



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 1 de marzo de 2024

Rad: 1-2020-145163
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Cibergestión Hipotecaria SL y otra
Demandado: Rhino Solutions SAS y otros

Por medio de la presente providencia procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

ANTECEDENTES

1. El día 18 de diciembre de 2020, las sociedades CIBERGESTIÓN HIPOTECARIA SL y CIBERGESTIÓN COLOMBIA S.A.S., por medio de apoderado judicial, el abogado Guillermo Orlando Cáez Gómez, presentó demanda contra RHINO SOLUTIONS S.A.S. identificada con el NIT 901.295.361-8, JOHN ALEXANDER RUIZ TORRES identificado con la cédula de ciudadanía 1.032.358.992, AVALAPP S.A.S. EN LIQUIDACIÓN identificada con el NIT 901.132.916-6, GRUPO AVALAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN identificada con el NIT 900.972.613-1 y FRANKY ESTEBAN PINILLA SALAZAR identificado con la cédula de ciudadanía 80.932.390.
2. Mediante el Auto 1 del 18 de febrero de 2021, notificado por Estado 25 del 3 del 19 de febrero siguiente, este Despacho admitió la demanda referida.
3. El 18 de mayo de 2021, los demandados Rhino Solutions S.A.S. y John Alexander Ruiz Torres, contestaron la demanda y formularon excepciones de mérito.
4. El 14 de junio de 2022, las sociedades demandantes presentaron una reforma a la demanda, en la cual no hubo cambios respecto a las partes que integran la litis.
5. Mediante el Auto 20 del 20 de septiembre de 2022, notificado por Estado 128 del 21 de septiembre siguiente, este Despacho admitió la reforma a la demanda.
6. El 5 de octubre de 2022, los demandados Rhino Solutions S.A.S. y John Alexander Ruiz Torres, contestaron la reforma a la demanda y formularon excepciones de mérito.
7. El día 8 de agosto de 2023 inició la audiencia concentrada de la que habla el parágrafo del artículo 372 del CGP y en desarrollo de esta, por mutuo acuerdo de las partes, se suspendió reanudándose el proceso el 11 de septiembre de 2023, luego, el 19 de septiembre siguiente las partes solicitaron mediante memorial una nueva suspensión de mutuo acuerdo desde ese día y hasta el 19 de octubre del mismo año y el 20 de octubre de 2023 radicaron otra solicitud de suspensión hasta el 20 de noviembre siguiente.
8. El día 5 de diciembre de 2023, se reanudó la audiencia y las partes solicitaron de mutuo acuerdo una nueva suspensión desde ese día y hasta el 11 de enero de 2024, razón por la cual se citó nuevamente a audiencia el 12 de enero siguiente, día en el cual, se accedió a una solicitud de las partes para su aplazamiento por motivos de índole probatoria. En consecuencia, el 6 de febrero de 2024 se continuó con la diligencia, se practicaron los interrogatorios de parte

y fueron escuchados los peritos, ante la imposibilidad de agotar las etapas restantes ese mismo día, se citó nuevamente para el 12 de febrero siguiente, día en el cual se practicaron las pruebas restantes, sin embargo al no ser posible cerrar la etapa probatoria por estar pendiente un término concedido en favor de algunos demandados, se citó nuevamente para el 16 de febrero de 2024.

9. Las audiencias se realizaron de manera virtual. Teniendo en cuenta que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, y con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, se anunció en la audiencia del 16 de febrero de 2024 que esta se emitiría escrita.

CONSIDERACIONES

Síntesis de la demanda y su contestación

El presente proceso tiene génesis en la demanda (posteriormente reformada) que propusieron Cibergestión Hipotecaria SL y Cibergestión Colombia S.A.S. Puntualmente estas sociedades alegan hacer parte del Grupo BC y que otra de las empresas que conforman dicho grupo, contrató al señor John Alexander Ruíz Torres, primero directamente y luego por intermedio de la empresa Rhino Solutions S.A.S., para realizar unas mejoras al software "*Presto Smart*" dirigidas a otros proyectos del Grupo BC, al Proyecto Scotiabank – Integración Presto con el Workflow del Banco Scotiabank del Perú y para el servicio de "*desarrollo de software bajo metodologías ágiles*".

Además, indican que Cibergestión Colombia S.A.S. celebró un contrato de compraventa de software con Avalapp S.A.S. en liquidación, que tenía por objeto la transferencia de la propiedad del software *Avalapp PH*, su instalación, implementación y puesta en marcha, también aducen que este último software fue integrado con *Presto Smart* como un módulo de "avalúos" y que esto los hizo indivisibles.

Argumentan las demandantes que John Alexander Ruiz Torres desarrolló y modificó superficialmente un software, para que su competencia lo ofreciera a BBVA Perú y que luego mediante la sociedad Rhino Solutions S.A.S., en joint venture con Avalapp S.A.S. en liquidación (relacionada con el Grupo Avalar S.A.S. – En liquidación), ofreció un programa de ordenador que imita o reproduce a *Presto Smart*. También, que Franky Esteban Pinilla Salazar subió a su cuenta de YouTube un video¹ del que sería el soporte lógico infractor y donde afirma se evidencia el módulo comprado a Avalapp S.A.S. en liquidación, para finalmente concluir que John Alexander Ruiz Torres, Avalapp S.A.S., Avalar S.A.S. y Franky Esteban Pinilla Salazar ejecutaron reproducciones no autorizadas del código fuente de Presto Smart, con el fin de crear otros softwares y explotarlos económicamente sin contar con la autorización de los titulares de la obra originaria.

Al contestar la demanda y su reforma, John Alexander Ruiz Torres y Rhino Solutions S.A.S., alegaron que no existe legitimación en la causa por parte de las demandantes pues no tienen derechos sobre el software *Presto Smart* y que en consecuencia no pueden reprochar cualquier uso, transformación, distribución, ofrecimiento y/o explotación que se haga del mismo, y que la supuesta situación de control de Grupo BC sobre las demandantes no está probada.

También argumenta que *Presto* y *Presto Smart* son softwares distintos y que este último no se deriva de aquel, toda vez que es la adaptación que se realizó para Cibergestión Perú S.A.C. de un sistema preexistente, del cual ejerce derechos en la actualidad, y que fue elaborado a partir del estándar BPMN que es de uso libre y cuenta con una plantilla de compra libre². Respecto del sistema Avalapp PH indican que no existe

¹ En relación con este video se aportaron los documentos "P22 - Indra Minsight" "P23 - Pantallazo INDRA MINSAIT - 23092020" y "P24 - Informe Ratsef" los cuales están almacenados en la carpeta "A3 -P Documentales", que a su vez está dentro de la carpeta "091 Reforma demanda y sustitución poder 1-2022-54920" del expediente digital.

² Respecto de esta plantilla fueron aportados los documentos "Prueba 6 - Dominio y Plantilla", "Prueba 7 - Términos, condiciones y licencias de Object Magagement Group -OMG-", "Prueba 11 - Comparación interfaz Plantilla, Rhino Flow y Presto Smart" y los

evidencia de su existencia, apariencia, integración con *Presto* o con *Presto Smart* y por otra parte alegan que no fueron ellos quienes editaron el demo de Rhino Flow BPM con los logos de BBVA, Indra Minsa IT y Aniba.

Por su parte, los demandados Avalapp S.A.S. en liquidación, Grupo Avalar S.A.S. en liquidación y Franky Esteban Pinilla Salazar no contestaron la demanda, en consecuencia, los hechos susceptibles de confesión contenidos en ella se presumirán ciertos en tanto no impliquen la responsabilidad de los demás litisconsortes por pasiva de conformidad con el inciso final del artículo 192 del CGP, ya que en el presente caso se entiende que tal litisconsorcio es de carácter facultativo pues cada uno de los demandados es un litigante separado y en tal sentido se evidencia que puede confesar en lo respectivo a su propia responsabilidad sin perjudicar a los demás.

1. Fijación del litigio

En la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que dentro de los hechos reconocidos como ciertos se encuentran que entre Cibergestión Perú S.A.C. y John Alexander Ruiz Torres en el 2017 existieron relaciones mercantiles concernientes con dos (2) servicios denominados “Proyecto Presto Smart – Nueva Versión” y “Proyecto Scotiabank – Integración Presto con el Workflow del Banco Scotiabank del Perú” y que John Alexander Ruiz constituyó y asumió la representación legal de la sociedad por acciones simplificada denominada Rhino Solutions S.A.S el 4 de junio de 2019, cuyo objeto social consiste en: Actividades de desarrollo de sistemas informáticos (planificación, análisis, diseño, programación, pruebas), Actividades de consultoría informática y actividades de administración de instalaciones informáticas y otras actividades de tecnologías de información y actividades de servicios informáticos.

También, la existencia del contrato No. 2020-001³ que fue aportado con la demanda y la contestación de John Alexander Ruiz y Rhino Solutions, celebrado entre Cibergestión Perú S.A.C. y Rhino Solutions S.A.S.; que la propuesta que Rhino Solutions S.A.S. presentó el día 13 de marzo de 2020, que obra en el expediente⁴, y que hace parte integral de tal contrato incluye: Un desarrollador nivel Senior, Un desarrollador nivel Intermedio, Servicios de almacenamiento de código fuente para el proyecto, Recursos requeridos para el desarrollo de software y Administración del proyecto bajo metodología SCRUM, además dicho proyecto estaba enmarcado en la implementación de las pantallas de actividades de usuario, así como las reglas de negocio, que funcionaran sobre el servicio de flujos BPM proveído por Cibergestión. En igual sentido, que el referido contrato incluyó las cláusulas novena y octava relacionadas con la propiedad intelectual y confidencialidad respectivamente y que Rhino Solutions SAS le remitió un entregable⁵ del contrato 2020-001 que obra en el expediente.

Respecto de los demás demandados, se tiene por acreditado, conforme a los documentos aportados, que el día 22 de febrero de 2018 Cibergestión Colombia S.A.S. celebró un “*contrato de compraventa de software*”⁶ con la sociedad colombiana Avalapp S.A.S. Este tenía por objeto la transferencia en propiedad de forma irrevocable y exclusiva, así como la instalación, implementación y puesta en marcha del software denominado *Avalapp PH*, el cual consiste en un software de avalúos para casas y apartamentos sometidos a régimen de propiedad horizontal, que incluyó una cláusula de propiedad intelectual, y obligaciones de confidencialidad en cabeza de Avalapp S.A.S.

obrantes en la carpeta “*Prueba 12 - pixeladmin-2.3.2*”, todos estos almacenados en la carpeta “*Pruebas*”, que a su vez se encuentra en la carpeta “*021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627*”.

³ Visible en el archivo “*P12 - CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No 2020-001*” obrante en la carpeta “*003 Pruebas*” del expediente digital. Igualmente, obra en el expediente el correo con el cual dicha propuesta se remitió a Cibergestión Perú S.A.C. que corresponde al archivo “*Propuesta de Servicios y Presentación Rhino Solutions*” obrante en la carpeta “*CORREOS - VICTOR*” que a su vez está almacenada en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*”.

⁴ Visible en el archivo “*P11 - Propuesta servicios Rhino - Presto Smart*” obrante en la carpeta “*003 Pruebas*” del expediente digital.

⁵ Visible en el archivo “*P13 - Entrega pre conformidad [2994234]*” obrante en la carpeta “*003 Pruebas*” del expediente digital. Igualmente, obra en el expediente el correo con el cual dicho entregable se remitió a Cibergestión Perú S.A.C. que corresponde al archivo “*Entrega pre conformidad código fuente*” obrante en la carpeta “*CORREOS - VICTOR*” que a su vez está almacenada en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*”.

⁶ Dicho contrato se puede visualizar en el archivo “*P14 - Contrato Avalapp PH*”, almacenado en la carpeta “*003 Pruebas*” del expediente digital.

Además, se tuvo por confesado que Franky Esteban Pinilla Salazar cargó en su canal de la plataforma YouTube el 29 de julio de 2019 un video en que se realiza una demostración de un software en el que se aprecia la utilización del módulo de avalúos comprado a Avalapp S.A.S.; también, que según los documentos aportados al expediente⁷, el señor Pinilla está vinculado como representante legal de Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación.

Frente al denominado hecho 49 de la demanda, se dijo que realmente no es un hecho sino una inferencia que proponen las demandantes y respecto al denominado 50, se indicó que no será objeto de prueba, pues habla de lo que sería una posible competencia desleal derivada de un ataque cibernético⁸ y el presente proceso conforme a las pretensiones propuestas trata netamente sobre derecho de autor.

En conclusión, el Despacho procederá a establecer si los demandantes Cibergestión Hipotecaria SL y Cibergestión Colombia S.A.S. son titulares de los derechos patrimoniales de los softwares Presto, Presto Smart y *Avalapp PH*, si las conductas de los demandados individualmente considerados implican una transformación, utilización y ofrecimiento no autorizados de dichos programas y en caso afirmativo se deberá analizar si estos actos les generaron algún perjuicio económico a las demandantes y determinar su valor.

3. La existencia de un grupo empresarial denominado Grupo BC

Respecto a los grupos empresariales, establece la Ley 222 de 1995 en su artículo 28 que “*Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección.*”, además, el artículo 30 de la misma normativa indica que:

“OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL. Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los Treinta días siguientes a la configuración de la situación de control. (...) En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición.”

Descendiendo al caso concreto, las demandantes, alegan en los hechos de la demanda la existencia del Grupo BC Global Services S.L., que indican cuenta con ocho filiales, una de ellas denominada Cibergestión y que esta a su vez cuenta con filiales en varios países, y es así como en múltiples hechos se habla de Cibergestión y sus filiales y de cómo explotan entre ellas los softwares de titularidad de cualquiera de las filiales.

Ahora bien, se encuentra en el expediente el certificado de existencia y representación legal de la sociedad Cibergestión Colombia S. A. S., expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el 10 de enero de 2024⁹, en el cual en efecto se indica que:

“(...) la sociedad extranjera CIBERGESTIÓN HIPOTECARIA S.L. (Matriz) comunica que ejerce situación de control y grupo empresarial de manera directa sobre la sociedad CIBERGESTION COLOMBIA S.A.S. (Fecha de configuración de situación de control: 27-05-2010) y de manera indirecta a través de esta última, sobre las sociedades BC APPRAISALS SAS, BC DIGITAL SERVICES COLOMBIA S.A.S. y LEXER COLOMBIA S.A.S. Así mismo, de manera indirecta a través de esta última, sobre las sociedades COBRANDO S.A.S. y GESTI S.A.S. (Subordinadas).”

Respecto a la sociedad Cibergestión Hipotecaria SL, de origen español, fue aportado el documento denominado “*Prueba Existencia y RL Cibergestión Hipotecaria SL*”¹⁰, el

⁷ El certificado de existencia y representación legal de ambas sociedades puede visualizarse en los archivos “A9 - CERL AVALAPP SAS SB20214783A9978” y “A10 - CERL GRUPO AVALAR SAS SB2021481467813” almacenados en la carpeta denominada “003 Pruebas” del expediente digital.

⁸ En relación con esto, obra en el expediente la carpeta denominada “176 Prueba trasladada Fiscalía 1-2023-118263” que da cuenta de las denuncias interpuestas al respecto y situación que como se indicó no será estudiada.

⁹ Visible en el documento denominado “CERL Cibergestión COL”, almacenado en la carpeta “188 Poder 1-2024-10155” del expediente digital.

¹⁰ Visible en el documento denominado “A7. Cibergestión Hipotecaria SL RMC ESPAÑA”, almacenado en la carpeta “Anexos” que a su vez se encuentra en la carpeta “091 Reforma demanda y sustitución poder 1-2022-54920” del expediente digital.

cual menciona fue generado el 31 de enero de 2024, sin que se pueda apreciar la anotación de inscripción que exige la Ley 222 de 1995 respecto del documento en el que se hacen constar las situaciones de control o grupos empresariales y tampoco se aportó dicho documento como tal, lo que sí consta es que su único socio es la sociedad “GRUPO BC DE ASESORIA HIPOTECARIA SL”, sin embargo, no hay prueba de que se trate de un Grupo empresarial, como ya se indicó, ni de las sociedades que lo integran.

En todo caso, no se desconoce que esta última es una sociedad extranjera y que se debe tener en cuenta que tanto las legislaciones extranjeras como la colombiana, contienen normas que regulan a nivel interno cuestiones o exigencias relacionadas con la creación de grupos empresariales o la existencia de situaciones de control, exigencias que en los respectivos países deben ser cumplidas. Sin embargo, también existe la posibilidad de estudiar este tipo de situaciones a la luz de la legislación bajo la cual fueron originadas, en caso de que no fuere la nacional, y para ello, se debe tener en cuenta lo que contempla el artículo 177 del Código General del Proceso:

“El texto de normas jurídicas que no tengan alcance nacional y el de las leyes extranjeras, se aducirá en copia al proceso, de oficio o a solicitud de parte.

La copia total o parcial de la ley extranjera deberá expedirse por la autoridad competente del respectivo país, por el cónsul de ese país en Colombia o solicitarse al cónsul colombiano en ese país.

También podrá adjuntarse dictamen pericial rendido por persona o institución experta en razón de su conocimiento o experiencia en cuanto a la ley de un país o territorio fuera de Colombia, con independencia de si está habilitado para actuar como abogado allí.

Cuando se trate de ley extranjera no escrita, podrá probarse con el testimonio de dos o más abogados del país de origen o mediante dictamen pericial en los términos del inciso precedente (...).”

En el caso objeto de estudio, se puede constatar que la demandante alega la existencia del grupo empresarial y de las filiales sin indicar cuales serían las normas jurídicas extranjeras que rigen su creación y existencia, tampoco las allega, ni aporta el dictamen que contempla el artículo ya citado, de igual forma, no indica al Despacho si la norma extranjera es escrita o no, ni pide los testimonios que en este último caso se requerirían.

Por lo tanto, la presunta existencia de un grupo empresarial en cabeza de la sociedad Grupo BC Global Services S.L. no cumple con las formalidades exigidas por la norma interna y tampoco se probó el cumplimiento de alguna norma extranjera al respecto, razón por la cual no puede entenderse probada su existencia.

En todo caso, es importante poner de presente que no se encuentra que alguna de las sociedades demandantes esté actuando en este proceso en representación de otras personas, si no que por el contrario, presentaron la demanda a su nombre y buscando que las pretensiones se declaren en su propio favor.

Finalmente, a pesar de que en los alegatos de conclusión de las sociedades demandantes se sugirió que en caso de considerar el Despacho que la sociedad Cibergestión Perú S.A.C. era quien estaba legitimada para reclamar la infracción se tenía el deber de integrar el litisconsorcio en virtud del artículo 61 del CGP, este Despacho lo que encontró es que en el caso concreto no estamos ante una situación que se adapte al supuesto de dicha norma, en el entendido que no está probada la existencia desde la perspectiva sustancial de una comunidad de bienes que pueda ser alterada o respecto de la cual se vaya a realizar un pronunciamiento, y desde la perspectiva procesal porque no se evidencia que las pretensiones propuestas afecten los derechos de alguien que no haga parte de esta litis, ni existe una demanda de reconvencción que implique hacer declaraciones o condenas respecto de personas distintas a las que se encuentran en el proceso.

4. Sobre el objeto y titularidad de los softwares.

Observa este Despacho que las demandantes basan su reclamación alrededor de tres programas de computador denominados “Presto”, “Presto Smart” y “Avalapp PH”, igualmente, sugieren que el software “Rhino Flow BPM” imita o reproduce a “Presto Smart”, de manera que, procederemos a analizar si las pruebas que obran en el expediente acreditan la existencia de dichos programas y a quien corresponde la titularidad de ellos.

Se anticipa, que del estudio que se realizará a continuación se concluirá que Cibergestión Colombia S.A.S. ostenta los derechos patrimoniales del Programa *Avalapp PH*, que los programas *Presto* y *Presto Smart* no son lo mismo, que las demandantes no son titulares de derechos patrimoniales de los softwares *Presto* y *Presto Smart*, ni se encuentra que demanden en representación de los titulares; igualmente se indicará que está probado que el titular de derechos respecto del software *Rhino Flow BPM* es John Alexander Ruiz y que si bien los softwares *Presto Colpatria*, *Presto Popular* y *Presto Itaú*, son obras originarias cuyo titular de derechos patrimoniales es Cibergestión Colombia S.A.S., lo cierto es que las pretensiones de la demanda no versan sobre estos.

A) En cuanto al programa *Avalapp PH*

En razón a que se estudiarán los certificados de registro que fueron aportados en relación con este programa, es necesario poner de presente que el artículo 2.6.1.1.2 del Decreto 1066 de 2015 dispone que el objeto del registro es “*brindarle a los titulares de derecho de autor y derechos conexos un medio de prueba y de publicidad a sus derechos así como a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley, y garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derecho de autor y de derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere*”.

Por su parte la Decisión Andina 351 de 1993 refiere en su artículo 53 que “*(...) la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario*”. En este sentido, las inscripciones efectuadas en el Registro Nacional de Derecho de Autor permiten demostrar la titularidad sobre una obra e incorporan las condiciones jurídicas actuales de la creación intelectual. Asimismo, los datos consignados en este se presumen ciertos hasta tanto se pruebe en contrario.

Debemos resaltar en relación con este programa que está acreditado que el día 22 de febrero de 2018, Cibergestión Colombia S.A.S. celebró un contrato de “*compraventa de software*” con la sociedad colombiana *Avalapp S.A.S.* y que el contrato tenía por objeto la transferencia en propiedad de forma irrevocable y exclusiva, así como la instalación, implementación y puesta en marcha del software denominado *Avalapp PH*, el cual consiste en un Software de avalúos para casas y apartamentos sometidos a régimen de propiedad horizontal¹¹. Igualmente, que este contrato de “compraventa” de software incluyó una cláusula de propiedad intelectual, junto con el contenido de esta, y que dentro de tal contrato se incluyeron obligaciones de confidencialidad en cabeza de *Avalapp S.A.S.* bajo los términos de la cláusula segunda.

En el mismo sentido, se encuentra que las demandantes aportaron el certificado expedido por la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, cuyo consecutivo es el 13-76-167¹² del 15 de octubre de 2019, del software denominado *Avalapp PH*, cuyo autor es Jaime Andres Rojas Silva, que indica que el titular de derechos patrimoniales respecto del programa es Cibergestión Colombia S.A.S. Igualmente, fue aportado otro registro, cuyo número es 11-135-332 que informa de la inscripción de un contrato de “*Cesión de derechos patrimoniales de autor del software denominado: Avalapp P.H. que consiste en un software de avalúos*”, cuyas partes intervinientes son las sociedades *Avalapp S.A.S.* y *Cibergestión Colombia S.A.S.*

De manera que, está probado que los derechos patrimoniales del software *Avalapp PH*

¹¹ Dicho contrato puede apreciarse en el archivo denominado “*P14 - Contrato Avalapp PH*” el cual está almacenado en la carpeta “*003 Pruebas*”.

¹² Dicho contrato puede apreciarse en el archivo denominado “*P15 - DNDA - COL Avalapp PH - Transf. a Grupo BC*” el cual está almacenado en la carpeta “*003 Pruebas*”.

se encuentran en cabeza de la sociedad Cibergestión Colombia S.A.S., por tanto, dicha sociedad está legitimada para reclamar la infracción que busca sea declarada en este proceso, la cual se estudiará más adelante.

B) Sobre el argumento esbozado en cuanto a que “Presto” y “Presto Smart” son lo mismo

Al respecto, se observa que desde la presentación de la demanda se hace referencia a los programas “Presto” y “Presto Smart” de forma indiscriminada y que los demandados John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. alegaron en su contestación que estos programas no son lo mismo.

Es necesario indicar, en cuanto a la creación de un software, que es evidente que este nace como obra tras un proceso que tiene pluralidad de etapas, en las cuales pueden participar varias personas, e indudablemente cada etapa delimita el alcance de lo que serán las formas de expresión protegidas en un lenguaje de programación llamado código fuente, un código objeto, una documentación técnica y unos manuales de uso. Los códigos fuente y objeto se concretan en una forma de escritura que contiene un conjunto de letras y números, además, la documentación técnica y los manuales de uso, son escritos en los que se expresa la información recolectada en las diferentes etapas de desarrollo del software, es por ello por lo que la doctrina y la jurisprudencia han asimilado el soporte lógico a una obra literaria y que este se protege a través de la legislación autoral.

Reconociendo esto, el artículo 3º de nuestra norma comunitaria definió el software o programa de computador señalando que es la *“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”*.

Así, mientras la expresión se refiere a la forma en que plasma y programa cada autor las instrucciones del soporte lógico, las instrucciones son el contenido en sí mismo del software que logra que este cumpla una tarea determinada. De manera que, la forma en que cada autor expresa los códigos y el lenguaje en que lo hace son aspectos importantes frente a la protección.

Por otra parte, se debe advertir que el inciso segundo del artículo 6º de la Ley 23 de 1982 en consonancia con el artículo 7º de nuestra norma comunitaria, menciona que *“Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta Ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas”*, es decir, que en el caso del software se excluye de su protección todo aquello que no tenga que ver con la materialización que se hace mediante el conjunto de instrucciones que permite al usuario ordenarle a una máquina realizar determinada orden, incluida la funcionalidad del soporte lógico.

Tenemos entonces que, la funcionalidad es la solución a las necesidades del usuario, es por ello por lo que existen pluralidad de programas de computador con funciones iguales o muy semejantes sin que ello implique que infringen derechos de índole autoral y sin que se deba entender que son un mismo programa. Incluso, señala la Corte Suprema de Justicia que *“es posible que por simple azar dos (2) o más programas puedan ser sustancialmente equivalentes, aunque sin incurrir en plagio”*¹³.

Descendiendo en la problemática bajo estudio, el Despacho preguntó al representante legal de Cibergestión Hipotecaria S.L. sobre las diferencias que existen entre *Presto* y

¹³Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3179-2021 del 28 de julio de 2021. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

Presto Smart, y aunque en su respuesta¹⁴ indicó que son lo mismo porque cumplen la misma función, luego afirmó que un software es una mejora tecnológica del otro, en razón a que el primero había quedado un poco obsoleto en lenguaje de codificación y en aspecto visual, pero que el proceso orquestado es un 90% similar y que finalmente lo que determina cómo funciona cada herramienta es la forma en que cada banco tiene orquestado su proceso hipotecario.

En similar sentido, el apoderado de los demandados John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S., preguntó al representante legal de Cibergestión Colombia S.A.S. en su interrogatorio por las diferencias entre *Presto* y *Presto Smart*, respuesta en la cual este concluyó que en su opinión son las funciones de más que puede tener *Presto Smart*.

Como ya se indicó, es posible y de hecho ocurre que distintos programas compartan iguales finalidades, pues la funcionalidad corresponde a la idea como tal y lo que realmente genera una protección frente al derecho de autor en el caso del software, es la forma en que esas ideas se materializan, siendo para el caso claro que *Presto* y *Presto Smart* son programas distintos¹⁵, al punto que las demandantes en su escrito petitorio relatan como cada uno de ellos se habría elaborado en un momento diferente y para empresas distintas.

No sobra mencionar que también se evidenció de los interrogatorios de parte que cada uno de estos programas estaría programado con un lenguaje diferente y para el caso de *Presto Smart* tendría incluso funcionalidades adicionales a las de *Presto*, de manera que, todo lo evidenciado al respecto nos lleva a concluir que se trata de programas distintos, pues la forma en la que el programador plasma las instrucciones que le son dadas y la capacidad del programa elaborado para que una vez incorporado a un dispositivo realice determinadas labores, sí son factores determinantes para la protección otorgada por el derecho de autor a este tipo de obras.

a) Respecto al programa “Presto” y la falta de legitimación del extremo activo

Iniciemos señalando que del análisis del acervo probatorio se puede inferir que la sociedad que en apariencia ostenta la titularidad derivada de los derechos patrimoniales de la obra *Presto* es Operadora Cibergestión S.A. de C.V., toda vez que en la contestación de la demanda se presentó un certificado de registro expedido por el Instituto Nacional del Derecho de Autor -INDAUTOR- de México el 18 de febrero de 2014, bajo el número 03-2014-021414082600-01¹⁶, que confirma la existencia de un programa de computación denominado "Presto", cuyo autor es el señor Antonio Artigues Fiol y cuya titularidad corresponde a la sociedad mencionada.

Respecto este documento no sobra resaltar que los demandados, John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S., cuestionan que el mismo acredita la existencia de una obra llamada "Sistema de Control Hipotecario" y no de *Presto*. Sin embargo, al revisar el archivo, se observa que, aunque la primera página del PDF corresponde al registro mencionado por ellos, en la página 2 se encuentra otro que sí corresponde al programa "Presto" y que proporciona los datos previamente descritos.

Al respecto debemos señalar que el problema de dicho documento radica es en que los certificaos de registros referidos fueron expedidos por una autoridad extranjera y no están apostillados, sin embargo, esto no desdice de la falta de legitimación de los demandantes toda vez que estas admitieron en el escrito de acción y su reforma,

¹⁴ Video audiencia celebrada el 6 de febrero de 2024, archivo denominado “Continuación Audiencia Cibergestión SL y otra vs Rhino Solutions y otros 1-2020-145163-20240206_091342-Grabación de la reunión” que está almacenado en la carpeta “190 Audiencia 6 de febrero de 2024” del expediente digital, minuto 34:15.

¹⁵ Al respecto las partes aportaron algunas pruebas tendientes a mostrar la apariencia de estos dos programas, visibles en los archivos “P1 - Presentación Presto Smart Cibergestión BC” almacenado en la carpeta “003 Pruebas” y en el archivo denominado “Prueba 1 - Apariencia visual (interfaz) del sistema Presto”, almacenada en la carpeta “Pruebas” que a su vez se encuentra dentro de la carpeta “021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627” del expediente digital.

¹⁶ Visible en la página 2 del documento denominado “P16 - México - INDAUTOR SISTEMA PRESTO”, almacenado en la carpeta “003 Pruebas” del expediente digital y que obra con el mismo nombre en la reforma de la demanda.

específicamente en el hecho séptimo, que la titularidad sobre dicho software no les pertenece, ni tampoco existe evidencia de una transferencia a favor de las sociedades demandantes o vínculo que les permita ejercer la representación del titular, por lo que fuerza concluir que estas no están legitimadas para formular pretensiones respecto de algún uso no autorizado de dicho programa de ordenador.

Dado que no se ha demostrado que las demandantes estén legitimadas para presentar reclamaciones respecto a este programa, no es necesario examinar la posible infracción alegada ni las implicaciones de las preguntas relacionadas con este tema que forman parte del sobre cerrado presentado para el interrogatorio de los no comparecientes a la audiencia del artículo 372 del CGP, puntualmente Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación.

b) En cuanto al programa *Presto Smart*

De entrada, debemos advertir que es evidente, tras el análisis de las pruebas presentadas, que el programa conocido como *Presto Smart* surgió de una relación comercial en la que participaron las sociedades Cibergestión Perú S.A.C., Rhino Solutions S.A.S. y el señor John Alexander Ruiz¹⁷, y que estas últimas prestaron sus servicios desde Colombia debido que era su lugar de residencia, sin que exista ninguna prueba que indique que las sociedades demandantes sean titulares derivadas de derechos.

En cuanto a las pruebas que llevaron a tal conclusión, iniciaremos señalando que en la fijación del litigio se indicó que estaba acreditada y además se había reconocido como cierta la existencia de vínculos mercantiles entre Cibergestión Perú S.A.C. y John Alexander Ruiz Torres en el 2017. Además, obran en el expediente ordenes de servicio expedidas por Cibergestión Perú S.A.C. y a cargo de John Ruiz¹⁸, enumeradas como 004 y 005, de las cuales la 004 indica en sus observaciones lo siguiente: *“Desarrollo de nueva versión de Presto, como evolución de las versiones actuales a PrestoSmart, proyecto de iniciativa interna del equipo de TI de Cibergestión Perú, que buscaba ofrecer aplicaciones acordes a las últimas tecnologías, que propendieran una mejor experiencia usuario y mejoras en la productividad a partir de incluir soluciones 100% responsive”*.

También, obran en el expediente las facturas denominadas 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 24¹⁹ que dan cuenta de los cobros que hizo el señor John Alexander Ruiz Torres de manera directa a la sociedad Cibergestión Perú S.A.C. en los años 2017, 2018 y 2019, concordantes con lo declarado por el testigo Nelson Vergara²⁰, de ellas, se observa que la factura 15 del 5 de octubre de 2018 tiene por concepto *“Inicio Construcción Aplicación WEB Presto Smart REACT Modulos de Autenticación, y estructura principal”*.

Luego, se evidencia como el señor John Alexander Ruiz Torres, ahora a través de la empresa Rhino Solutions S.A.S., presentó para el mes de marzo de 2020 y vía correo

¹⁷ Al respecto véanse los documentos obrantes en las carpetas *“Prueba 2”*, *“Prueba 3 - correo electrónico del 10 de marzo de 2020”*, *“Prueba 4 - Correo electrónico del 27 de marzo y 10 de junio de 2020”*, *“Prueba 5 - correo electrónico del 28 de octubre de 2020”*, *“Prueba 10 - Usuarios”* y *“Prueba 14 - Correo electrónico del 14 de mayo de 2021”*, almacenadas en la carpeta *“Pruebas”*, que a su vez se encuentra en la carpeta denominada *“021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627”*; al igual que los almacenados en la carpeta *“196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755”* del expediente digital.

¹⁸ Visible en el archivo *“P9 - Orden de Servicio 004 Presto Smart Firmada”* almacenado en la carpeta *“003 Pruebas”* del expediente digital y que obra con el mismo nombre en la reforma de la demanda. También visible en el archivo *“OrdenServicioPrestoSmart”* almacenada en la carpeta *“Prueba 2”* que a su vez se encuentra dentro de la carpeta *“021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627”* del expediente digital.

En cuanto a las órdenes de servicio aportadas por John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. en su contestación y cuyo proveedor es Andres Ramirez, estas no serán valoradas pues no se encuentra relación alguna de esta persona con la litis.

¹⁹ Visibles en la carpeta *“003 Pruebas”* y en la carpeta *“Proveedor Colombia”* que está almacenada en la carpeta *“PDF”* y en la carpeta *“Prueba 2”* estas últimas contenidas a su vez en la carpeta *“021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627”* del expediente digital.

²⁰ Respecto a esta persona, obran unos correos electrónicos que aparentemente remitió en la carpeta *“Prueba 9”* almacenada en la carpeta *“Pruebas”*, que a su vez se encuentra en la carpeta denominada *“021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627”*, los cuales no serán valorados pues en este proceso no se estudia su responsabilidad. Lo mismo ocurre respecto del documento denominado *“P25 - Renuncia Nelson Vergara”* almacenado en la carpeta *“A3 - P Documentales”* que a su vez se encuentra en la carpeta *“091 Reforma demanda y sustitución de poder 1-2022-54920”* del expediente digital.

electrónico²¹ una propuesta de servicios, cuya carta de presentación iba dirigida a la sociedad Cibergestión Perú S.A.C., en la que se puede observar que se habla del “*proyecto Presto Smart*” y se ofrecen unos servicios de BPM y consultoría basados en la plataforma “*RhinoFlow BPM*”.

Adicionalmente, se observa el cruce de varios correos entre John Ruiz y Víctor Casachahua. En estas conversaciones, existe una del 10 de septiembre de 2020 en la cual John Ruiz informa sobre el envío de un “*documento que formaliza la entrega pre conformidad del Proyecto Presto Smart*”, al cual Casachahua le responde al día siguiente diciéndole “*Hola Jhon, conforme. Gracias*” y adjuntando un archivo denominado “*Entrega pre conformidad_v.pdf*”²², en este último se indica que “*El objetivo es compartir tanto la contraseña de apertura de los archivos de la solución Presto Smart como el link de descarga de los mismos*” y que “*Se deja este documento como evidencia de la entrega pre satisfacción por parte de Rhino Solutions SAS a CiberGestión Perú SAC a los 10 días del mes de septiembre del año 2020, para esto cada uno de los responsables asignados por las partes firman este documento como evidencia*”²³.

Además, se encuentra que en relación con esta misma relación comercial, también obran en el expediente las facturas 001 y 002 expedidas por Rhino Solutions S.A.S. en las cuales dicha sociedad cobra unos dineros a Cibergestión Perú S.A.C. y cuyo detalle dice lo siguiente: “*Implementación Flujos Presto Smart Contrato 2020-001 Factura 01*” e “*Implementación Flujos Presto Smart Contrato 2020-001 Factura 02*”, ambas expedidas el 28 de junio de 2020, y que se logran relacionar con los servicios ya indicados.

Finalmente, al no estar probado que las demandantes estén legitimadas para elevar reclamaciones respecto este programa, se hace innecesario estudiar la posible infracción alegada y en el mismo sentido, no se estudiarán las consecuencias de las preguntas que tienen relación con este y que hacen parte del sobre cerrado²⁴ presentado para el interrogatorio de Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación.

C) Frente al software denominado *Rhino Flow BPM*

Sobre este programa, se evidencia que si bien no fue relacionado por la demandante en los hechos que planteó al Despacho, los demandados John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. al contestar la demanda informaron de su existencia, aportando²⁵ a su vez un certificado expedido por la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, cuyo consecutivo es el 13-82-226²⁶ del 20 de noviembre de 2020, en el cual consta, entre otras cosas, que su año de creación fue 2016, que su autor es el señor John Alexander Ruiz Torres, que es una obra originaria y en su descripción se indica lo siguiente “*PLATAFORMA CLOUD BPMS (BUSINESS PROCESS MANAGEMENT SUITE) COMPATIBLE CON NUBE DE MICROSOFT AZURE, BASADA EN LA IMPLEMENTACIÓN DE ESTÁNDARES BPM Y BPMN 2.0 (BUSINESS PROCESS MANAGEMENT AND NOTATION2.0) DEFINIDO POR BPMN.ORG PERMITE EL MODELADO, SIMULACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE PROCESOS AL INTERIOR DE LAS ORGANIZACIONES POR MEDIO DE UNA ÚNICA INTERFAZ WEB DE FÁCIL USO BASADA EN TECNOLOGÍAS MODERNAS*”.

²¹ El correo y sus adjuntos pueden ser vistos desde el archivo eml denominado “*Propuesta de Servicios y Presentación Rhino Solutions*”, visible en la carpeta “*CORREOS-VICTOR*” que a su vez está almacenada en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*” del expediente digital.

²² Los correos y sus adjuntos pueden ser vistos desde el archivo eml denominado “*Entrega pre conformidad código fuente*”, visible en la carpeta “*CORREOS-VICTOR*” que a su vez está almacenada en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*” del expediente digital.

²³ Documento que en efecto está firmado por el señor Víctor Casachahua en su calidad de director de TI de la referida Cibergestión S.A.C.

²⁴ Visible en el archivo “*191 Pliego que se ordena incorporar*” del expediente digital.

²⁵ También fueron aportados varios videos de lo que sería dicho software, visibles en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*” y en el archivo denominado “*Prueba 8 - Video Original RhinoFlow Compartido con Avalapp*”, almacenado en la carpeta “*Pruebas*” que a su vez está dentro de la carpeta “*021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627*” del expediente digital.

²⁶ Se observa en la carpeta denominada “*Prueba 13 - Registro DNDA Rhino Flow BPM*”, almacenada en la carpeta “*Pruebas*”, que a su vez se encuentra en la carpeta “*021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627*” del expediente digital.

A su vez, en cuanto a su apariencia, fue aportado en dicha contestación un documento en el cual se expone el diseño de la interfaz del programa²⁷, que según consta en el mismo fue elaborado en agosto de 2019, y algunos videos explicativos de la herramienta que el señor John Alexander Ruiz afirma que Rhino Solutions S.A.S. compartió con la sociedad Aniba como parte de una negociación fallida, los cuales fueron incorporados con la exhibición de documentos realizada en la audiencia del 12 de febrero de 2024²⁸.

Igualmente, como ya se indicó, obra en el expediente una propuesta de servicios²⁹ presentada a la sociedad Cibergestión Perú S.A.C. por parte del señor John Alexander Ruiz Torres actuando a través de la empresa Rhino Solutions S.A.S. que data del mes de marzo de 2020 y en la cual se puede evidenciar que se ofrecen unos servicios de BPM y consultoría basados en la plataforma “RhinoFlow BPM”, propuesta a la cual al parecer dicha sociedad accedió, esto según los demás correos que obran al respecto³⁰.

De manera que, de las pruebas aportadas a este proceso se encuentra que el titular de derechos del software Rhino Flow BPM es el señor John Alexander Ruiz.

D) Respecto de los softwares *Presto Colpatría, Presto Popular y Presto Itaú*

En cuanto a estos programas, se encuentra que junto con la demanda se aportaron unos certificados expedidos por la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, cuyos consecutivos son 13-64-263³¹ del 21 de noviembre de 2017 respecto de *Presto Colpatría*, 13-65-12³² del 20 de diciembre de 2017 en relación con *Presto Popular* y 13-65-13³³, del mismo día, para *Presto Itaú*. En dichos registros se consigna que el titular de derechos patrimoniales es la sociedad Cibergestión Colombia S.A.S. y que su autor es el señor Nelson Vergara.

Lo que este despacho evidencia respecto a estos programas, es que en los hechos de la demanda se afirma que estos son “*variantes del software de gestión hipotecaria Presto*”, sin embargo, tal como se indicó antes, lo probado es que respecto del software *Presto* las demandantes no son titulares de los derechos patrimoniales y además, como se evidencia de los registros antes mencionados, aunque estos 3 softwares comparten la misma descripción, en ningún aparte se menciona que se traten de obras derivadas de *Presto*, si no que contrario a ello, en los registros se indica que son obras originarias.

Ahora bien, incluso si se tratasen de obras derivadas, se ha previsto en el artículo 5 de la Ley 23 de 1982, que “*Son protegidos como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales y en cuanto representen una creación original: a) Las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones realizadas sobre una obra del dominio privado (...)*”, igualmente, la Decisión Andina 351 de 1993 establece en su artículo 5 que “*Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras*”. Por tanto, las obras derivadas implican la transformación de una obra u obras preexistentes, diferenciándose de las originarias por los elementos que aporta su creador y que dotan a la nueva obra de suficiente originalidad para entenderla como una diferente, pero también protegible de manera independiente por el derecho de autor.

²⁷ Se observa en la carpeta denominada “*Prueba 13 - Registro DNDA Rhino Flow BPM*”, almacenada en la carpeta “*Pruebas*”, que a su vez se encuentra en la carpeta “*021 Contestación demanda Rhino y John 1-2021-49627*” del expediente digital.

²⁸ Se observan en la carpeta denominada “*VIDEOS*” que a su vez está almacenada en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*” del expediente digital.

²⁹ El correo y sus adjuntos pueden ser vistos desde el archivo eml denominado “*Propuesta de Servicios y Presentación Rhino Solutions*”, visible en la carpeta “*CORREOS-VICTOR*” que a su vez está almacenada en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*” del expediente digital.

³⁰ pueden ser vistos en la carpeta “*CORREOS-VICTOR*” que a su vez está almacenada en la carpeta “*196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755*” del expediente digital.

³¹ Puede apreciarse en el archivo denominado “*P17 - DNDA - COL PRESTO COLPATRIA 13-64-263*” el cual está almacenado en la carpeta “*003 Pruebas*”.

³² Puede apreciarse en el archivo denominado “*P18 - DNDA - COL PRESTO POPULAR 13-65-12*” el cual está almacenado en la carpeta “*003 Pruebas*”.

³³ Puede apreciarse en el archivo denominado “*P19 - DNDA - COL PRESTO ITAU 13-65-13*” el cual está almacenado en la carpeta “*003 Pruebas*”.

De manera que, si lo que buscaban los demandantes era acreditar una presunta legitimación respecto de *Presto* por aportar los registros de las obras *Presto Colpatría*, *Presto Popular* y *Presto Itaú*, tal como lo propusieron en los alegatos de conclusión, queda claro por una parte que las pruebas muestran que estas son obras originarias y que aún en caso de que fueren derivadas, tienen una protección independiente de la obra originaria, y por ello tal argumento no podría prosperar. Ahora bien, se observa que las pretensiones no versan sobre estos softwares y por tanto no será necesario estudiar si hubo o no una infracción relacionada con ellos, ni valorar para este aspecto las pruebas que con relación al desarrollo de dichos softwares se aportaron pues no tienen relevancia.

5. Sobre la infracción al programa *Avalapp PH*

Es conocido que el derecho de autor presenta un doble contenido, del cual se derivan dos tipos de prerrogativas o derechos, unos de carácter moral, que tienen como fin proteger la relación inseparable o personal que tiene el creador con su obra, y otros de carácter patrimonial, que siendo de contenido económico, facultan al autor o titular de una obra a autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocida o por conocer respecto de esta.

En relación con los derechos patrimoniales, que son los que se reclaman en la presente acción, sería posible afirmar que estamos ante una infracción cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular, originario o derivado de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior, las disposiciones relativas a la protección del programa de computador consagradas en la Decisión Andina 351 de 1993, determinan que todo acto de explotación de la obra, diferente a la copia en la memoria del computador, a la copia de seguridad o a la adaptación para exclusiva utilización, deben entenderse como violación a las normas de Derecho de Autor si no cuenta con la previa y expresa autorización del autor o titular legítimo de tales derechos.

Al respecto, debemos indicar que el libelo petitorio busca que este juzgador declare que existió una transformación, utilización y ofrecimiento no autorizados al mercado del programa de computación denominado “Avalapp PH” ejecutada por los demandados.

En cuanto a lo que sería la “utilización y ofrecimiento”, estos actos muchas veces son difíciles de asociar con un derecho patrimonial en concreto, sin embargo, el artículo 3 de la Ley 23 de 1982, que fue adicionado por el artículo 68 de la Ley 44 de 1993, indica que los derechos de autor comprenden para sus titulares la facultad exclusiva de carácter general de disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte e igualmente, la posibilidad de aprovecharla con fines de lucro o sin él y por distintos medios.

De manera que, es evidente que “la transformación, el uso y el ofrecimiento no autorizado del software”, afecta la normal explotación de la obra que podría realizar la persona que obtuvo sus derechos patrimoniales de manera legítima. En concreto, dicha transformación va en contra de lo que define la doctrina como “*la facultad del autor de explotar su obra autorizando la creación de obras derivadas de ella*”³⁴, el uso implica la operación real del programa para realizar tareas específicas y el ofrecimiento conlleva un acto mediante el cual se han realizado propuestas a terceros para la comercialización del programa.

En cuanto al titular de los derechos patrimoniales del programa *Avalapp PH*, se concluyó en el subtítulo d) del acápite anterior que se trata de la sociedad Cibergestión Colombia S.A.S.

³⁴ LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Unesco, Ceralc y Zavalía. Buenos Aires, 1993. Págs. 211-212.

A) En cuanto a la infracción a *Avalapp PH* que se alega respecto de John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S.

Lo primero que se debe decir, es que no se propuso en los hechos de la demanda que estas personas tuvieran relación directa con una infracción del software *Avalapp PH* de forma independiente, sin embargo, en el hecho 29 de la demanda se sugiere que al programa *Presto Smart* le fue integrado aquel como un módulo, en el hecho 35 de la demanda se asevera que el software evidenciado en unos videos aportados es *Presto Smart*, y luego el hecho 37 dice que en uno de tales videos se evidencia la existencia y utilización del módulo de avalúos, comprado a *Avalapp S.A.S.* En este punto, es importante dejar claro que a dicha infracción e integración se opusieron los demandados relacionados en este acápite en su contestación y a lo largo del proceso.

Ahora bien, valga recordar que las demandantes no están legitimadas para reclamar frente a *Presto Smart*, como ya se indicó, y en tal sentido lo que acá procede es analizar si se logró probar una infracción por parte de John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. frente a los derechos patrimoniales que ostenta *Cibergestión Colombia S.A.S.* solamente respecto del programa *Avalapp PH*.

Descendiendo sobre las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra que con la reforma a la demanda fue aportado un peritaje rendido por Jorge González Ramos, respecto del cual se indica que *“El dictamen pericial versa, entre otros asuntos relacionados, sobre la imitación y transformación no autorizada del software Presto, Presto Smart y Avalapp P.H. por parte de los demandados en el mercado”*³⁵, es decir que dicho peritaje demostraría que los actos ejercidos por los demandados configuraron entre otras cosas la infracción objeto de estudio en este acápite e igualmente se aportaron los videos³⁶ que ya mencionamos y que también fueron tenidos en cuenta por el perito.

Frente a la capacidad de una prueba pericial para demostrar las infracciones que ocurran respecto de un software, encontramos que es la prueba predilecta para ello, pues es el programa de ordenador un *“conjunto de instrucciones que, expresadas en el lenguaje adecuado e incorporados a un soporte legible por una máquina, hace que una computadora realice una tarea o consiga unos resultados determinados(...)”*³⁷, es decir, que no cualquier persona tiene los conocimientos técnicos que se requieren para realizar el análisis de un soporte lógico, ni para entender el lenguaje en el que este fue plasmado.

De revisar el dictamen indicado³⁸, se evidencia que este cumple con los requisitos mínimos que exige el artículo 226 del Código General del Proceso al respecto, sin embargo, al leer la experticia rendida por el perito, se encuentra que las comparaciones se hicieron con relación al programa *Presto Smart*, pero nunca se indica que haya hecho un análisis respecto del software denominado *Avalapp PH*, pues no lo refiere ni en el objetivo, ni en el trabajo realizado, ni en el análisis comparativo, ni menos en las conclusiones, de manera que, contrario a lo que afirman las accionantes al mencionar el peritaje en su reforma, este no hizo como tal un estudio de la posible infracción al software *Avalapp PH* y en consecuencia no puede entender este Despacho que sea prueba de ello. Además, tampoco se habla en el dictamen de una integración entre *Presto Smart* y *Avalapp PH*.

Ahora bien, el artículo 227 del CGP prevé la posibilidad de que la parte interesada anuncie el aporte de un dictamen en la oportunidad para pedir pruebas, caso en el cual el juez le concederá un término para ello, al respecto, los demandados John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. al contestar la demanda y su reforma solicitaron el

³⁵ Archivo denominado *“14.6.22 Reforma Demanda Cibergestión DNDA (1)”* página 54, almacenado en la carpeta *“091 Reforma demanda y sustitución poder 1-2022-54920”* del expediente digital.

³⁶ Visibles en los archivos denominados *“P20 - BBVA Perú - ANIBA Consulting V2”* y *“P22 - Indra Minsight Plataforma Flujo Hipotecario - Rhino S. y Avalapp”*, almacenados en la carpeta *“003 Pruebas”* del expediente digital.

³⁷ IGLESIAS REBOLLO, César y GONZÁLEZ GORDON, María. Diccionario de propiedad intelectual. Editorial Reus S.A. y Aisge. Madrid, España, 2023. Pág. 160.

³⁸ Carpeta denominada *“A4. Dictamen Informático DFI”*, almacenado a su vez en la carpeta *“091 Reforma demanda y sustitución poder 1-2022-54920”* del expediente digital.

término para aportar un dictamen pericial con el cual buscaban demostrar las diferencias funcionales, de interfaz, visuales, arquitectura y render entre los sistemas “Avalapp PH”, “Presto”, “Presto Smart” y “Rhino Flow BPM” en todas sus versiones, determinar si entre “Avalapp PH”, “Presto” y “Presto Smart” existe/existió una integración y establecer las funcionalidades específicas de cada sistema.

Frente a este dictamen el Despacho se pronunció en el auto 9 del 16 de diciembre de 2021 otorgando un término a los solicitantes para su aporte y previniendo a las demandantes de que era su deber colaborar con el perito para la práctica de dicha prueba y ordenándoles en el numeral cuarto:

“1. Suministrar al perito y al apoderado de los solicitantes la información y documentación que estos requieran, relacionados con el objeto de la prueba.

2. Las sociedades requeridas podrán designar un funcionario para acompañar la práctica de la prueba y verificar que esta se lleve a cabo de conformidad con los lineamientos señalados en esta providencia.

Lo anterior, so pena de las consecuencias procesales y pecuniarias a que haya lugar, conforme a lo expuesto en esta decisión.”

Sin embargo, los solicitantes de la prueba pericial presentaron un recurso de reposición contra el referido auto 9, en el cual le indicaban al Despacho que para su elaboración requerían de la práctica de unas exhibiciones documentales y de una inspección judicial, por su parte, las sociedades demandantes al descorrer dicho traslado manifestaron su oposición a prestar la colaboración que se les había ordenado para la elaboración del dictamen. Al mencionado recurso se dio respuesta a través del auto 12 del 10 de marzo de 2022, en el cual se decidió reponer parcialmente el auto 9 y además, se le ordenó a la sociedad Cibergestión Colombia SAS prestar colaboración efectiva para la realización del referido peritaje dentro de los 10 días siguientes y se le indicó entre otras cosas que:

“(…) se prevendrá a la sociedad Cibergestión Colombia SAS identificada con el NIT N°900.360.052-1 para que colabore de manera efectiva con la parte solicitante y el perito designado por esta, especialmente con lo siguiente:

1. Autorizando el ingreso del apoderado de la solicitante y el perito a las instalaciones de la empresa.

2. Suministrando al perito y al apoderado el material fotográfico y/o videograbación solicitados en la petición probatoria con el fin de cumplir el objeto de la prueba, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de la presente decisión.

3. Autorizando el ingreso del apoderado de las solicitantes y el perito a las oficinas donde tenga equipos de cómputo, portátiles o fijos y/o servidores que permitan evidenciar los programas “Presto” y “Avalapp PH” en modalidad productiva en los periodos indicados en la solicitud probatoria.

4. Permitiendo el acceso del perito a cada uno de los dispositivos mencionados, con el fin de cumplir el objeto de la prueba, ya señalado en este Auto.

5. La sociedad requerida podrá designar un funcionario para acompañar la práctica de la prueba y verificar que esta se lleve a cabo de conformidad con los lineamientos señalados en esta providencia.

6. Los requeridos podrán abstenerse de entregar o impedir el acceso a información financiera, contable, datos personales o secretos comerciales ajenos al objeto de la prueba.

Se advierte a Cibergestión Colombia SAS que, en caso de impedir la práctica del dictamen, “se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen (...).”

Frente a esta orden y algunas otras que no tienen relación con el software bajo estudio, las demandantes propusieron recurso de reposición reiterando su oposición a acatar la orden de colaboración impartida por el Despacho, al cual se resolvió no acceder mediante auto 14 del 20 de septiembre de 2022. Por su parte las demandantes, el día 5 de octubre siguiente, en el último día del término que les había sido otorgado para poner a disposición del perito la información requerida, presentaron una solicitud de

ampliación de dicho término³⁹, la cual motivaron diciendo que habían presentado una acción de tutela contra los referidos autos 9, 12 y 14 y que en ella habían solicitado como medida provisional la suspensión de dichas providencias, por tanto pedían una prórroga hasta la fecha en que la acción constitucional fuere decidida.

En cuanto a dicha solicitud de prórroga, el Despacho se pronunció en el auto 21 del 29 de noviembre de 2022 negándola, por una parte al no encontrar una justa causa en las razones indicadas por las demandantes, como lo requiere el artículo 117 del CGP, y por otra, porque era claro que lo que se buscaba no era un término adicional para dar cumplimiento a la orden si no la prosperidad de una acción de tutela que les permitiera no aportar los documentos y ello implicaría prorrogar el término de forma indefinida, yendo en contra de lo previsto en la norma. En relación con esto, se pone de presente que dicha acción de tutela y su impugnación no prosperaron y los referidos autos mantienen sus efectos.

En consecuencia de ello, los demandados John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. solamente pudieron aportar un peritaje⁴⁰ que responde a los documentos que se solicitaron al Banco Itaú y que se indica serían del programa *Presto Itaú* y a un video sobre *Presto Smart* que según lo indicó el perito en audiencia corresponde con uno de los obrantes en el expediente, sin embargo, el peritaje que se buscaba presentar alrededor de las discusiones que se dan frente a *Avalapp PH* y para el cual se otorgó un término y se impuso el deber de colaboración a Cibergestión Colombia S.A.S. no pudo ser presentado por la falta de colaboración de la demandante.

Al respecto, se recuerda que el perito manifestó en audiencia del 6 de febrero de 2024 que para comparar los softwares era necesario tener acceso a los códigos fuente y que al ser preguntado por el Despacho sobre si pidió o no los códigos fuente para elaborar el dictamen este respondió que sí, que él informó que era necesario y entiende que dentro del proceso se solicitaron⁴¹.

Es evidente que las demandantes incumplieron con el deber de colaboración que les había sido impuesto para permitir que el perito contratado por John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. pudiera elaborar el dictamen relativo a *Avalapp PH*, aduciendo como justificación que la entrega de la información vulneraba derechos propios y de terceros por tratarse de información protegida por reserva legal. En relación con ello, se observa que en el interrogatorio de parte se preguntó al representante legal de Cibergestión Colombia S.A.S por qué no permitieron la exhibición de software que le ordenó el Despacho, y ante esto contestó que fue algo que decidió junto a su equipo legal⁴².

Dichas justificaciones no resultan de recibo, pues fue la parte demandante quien decidió ventilar una controversia respecto de los programas de ordenador ya relacionados y aportar como prueba un dictamen que según sus palabras prueba la “*imitación y transformación no autorizada del software Presto, Presto Smart y Avalapp P.H.*”, luego, es apenas lógico que su contraparte busque defenderse de dicha prueba solicitando un nuevo dictamen al respecto y para el cual requiere, como mínimo, que el perito pueda acceder a tales programas y realizar las comparaciones o análisis que resulten del caso.

Así que, no es justificable que las demandantes se nieguen a brindar la información necesaria para que un tercero neutral como lo es el perito y que lo que tiene a cargo es una labor de carácter técnico tenga la posibilidad de elaborar el dictamen que su contraparte requiere para realizar la debida defensa frente a las pruebas que en su contra se aportaron con la demanda y su reforma, más si se tiene en cuenta que en

³⁹ Visible en el archivo “103 Solicitud de ampliación de termino 1-2022-94165” del expediente digital.

⁴⁰ Visible en los archivos “127 Memorial aporato dictamen 1-2023-11416” y “128 Memorial aporato dictamen 1-2023-11779” del expediente digital.

⁴¹ Visible en el video denominado “Continuación Audiencia Cibergestión SL y otra vs Rhino Solutions y otros 1-2020-145163-20240206_161218-Grabación de la reunión”, almacenado en la carpeta “190 Audiencia 6 de febrero de 2024” del expediente digital.

⁴² Visible en el video “Continuación Audiencia Cibergestión SL y otra vs Rhino Solutions y otros 1-2020-145163-20240206_101743-Grabación de la reunión”, a partir del minuto 41:40, el cual está almacenado en la carpeta “190 Audiencia 6 de febrero de 2024” del expediente digital.

lugar de impedir la práctica de la prueba pudo solicitar al Despacho que considerara medidas adicionales para garantizar sus intereses, si es que lo estimaba necesario.

Al respecto, el artículo 233 del CGP señala que si alguna de las partes impide la práctica del dictamen se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que se buscaban demostrar con este. En consecuencia, en tanto las demandantes impidieron la elaboración de un dictamen que pudiera dar luces respecto a la defensa de una infracción al programa *Avalapp PH*, de conformidad con lo consagrado en el referido artículo se presumirá cierto que existen diferencias funcionales, de interfaz, visuales, arquitectura y render entre los sistemas “Avalapp PH” y “Rhino Flow BPM” en todas sus versiones y que el programa “Avalapp PH” no está integrado a otro.

Ahora bien, contrario a ello, se debe poner de presente como a pesar de que las demandantes fueron renuentes a permitir el acceso al perito a la información requerida, los demandados John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. por su parte, dieron cabal cumplimiento a la orden que les impartió la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá⁴³ respecto de aportar al expediente el software Rhino Flow BPM⁴⁴, conducta que debe valorarse en favor de dichos demandados.

En definitiva, de analizar en conjunto las pruebas obrantes en el expediente y dando aplicación a las consecuencias probatorias ya indicadas respecto la conducta de las partes, se entenderá que los demandados John Alexander Ruiz y Rhino Solutions S.A.S. no infringieron los derechos patrimoniales de Cibergestión Colombia S.A.S.

B) Del acceso al código fuente por parte de John Alexander Ruiz

Es preciso mencionar que con el paso del tiempo se han desarrollado técnicas de evaluación, normalmente utilizadas por peritos, que permiten determinar razonablemente si un programa de ordenador es copia o transformación de otro, pero esto no quiere decir que, ante la ausencia de estos exámenes, no se pueda acreditar la infracción usando otros medios de prueba.

Puntualmente la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC3179-2021 mencionó que, ante la presencia de dudas sobre la infracción, un factor determinante en la evaluación será determinar si el presunto infractor ha tenido acceso al código fuente de la obra original. Argumentando que este acceso desvirtuaría la posibilidad de que la coincidencia entre las obras sea simplemente fortuita.⁴⁵

Descendiendo en el caso que nos ocupa, se observa de los medios de convicción, que John Alexander Ruiz tuvo acceso al código fuente del programa de ordenador *Presto Smart*, pues participó en su elaboración. Sin embargo, en este caso no sería posible aplicar el postulado citado por nuestro máximo órgano de cierre, por dos razones: la primera es que el señor Ruiz buscó aportar un peritaje con la finalidad de probar que no existía una infracción al referido software y fueron las sociedades demandantes las que no prestaron su colaboración para que en efecto pudiera elaborarse la experticia, sin que sea posible que puedan beneficiarse de dicha renuencia; y la segunda, porque las sociedades demandantes no están legitimadas para reclamar respecto de *Presto Smart*.

C) En cuanto a la infracción que se alega respecto de Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación

Iniciaremos señalando que el artículo 97 del CGP establece que ante la falta de contestación de la demanda o pronunciamiento expreso frente a los hechos y

⁴³ Visible en la carpeta “180 Devolución apelación Auto 28” del expediente digital.

⁴⁴ Visible en la carpeta “196 Exhibición de documentos Rhino y John Ruiz 1-2024-14755” del expediente digital.

⁴⁵ La Sentencia SC3179-2021 de la Corte Suprema de Justicia, del 28 de julio de 2021, manifestó: “los tribunales de derecho consuetudinario han desarrollado reglas técnicas de evaluación (test), que facilitan inferir con razonable seguridad que se está frente a una copia y, por tanto, una infracción a los derechos del autor, los cuales se han extendido a otros sistemas jurídicos, adquiriendo un reconocimiento universal. Sin embargo, en caso de duda, será un elemento decisivo en la evaluación que el supuesto infractor haya podido acceder al código fuente de la obra que se reputa original, pues tal hecho derruye la posibilidad de una simple coincidencia.” (Negrita fuera del texto)

pretensiones se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que contenga la demanda, y en similar sentido el artículo 372 numeral 4 del mismo código indica que la inasistencia injustificada de los demandados a la audiencia inicial hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda.

Descendiendo al caso se encuentra que Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación no contestaron la demanda y tampoco asistieron a la audiencia celebrada el 8 de agosto de 2023, sin que hubieren excusado dicha inasistencia en la forma en que lo prevé nuestro estatuto procesal, tal como se indicó en el auto 30 del 14 de septiembre de 2023, por ello, los hechos de la demanda que les resulten susceptibles de confesión se presumirán ciertos.

Además, el artículo 202 del CGP prescribe que quien pidió el interrogatorio de su contraparte podrá formular las preguntas por escrito en un pliego abierto o cerrado que puede presentar o sustituir antes de la audiencia en que se practique tal prueba, y el artículo 204 ibidem indica que la inasistencia al interrogatorio puede ser justificada y que cuando esto se haga con posterioridad a la audiencia deberá ocurrir dentro de los 3 días siguientes a la diligencia, mientras el artículo 205 del mismo estatuto manifiesta que la inasistencia de la parte citada a la audiencia hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión sobre los que versen las preguntas asertivas admisibles que contenga el pliego.

En este caso, se evidencia que los demandados Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación no comparecieron a la audiencia celebrada el día 6 de febrero de 2024 y que al respecto, las sociedades demandantes presentaron antes de la diligencia el respectivo sobre cerrado⁴⁶ con preguntas que contempla el artículo 202, el cual fue incorporado al expediente digital por orden del Despacho y luego de leer las preguntas que contenía, a dichos demandados se les otorgó el término de 3 días para excusar su inasistencia y estos transcurrieron sin que allegaran justificación alguna.

Recordemos que de conformidad con el artículo 205 del CGP, se deben presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión sobre los que versen las preguntas asertivas admisibles del pliego de preguntas aportado y concretamente respecto del programa *Avalapp PH*, y en tanto no impliquen la responsabilidad de los demás litisconsortes por pasiva, en sintonía con el inciso final del artículo 192 del CGP y con lo ya explicado al respecto en el acápite 1 de esta providencia.

Por otra parte, se pone de presente que este Despacho de conformidad con el auto del Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil de fecha 11 de diciembre de 2023, ordenó en audiencia del 12 de enero de 2024 a los demandados aportar los softwares “Rhino Flow BPM” y “Plataforma de Gestión Hipotecaria Ani Consulting” en un término de ocho días, so pena de las consecuencias procesales del caso y de la calificación de su conducta procesal, orden que fue incumplida por Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación, quienes no radicaron nada en dicho término.

Además, se encuentra que, de las pruebas aportadas con la demanda y su reforma, es evidente que Franky Esteban Pinilla Salazar y Avalapp S.A.S. en liquidación, tuvieron acceso al software *Avalapp PH*, pues como ya se indicó, está probada la existencia de “un contrato de compraventa”⁴⁷ respecto de este software entre Avalapp S.A.S. representada por Franky Esteban Pinilla Salazar y Cibergestión Colombia S.A.S. Además, está probado que el representante legal del Grupo Avalar S.A.S. en liquidación⁴⁸ es también Franky Esteban Pinilla.

En conclusión, luego de evaluada la conducta de los demandados Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación y de

⁴⁶ Visible en el archivo “191 Pliego que se ordena incorporar” del expediente digital.

⁴⁷ Visible en el archivo denominado “P14 - Contrato Avalapp PH” almacenado en la carpeta “003 Pruebas” del expediente digital.

⁴⁸ Visible en los archivos denominados “A9 - CERL AVALAPP SAS SB20214783A9978” y “A10 - CERL GRUPO AVALAR SAS SB2021481467813” almacenados en la carpeta “003 Pruebas” del expediente digital.

valorar las consecuencias probatorias que les deben ser aplicadas y que ya fueron relacionadas, este Despacho concluye que estas personas infringieron los derechos patrimoniales que acá reclama la sociedad Cibergestión Colombia SAS en relación con el software *Avalapp PH*.

6. Sobre la responsabilidad derivada de la infracción

En relación con la pretensión consecuencial de condena debemos mencionar que, si bien la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 57 dispone que la autoridad nacional competente, podrá ordenar: “a) *El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...)*”; este concepto debe ser entendido en contexto, en virtud del principio de complemento indispensable, con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, relativo a la responsabilidad, el cual señala que: “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)*”.

A pesar de que toda responsabilidad civil parte de la noción mencionada, de tiempo atrás se ha diferenciado principalmente entre la responsabilidad civil extracontractual y la contractual, cuya distinción radica en el tipo de derecho que es vulnerado. De acuerdo con los artículos 2341 a 2360, la lesión causada a un derecho subjetivo da lugar a la responsabilidad extracontractual, y la lesión a los derechos de crédito, que nacen de los contratos, a la responsabilidad contractual, esto de acuerdo con los artículos 1602 a 1617 del Código Civil.

En este caso nos encontramos frente a supuestos de responsabilidad extracontractual, pues de acuerdo con la infracción estudiada se reclama de los demandados Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación la transformación, utilización y ofrecimiento no autorizados del programa *Avalapp PH*.

Teniendo claro lo anterior, podemos señalar los elementos que se deben dar para que exista responsabilidad civil, los cuales variarán según se deban aplicar los principios de la responsabilidad subjetiva u objetiva. En el primer escenario se exigen cuatro elementos: a) una conducta que sea la causa del daño; b) que la conducta haya sido dolosa o culposa; c) un daño o perjuicio; d) que entre el daño y la conducta exista un nexo causal. En el segundo escenario, se exigen únicamente tres elementos: la autoría material o imputabilidad, el daño y un nexo causal entre estos, prescindiendo del elemento subjetivo del individuo⁴⁹.

Para entrar a realizar dicho estudio debe ponerse de presente que si bien esta Subdirección en virtud de las disposiciones de su ordenamiento interno mantenía la postura de que debía aplicarse la responsabilidad subjetiva, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en interpretación prejudicial del 21 de septiembre de 2022⁵⁰ explicó:

“Independientemente de si la acción por infracción del derecho de autor se conduce a través de un procedimiento administrativo o un proceso jurisdiccional, la autoridad competente debe aplicar el criterio de la responsabilidad objetiva, al momento de verificar si la conducta denunciada o demandada constituye uno o más de los supuestos de hecho previstos en el Artículo 13 de la Decisión 351.”

Además, reafirma que no será necesario que el “*investigado*” haya actuado con dolo o culpa para acreditar la existencia de la infracción, sino que basta con verificar que la conducta encaje en el supuesto de hecho de alguno o varios tipos infractores. Con esto también resalta que los únicos eximentes de responsabilidad son: “*las limitaciones al derecho de autor contenidas en el artículo 22 de la Decisión 351, el caso fortuito, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero, los cuales tienen que ser imprevisibles e irresistibles.*”

⁴⁹ Arturo Valencia y Álvaro Ortiz, Derecho Civil Tomo III, 2010, p. 182.

⁵⁰ 191-IP-2021

En el caso en juicio debemos mencionar que la infracción implicó que el titular de derechos no pudo ejercer la facultad que le otorga la ley para autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocida o por conocer respecto de su obra, esto debido al actuar de Franky Esteban Pinilla Salazar, Avalapp S.A.S. en liquidación y Grupo Avalar S.A.S. en liquidación, lo cual se demostró debido a las consecuencias de la ausencia de contestación de la demanda, la no oposición a las pretensiones, la inasistencia a la audiencia inicial, la no comparecencia al interrogatorio de parte y la valoración del no cumplimiento de la orden de aporte del software por parte de dichos demandados, así como, la captura de pantalla del canal de YouTube de Franky Esteban Pinilla Salazar⁵¹.

Con lo anterior, se tiene que el daño se materializó ante la imposibilidad de ejercer el derecho exclusivo en cabeza de Cibergestion Colombia S.A.S., por tanto, lo que procede es dar aplicación al principio de reparación integral y para ello se utilizará el concepto de regalía hipotética conforme a lo previsto en el artículo 57 de la Ley 44 de 1993, es decir, el Despacho recreará el escenario de un acuerdo de licencia para llegar al valor que hubiera percibido el titular del derecho de haber autorizado los usos que se realizaron respecto de *Avalapp PH* y que en condiciones normales de explotación no hubiere permitido.

Frente el monto a tasar, el artículo 206 del CGP establece que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo bajo juramento en la demanda, tal juramento podría ser prueba para el cálculo de la regalía hipotética, sin embargo, se encuentra que respecto de este prosperó la objeción y por ello debemos cuantificar teniendo en cuenta los demás medios probatorios obrantes dentro del expediente.

Desde la perspectiva probatoria, se observa un dictamen pericial aportado por las demandantes y elaborado el 1 de diciembre del año 2020 por José Luis Sanchidrián Blázquez quien se presentó como socio de AKERTON⁵².

Para realizar la valoración de este dictamen es necesario tener en cuenta los requisitos mínimos que exige el artículo 226 del Código General del Proceso, que son los relacionados con las calidades e idoneidad del perito y los que analizan la forma en que se realizó el dictamen y sus resultados.

En cuanto a los primeros, estos son la identidad del perito, sus datos de contacto, su profesión u oficio con los anexos que lo acrediten, la lista de publicaciones realizadas, la lista de casos en los que haya sido designado como perito, si ha sido designado en otros procesos por la misma parte y si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50 del CGP, los cuales se encuentra que fueron cumplidos.

Respecto de los demás requisitos, nuestro estatuto procesal señala que el experto deberá declarar sobre los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados, de lo que se colige que fue intención del legislador propender porque el juez analice y valore no solo quien es el perito, sino también lo que dice en su dictamen.

En cuanto al método, existen diversas formas de realizar la cuantificación del daño que se genera en relación con un intangible, una de ellas, como ya lo mencionamos consiste en recrear un escenario en el cual de forma hipotética se calcula el valor de la licencia que el titular de derechos cobraría, aun cuando es claro que no existía la voluntad de hacerlo. Para el caso concreto Cibergestión Colombia S.A.S. no hubiera concedido a los demandados una licencia en relación con el software *Avalapp PH*, pues se lucra de su explotación exclusiva y hacerlo implicaría perder parte de su porción de mercado frente a un competidor, por ello, para calcular la regalía hipotética es necesario tener en cuenta el porcentaje de mercado que hubiere perdido el titular de haber otorgado la

⁵¹ Visible en el archivo "P23 - Pantallazo INDRA MINSAIT - 23092020", almacenado en la carpeta "003 Pruebas" del expediente digital.

⁵² Visible en el archivo "20201201 Informe Pericial Grupo BC - ANIBA - def" ubicado en la carpeta "A5. Dictamen Financiero Akerton" que a su vez está almacenada en la carpeta "091 Reforma demanda y sustitución poder 1-2022-54920" del expediente digital.

licencia, pues además no se cuenta con otro dato que permita el cálculo del valor, como lo serían por ejemplo las ganancias obtenidas por el infractor.

Para el caso bajo estudio, el perito hace una estimación mesurada de que al tratarse de una empresa nueva en el mercado la porción que le quitaría a una ya consolidada sería de apenas un 25 % de su mercado. Igualmente, es factor determinante para este cálculo la vida útil del software pues se debe tener una estimación del número de años durante los cuales el infractor reportaría un beneficio económico de su explotación, que tal como lo indicó el perito sería un periodo de 5 años.

De manera que, para calcular el valor de la regalía hipotética en la forma planteada, se deben tomar la proyección de los ingresos que el infractor tendría durante 5 años por la explotación del programa objeto de la infracción, a la cual se le debe calcular el 25% que corresponde a la porción de mercado a perder frente al competidor y así se obtiene el valor de la regalía hipotética.

En el dictamen bajo estudio, el perito expone cuales son los métodos aceptados por la ciencia para este tipo de casos, denotando conocimiento en el tema y descendiendo sobre los motivos que lo llevaron a escoger el método más adecuado, concretamente se concluye en el escrito que *“El método más apropiado para la determinación del Royalty que el GRUPO BC debería percibir por la licencia de su software es el Método de Mercado (método basado en operaciones comparables)”*. Ello es consecuente con la respuesta del perito a la pregunta que el Despacho le realizó en audiencia al respecto⁵³.

Es necesario acotar que los doctrinantes Carmen Vázquez Rojas⁵⁴ y Jordi Ferrer Beltrán⁵⁵, señalan que los dictámenes periciales no deben aceptarse como verdad absoluta sobre un hecho o materia; para sustentar ello acuden al pronunciamiento estadounidense de marzo de 1993 en el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* que constituye un hito en el análisis de las pruebas periciales, dado que muestra la relevancia que el juez aprecie su fiabilidad probatoria, de manera que, dando aplicación a este postulado procederemos a analizar algunos aspectos del dictamen que presentan inconvenientes.

Se evidencia que el dictamen bajo estudio trae unas conclusiones sobre los montos que deberían cobrarse en múltiples países de Latinoamérica e Iberoamérica, y que se realizan las operaciones tomando como base el importe de lo que obtiene el que denominan Grupo BC como ingresos. Sin embargo, estos aspectos resultan discordantes para la aplicación del método en este caso, pues como ya se dijo en otro acápite, no está probada la existencia del Grupo BC y este tampoco es parte del proceso. Es decir, en dichos cálculos se usaron cifras que no pueden ser trasladadas por completo al caso concreto, sobre todo si se tiene en cuenta que el 25% de la porción de mercado a perder se computó sobre los ingresos totales de la compañía, aun cuando este cálculo solo se debe hacer respecto de lo que se obtiene por el software objeto de la infracción.

Además, no hay pruebas que indiquen que Cibergestión Colombia S.A.S. explote el programa *Avalapp PH* fuera del país en el que está domiciliada y tampoco está probado que la infracción haya resultado en una efectiva explotación del programa por fuera del territorio nacional, así que lo calculado para países diferentes a Colombia no puede ser tenido en cuenta.

Los problemas también fueron evidenciados de las respuestas dadas por el perito en la audiencia, pues se le preguntó si para la elaboración del dictamen le pusieron de presente que existían varios softwares o si le dijeron que era uno solo, a lo cual contestó

⁵³ Se puede apreciar en el archivo denominado *“Continuación Audiencia Cibergestión SL y otra vs Rhino Solutions y otros 1-2020-145163-20240206_151540-Grabación de la reunión”* ubicado en la carpeta *“190 Audiencia 6 de febrero de 2024”* del expediente digital.

⁵⁴ Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pág 98.

⁵⁵ Jordi Nieva-Fenoll. (23 de marzo de 2022). *Proceso civil: prueba documental y prueba pericial* [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=0DL8oht0K6E>

que le indicaron que era el software principal y que no le precisaron ninguna diferenciación. Adicionalmente se le preguntó por qué se toma la porción de mercado de toda América Latina y no un país en concreto, y él respondió que es porque le informaron que Grupo BC tiene presencia en varios países de Latinoamérica y que lleva el negocio en todos ellos con el mismo software, en el mismo sentido se le preguntó si le informaron en que sitios operaban los infractores, a lo cual indicó que no.

En cuanto a los ingresos usados para el cálculo, se le preguntó el perito respecto a si tuvo en cuenta los ingresos totales de las sociedades o solo los relacionados con un programa en particular, a lo cual contestó que tuvo en cuenta los ingresos actuales, lo cual es erróneo para la liquidación que acá se debe hacer.

A pesar de las inconsistencias advertidas, queda claro que, aunque no es posible adecuar el resultado total del dictamen al caso concreto, se cuenta con la información necesaria para utilizar el método propuesto por el perito pues se evidencia que para determinar la cifra correspondiente al perjuicio causado en Colombia se tomaron como insumos documentos de la contabilidad de la sociedad Cibergestión Colombia S.A.S.⁵⁶, que en efecto obra como una de las demandantes. Sin embargo, se recuerda que en este proceso y en cuanto a los programas objeto de las pretensiones, solo se probó la legitimación de la sociedad Cibergestión Colombia S.A.S. y respecto del programa denominado *Avalapp PH*.

De manera que procederemos a tomar el 25% de las ganancias que se proyectó que Cibergestión Colombia S.A.S. tendría durante los 5 años siguientes y que correspondería a la porción de mercado a perder frente al infractor⁵⁷, que fueron indicados en el dictamen para el territorio colombiano. No sobra resaltar que esta cifra debe ser adecuada, pues corresponde al total de los ingresos y se entiende que la mencionada sociedad conforme a lo indicado en su certificado de existencia y representación legal⁵⁸ otorga licencias relativas al derecho de autor y además realiza otro tipo de actividades, así que, no puede calcularse el porcentaje de mercado respecto a la totalidad de los ingresos.

Al respecto, obran en el expediente unos certificados de registro⁵⁹ que demuestran que el programa *Avalapp PH* no es el único del que es titular de derechos Cibergestión Colombia S.A.S., pues por lo menos es titular de tres más (Presto Itaú, Presto Popular y Presto Colpatria), en consecuencia, no podríamos entender que *Avalapp PH* es su única fuente de ingresos, si no que debemos dividir en cuatro (que sería el número de programas que de acuerdo a lo probado explota) el cálculo de la porción de mercado ya relacionado.

En tal sentido, al dividir la cifra por 4, obtenemos un valor de CIENTO DOS MIL CATORCE EUROS (€ 102.014) que equivaldrían al 25% de la ganancia que obtendría en los 5 años siguientes por la explotación de cada uno de los 4 softwares y representaría la porción de mercado que la empresa perdería de acuerdo con la proyección del perito, y que hubiera sido el valor total para pagar por parte del infractor de haber obtenido la licencia para los usos que realizó del soporte lógico en mención.

Solo resta convertir la cifra indicada a pesos colombianos, que de acuerdo con la tasa representativa del mercado del día de esta providencia es de CUATRO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON SETENTA Y SIETE CENTAVOS M/CTE (4.259,77)⁶⁰ y que corresponden a CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SETENTA Y SEIS

⁵⁶ Visibles en el archivo denominado "6. ANEXO VI. - DETALLE DE LAS INVERSIONES REALIZADAS EN COLOMBIA" que obra en la carpeta "A5. Dictamen financiero Akerton", la cual a su vez está almacenada en la carpeta "091 Reforma demanda y sustitución poder 1-2022-54920".

⁵⁷ CUATROCIENTOS OCHO MIL CINCUENTA Y SEIS EUROS (€ 408.056)

⁵⁸ Visible en el archivo denominado "A6 - CERL Cibergestión Colombia", almacenado en la carpeta "003 Pruebas" del expediente digital.

⁵⁹ Véanse los archivos denominados "P17 - DNDA - COL PRESTO COLPATRIA 13-64-263", "P18 - DNDA - COL PRESTO POPULAR 13-65-12" y "P19 - DNDA - COL PRESTO ITAU 13-65-13", almacenados en la carpeta "003 Pruebas" del expediente digital

⁶⁰ Esto según la consulta realizada en la página web del Banco de la República, la tasa de cambio por constituir un hecho notorio no requiere de prueba, conforme a lo previsto en el artículo 180 del C.G.P.

PESOS M/CTE (\$434.556.176).

En cuanto a la solicitud de indexación de la cifra, debemos mencionar que la misma es improcedente, en tanto el cálculo realizado teniendo en cuenta la metodología que propone el perito, es una proyección futura correspondiente al término de 5 años de vida útil del programa de ordenador, y por tanto no requiere ser actualizada a valor presente.

En definitiva, se establecerá como indemnización, el valor que hubiera cobrado la sociedad Cibergestión Colombia S.A.S., de haber autorizado los usos infractores, esto es CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$434.556.176), que deberán pagar los demandados Avalapp S.A.S. – En Liquidación, Grupo Avalor S.A.S. en liquidación y Franky Esteban Pinilla Salazar en favor de Cibergestión Colombia S.A.S. dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

Finalmente debemos mencionar que, si bien puede observarse que entre el valor probado, y la suma originalmente estimada, hay una diferencia que claramente excede en más del cincuenta por ciento (50%), no se impondrá la sanción contemplada en el artículo 206 del CGP, en razón a que la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 2013 indicó que para imponer esta, es necesario confirmar que el deber probatorio del demandante “*no se satis[fizo] por el obrar descuidado, negligente y ligero de la parte sobre la cual recae*”; y en el presente caso, las demandantes aportaron un dictamen con el fin de probar el valor de la infracción, siendo las discusiones probatorias y de derecho alrededor de la legitimación y algunas inconsistencias con las fuentes de información usadas por el perito, las que generaron la diferencia entre lo condenado y lo pedido.

7. De las costas

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, este Despacho condenará en costas a Avalapp S.A.S. en liquidación identificada con el NIT 901.132.916-6, Grupo Avalor S.A.S. en liquidación identificada con el NIT 900.972.613-1 y Franky Esteban Pinilla Salazar identificado con la cédula de ciudadanía 80.932.390, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta criterios como la cuantía y naturaleza del proceso, así como la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijar como monto de las mismas el 4% de lo concedido a título de pretensiones pecuniarias, es decir DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$17.382.247).

En mérito de lo expuesto, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la sociedad Cibergestión Colombia S.A.S, identificada con el Nit. 900.360.052-1 es titular derivada y ostenta de forma exclusiva los derechos patrimoniales del Software *Avalapp PH*.

SEGUNDO: Acoger la excepción de falta de legitimación en la causa de Cibergestion SL para reclamar sobre usos no autorizados respecto de todos los softwares en discusión, y de Cibergestión Colombia S.A.S respecto de los soportes lógicos *Presto* y *Presto Smart*, propuesta por Rhino Solutions SAS y John Alexander Ruiz Torres, de conformidad con lo mencionado en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Declarar que se realizó la “transformación, utilización y ofrecimiento no autorizados al mercado” del software *Avalapp PH*, por los demandados Avalapp S.A.S. en liquidación identificada con el NIT 901.132.916-6, Grupo Avalar S.A.S. en liquidación identificada con el NIT 900.972.613-1 y Franky Esteban Pinilla Salazar identificado con la cédula de ciudadanía 80.932.390

CUARTO: Negar todas las pretensiones elevadas en contra de John Alexander Ruiz Torres y Rhino Solutions S.A.S, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Ordenar a Avalapp S.A.S. – En Liquidación, Grupo Avalar S.A.S. en liquidación y Franky Esteban Pinilla Salazar, ya identificados, abstenerse de “utilizar, transformar, ofertar o explotar” sin la correspondiente autorización o licencia otorgada por Cibergestión Colombia S.A.S. el software *Avalapp PH*.

SEXTO: Ordenar a Avalapp S.A.S. – En Liquidación, Grupo Avalar S.A.S. en liquidación y Franky Esteban Pinilla Salazar, ya identificados, desmontar y eliminar de la plataforma YouTube, así como de sus archivos personales como empresariales, cualquier material publicitario, videos promocionales, y copias de los softwares resultantes de la transformación ilegal del programa *Avalapp P.H*.

SÉPTIMO: Condenar a Avalapp S.A.S. – En Liquidación, Grupo Avalar S.A.S. en liquidación y Franky Esteban Pinilla Salazar, a pagar en favor de Cibergestion Colombia S.A.S. la suma de CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CIENTO SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$434.556.176).

OCTAVO: Negar la pretensión sexta, por las razones indicadas en la parte considerativa de esta sentencia.

NOVENO: Condenar en costas a Avalapp S.A.S. – En Liquidación, Grupo Avalar S.A.S. en liquidación y Franky Esteban Pinilla Salazar, en favor de Cibergestión Colombia S.A.S.

DECIMO: Fijar agencias en derecho por el 4% de lo concedido a título de pretensión pecuniaria, esto es, DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$17.382.247).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CACB

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales