa una solución al Patrimonio Autónomo Nueva Clínica”*. (Subrayas del Tribunal).

Las partes, pues, fueron conscientes de que el software materia de la negociación era para hacérsele adaptaciones, ajustes, modificaciones. Y que, por supuesto, no era un producto terminado, a tal punto que la negociación, en últimas, obsérvese, recayó sobre las fuentes del producto informático y es con el uso de las fuentes que el software se adapta, se ajusta, se corrige, se modifica. La cláusula séptima apenas referida continúa: *"El resultado del GAP ANÁLISIS, que forma parte integral de este contrato (ANEXO 3,), establece con precisión las modificaciones que se deben realizar al software 'FCV.SOFT para IPS' con anterioridad a la implantación en la operación del Patrimonio Autónomo Nueva Clínica y establece un plan de proyecto que muestra detalladamente las actividades que se llevarán a cabo para realizar estas"* (subrayas del Tribunal).

En este orden de ideas y por su pertinencia se recuerdan, a guisa de ejemplo, otras cláusulas del contrato relacionadas con la posibilidad de modificar las fuentes: La cláusula primera, *"LA CLÍNICA a su vez podrá hacer al software las modificaciones que considere necesarias"*; la quinta e) *"El proceso de Transferencia del conocimiento de los programas fuentes a los ingenieros de la CLINICA para que puedan modificar con conocimiento suficiente el código fuente en futuras implementaciones será llevado a cabo en la ciudad de Bucaramanga"*; la sexta i) *"En el evento en que se desarrollen por parte de la CLÍNICA sistemas de funcionalidad equivalentes, la FUNDACIÓN tendrá derecho a la participación sobre los ingresos generados por su comercialización en los porcentajes establecidos en el presente contrato"*.

Finalmente, no se comparte la tesis según la cual como había un usufructo sobre las fuentes, la nuda propiedad era de la demandada, por cuanto desde un principio ésta fue consciente que la titularidad sobre las fuentes del software estaba radicada en la Fundación. En este caso existe la entrega de unas fuentes para ser comercializadas; pero el acto de concesión del usufructo proviene del titular del derecho de propiedad intelectual sobre ellas. Tan es así que las partes en su acto de disposición de intereses original de 2003 previeron que cuando éste cumpliera 15 años, los derechos de la Fundación expirarían adquiriendo la Clínica plenos derechos económicos, la nuda propiedad y el usufructo, sobre el software materia del contrato.

El programa de la Fundación era ejecutable

Decir que el programa entregado por la Fundación a Hospital i no era compilable o ejecutable no tiene apoyatura fáctica en el proceso. Por el contrario, hay constancia de recibo del programa sin que la demandada hubiere advertido irregularidad o anomalía. Además, el contrato de implementación del software fue debidamente liquidado y en el otro si al contrato de alianza, HOSPITAL I da por recibido los códigos fuentes, tal como se expuso *supra*.

Pero hay más: en segundo dictamen de 16 de marzo de 2010 se lee: *"Durante la visita efectuada por mí a la Fundación en Bucaramanga se trató de profundizar en este tema y se confirmó la experiencia sobre la compilación de los programas efectuada por el anterior Perito quien hizo la tarea con unas dificultades iniciales que reportó a la Fundación quienes le dieron unas sugerencias de orden técnico a partir de las*

cuales el sistema compiló. De acuerdo con el dictamen pericial del Ingeniero Gonzalo Romero en octubre 29 de 2009 en la pregunta Nro. 10 y por certificación verbal de la Fundación, los programas si eran compilables⁴². (Subrayas del Tribunal).

Compilar un código fuente significa utilizar un programa traductor con el fin de convertir dicho código en un lenguaje llamado "código objeto" que pueda ser ejecutado por el hardware de un computador. *"El efecto práctico de que un software sea compilable radica en que al poder ser traducido a un 'código objeto', puede ser a su vez ejecutado y [se puede] determinar si 'funciona' o no, es decir, [si] realiza o no las tareas (o genera las salidas, o entrega los resultados esperados) para los cuales fue desarrollado⁴³. "La operación llamada compilación consiste en convertir los programas fuentes a lenguaje de máquina (binario). Para ello se ejecuta un programa, propio de cada lenguaje, llamado compilador, el cual leerá los programas fuentes y convertirá sus instrucciones a binario (lenguaje de máquina). Como se puede observar, esta acción de compilar no es ejecutada por un ser humano sino por el programa llamado compilador. El ser humano, un programador en este caso, lo que hace es ejecutar el compilador dándole como datos de entrada los archivos en donde se encuentra el programa fuente⁴⁴.*

⁴² Página 12 del dictamen técnico del 16 de marzo de 2010. Más adelante ante la pregunta "El perito solicitará a HOSPITAL i que demuestre que el software es compilable. Emitirá su opinión", dijo: "Hospital i declara que el software tiene varios tipos de problemas. Uno que no es compilable en su totalidad y el otro que genera problemas en su ejecución. Considerando que en la Fundación se comprobó, en el peritaje anterior que si era compilable, queda la duda de si esta respuesta se debe a problemas de orden técnico al ejecutar esta tarea en Hospital -I".

⁴³ Página 9-40 del primer dictamen.

⁴⁴ Página 9 del segundo dictamen técnico.

El primer perito técnico ante la pregunta si las fuentes contenidas en los medios magnéticos entregados por la Fundación Cardiovascular en el año 2006 podían o no ser compilados, respondió: *"Si podían ser compilados"*⁴⁵. Y en el acápite el que perito intituló "evidencia técnica" de sus respuestas, se lee: *"La compilación del código fuente incluido en los CD's del software entregado por LA FUNDACIÓN fue exitosa"*⁴⁶. Y a continuación exhibe una muestra de pantalla sobre el resultado de dicha compilación:

"2.3.2. Respuesta a la Pregunta # 10 - EVIDENCIA TÉCNICA

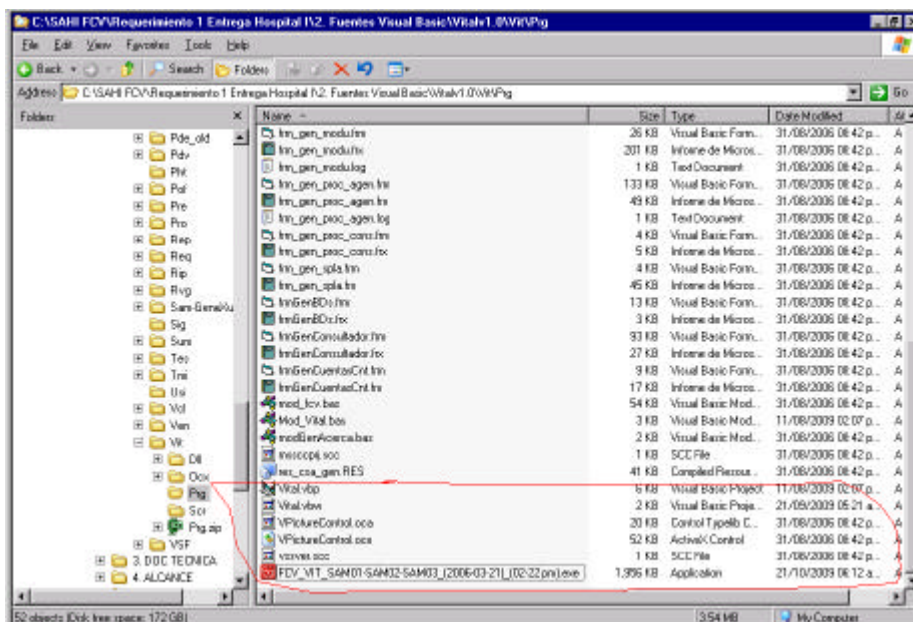
La compilación del código fuente incluido en los CD's del software entregado por LA FUNDACIÓN fue exitosa.

La siguiente pantalla muestra el resultado de dicha compilación al generarse el archivo .EXE del módulo

"MOD_VITAL":

⁴⁵ Página 9-40 del primer dictamen técnico.

⁴⁶ Página 37 de 40 del primer dictamen.



En la pantalla se observa que las fechas de modificación de los archivos de código fuente corresponden al año 2.006.

Se observa que el ambiente de programación “MS VISUAL BASIC” generó el archivo:

“FCV_VIT_SAM01- SAM02- SAM03_(2006-03-21)_(02-22 pm).exe”
Con fecha 21 de octubre del 2.009, día en que se realizó la compilación y generación del archivo “.EXE”.

En esto hay coincidencia en los dos dictámenes. En el segundo se lee: “Durante la visita efectuada por mí a la Fundación en Bucaramanga se trató de profundizar en este tema y se confirmó sobre la compilación de los programas efectuada por el anterior Perito quien hizo la tarea con unas dificultades iniciales que reportó a la Fundación quienes le dieron unas sugerencias de orden técnico a partir de las cuales el sistema

*compiló. De acuerdo con el dictamen pericial del ingeniero Gonzalo Romero en octubre 29 de 2009 en la pregunta Nro. 10 y por certificación verbal de la Fundación, los programas si eran compilables. [...] El resultado del trabajo del Ingeniero Gonzalo Romero fue de un día entero hasta lograr la compilación cuyo tiempo de ejecución es muy poco (minutos), más no lo fue el tiempo de organización para hacerlo*⁴⁷.

Prueba testimonial

Giovanni Malaver Kure, ingeniero de sistemas y que puede ser calificado de acuerdo con las reglas de la sana crítica como imparcial, funcionario del Hospital San Ignacio, en donde como se sabe funciona el software materia de este litigio, afirmó:

*"Yo ingresé al Hospital San Ignacio el 1º de octubre/05 a ser el jefe de sistemas y tecnología del Hospital en ese momento ya estaba montada en el Hospital la aplicación sagi, la ayuda que se recibía lógicamente era de soporte porque la Fundación Cardiovascular era la dueña de todos los fuentes tanto de la parte asistencial como de la parte administrativa, esa era la ayuda que nosotros recibíamos"*⁴⁸.

Posteriormente es preguntada por el Tribunal "De 1 a 5 le voy a preguntar en qué grado califica usted el aplicativo, el software SAHI en cuanto a su estructura interna y su funcionalidad?" EL testigo respondió que para el momento en que entró a trabajar, es decir, en el año 2005,

⁴⁷ Página 12 del segundo dictamen técnico.

⁴⁸ Folio 80 del cuaderno de testimonios No. 1.

"Yo lo calificaría en 3, de 1 a 5". Y frente a la pregunta de ahora en cuanto lo calificaría respondió: "Ahorita puede estar sobre un 4.2"⁴⁹.

Posteriormente el apoderado de la parte demandante lo interroga así: *"Usted manifestaba en una de sus respuestas que el software se puede dividir en dos grandes componentes asistencial y administrativo, el asistencial es el que tiene que ver con salud y es el que en el 2005 se instaló, cuando usted llegó ya estaba en producción y ha venido trabajando 2 años y medio con el mismo ejecutable, con la misma versión?".* Respondió *"Sí"*. Después ante la pregunta de cuál sería su calificación de esa parte asistencial de 1 a 5, afirmó: *"Le podría poner un 3.8, es estable, lógicamente no se ha tenido que desmontar"⁵⁰.*

1.2. Explotación comercial del software

Argumentó el demandado que para la Fundación nunca surgió derecho a percibir la participación en los ingresos de arriendo, pues tal derecho pendía de la entrega oportuna y terminada del software, así como de su operación⁵¹. *"HOSPITAL I nunca ha negado que en el CONTRATO DE ALIANZA se pactó una participación o derecho económico a favor de la FUNDACIÓN. Lo que ocurre y que convenientemente la convocante omitió mencionar durante todo el proceso, es que tal derecho pendía de la verificación de una doble condición: la entrega del software terminado y en operación, de un plazo preciso"⁵²*, señala el apoderado de la demandada.

⁴⁹ Folio 80 revés ibídem.

⁵⁰ Folio 82 del cuaderno de testimonios No. 1.

⁵¹ Páginas 37 a 39 de los alegatos de conclusión de la demandada.

⁵² Página 38 ibídem.

Como ha quedado dicho, la entrega del software ha despuntado un hecho irrefutable; el dictamen técnico conceptúo que el software era ejecutable y frente a su terminación ha de recordarse que mediante el contrato de Alianza Hospital I estaba legitimado para modificarlo y adaptarlo y, finalmente, existe aceptación expresa de parte de Hospital i sobre el recibo de las fuentes, sin advertencia alguna (*"no es cierto que nosotros nos comprometimos a entregar el software totalmente terminado"*, señaló el representante legal de la Fundación al responder la pregunta dos del interrogatorio). Aquí el punto fundamental es que Hospital i no pagó la participación por la explotación comercial del software que le fuera entregado por la Fundación en el año 2006. Cosa que igualmente ha despuntado incontrovertible.

Se ha dicho con insistencia que en razón de la comercialización del software a la Fundación se le reconocería *"una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización"*, o mejor, como dice el otro sí al contrato original, *"recibirá los pagos por concepto de los porcentajes que le corresponden sobre los ingresos que obtenga [Hospital I] por arriendo o venta de licencias de uso del software aplicativo, a partir del primero (1) de julio de 2007 de acuerdo a las escalas establecidas en el contrato"*.

Independiente del porcentaje que habría de recibir la Fundación, lo cual será materia de análisis en pretensión posterior, lo importante para destacar aquí y en orden a evacuar la pretensión en análisis, lo constituye el hecho de que en efecto, el software fue comercializado. Así aflora en el dictamen pericial financiero de noviembre de 2009. Por ejemplo, el perito al responder la pregunta cuatro del cuestionario

inicial, menciona catorce clientes que Hospital I ha obtenido por la explotación del software objeto de este litigio⁵³: Administradora Country S.A., Operadora Hospitalaria Country S.A. (Ecuador), Armonía Cuidados Especiales Ltda., Clínica La Carolina S.A., Caimed S.A., UT Hospital Cardiovascular del Niño de Cundinamarca, Clínica Dental Millenium S.A., Expreso Viajes y Turismo, Tecocel S.A., Best Vision Eye Center S.A., Asistencia Científica de Alta Complejidad Ltda., Previmec S.A., Procardio Servicios Médicos Integrales S.A. y Terasys S.A.

1.3. Conclusiones

No desconoce el Tribunal que el software original fue adaptado y modificado por Hospital I; para ello se le dieron las fuentes. Pero no comparte el Tribunal que la entrega no haya sido realizada y que las agregaciones constituyen una obra sustancialmente diferente respecto de lo entregado en el año 2006. Aceptar esas dos conclusiones implicaría desconocer la titularidad que sobre el software detenta la Fundación Cardiovascular de Colombia.

Hospital I estaba autorizado para hacerle modificaciones y explotar el bien informático, pero siempre y cuando hubiese respetado la participación de un porcentaje como retribución económica por la explotación comercial del producto; hacerle modificaciones al programa y comercializarlo sin reconocer la remuneración pactada implica un incumplimiento de contrato que se concreta en el desconocimiento del derecho de autor que se tiene sobre el programa original entregado en el año 2006.

⁵³ Folios 1227 y 1228 del cuaderno principal No. 6.

En este caso la fuente de la violación del derecho de autor es el incumplimiento del contrato ya que si bien con el acto de disposición de intereses se había autorizado a modificar las fuentes, esta facultad se hallaba supeditada al pago de un porcentaje por la comercialización del software cuyo origen eran las fuentes que previamente le había dado la Fundación a Hospital i. No hubo una autorización gratuita, el objeto del contrato era un "usufructo remunerado de fuentes".

Como no ha habido el reconocimiento de los porcentajes que le correspondían a la Fundación con ocasión de la comercialización del software con los desarrollos informáticos posteriores efectuados por Hospital I, a partir del 1 de julio de 2007, de conformidad con el otro sí al contrato de fecha 2 de marzo de 2007 y, además, por la violación a los derechos de autor en la medida en que las fuentes han sido entregadas a terceros, sin el pago o reconocimiento de la contraprestación económica a favor de la Fundación, esta pretensión primera principal prospera y así se declarará en la parte resolutive de este proveído.

2. PRETENSIÓN SEGUNDA PRINCIPAL

Como pretensión segunda principal solicita el demandante lo que sigue:
"Terminación del contrato. Como consecuencia de una cualquiera de las declaraciones anteriores, solicito se declare terminado el contrato de alianza comercial suscrito entre la CLINICA DEL COUNTRY S.A. Y/O HOSPITAL I, y la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA".

Ya se ha advertido que en virtud de la figura de la cesión de contrato de 28 de abril de 2004, la posición contractual de Clínica del Country S.A.

fue asumida por INFORMÁTICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A., HOSPITAL I. En consecuencia, la pretensión correctamente construida se entiende que va dirigida a terminar el contrato de 28 de agosto de 2003 entre la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA y HOSPITAL I.

Frente a esta pretensión, el apoderado de la demandada se opone en su contestación así: *“Me opongo a la pretensión como viene formulada, pues si bien HOSPITAL I está de acuerdo en que el contrato de Alianza debe terminar, ello debe darse como consecuencia de los incumplimientos de todo tipo atribuibles a la Fundación Cardiovascular”*.

Habiendo prosperado la pretensión anterior, la lógica consecuencia es que el vínculo que ata las partes desaparezca y así habrá de declararla este Tribunal.

No opera en este punto la terminación del vínculo por mutuo disenso, argumento que planteó el apoderado de la demandada en sus alegatos de conclusión, por cuanto aquí no ha habido un incumplimiento recíproco y simultáneo de ambas partes, sino como ha quedado dicho, la parte demandante dio cumplimiento a su obligación principal cual era la entrega de las fuentes del software denominado “FCV SOFT para IPS”. Y la parte demandada ha incumplido el contrato por cuanto no dio cumplimiento a la contraprestación económica que las partes diseñaron por el usufructo de las fuentes del producto informático. Ello, además, como se dijo, implicó una vulneración de los derechos de autor que la Fundación tiene sobre sus fuentes. Se recuerda que la demandada estaba autorizada a modificar las fuentes para mejorar el producto y comercializarlo, pero ello con el fin de que la Fundación participara en

los ingresos a raíz de la comercialización del producto. Cosa que como se observó no fue cumplida por la demandada.

"La CLÍNICA a su vez podrá hacer al software las modificaciones que considere necesarias, y comercializará las licencias de uso, reconociendo a la FUNDACIÓN una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización en el porcentaje que se establecerá en una cláusula posterior", reza la parte final de la cláusula primera del contrato de Alianza de 28 de agosto de 2003, la cual fue incumplida como se ha dicho.

Además, con el mutuo disenso cada una de las partes perdería la ventaja que se deriva del contrato original y acá la Fundación no ha renunciado ni a la propiedad de las fuentes dadas en usufructo ni a recibir el pago por los ingresos derivados de la explotación comercial de la obra.

En consecuencia, la parte demandante y en este caso la cumplidora del contrato está legitimada para solicitar la terminación del vínculo que la ata a Hospital I, y así habrá de declararse.

3. PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL:

Solicita el demandante como tercera pretensión principal lo que sigue:

"Restituciones y condenas. Solicito se condene solidariamente a la CLÍNICA COUNTRY S.A. y /o INFORMATICA HOSPITALARIA S.A., al pago de las sumas de dinero que se expresan a continuación, así como al

cumplimiento de las prestaciones de hacer que aquí se relacionan, en los valores hasta ahora establecidos o en los que llegare a probarse:

3.1. A la restitución de los códigos fuentes, ejecutables, manuales y/o módulos del software entregados inicialmente por LA FUNDACIÓN.

3.2. Al cese en la explotación de los derechos patrimoniales derivados de las obras informáticas entregadas con ocasión del contrato de alianza.

3.3. A pagar a la FUNDACIÓN, por lo menos, la suma de trescientos veintiséis millones de pesos por concepto de perjuicios materiales, o la suma que resultare probada en el proceso.

3.4. A reconocer los intereses de mora que se han causado sobre estas sumas de dinero por su no pago oportuno, en las fechas acordadas por las partes en el contrato de ALIANZA, y hasta la fecha efectiva del pago
A raíz de la exclusión en este trámite arbitral de la Clínica del Country S.A. con ocasión de la cesión de su posición contractual, se entiende que esta pretensión está dirigida únicamente contra Informática Hospitalaria S.A., Hospital I.

En la contestación de demanda la parte demandada se opone a ella por ser consecencial de las anteriores y además porque *"como quiera que HOSPITAL I nunca ha estado en mora con la FUNDACIÓN, mal podría aceptarse condena que en tal sentido se pretende. [...] El daño cuya indemnización se pretende es inexistente y, por el contrario, ha sido HOSPITAL I, quien por efecto de los incumplimientos de la FUNDACIÓN,*

ha tenido que soportar enormes daños materiales y reputacionales, de orden moral”.

En el presente caso, el incumplimiento contractual por parte de HOSPITAL I produjo la vulneración de los derechos de autor sobre las fuentes entregadas en el año 2006. El daño, como se sabe, es la vulneración a un interés jurídico protegido y causa un detrimento del patrimonio del titular del derecho infringido. Tratándose de un derecho de propiedad intelectual, en este caso de un derecho de autor -por cuanto el software es considerado una creación propia del dominio literario-, el daño se produce cuando se desconocen las facultades que conforman su contenido y que se encuentran radicadas en cabeza de su titular. En palabras de Antonio Delgado *“podemos definir el daño como la alteración desfavorable de las circunstancias que, a consecuencia de un hecho determinado (evento dañoso), se produce contra la voluntad de una persona y que afecta a sus intereses jurídicamente protegidos. Los daños a los que aquí nos referimos son los causados por la infracción del derecho de autor o de algún derecho conexo e implican, (...) un menoscabo es sus intereses patrimoniales, por vulneración de un derecho exclusivo (...)”*⁵⁴.

Así, por ejemplo, se vulnera un derecho de autor cuando sin autorización o consentimiento de su autor o titular la obra se reproduce, se transforma, se distribuye, se cede total o parcialmente o se comercializa. En términos generales se puede decir que quien es autor o titular de la creación protegida es el legitimado para autorizar cualquier tipo de explotación sobre su obra y consecuentemente para

⁵⁴ DELGADO, Antonio. Derechos de autor y derechos afines al de autor. Tomo 2. Instituto de derecho de autor. Madrid, España. 2007. Pág. 349.

prohibir cualquier forma de explotación que sobre la misma se haga, sin su consentimiento o autorización. El titular es pues el legitimado para autorizar o prohibir cualquier forma de explotación a través de cualquier medio conocido o por conocerse. Quien no es titular de la creación protegida tiene, pues, un deber de abstención o una obligación de no hacer en frente del cúmulo de derechos o prerrogativas que la ley le otorga al autor o titular de la creación. Mejor dicho: quien no es dueño de una creación protegida, para poder usarla, explotarla o disponer de ella debe inexorablemente obtener autorización de su autor o titular y atenerse o sujetarse a las condiciones impuestas por éste, o acordadas entre ellos, para el uso de la obra.

La infracción de un derecho de exclusiva es siempre una explotación, total o parcial, no autorizada de la obra o de la prestación. Cualquier forma de explotación no contemplada en el contrato o realizada fuera de los límites fijados en el mismo, constituye una clara violación de la exclusiva reservada al titular del derecho porque ese derecho le habilita para determinar, tanto genérica como específicamente, la modalidad en que la obra o prestación ha de explotarse por otros, la duración de la explotación otorgada, el ámbito espacial en que ésta se ha de desarrollar y la intensidad de esa explotación, en cuanto al número de las reproducciones, representaciones, etc. Al momento de configurarse una infracción al derecho de autor "lo que se produce es una agresión o invasión en el ámbito de poder reservado al titular por el derecho en cuestión. De esta suerte, los actos de infracción operan como obstáculos o limitaciones ilegítimos al ejercicio del derecho (...)"⁵⁵.

⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 338.

Las obligaciones desde el punto de vista de su contenido se dividen en obligaciones de dar, hacer y no hacer. Si se recurre a esta clasificación, se puede decir que quien no es titular de un derecho de autor, tiene respecto de una determinada obra una obligación de no hacer, esto es, no puede acometer sobre ella ningún acto de explotación sin la autorización expresa del titular o sin el cumplimiento de lo estipulado para que pueda ser explotada.

En el presente caso, ha habido una violación del derecho de autor porque no obstante que Hospital I estaba, en virtud del contrato de Alianza de 28 de agosto de 2003, facultado o autorizado para hacerle modificaciones necesarias a las fuentes del software FCV SOFT para IPS, esta autorización estaba justificada en razón de la comercialización del software y del efectivo reconocimiento a la Fundación de un porcentaje sobre los ingresos que obtuviera Hospital I por el arriendo o venta de las licencias de uso del software en el territorio nacional y en el exterior. En otras palabras y tal como se ha dicho, la autorización para hacerle modificaciones a las fuentes y comercializarlas, tenía como razón de ser el hecho de que el titular de las mismas participara de las ganancias por la comercialización del producto en el porcentaje establecido por las partes. La autorización de las modificaciones estuvo guiada por la participación en el futuro de las ganancias que se obtendrían con la comercialización del producto. Por ello, en la cláusula primera las partes señalaron que la Fundación entregaba a la Clínica (hoy Hospital I), “el usufructo remunerado de las fuentes” y que “La CLINICA a su vez podrá hacer al software las modificaciones que considere necesarias, y comercializará las licencias de uso, reconociendo a la FUNDACIÓN una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización en

el porcentaje que se establecerá en una cláusula posterior" y en la tercera se habla de la "contraprestación al usufructo de las fuentes", contraprestación ratificada en el otro si al contrato de fecha 2 de marzo de 2007 en donde se insiste en el "usufructo remunerado de fuentes". Todo ello, como ha quedado dicho, fue incumplido por la demandada.

Al haberse explotado o comercializado las fuentes, como consta en el dictamen financiero, sin el reconocimiento del beneficio económico para el titular de las fuentes, no sólo se desconoce el cumplimiento de la prestación económica (usufructo remunerado), sino también se viola el derecho de autor por cuanto la explotación de las fuentes, esto es, su comercialización, se ha realizado desconociendo el condicionamiento para su comercialización, es decir, el efectivo pago de la participación en los ingresos provenientes por la explotación comercial del software FCV SOFT para IPS.

Lo importante es tener presente que la infracción del derecho de propiedad intelectual, en nuestro caso ocasionado por el incumplimiento a un contrato, es la causa del fenómeno indemnizatorio. La violación del derecho de propiedad intelectual constituye el perjuicio mismo, dado que la lesión jurídica fundamental consiste en el ejercicio indebido de un derecho que pertenece en forma exclusiva al titular, a quien le interesa determinar la oportunidad y el modo en que va a explotar su derecho de manera individual o autorizando su explotación por otro u otros. En otras palabras, la infracción del derecho de autor causa un daño susceptible de apreciación económica que se traduce en la indemnización de perjuicios a cargo del incumplido o infractor.

“Así, teniendo presente que toda obligación, en últimas, puede resolverse en responsabilidad pecuniaria del deudor, a la vez que la primacía lógico-jurídica de la ejecución específica de la prestación, la destrucción de la obra prohibida, el borrar los rastros que la infracción haya dejado, en una palabra, el deshacimiento por acción del mismo deudor dentro del tiempo prudencialmente concedido por el juez al afecto, o por un tercero contratado a propósito o por el propio acreedor, sin duda implicaría una satisfacción in natura, a la que se añadiría la obligación de resarcimiento. Y todo se reduciría a prestación pecuniaria en el evento de que la destrucción no fuera factible o no fuera equitativa o aconsejable, según la prudencia judicial. [...] de modo que, no siendo factible físicamente la eliminación de los rastros de la infracción, el deudor deberá pagar su equivalente pecuniario, y de no serlo ‘funcionalmente’, se abre la posibilidad de alternativas de satisfacción del acreedor, sugeridas por el deudor, realizadas a sus expensas, y dejando siempre en pie la indemnidad del acreedor, que implica la satisfacción de su interés y el resarcimiento de los daños padecidos”⁵⁶.

Se resalta también que el sistema de indemnización en materia de derechos intelectuales tiene dos parámetros mínimos que deben tenerse en la cuenta al momento de decretar su indemnización: a) Que al titular del derecho se le asegure la reparación; y b) Que el infractor se vea privado de todas las ventajas ilegítimas obtenidas⁵⁷.

⁵⁶ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones, concepto, estructura, vicisitudes. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 3ª ed., tomo I, 2007, p. 234 y 235.

⁵⁷ Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Bogotá, Editorial Temis - Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 684.

Pretensión 3.1

En este orden de ideas, el Tribunal ordenará la restitución de los códigos fuentes, ejecutables, manuales y los módulos entregados inicialmente por la Fundación.

Esto en la medida en que para restaurar de manera debida el derecho infringido no es suficiente ordenar la indemnización de los perjuicios causados por la infracción, sino que se hace necesario restablecer, en la medida de lo posible, la situación que tenía el titular del derecho antes de la infracción, lo cual implica que HOSPITAL I no tenga acceso a la obra o software entregado, ni a los beneficios que ello conlleva.

Pretensión 3.2

Respecto de la pretensión 3.2 en donde se solicita el *“cese en la explotación de los derechos patrimoniales derivados de las obras informáticas entregadas con ocasión del contrato de alianza”* el Tribunal la decretará en la medida en que es una manera de restablecer el derecho de propiedad intelectual vulnerado con el incumplimiento contractual.

Como se observó al resolverse la pretensión primera principal, el software Hospital i tomó elementos sustanciales del software de la fundación. Ello significa que no es una obra original, sino una reproducción o adaptación que ha sido explotada y comercializada mediando incumplimiento contractual y por lo tanto violatoria de los

derechos de propiedad intelectual que sobre las fuentes detenta la Fundación Cardiovascular de Colombia.

De conformidad con el artículo 15 de la ley 23 de 1982, *“El que con permiso expreso del autor o de sus causahabientes adapta, transporta, modifica, extracta, compendia o parodia una obra de dominio privado, es titular del derecho de autor sobre su adaptación, transporte, modificación, extracto, compendio o parodia, pero salvo convención en contrario, no podrá darle publicidad sin mencionar el título de la obra originaria y su autor”*.

En el presente caso, el demandado recibió autorización para *“hacer al software las modificaciones que considere necesarias, y comercializará las licencias de uso”*, pero esa facultad estaba condicionada o limitada a que le reconociese a la Fundación *“una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización”*. A tal punto era el condicionamiento a recibir una contraprestación por la autorización de la modificación y de la comercialización del software que incluso las partes previeron que *“En el evento en que se desarrollen por parte de la CLINICA [léase Hospital I] sistemas de funcionalidad equivalentes, la FUNDACIÓN tendrá derecho a la participación sobre los ingresos generados por su comercialización en los porcentajes establecidos en el presente contrato”* (cláusula sexta i).

En este orden de ideas, la facultad de modificación y comercialización otorgada por parte de la FUNDACIÓN sobre las fuentes entregadas, al no cumplir su condicionamiento, esto es, el recibo de la contraprestación económica (obsérvese que incluso en el otro si al contrato de Alianza de

2 de marzo de 2007 las partes vuelven a hablar de “Usufructo remunerado de fuentes”) debe entenderse que fueron realizadas sin autorización y en consecuencia el Tribunal ordenará el *“cese en la explotación de los derechos patrimoniales derivados de las obras informáticas entregadas con ocasión del contrato de alianza”*.

“3.3. A pagar a la FUNDACIÓN, por lo menos, la suma de trescientos veintiséis millones de pesos por concepto de perjuicios materiales, o la suma que resultare probada en el proceso”. En la cláusula tercera del contrato de Alianza las partes establecieron la contraprestación por el usufructo de las fuentes del software materia de la negociación. Empero dicha cláusula fue modificada por el otro sí al contrato de fecha 2 de marzo de 2007 cuyo tener, en la parte pertinente, es como sigue:

“[...] Hemos acordado modificar el contrato de USUFRUCTO REMUNERADO DE FUENTES así: PRIMERO: Las partes acuerdan modificar la cláusula tercera, VALOR DE LA VENTA Y PARTICIPACIÓN EN LA COMERCIALIZACIÓN Y FORMA DE PAGO acordando que a partir de la fecha de suscripción de este otro sí, LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, recibirá los pagos por concepto de los porcentajes que le corresponden sobre los ingresos que obtenga por arriendo o venta de licencias de uso del software aplicativo, a partir del primero de Julio del año 2007 de acuerdo a las escalas establecidas en el contrato, previa suscripción del acta de liquidación del contrato de implantación de software suscrito entre las partes el 23 de marzo de 2004. Las partes convienen expresamente que en todo caso los precios bajo la modalidad de venta o arriendo, sobre los cuales se accedió a la suscripción del convenio y que se establecen en la cláusula tercera del mencionado

contrato serán convenidos entre las partes teniendo siempre como marco de referencia la realidad del mercado, las posibilidades económicas de los clientes potenciales y los precios y costos de productos similares ofrecidos por empresas competidoras. SEGUNDO: Las demás estipulaciones contractuales a la modificación implementada conservarán su vigencia y por consiguiente las partes consienten nuevamente en su cumplimiento". (Subrayas del Tribunal).

En el dictamen financiero de noviembre 2 de 2009⁵⁸ consta la explotación comercial de que ha sido objeto el software de parte de Hospital i y los ingresos obtenidos por la misma. Aquí de todas maneras habrá de decirse que la participación para la Fundación se deriva de los ingresos que Hospital I obtuvo por arriendo o venta de licencias de uso del software aplicativo a partir del primero de julio de 2007.

En cuanto a la participación a favor de la Fundación por los ingresos obtenidos por Hospital I, en las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial de febrero de 2010 el perito plantea un primer escenario en el cual considera *"solamente los ingresos por arrendamiento de software"* e indica: *"De conformidad con el Anexo No. 3c, denominado Cálculo Indexación Ipc, el cual comprende la facturación desde el 1 de agosto de 2007 a 31 de diciembre de 2009, el valor indexado es: Valor facturado \$603.354.250,28"*.

Este valor de seiscientos tres millones trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos cincuenta pesos es el que el Tribunal reconocerá a título de

⁵⁸ Folios 1210 y siguientes del cuaderno principal No. 6.

perjuicios por el incumplimiento contractual al que se ha venido haciendo referencia.

Así pues, el Tribunal reconocerá esta pretensión de condena.

3.4. A reconocer los intereses de mora que se han causado sobre estas sumas de dinero por su no pago oportuno, en las fechas acordadas por las partes en el contrato de ALIANZA, y hasta la fecha efectiva del pago.

A esta particular pretensión no se accederá en la medida en que la suma adeudada no estaba determinada y es solo con este laudo que la deuda adquiere grado de certeza. Por supuesto, una vez que quede ejecutoriado el laudo sí procede el cobro de intereses moratorios a la tasa legal permitida.

Además, obsérvese que la determinación del monto sobre el cual se aplica el porcentaje a favor de la Fundación por el usufructo de las fuentes, surge con este laudo ya que previamente ni se aceptaba por la convocada ni se conocía.

4. PRETENSIÓN CUARTA PRINCIPAL

Solicita el demandante lo que sigue:

“Indexación. Solicito se condene a la CLÍNICA DEL COUNTRY S.A y/o INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. al reconocimiento de las sumas de dinero actualizadas que por cualquier concepto le sean ordenadas reconocer a favor de LA FUNDACIÓN, dada la pérdida del poder

adquisitivo del peso colombiano, moneda en la cual se solicitan las condenas que anteceden”.

La actualización tiene como objeto mantener el valor real de un determinado pago o resarcimiento, asegurando con ello que la reparación sea integral y equitativa, tal y como lo previene el artículo 16 de la ley 446 de 1998. De ahí que el Tribunal accederá a esta solicitud de ajuste respecto de la pretensión de condena aceptada (3.3).

Ha dicho la Corte Suprema: *“Respecto a que la parte demandada debe ser condenada a pagar la `desvalorización monetaria`, es cierto que la Corte ha reconocido la necesidad de reajustar las obligaciones en dinero que se encuentren afectadas por el fenómeno de la inflación, aunque no en la urgencia de reparar un daño emergente, según en alguna oportunidad se sostuvo `sino en obediencia a principios más elevados como la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales`, toda vez que la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino a su cuantía⁵⁹”.*

En este orden de ideas, se tiene:

Monto total usufructo	\$ 603.354.250,28
Indexación	\$ 37.092.051,43
Valor Indexado	\$ 640.446.301,71

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 23 de abril de 2002, Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez, exp. 5998.

Así pues, esta pretensión de actualización prospera lo que significa que al actualizarse la cifra decretada al resolverse la pretensión 3.3 se llega a un total de \$640.446.301,71, suma que constituye el monto o reparación que deberá ser pagado a favor de la Fundación Cardiovascular de Colombia.

5. MANIFESTACIÓN EXPRESA SOBRE LAS EXCEPCIONES DE FONDO:

5.1. En la contestación de la demanda se plantearon las siguientes excepciones:

- *"Existe incumplimiento esencial de la FUNDACIÓN"*, la cual no resultó probada en la medida en que la principal obligación de la Fundación, esto es, la entrega del software materia de este litigio, resultó acreditada.

- *"El derecho de la fundación a percibir una participación pendía de la verificación de dos condiciones"*, la cual no resultó probada por cuanto el derecho a la participación dependía de la entrega del software y éste hecho aparece con creces acreditado.

- *"Mala fe contractual"*. Pese a la calificación y calibre deontológico de este medio exceptivo, éste no resultó probado. No está probada la mala fe del demandante en la ejecución del contrato. Por el contrario, en el acta de terminación y liquidación del contrato de implantación de software de 2 de marzo de 2007 las partes señalaron: *"Las partes expresan que aceptan la liquidación descrita en la presente acta a partir*

de [la] suscripción de la misma y se liberan mutuamente de cualquier otra obligación que pudiera provenir del cumplimiento de los compromisos adquiridos en desarrollo y ejecución del objeto general del contrato. En consecuencia renuncian mediante este escrito a cualquier reclamación posterior con ocasión a la ejecución o terminación del presente contrato”, cuando previamente habían dicho en el mismo instrumento que “la implantación del software objeto del contrato ya fue ejecutada por la Fundación”. Y en el otro si al contrato de Alianza también del 2 de marzo de 2007 hubieron de señalar “Que LA FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA hizo entrega de las fuentes, las cuales se declaran recibidas por medio de este escrito”; otro si sobre el cual no ha recaído impugnación de inexistencia o invalidez. De modo pues que la entrega del producto por parte de la Fundación resultó un hecho fácticamente incontrovertible; por lo tanto, resulta una desproporción conceptual y argumentativa la sola nomenclatura y contenido de esta excepción.

- “Mala fe procesal (*exceptio doli procesali*)”. No resultó probada. La Fundación cuestionó la modificación y explotación de las fuentes del software hospitalario por el no pago de la contraprestación económica convenida. Además, el haber demandado solidariamente a Hospital I y a la Clínica del Country no constituye *per se* un acto de mala fe procesal; circunstancia que por demás fue corregida por el Tribunal al reconocer la cesión de la posición contractual en Hospital I y quedar este como único demandado.

- “Enriquecimiento sin causa y torticero de la Fundación”. No resultó probado. Los elementos estructurales de una acción por enriquecimiento

sin justa causa no están probados. Tampoco ha habido de parte del demandante un actuar torticero. Lo que sí quedó probado es que la Fundación a pesar de la explotación económica de su producto informático por parte de Hospital I, no ha recibido el respectivo beneficio económico.

- *"Nadie puede alegar su propio error o negligencia"*. El software fue entregado por la Fundación y este podía ser modificado por Hospital I. Estas dos circunstancias no son desconocidas por la Fundación. No resultó probada. La Fundación dio cumplimiento a sus obligaciones.

- *"La absoluta imposibilidad para el profesional de los negocios de venir en contra de sus propios actos"*. Según el excepcionante, "en este caso, ninguna duda cabe que la FUNDACIÓN ha incurrido en tal conducta frente a las reclamaciones que presenta, pues sus actos previos en la ejecución del CONTRATO conllevaron admisión de su propio incumplimiento así como del hecho que HOSPITAL I tuvo que realizar el desarrollo del software y la implantación del mismo". No está probada. La Fundación hizo entrega del software circunstancia que además al momento de ejecutarse no le produjo a la demandada ninguna reacción o advertencia. Hay constancia de recibo, sin reclamo, del producto informático.

- *"Imposibilidad absoluta de condenar solidariamente a HOSPITAL I y CLÍNICA DEL COUNTRY: Las pretensiones de la demanda en ese sentido están mal formuladas y corroboran la mala fe de la convocante"*. No está probada la mala fe de la convocante por haber demandado solidariamente a Hospital i y Clínica del Country. De cualquier manera al

inicio del proceso, y antes de trabarse la *litis*, Clínica del Country fue excluido del mismo en razón de la cesión de su posición contractual que hubo de hacer el 28 de abril de 2004 a favor de Hospital i en el contrato original de Alianza de 28 de agosto de 2003.

- *"Falta absoluta de competencia y/o jurisdicción del H. Tribunal para pronunciarse sobre el contrato de implantación"*. Esta excepción la precisa el demandado en los siguientes términos: *"Así las cosas, las pretensiones y argumentos de la convocante relacionados con ese contrato, no resultan de recibo en este proceso, como habrá de demostrarse en el mismo, específicamente en punto a la supuesta competencia desleal derivada de la violación a la prohibición de contratar personal que había laborado en la FUNDACIÓN, habida cuenta que esa prohibición se pactó exclusivamente en el contrato de implantación no en el CONTRATO DE ALIANZA"*. La excepción no es de recibo. El Tribunal se limitó a declarar prosperas las pretensiones referidas al incumplimiento del contrato de ALIANZA. Además el tema de la competencia desleal no fue objeto de análisis o decisión en este proveído. Curiosamente el demandado esgrimió de manera recurrente, como hilo conductor de su defensa, el incumplimiento del demandante por la no entrega del software.

- *"Excepción genérica"*. El demandado la fundamentó así: *"Como quiera que solo la prescripción debe imperativamente alegarse como medio exceptivo, solicito al Tribunal dar por probada cualquier otra excepción perentoria que aunque no fuere alegada, su existencia resulte probada dentro del presente proceso"*. Ni la prescripción ni ningún otro hecho que hubiese enervado las pretensiones de la demanda resultaron

probados.

5.2. En los alegatos de conclusión, el demandado planteó otros medios exceptivos: la obra creada por encargo, la excepción de contrato no cumplido, el mutuo disenso contractual y la compensación. Ninguno de ellos resultó probado. El primero no fue probado puesto, como se dijo, no se configuran los requisitos exigidos por la ley 23 de 1982 para que opere la presunción legal de cesión de derechos señalada en el artículo 20. No resulta convincente que se alegue que la obra es por encargo cuando de por medio no ha habido el pago de la retribución económica acordada, que en este caso sería el porcentaje por los ingresos con ocasión de la explotación comercial de la obra. Para que haya cesión de los derechos patrimoniales de la obra **favor** del encargante, es elemento estructural de la figura el pago de los honorarios o de la retribución económica establecida por las partes. El no pago impide que la presunción de cesión opere a favor del encargante y además si la obra se comercializó, se está violando el derecho de autor a consecuencia del incumplimiento del contrato, como en este caso ha sucedido.

Comentario [ZA16]: En

La excepción de contrato no cumplido tampoco está probada por cuanto el contrato de Alianza fue cumplido por el demandante. El mutuo disenso no está probado por cuanto el contrato de Alianza fue incumplido por el demandado, mientras que el demandante sí lo cumplió. Pero además, con el mutuo disenso cada una de las partes pierde la ventaja que se deriva del contrato original y acá la Fundación no ha renunciado ni a la propiedad de las fuentes dadas en usufructo ni a recibir el pago por los ingresos derivados de la explotación comercial de la obra.

Y la compensación, aunque debió alegarse en la contestación de la demanda, tampoco resultó probada, máxime que los gastos en que debió incurrir Hospital i en las modificaciones del software, era carga suya hacerlos, así como tenía que pagar la retribución económica a la Fundación por el usufructo de las fuentes que esta le otorgó en el contrato de Alianza.

6. PRONUNCIAMIENTOS ADICIONALES

Sobre la cláusula de reserva:

En la cláusula novena del contrato de Alianza denomina "Cláusula de reserva" las partes dispusieron lo que sigue: *"No obstante lo pactado en el presente contrato, la FUNDACIÓN conserva el derecho de uso, comercialización y modificación del código fuente objeto del presente contrato, sin que ello signifique obligación para la FUNDACIÓN de hacer entrega a la CLÍNICA de las modificaciones que le realice. Sin embargo, la FUNDACIÓN, no podrá vender las fuentes y derechos de los que trata este contrato a terceros que establezcan la comercialización de las mismas"*.

En el proceso resultó probado que el software de la Fundación estaba instalado en el Hospital San Ignacio de Bogotá. No se tiene la fecha cierta de cuando ello sucedió (de acuerdo con el testimonio de Mauricio Malaver cuando en octubre de 2005 entró a ser jefe de sistemas y tecnología del Hospital San Ignacio ya estaba montada la aplicación

SAHI⁶⁰). Sin embargo no resultó probado que la transferencia al Hospital San Ignacio se hiciera con el fin de que lo comercializara a terceros. Esto no aparece probado en el proceso; por ello, no se puede decir que la Fundación incumplió esta cláusula del contrato.

Interpretada la cláusula se puede deducir que su sentido no era impedir que la Fundación siguiese desarrollando y mejorando sus fuentes; sino evitar que hubiese competencia entre las partes en cuanto a la comercialización de las fuentes a través de terceros. En fin no está probado –se insiste– que la Fundación haya transferido las fuentes a un tercero con el propósito de competir con Hospital I en la comercialización del producto materia del contrato de Alianza.

El no suministro de información en un punto específico

En las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial financiero el perito fue requerido para que indicase cuál había sido el precio pagado por la Fundación a favor de la Casa de Software entre los años 2000 hasta la fecha de la pericia. Dicha información no fue suministrada por la Fundación. El Tribunal reflexionó sobre tal reticencia y considera que no obstante el no suministro de información, dicha conducta no tiene incidencia en el presente proceso por cuanto una línea directriz de este laudo es haber considerado que la titularidad del software materia de discusión es y ha sido de la Fundación Cardiovascular de Colombia; en otras palabras: si hubiese habido duda sobre quién era el propietario del producto informático objeto de este debate, con seguridad esta información devenía esencial. Pero el argumento según el cual el

⁶⁰ Folio 80 del Cuaderno de testimonios 1.

software en discusión provenía de la casa de software en nada afecta el sentido de este laudo máxime que incluso figuran registros de derechos de autor a favor de la Fundación cuya autenticidad no ha sido puesta en duda. La versión de un testigo y la del señor Ortiz en su interrogatorio, no le logran modificar el criterio del Tribunal en el sentido de que la titularidad del software materia de la discusión ha estado radicada en cabeza de la Fundación Cardiovascular de Colombia.

Así las cosas y dada la intrascendencia de la información recabada y no absuelta por la Fundación frente a la postura a un tema que constituye el busilis de la cuestión, el Tribunal se abstendrá de aplicar los efectos adversos que la ley procesal establece cuando una parte no ha colaborado con el auxiliar de la justicia en un punto específico.

Solicitud de las partes para reajuste de honorarios

Recogiendo solicitud expresa de las partes, el Tribunal mediante auto No 22 de 17 de noviembre de noviembre de 2009 procedió a decretar un reajuste de honorarios y fijó un término de 10 días para que cada una de ellas realizara la respectiva consignación. Sin embargo, mediante auto No 24 de 11 de diciembre de 2009 se ordenó revocar el plazo señalado toda vez que se consideró que al ejercicio propio de la voluntad de las partes no se le debía fijar término perentorio y máxime que ese reajuste había operado no por mandato legal, sino por la autonomía de las partes al observar éstas la modificación de la cuantía y la complejidad del proceso.

Como el valor determinado del reajuste no fue consignado de consuno por ambas partes, cuando la solicitud provenía de ambas, ese auto No 22 pierde su razón de ser por sustracción de materia. En efecto, al no haber habido un pago conjunto, el auto pierde su vigencia. Ya en la audiencia del 11 de diciembre de 2009 el Tribunal había dejado dicho que: *“Es claro que el reajuste de honorarios se produjo en razón de que las partes, por medio de sus apoderados, expresaron su voluntad para que el referido reajuste operara; empero, la convocada se ha sustraído a consignar el monto que le correspondía. De ahí que dicha conducta pudiese ser interpretada en el sentido de que esa solicitud recíproca y espontánea ha quedado sin efecto”*. Y había advertido que las partes quedaban en entera libertad *“para consignar los montos que les corresponde, sin límite temporal, si así lo consideran pertinente”*⁶¹.

Así pues, como el deber de consignar había surgido de la voluntad de ambas partes, forzoso es concluir que el reajuste de honorarios decretado por solicitud de las partes, no ha operado y que el auto que lo decretó ha perdido su vigencia.

5. DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

La convocada, en su demanda de reconvencción, ha solicitado las siguientes pretensiones:

PRETENSIÓN PRIMERA

⁶¹ Folios 1203 y 1204 del Cuaderno Principal No 6.

“Que se declare que la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA incumplió de manera grave y esencial sus obligaciones en el CONTRATO DE ALIANZA FCV-CLINICA DEL COUNTRY.”

No prospera. La Fundación Cardiovascular de Colombia cumplió sus obligaciones derivadas del contrato de Alianza FCV-Clinica del Country. Sus obligaciones principales basadas en la entrega de las fuentes del software que hasta ese momento se tenían y del software que ya había visto en funcionamiento la CLÍNICA DEL COUNTRY (hoy Hospital I), se cumplieron.

Equivocado sería pensar que dos instituciones tan serias como éstas (LA FUNDACIÓN Y LA CLÍNICA DEL COUNTRY), se aventuraran a la realización de un contrato de alianza sin saber sobre que estaban contratando. La CLÍNICA DEL COUNTRY lo afirmó en su comunicación del 28 de enero de 2003: *“Habiendo tenido la oportunidad de conocer la aplicación de la Fundación cardiovascular del Oriente Colombiano, nos es grato manifestarles que ésta igualmente cumple con nuestros requisitos básicos y que sería de sumo interés para nosotros, como nos lo manifestaron en las visitas que realizamos a Bucaramanga, que pudiéramos contemplar la posibilidad de negocio con ustedes”.*

Tanto en el acta de terminación y liquidación del contrato de implantación del 2 de marzo de 2007 como en el otro si al contrato de Alianza de la misma fecha consta que las fuentes del programa fueron entregadas y con base en los dictámenes técnicos se deduce que los fuentes eran ejecutables.

"SEGUNDA. *Que se declare como consecuencia de tal incumplimiento, la terminación del CONTRATO DE ALIANZA FCV-CLINICA DEL COUNTRY."*

No prospera. El contrato será terminado pero como consecuencia del incumplimiento del mismo por parte de Hospital I tal como se expuso al decidirse la demanda principal.

Sobre la terminación del contrato, expuesta en la pretensión segunda principal de la demanda, el Tribunal, luego de un amplio análisis probatorio, concluyó: *"En consecuencia, la parte demandante y en este caso la cumplidora del contrato está legitimada para solicitar la terminación del vínculo que la ata a Hospital I, y así habrá de declararse."*

"TERCERA. *Que se declare que como consecuencia del incumplimiento grave y esencial de la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, no llegó a causarse derecho económico alguno a su favor."*

No prospera. Al haber cumplido la Fundación Cardiovascular de Colombia con su obligación principal derivada del contrato de Alianza de agosto 28 de 2003, surgió para ella el beneficio económico establecido por las partes en su original acto de disposición de intereses, refrendado en el otro si del 2 de marzo de 2007 a partir del 1 de julio de 2007. En efecto, aquí se lee: *"[...] la FUNDACIÓN CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA, recibirá los pagos por concepto de los porcentajes que le corresponden sobre los ingresos que obtenga por arriendo o venta de*

licencias de uso del software aplicativo, a partir del primero (1) de Julio de 2007 de acuerdo a las escalas establecidas en el contrato [...]”.

Y es claro además que el software ha sido explotado comercialmente por Hospital I y en razón de ello la Fundación no ha recibido el pago o retribución económica correspondiente.

PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.

“En caso de no hallar prospera el Tribunal la indicada pretensión principal, solicito en forma subsidiaria se declare que ha operado entre la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA e INFORMATICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A. HOSPITAL I, el fenómeno extintivo de la compensación.”

No prospera en la medida en que Fundación Cardiovascular no aparece como deudor de Hospital I. *“Para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras”*, reza el artículo 1716 del Código Civil, supuesto que aquí no se halla en tanto y en cuanto el único acreedor es la Fundación. Aquí la acreencia se concreta en el porcentaje que debe recibir la Fundación con ocasión de los ingresos que reciba Hospital I por el arriendo o venta de licencias de uso del software aplicativo, a partir del primero (1) de Julio de 2007 de acuerdo a las escalas establecidas en el contrato.

Ahora bien, los gastos en que debió incurrir Hospital I en las

modificaciones del software, era carga suya hacerlos⁶², porque en efecto estaba autorizado para hacerlas, así como tenía que pagar la retribución económica a la Fundación por el usufructo de las fuentes que ésta le hubo de otorgar en el contrato de Alianza.

CUARTA. *Que se declare que como consecuencia de tal incumplimiento, HOSPITAL I debió efectuar a su costa el desarrollo del software.*

No prospera. Tanto en el acta de terminación y liquidación del contrato de implantación del 2 de marzo de 2007 como en el otro si al contrato de Alianza de la misma fecha consta que las fuentes del programa fueron entregadas y con base en los dictámenes técnicos se deduce que los fuentes eran ejecutables.

Es obvio también que el desarrollo del software implicase para Hospital I costos, pero estos se derivarían de la facultad de modificar las fuentes, pero no por el alegado, más no probado, incumplimiento de la Fundación. Se insiste, la Fundación cumplió el contrato de Alianza.

PRETENSION QUINTA PRINCIPAL

⁶² Se lee en las aclaraciones al dictamen financiero (febrero de 2010) lo que sigue: "Cabe precisar que los datos a partir de los cuales se obtiene la cifra de \$634.577.467 son extraídos de la contabilidad, tal y como se explicó en la respuesta que se dio en el dictamen radicado el 27 de noviembre de 2009, pero **no por ello se puede afirmar que corresponda necesariamente a costos atribuibles exclusivamente a desarrollo de software**, dado que Hospital I no tiene un sistema de costos que permita afirmar o desvirtuar que dichos gastos correspondan a '**costos propios**' del desarrollo de software objeto del negocio jurídico en controversia. [...] No es posible determinar en esa cifra (\$634.577.467) qué monto de dinero corresponde a los gastos operacionales de HOSPITAL I y que monto de dinero corresponde propiamente al desarrollo del software de salud, así como tampoco es posible determinar las horas ingeniero dedicadas a consultoría de software a sus clientes; las horas ingeniero dedicadas a asesoría sobre software a sus clientes; las horas ingeniero dedicadas a mantenimiento y soporte de software a sus clientes, las horas ingeniero dedicadas a desarrollo propiamente del software y la existencia de una estructura de costos para determinar los mismos en relación con el proyecto de desarrollo de software, consultoría, soporte y mantenimiento": páginas 35 y 36. (resaltados del texto original).

“QUINTA. *Que se declare que el software HOSPITAL I es un programa de cómputo que solo pertenece a la sociedad INFORMATICA HOSPITALARIA INTEGRADA S.A. HOSPITAL I.”*

Esta pretensión no prospera. Ya se ha dicho con insistencia que el software HOSPITAL I tomó como base las fuentes entregadas por la Fundación Cardiovascular de Colombia. De prosperar esta pretensión se estarán desconociendo los derechos de propiedad intelectual que la Fundación tiene sobre sus fuentes y sobre las cuales resultó un hecho indubitable su entrega.

Como se ha venido exponiendo en este laudo, el software Hospital I tomó elementos sustanciales del software de la Fundación. Ello significa que no es una obra original, sino una reproducción, transformación o adaptación que ha sido explotada y comercializada mediando incumplimiento contractual y por lo tanto violatoria de los derechos de propiedad intelectual que sobre las fuentes detenta la Fundación Cardiovascular de Colombia.

De conformidad con el artículo 15 de la ley 23 de 1982, *“El que con permiso expreso del autor o de sus causahabientes adapta, transporta, modifica, extracta, compendia o parodia una obra de dominio privado, es titular del derecho de autor sobre su adaptación, transporte, modificación, extracto, compendio o parodia, pero salvo convención en contrario, no podrá darle publicidad sin mencionar el título de la obra originaria y su autor”.*

En el presente caso, el demandado recibió autorización para *“hacer al*

software las modificaciones que considere necesarias, y comercializará las licencias de uso”, pero esa facultad estaba condicionada o limitada a que le reconociese a la Fundación “una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización”. A tal punto era el condicionamiento a recibir una contraprestación por la autorización de la modificación y de la comercialización del software que incluso las partes previeron que “En el evento en que se desarrollen por parte de la CLINICA [éase Hospital I] sistemas de funcionalidad equivalentes, la FUNDACIÓN tendrá derecho a la participación sobre los ingresos generados por su comercialización en los porcentajes establecidos en el presente contrato” (cláusula sexta i).

En este orden de ideas, la facultad de modificación y comercialización otorgada por parte de la FUNDACIÓN sobre las fuentes entregadas, al no cumplir su condicionamiento, esto es, el recibo de la contraprestación económica (obsérvese que incluso en el otro si al contrato de Alianza de 2 de marzo de 2007 las partes vuelven a hablar de “Usufructo remunerado de fuentes”), se entiende que se ha ejercido sin autorización. El artículo 3 de la ley 23 de 1982 señala que “Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas: A. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte”.

El Tribunal ya ha dicho: “De la valoración de la prueba técnica obrante en el proceso, el Tribunal concluye que el software que HOSPITAL I reputa como suyo tiene como base la parte esencial de las fuentes entregadas por la FUNDACIÓN en cumplimiento del contrato que las partes denominaron de Alianza, y en la medida en que HOSPITAL I no

cumplió con su obligación de pagar el porcentaje acordado, dicho uso, bien se trate de la reproducción, transformación o adaptación de la obra, se reputa no autorizado y violatorio de los derechos de autor de la FUNDACIÓN”.

Pero además, ha de recordarse que las partes en su acto de disposición de interés original hubieron de prever que sólo después de quince años, los derechos de la Fundación expirarían, adquiriendo la Clínica (léase Hospital I,) “plenos derechos económicos, la nuda propiedad y el usufructo, sobre el software objeto de este contrato”. Espacio de tiempo que no ha acontecido y por lo cual el Tribunal halla otra razón adicional para desestimar esta pretensión.

Recibidos los programas fuentes por parte de Hospital I con la autorización expresa de modificarlos y adaptarlos para su posterior comercialización, es inadmisibles la justificación de una posible legitimación para “crear” otro software diferente al negociado y solicitar una titularidad no advertida en el contrato de Alianza, como lo plantea la convocada en su demanda de reconvención.

De una verificación integradora del mencionado contrato de Alianza, no podría deducirse, con la evidencia probatoria arrojada al proceso, que en su desarrollo natural fueran a coexistir dos soportes lógicos: el que aportó la Fundación y el que Hospital I afirma, de manera equivocada, haber desarrollado en forma “sustancialmente diferente”.

PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL

“En caso de no hallar prospera el Tribunal la indicada pretensión principal, solicito en forma subsidiaria se declare que la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA está obligada a reconocer y pagar a favor de HOSPITAL I una suma no inferior a los TRESCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$300.000.000,00) o aquella que resulte probada en el proceso, por concepto de los gastos y expensas en que HOSPITAL I debió incurrir para desarrollar el software.”

No prospera. Es lógico suponer que Hospital I pudo haber realizado gastos y expensas en las modificaciones que hubo de realizarle a las fuentes originales, máxime que para ello estaba autorizado (*“Cabe precisar que los datos a partir de los cuales se obtiene la cifra de \$634.577.467 son extraídos de la contabilidad, [...] pero **no por ello se puede afirmar que corresponda necesariamente a costos atribuibles exclusivamente a desarrollo de software**, dado que Hospital I no tiene un sistema de costos que permita afirmar o desvirtuar que dichos gastos correspondan a ‘costos propios’ del desarrollo de software objeto del negocio jurídico en controversia”*, dice el dictamen financiero), pero no por eso surge la obligación para la Fundación de reconocerle suma alguna por ellos. Eso no estaba estipulado en el contrato; sin embargo, si hubo gastos, estos pudieron haberse recuperado con los actos de explotación que a favor de ya varios terceros ha realizado Hospital I, situación esta última –los terceros- que aparece probada en el dictamen financiero.

SEGUNDA PRETENSION SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL.

“En caso de no hallar prospera el Tribunal la QUINTA pretensión principal y entrar a evacuar la pretensión subsidiaria anterior, solicito

que de manera consecencial a la prosperidad de tal pretensión subsidiaria, se ordene a la FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA pagar los intereses moratorios sobre la suma indicada o la que se llegare a establecer, a la máxima tasa permitida por la legislación mercantil (Art. 884 del Código de Comercio), utilizando para ello la tasa que corresponda legalmente o, en su defecto, la que encuentre aplicable el H. Tribunal, hasta el momento en que se realice en forma total el pago de la obligación."

Como no ha prosperado la pretensión subsidiaria de la quinta principal y ésta es consecencial de aquella, se colige que ésta no prospera en la medida en que no ha habido reconocimiento de suma alguna a favor de HOSPITAL I.

SEXTA. *"Que se condene a LA FUNDACION CARDIOVASCULAR, a reconocer y pagar a favor de HOSPITAL I las costas del presente proceso".*

No tiene cabida esta solicitud por cuanto las pretensiones de esta demanda de reconvención no han prosperado.

Reflexión final a la demanda de reconvención:

Los hechos que narra la demandante en reconvención tienen que ver con un argumento reiterado por ella, no sólo al momento de responder la demanda principal, sino también en este escenario: "HOSPITAL I desarrolló un software nuevo y LA FUNDACIÓN no tiene derecho alguno respecto de la comercialización del mismo."

Para el Tribunal es claro que se suscribieron dos contratos: uno de alianza cuyo sentido obvio es la colaboración empresarial y en el cual se pactó que *“LA CLÍNICA a su vez podrá hacer al software las modificaciones que considere necesarias, y comercializará las licencias de uso, reconociendo a la Fundación una participación en los ingresos provenientes de dicha comercialización en el porcentaje que se establecerá en una cláusula posterior”*.

Y otro de implantación y desarrollo de software, que surge precisamente de uno de los aspectos acordados por las partes en el de alianza: la puesta en marcha del software en la CLÍNICA DEL COUNTRY (hoy Hospital I), prueba piloto para su posterior comercialización, teniendo en cuenta que tanto la Clínica como la Fundación podían hacer módulos y desarrollos propios a partir de los códigos fuentes entregados.

Las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, dieron por terminado el contrato de implantación de software el 2 de marzo de 2007 y se declararon paz y salvo por todo concepto u obligación derivada del mismo. No se puede ahora pretender “revivir” un acto jurídico terminado y respecto del cual las partes expresaron su voluntad, no viciada, de finiquitarlo.

En este proceso, en síntesis, ambas partes se imputan mutuamente el incumplimiento del contrato de Alianza, y ambas afirman ser las titulares del software en disputa. La convocante justifica tal propiedad al afirmar ser la titular originaria de los programas fuentes que se comprometió a entregar a la convocada, y ésta dice ser la propietaria de

ese software en razón de los desarrollos realizados al mismo sin intervención y por culpa de la convocante.

Luego de un análisis de la etapa precontractual como proceso previo al perfeccionamiento del contrato de Alianza, del análisis del contrato, acompañado del señalamiento de las pruebas arrimadas al expediente, el Tribunal consideró el incumplimiento contractual por parte de la convocada y la violación a los derechos de autor sobre la propiedad del software en disputa.

De los lineamientos generales el contrato de Alianza se observó que la titularidad del programa era de la FUNDACIÓN, la cual se desprendió del derecho de usufructo sobre el mismo y que por ello recibiría una retribución económica (usufructo remunerado) y que la FUNDACIÓN autorizaba a que Hospital I pudiera introducirle modificaciones a los fuentes del programa, todo en la mira de la comercialización del programa o sistema originalmente concebido o desarrollado por la ella. Así pues, el argumento según el cual Hospital I podía introducirle modificaciones al sistema, sin que el desarrollador original recibiera una retribución económica es insostenible, máxime que en el contrato de Alianza no hay un acto de transferencia o disposición gratuita del software "FCV SOFT para IPS".

Así mismo, del acta de terminación y liquidación del contrato de implantación y del otro si al contrato de alianza, ambos documentos del 2 de marzo de 2007, se puede inferir que la implantación del software en la Clínica del Country (hoy Hospital I) y la entrega de las fuentes resultan hechos indubitables y que la retribución económica por el

usufructo del bien informático comenzaría a regir el primero de julio de 2007.

Recibidos los programas fuentes por parte de Hospital I con la autorización expresa de modificarlos y adaptarlos para su posterior comercialización, es inadmisibile la justificación de una posible legitimación para “crear” otro software diferente al negociado y solicitar una titularidad no advertida en el contrato de Alianza, como lo plantea la convocada en su demanda de reconvención.

De una verificación integradora del mencionado contrato de Alianza, no podría deducirse, con la evidencia probatoria arrimada al proceso, que en su desarrollo natural fueran a coexistir dos soportes lógicos: el que aportó la Fundación y el que Hospital i afirma, de manera equivocada, haber desarrollado en forma “sustancialmente diferente”.

Así las cosas, declarado el cumplimiento del contrato por parte de la Fundación y reconocida por el Tribunal la violación a los derechos de autor por parte Hospital I al utilizar la fuentes originales del software recibido para desarrollar otro que afirma ser “sustancialmente diferente”, el Tribunal desestima todas las pretensiones de la demanda de reconvención y declarará probadas las excepciones a ella formuladas, es decir, las que siguen: “Cumplimiento del contrato de Alianza por parte de la Fundación Cardiovascular de Colombia S.A.”; “terminación del contrato de implantación y desarrollo de software en marzo de 2007”; “Compensación proveniente del acuerdo celebrado entre las partes al dar por terminado el contrato de implantación y desarrollo de software en marzo 2 de 2007”; “inexistencia de perjuicios económicos a

favor de Hospital i" y "ausencia de legitimación en la causa para pedir una declaratoria de propiedad intelectual en cabeza de Hospital I".

CAPITULO SEXTO

COSTAS

1. Habiendo concluido la evaluación de las pretensiones y defensas de las partes tanto por la vía de la demanda como por la vía de la reconvencción, el Tribunal advierte que el balance del arbitraje favorece a la Convocante.
2. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 392 (6) del C.P.C.,⁶³ y habida consideración del porcentaje que representan las condenas (excluidos intereses moratorios) impuestas a HOSPITAL i frente a los montos totales debatidos en el Proceso, se considera que los costos del Arbitraje, incluyendo honorarios de los Peritos, deben ser asumidos en proporción del 80% por parte de HOSPITAL I y del 20% por parte de LA FUNDACION.
3. Ahora bien, dado que ambas partes cancelaron por partes iguales la totalidad de los montos establecidos para cubrir los honorarios de los árbitros y de la secretaria y los gastos de administración del Tribunal, se condenará a HOSPITAL I a pagarle a LA FUNDACION el 80% de tales montos.

⁶³ "En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión."

4. En cuanto a los honorarios de los Peritos se tiene lo siguiente:

- a. Los honorarios (\$12.000.000.00) y los gastos (\$2.000.000.00) correspondientes al peritaje contable y financiero fueron cancelados por las Partes en idéntica proporción. Por ende, HOSPITAL I deberá restituirle a LA FUNDACION el 80% de las sumas pagadas por ésta a fin de preservar la relación 80 – 20 arriba establecida.
- b. En cuanto a los honorarios (\$35.000.000.00) y los gastos (\$16.000.000.00) correspondientes al peritaje técnico rendido por el experto Gonzalo Romero, fueron cancelados por las Partes en idéntica proporción. Por ende, HOSPITAL I deberá restituirle a LA FUNDACION el 80% de las sumas pagadas por ésta a fin de preservar la relación 80 – 20 arriba establecida.
- c. En cuanto a los honorarios (\$20.000.000.00) y los gastos (\$1.760.411) pagados al perito técnico Manuel Sguerra Dávila no hay margen para condena alguna, toda vez que la totalidad de las sumas correspondientes a honorarios y gastos de este experticio fueron sufragados por HOSPITAL I.

Con formato: Resaltar

5. Finalmente, en cuanto a las *agencias en derecho* a que se hace referencia en el artículo 393 (2) del C.P.C.,⁶⁴ el Tribunal observará

⁶⁴ "La liquidación [de costas] incluirá el valor de los impuestos de timbre, los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada por la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las **agencias en derecho** que fije el magistrado ponente o el juez, aunque se litigue sin apoderado." (Énfasis añadido).

un criterio de *razonabilidad*, toda vez que no considera que hubiera habido temeridad en la actuación procesal de ninguno de los apoderados, quienes si bien, y obviamente, con posiciones opuestas, actuaron a lo largo del Proceso con profesionalidad.

6. Por ende, la partida *agencias en derecho*, cuyo pago se impondrá a HOSPITAL I ascenderá a \$18.000.000, equivalentes al 100% de los honorarios asignados a cada árbitro en este proceso.
7. Como consecuencia de todo lo expuesto, el Demandado será condenado al pago de costas conforme a la liquidación que aparece a continuación:

Concepto	Valor (\$)
A- 80 % Honorarios de los Arbitros y de la Secretaria	50.400.000
-- 80 % Honorarios de los Arbitros	43.200.000
-- 80 % I.V.A.	6.912.000
-- 80 % Honorarios de la Secretaria	7.200.000
-- 80 % I.V.A.	1.152.000
B- 80 % Gastos de Administración - Centro de Arbitraje	7.200.000
C- 80% I.V.A.	1.152.000

Concepto	Valor (\$)
D - 80 % Gastos de funcionamiento del Tribunal	4.800.000
E - 80% (del 50% de los Honorarios del Perito Contable) pagado por la Demandante	5.600.000
F - 80% (del 50% de los Gastos del Perito Técnico) pagado por la Demandante	20.400.000
I - Total a cargo del Demandado y a favor de la Demandante (A + B + C + D + E + F)	97.616.000
II - Agencias en Derecho	18.000.000
Gran Total a cargo del Demandado y a favor de la Demandante por concepto de costas y agencias en derecho del Proceso (I + II)	115.616.000

Advierte el Tribunal, por último, que en el evento que la suma disponible de la partida de protocolización, registro y otros no resulte suficiente para cubrir los gastos respectivos, el valor faltante deberá ser sufragado por **HOSPITAL i** en proporción del 80% y por **LA FUNDACION** en proporción del 20%.

CAPITULO SÉPTIMO
DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre **Fundación Cardiovascular de Colombia** (Demandante) y **Informática Hospitalaria Integrada S.A. Hospital i** (Demandado), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A. Sobre la competencia del Tribunal:

Se afirma la competencia del Tribunal tal y como fue determinado en el Auto No. 9 de Mayo 13, 2009, proferido en la primera audiencia de trámite de este proceso.

B. Sobre la Tacha por Sospecha:

Declarar imprósperas las tachas por sospecha formuladas contra los testigos Carmen Judith Jaimes Delgado, Gilberto Augusto Reyes Ortiz y respecto de Wilson Rodríguez Arguello por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

C. Sobre la Objeción Por Error Grave:

Declarar impróspera la objeción por error grave al dictamen rendido por el perito Ingeniero Gonzalo Alfredo Romero Borda por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo. En consecuencia se ordena cancelarle el saldo de sus honorarios.

D. Sobre las pretensiones y excepciones de la demanda

Declarar que prosperan la pretensión primera principal, segunda principal, tercera principal parcialmente y cuarta principal. En consecuencia:

1. Se declara que el contrato denominado de Alianza FCV-Clínica del Country de 28 de agosto de 2003 ha sido incumplido por INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.
2. Se declara terminado el contrato de alianza comercial suscrito entre la Clínica del Country (cesionario Hospital I) y LA FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA.
3. Se ordena la restitución de los códigos fuentes, ejecutables, manuales y/o módulos del software entregados inicialmente por la Fundación.
4. Se ordena a HOSPITAL I el cese en la explotación de los derechos patrimoniales derivados de las obras informáticas entregadas con ocasión del contrato de alianza.
5. Se condena a HOSPITAL I a pagar la suma de SEISCIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRECIENTOS UN PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (\$640.446.301,71) a LA FUNDACION CARDIOVASCULAR DE

COLOMBIA por concepto de perjuicios materiales derivados del incumplimiento del contrato de Alianza. La suma mencionada ya se encuentra actualizada.

6. No se reconocen intereses de mora por razones expuestas en la parte motiva de este proveído.
7. Se declara que no prosperan las excepciones de mérito propuestas por la convocada.

D. Sobre las pretensiones y excepciones de la demanda de reconvencción:

1. Se declara que no prosperan la pretensión primera principal, segunda principal, tercera principal, cuarta principal y quinta principal.
2. Se declara que no prosperan la pretensión subsidiaria de la tercera principal, la pretensión subsidiaria de la quinta principal, la segunda pretensión subsidiaria de la quinta principal.
3. Se declara que prosperan todas las excepciones de merito, salvo la genérica.

E. Sobre costas y agencias en derecho del proceso:

Condenar a HOSPITAL i a pagar por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de CIENTO QUINCE MILLONES SEISCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL PESOS (\$115.616.000).

F. Sobre pago de las condenas:

Ordenar que el pago de todas las sumas de dinero decretadas en favor de LA FUNDACION CARDIOVASCULAR DE COLOMBIA sea hecho por INFORMÁTICA HOSPITALARIA S.A. HOSPITAL I dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de este Laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente.

F. Sobre aspectos administrativos:

1. Decretar la causación y pago a los Árbitros y a la Secretaria del 50% restante de sus respectivos honorarios. El Presidente del Tribunal hará los pagos respectivos.
2. Se ordena la liquidación final de las cuentas del proceso y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida de protocolización, registro y otros.

Se advierte a las partes que en el evento que la suma disponible de la partida de protocolización, registro y otros no resulte suficiente para cubrir los gastos respectivos, el valor faltante deberá ser sufragado por HOSPITAL i en proporción del 80% y por LA FUNDACION en proporción del 20%.

3. Se ordena la protocolización del expediente del proceso en una de las notarías de Bogotá, una vez quede en firma este Laudo o la providencia que lo aclare, corrija o complemente.
4. Se ordena la expedición por Secretaría de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las partes.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO ZEA FERNÁNDEZ

Arbitro

DANIEL PEÑA VALENZUELA

Arbitro

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

Presidente

PATRICIA ZULETA GARCÍA

Secretaria

