



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

Magistrado ponente

SC3179-2021

Radicación n.º 11001-31-03-007-2008-00601-01

(Aprobado en sesión virtual de veintisiete de mayo de dos mil veintiuno)

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Se deciden los recursos de casación interpuestos por Carlos Enrique Estupiñán Monje, Softpymes SAS y Germán Alberto Restrepo Fernández, frente a la sentencia de 6 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso que el primero promovió contra los otros y Pablo Enrique, Fernando Otoya Domínguez, y Sistemas de Información Empresarial SA -SIESA-.

ANTECEDENTES

1. La accionante solicitó que se declarara que los convocados infringieron los derechos morales y patrimoniales de autor al copiar, transformar, usar y explotar el software denominado C.A.T., Unolight o SIG, bajo el

nombre Unopymes, y que se impusiera la condena al pago de \$500.000.000 por daño emergente y lucro cesante.

Asimismo, deprecó que se ordenara a los accionados que divulgaran quién era el creador original de CAT, Unoligth, SIG y Unopymes, con la petición para que la Dirección Nacional de Derechos de Autor excluya o cancele el depósito o inscripción de Germán Alberto Restrepo Fernández como autor de Geresis.

2. Tal reclamación tuvo el sustento fáctico que a continuación se sintetiza (folios 120 a 129 del cuaderno 1):

2.1. El convocante es el creador intelectual del programa denominado *Contabilidad al Alcance de Todos* (CAT), luego nombrado *Accounting Strikingly Simple* (ASS), *Unolight* y *Sistema de Información Gerencial* (SIG), registrado en la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos de América en 1993, que a pesar de sus variados nombres es sustancialmente el mismo.

2.2. Son tres (3) los rasgos especiales de este sistema: (i) no emplea ni se fundamenta en el método por módulos; (ii) el usuario no requiere saber de contabilidad; y (iii) se puede utilizar de forma inmediata en cinco (5) idiomas.

2.3. Precisó que, en su inicio, el software estaba escrito en lenguaje Visual Foxpro 3.1., por lo que contrató a Germán Alberto Restrepo Fernández para actualizarlo y modernizarlo,

para lo cual suscribió un contrato de servicios y confidencialidad.

2.4. Restrepo Fernández desconoció las cláusulas de confidencialidad, restricción y reserva, pues torticeramente programó el sistema *Geresis*, después *Unopymes*, obra derivada de *Unolight*, que registró como de su autoría en la Dirección Nacional de Derechos de Autor -DNDA- en el año 2003.

2.5. El 14 de septiembre de 2005 se dio por terminado el servicio de programación «*y en la misma fecha y por medio de acuerdo escrito y el pago de la suma de veinte millones de pesos... por parte del señor Pablo Enrique Otoya Domínguez... se levantó el compromiso de confidencialidad escrito en el año 2.001 por el ingeniero Restrepo Fernández*» (folio 121), sin que en este acto se buscara la transferencia o cesión de derechos patrimoniales.

2.6. Siesa SA inició la comercialización de *Unopymes* en abril de 2006, el cual es una copia de SIG con alteraciones irrelevantes y superfluas, como se muestra de una comparación de algunas ventanas que develan coincidencias en la terminología empleada, la forma y contenido de la información presentada.

2.7. Restrepo Fernández no tenía la experiencia ni el conocimiento para desarrollar un nuevo sistema de información contable, menos en un término corto como el

que transcurrió entre la firma del contrato de programación y el registro ante la DNDA.

2.8. El convocante no ha participado de las regalías de explotación de Unopymes, sin que sirva de excusa que su código fuente es diferente de Unolight, por tratarse de una obra derivada.

3. Una vez admitido el libelo y agotado el proceso de enteramiento, en lo esencial, los convocados puntualizaron la plataforma fáctica y propusieron las excepciones intituladas: «*el software Geresis denominado actualmente Unopymes no es una obra derivada de C.A.T. o A.S.S., Unolight o SIG*», «*el señor Germán Alberto Restrepo Fernández es el autor intelectual de la obra Geresis denominada actualmente Unopymes, y por lo tanto es el titular de los derechos morales y patrimoniales protegidos por la ley*», «*los programas C.A.T. o A.S.S., Unolight y Geresis denominada actualmente Unopymes son obras totalmente diferentes*», «*el demandado no está obligado legal ni contractualmente a pagar pena pecuniaria alguna*», «*inexistencia de perjuicios patrimoniales y morales de la parte demandante*», «*mala fe de la parte demandante*» y «*el señor Carlos Estupiñán levantó la confidencialidad mediante documento de fecha 14 de septiembre de 2005*» (folios 143 a 148, 198 a 216, 345 a 363, 366 a 383 y 408 a 425).

4. El Juzgado Veinte Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, el 26 de noviembre de 2014, denegó las

pretensiones, al no encontrar demostrada la infracción a los derechos de autor (folios 319 a 343).

5. Al desatarse la alzada el 6 de julio de 2017, después de la suspensión del proceso con ocasión de la interpretación prejudicial solicitada y atendida por el Tribunal Andino de Justicia, el superior revocó la decisión impugnada y, en su lugar, declaró civil y solidariamente responsables a Germán Alberto Restrepo Fernández y Siesapymes SAS -hoy Softpymes SAS- del pago de los perjuicios ocasionados a Carlos Enrique Estupiñán Monje, por la infracción de sus derechos patrimoniales y morales, condenándolos a indemnizar \$147.633.372 y \$25.000.000, por cada uno de estos conceptos; asimismo, emitió algunas órdenes dirigidas a garantizar el derecho de paternidad (folios 571 a 576 del cuaderno 7).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El fallo de 6 de julio de 2017, reconstruido parcialmente en la parte motiva el día 13 del mismo mes, se soportó en las siguientes reflexiones.

1. Después de recordar las particularidades de los derechos de autor, las normas que los protegen y el concepto de obra derivada, estimó *«que no existe duda respecto a que... el programa de contabilidad denominado Geresis, registrado por el demandante Germán Restrepo Fernández en el año 2003, es una obra derivada de la original denominada*

Contabilidad al Alcance de Todos C.A.T., de autoría del demandante».

En sustento valoró de forma conjunta las pruebas, con el fin de relieves que el 1º de marzo de 2001 se celebró el contrato para actualizar el software CAT al lenguaje Visual Foxpro 6.0, en el cual se prohibió a Germán Alberto Restrepo Fernández realizar desarrollos similares.

No obstante, en el estudio de la especialista Ana Mercedes Garzón Laverde se dictaminó que Unopymes y SIG -Unolight- tienen una presentación visual, operatividad y de nombres con similitud superior al 80%, siendo formales las diferencias entre ellos, para lo cual hizo una comparación de 42 pantallas y 18 informes, al cual el Tribunal atribuyó mérito de convicción por la formación y experiencia de quien lo emitió.

Desechó los dos (2) dictámenes realizados en el curso del proceso por Rafael Castro Medina y Johan Cardozo Morales, en tanto los peritos se centraron en las diferencias entre los sistemas de información, sin ponderar que se trataba de softwares contables ni verificar el contenido de los programas.

Respecto al concepto de Augusto Rafael Castro Medina, como se enfocó en las ventajas de Unopymes sobre Unolight, no sirve para probar la originalidad de aquél, máxime porque Restrepo Fernández admitió comprender las ideas que

sirvieron de fundamento al último y estableció cuáles son sus errores de diseño y concepción.

Desestimó que los supuestos yerros de la obra original sirvieran para desdecir de su protección jurídica, en atención a que el derecho de autor protege la forma de expresión de las ideas al margen de su mérito. Que Geresis tenga modificaciones y mejoras de funcionalidad, no contrarresta que es una actualización de Unolight, lo que se reafirma con la declaración de Miguel Zoque, quien relievó como rasgos particulares del programa de Carlos Estupiñán el balance a cero y contar con un sistema completamente integrado.

Se dolió de la falta de elementos probatorios para acreditar que Restrepo Fernández tuviera la capacitación o experiencia para desarrollar un software contable en dos (2) años, sino fuera porque se apoyó en uno preexistente, más aún en tanto se demostró que accedió a la obra original de Estupiñán Monje.

2. Estimó probados los elementos de una obra derivada: (i) CAT es una obra original, que fue confiada a Restrepo Fernández para que éste la actualizara en lenguaje Visual FoxPro 6.0; y (ii) Geresis, si bien incluye cambios significativos frente a la original, se basó en ella sin estar autorizado.

3. Con fundamento en las pruebas practicadas en segunda instancia, recordó que Restrepo Fernández fue

condenado penalmente por los delitos de violación de derechos morales y patrimoniales de autor, en providencias que hicieron tránsito a cosa juzgada, de donde surge que la obligación de resarcimiento tiene como fuente el delito y el principio de reparar los daños causados.

4. Adentrándose en las excepciones evaluó el contenido del *Acuerdo de compromiso para la liberación de la obligación contraída en [la] cláusula de confidencialidad contenida en el contrato de prestación de servicios de programación de un software de contabilidad*, en el cual (i) se autorizó la comercialización de Geresis sin violación de los derechos de autor, (ii) se levantó el compromiso de confidencialidad que pesaba sobre Restrepo Fernández y (iii) se reconocieron los derechos sobre Geresis.

Empero, en ejercicio del derecho de arrepentimiento del párrafo e) del artículo 30 de la ley 23 de 1982, se revocó la decisión contenida en el mencionado acuerdo, de lo cual emerge que se reconoció la autoría de la obra derivada de Geresis, lo que no eximía al autor de esta última de citar al titular de la originaria, ni impedía a éste reivindicar su paternidad; además, teniendo en cuenta el arrepentimiento, el acuerdo de confidencialidad previsto en el contrato de programación seguía en vigor y la autorización para la comercialización de Geresis no convalidaba la violación de derechos morales y patrimoniales que principió tiempo atrás, como se señaló en la sentencia penal.

5. A partir de los documentos *Acuerdo de Separación del socio Carlos Estupiñán Monje de Unolight Limitada, Acta de Acuerdo para la creación de la Compañía Unolight Ltda.* y la revocatoria del levantamiento de la cláusula de confidencialidad, estimó que el demandante únicamente permitió la comercialización de Unolight, no así de la obra derivada Geresis, por lo que al haberse realizado la de este último por parte de Unolight Ltda. -hoy Softpymes SAS- es procedente condenarla al pago de los perjuicios, sin que esta responsabilidad pueda extenderse a sus socios, por fuerza de los artículos 98 del Código de Comercio, 1º y 2º de la ley 1258 de 2008, razón para exonerar a Pablo Enrique y Fernando Otoya Domínguez.

Frente a Siesa SA, por cuanto el dictamen pericial únicamente da cuenta de que vendió el programa Unolight entre 2002 y 2004, momento para el cual existía un vínculo entre el demandante y los señores Otoya Domínguez que permitía hacerlo, excluyó su responsabilidad.

6. Para el cálculo de la indemnización, con fundamento en los cánones 57 de la Decisión Andina 351 de 1993 y de la ley 44 de 1993, desestimó el pedimento por \$500.000.000, al no estar comprobado ni siquiera por el juramento estimatorio, el cual entendió circunscrito a la temática del lucro cesante.

Para la cuantificación del demérito acudió al dictamen pericial sobre los libros de contabilidad de Unopymes Ltda. -

Softpymes SAS-, el cual da cuenta de la utilidad percibida para los años 2005 a 2013 por la comercialización de Unopymes, el cual actualizó y, en aplicación analógica del mandato 106 de la ley 23 de 1982, fijó la condena en \$147.633.372. Respecto al daño moral, por *arbitrio judicis*, lo tasó en \$25.000.000.

DEMANDAS DE CASACIÓN

Con el fin de que la sentencia confutada sea revocada y, en su lugar, se absuelva a los condenados, Softpymes SAS -antes Siesapymes SAS-, por escrito de 30 de octubre de 2017, propuso un único cargo por violación indirecta de la ley sustancial (folios 17 a 46 del cuaderno Corte); lo propio hizo Germán Alberto Restrepo Fernández, por la misma senda (folios 48 a 65).

De otra parte, el demandante propuso tres (3) embistes por violación directa de la ley sustancial, con el objeto de lograr un aumento en la condena de perjuicios y extender la condena a los demás convocados al litigio.

Por orden lógico primero se analizarán los escritos de los accionados, en tanto propenden por la anulación integral del fallo impugnado, los cuales se estudiarán de consuno por servirse de argumentos comunes. Después se evaluarán de forma agrupada los ataques del convocante, en atención a que incurren en defectos técnicos similares.

DEMANDA DE SOFTPYMES SAS

CARGO ÚNICO

Denunció la aplicación indebida de los artículos 2º, 3º, 12, 30, 106 de la ley 23 de 1982, 4º, 7º, 10 de la decisión 351 del Acuerdo de Cartagena y 2344 del Código Civil, por la indebida apreciación de los dictámenes periciales rendidos por Ana Mercedes Garzón Laverde, Augusto Rafael Castro Medina y Johan Cardozo Morales, junto al testimonio de Miguel Zoque.

1. Achacó una alteración objetiva de la experticia de Ana Mercedes Garzón, en punto a los requisitos de claridad, precisión y detalle, pues el *ad quem* le otorgó credibilidad por haber sido rendido por un profesional en contaduría, quien dio cuenta de un método comparativo, a partir de lo cual coligió que un muestreo de pantallas permitía establecer que el software Geresis se derivó del original Unopymes, sin puntualizar las razones para entender satisfechos aquéllos, explicable por tratarse de dos (2) páginas allegadas con la demanda.

Resaltó que la similitud advertida por la experta, cercana o superior al 80%, no equivale a identidad, la cual debía demostrarse para sacar adelante las pretensiones. Adicionalmente, reprochó que la conclusión relativa a que las diferencias entre los sistemas eran formales carece de apoyadura, como si la igualdad de los nombres de los campos

o columnas pudiera asimilarse a identidad esencial de contenidos, menos en el contexto de la expresión «*cercana al 100%*» que puede equivaler al 50%, 20%, 80% o 90%, la cual devela imprecisión y subjetividad.

Arguyó que, sin necesidad de mayores esfuerzos, al comparar la sentencia acusada con el contenido del dictamen reluce que las calidades profesionales de la experta no le imprimen a su concepto los requisitos de claridad, precisión y detalle requeridos para su firmeza. Como el Tribunal los dio por establecidos, sin estarlo, incurrió en suposición de los mismos, lo que constituye un error de hecho protuberante.

2. Alegó un error manifiesto en la valoración del dictamen de Rafael Castro Medina, debido a que, a pesar de cumplir con las exigencias de claridad, precisión y detalle exigidos por el legislador para que sea entendible, no fue tenido en cuenta para acreditar las diferencias entre los programas.

Resaltó que este profesional, a partir de una comparación de los soportes lógicos de Unolight y Unopymes, encontró diferencias en el número de pantallazos, funciones involucradas, análisis de casos de uso y algoritmos, aunque en ambos se encuentra inmerso el Programa Único de Cuentas.

En adición recordó que, según el experto, la interfaz gráfica es un mínimo porcentaje del código de programación,

el cual es invisible e inaccesible para los usuarios, de allí que con base en la misma no puede arribarse a la conclusión de que los sistemas eran iguales, menos aún sin considerarse el alcance y funcionalidad de estos.

Trajo a colación que, según el profesional en contaduría, Unolight genera dudas sobre su funcionalidad, en tanto su dinámica contable no corresponde al decreto 2650 de 1993, a partir de lo cual encontró 93 divergencias puntuales entre éste y Unopymes, *«aunque por cuanto la contabilidad obedece a un mismo marco legal, los valores que se reflejen en los respectivos libros de contabilidad habrán de ser idénticos... La presentación de todo es muy similar ya que no se puede cambiar el diseño de esos informes, apenas se puede 'personalizar' un poco»* (folio 33 del cuaderno Corte); lo contrario haría que todos los softwares contables, administrativos o médicos fueran ilegales y no puedan desarrollarse.

3. Arguyó que la pericia de Johan Cardozo Morales, ingeniero de sistemas, reflejó que la estructura interna de Unolight y Unopymes es distinta, pues el primero conserva una semejante al sistema DOS, sin aprovechar las propiedades de Visual FoxPro, a diferencia del segundo que utiliza las herramientas propias de las bases de datos, menús dinámicos y ventajas de las clases -herencia y encapsulamiento-.

Aseguró que hubo un esfuerzo de programación superior en Unopymes, con un código fuente más extenso y mayores procesos, por el diseño de bases de datos, clases-plantillas, reportes incluidos y lógica empleada.

Colofones que, en criterio del impugnante, satisfacen los requerimientos de claridad, precisión y detalle específico, tales como las diferencias entre los lenguajes de programación, lo que imprime diferencias entre ellos. *«Nuevamente y sin esfuerzo que implique complicadas elucubraciones de la inteligencia, queda establecido que el sentenciador de segundo grado ni siquiera se detuvo a dar por establecido que en este dictamen existen unas conclusiones con apoyo en fundamentaciones claras, precisas y detalladas que deberían haber sido objeto de análisis por el fallador en su labor de fijación de los hechos que constituyen la quasteio fáctica del proceso»* (folio 36).

4. Aseveró que, de no haberse pretermitido el material demostrativo, no se habría incurrido en el error de entender que Unopymes es una obra derivada de Unolight, si bien ambos parten de los conocimientos alcanzados por la humanidad para la elaboración de programas contables empresariales.

5. Desestimó que la declaración de Miguel Zoque sirviera para establecer la identidad de los programas Unolight y Unopymes, en tanto lo único que atestiguó es que aquél incluye el término balance a cero, sin hacer alusión a

Geresis, de allí que su invocación por el Tribunal decae en el vacío. Traduce, en su criterio, que el *ad quem* le hizo decir al testigo algo que no dijo, lo que constituye un error de hecho evidente.

6. Por lo anterior afirmó que las normas aplicadas por el Tribunal no eran de recibo, ante la ausencia de los supuestos fácticos previstos por el legislador para otorgar protección a los derechos de autor, tanto patrimoniales como morales, del demandante. En este punto se dolió de la ausencia de prueba del daño y de la responsabilidad de Softpymes SAS -antes Siesapymes SAS-.

**DEMANDA DE GERMÁN ALBERTO RESTREPO
FERNÁNDEZ**

CARGO ÚNICO

Imputó la violación indirecta de las normas citadas en precedencia, con ocasión de la indebida apreciación de iguales medios demostrativos.

1. Frente al dictamen de Ana Mercedes Garzón Laverde criticó una suposición de su contenido, en punto a los requisitos de claridad, precisión y detalle, pues los mismos no podían asentarse en las calidades de la experta y la invocación de un método comparativo.

Lo anterior, en tanto la perita no demostró experiencia o conocimientos en programación o software, lo que excluye la calificación técnica necesaria para emitir los juicios que realizó y, en todo caso, *«ellos tan solo tienen como fundamento la observación empírica de quien no cuenta con una preparación técnica para ello»* (folio 60).

2. Respecto a Augusto Rafael Castro Medina estimó que su pericia fue mutilada o cercenada, pues se guardó silencio sobre la misma a pesar de su claridad, precisión y detalle específico, en particular, por comparar los soportes lógicos de los programas Unolight y Unopymes. *«De haberlo hecho, el Tribunal habría establecido que el primero cuenta con doscientos cincuenta y cinco pantallazos, mientras el segundo sobrepasa el número de mil, y que, en los dos se encuentra inmerso el Programa Único de Cuentas, por tratarse de estar destinados a la contabilidad empresarial que por disposición legal deben sujetarse al mismo»* (folio 60).

Achacó una omisión respecto a las diferencias en la funcionalidad de los sistemas, para lo cual analizó los casos de uso, las opciones de programa y algoritmos, sin que la interfaz gráfica sea representativa frente al total del código o instrucciones inmersas en el software, punto en el que son similares.

Relievó que la funcionalidad de Unolight genera incógnitas, porque la dinámica contable no es la estipulada en el decreto 2650 de 1993, al punto que hay 93 divergencias

puntuales con Unopymes en lo tocante a los usos o aplicaciones que poseen, aunque los valores que han de reflejar deban ser los mismos y la presentación similar, más aún por la poca flexibilidad sobre el diseño de los informes.

Destacó que el perito asintió en la posibilidad de desarrollar programas con fines similares a los existentes, incluso bajo la misma idea o concepto contable, aunque su diferencia esté dada por la originalidad, destreza y esfuerzo que el autor invierte.

Remarcó que para comparar los alcances y funcionalidades de los programas debe interpretarse el código escrito en lenguaje de programación, elemento esencial en el análisis probatorio «*y no la simple comparación visual de pantallazos*» (folio 62).

3. En cuanto hace al peritaje de Johan Cardozo Morales también se pretermitió su precisión, claridad y detalle, pues el Tribunal no vio que, según el experto, Unolight tiene una estructura semejante al sistema operativo DOS, mientras que Unopymes emplea una moderna «*utilizando [las] herramientas de bases de datos que ofrece el Visual Fox Pro, unos menús dinámicos que brindan una interfaz ágil; también se aprovecharon las ventajas que brindan las 'clases', tales como la 'herencia' y 'encapsulamiento'*» (*idem*).

Mencionó las múltiples diferencias entre los sistemas de información en punto al diseño de las bases de datos -que

redunda en su integridad, seguridad, confiabilidad y eficiencia-, las clases/plantillas base de elaboración, diseño y funcionalidad de menús, cantidad de formularios y reportes, así como lógica de los códigos fuente, lo que descarta que Unopymes sea una copia de Unolight.

4. En cuanto hace a la declaración de Miguel Zoque afirmó que no puede ser utilizada para afianzar la conclusión del *ad quem*, pues para esto se requiere hacerle decir que Unopymes incluyó el elemento de balance a cero, aseveración carente de la ciencia de su dicho, «*por lo que caben dos observaciones, a saber: que no se puede afianzar lo que no existe, de una parte; y, de otra, que dio por sentado el Tribunal que el testigo explicó las circunstancias de tiempo de modo y de lugar... lo que significa que adicionó el testimonio*» (folio 64).

5. Arguyó que las normas aplicadas para resolver el litigio fueron indebidamente consideradas, en tanto no se encontraban demostrados los supuestos fácticos que ellas contemplan, ni los daños causados.

CONSIDERACIONES

1. Previo a decidir, son necesarias las subsiguientes consideraciones respecto a la prelación de turno en el *sub examine*.

1.1. En aplicación de los principios de igualdad y confianza legítima, los jueces están obligados a resolver las

materias sometidas a su conocimiento en estricto orden cronológico, con el propósito de garantizar que los expedientes se evacúen de acuerdo con su ingreso para decisión y, por esta senda, se evite cualquier tipo de preferencia por motivos indeseables.

Total, los fallos deben proferirse *«sin atender a criterios de clasificación sospechosos -tales como la condición social de las partes, la raza o el sexo de las mismas, etc. - o a favoritismos inaceptables desde el punto de vista del derecho de igualdad»*, con independencia de que *«algunas sentencias requerirán más elaboración que otras»* (CC, C-248/99).

1.2. El quebranto de esta regla sólo es posible en los casos expresamente previstos en la Constitución Política o la ley; en particular, el artículo 63A de la ley 270 de 1996, el cual prescribe que *«[c]uando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones de los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia... señalarán la clase de procesos que deberán ser tramitados y fallados preferentemente»*.

Sobre esta norma, la Corte Constitucional señaló que *«si bien es cierto que por regla general es necesario seguir un orden estricto para resolver los asuntos sometidos ante la justicia, también lo es que dicha regla no es absoluta, de manera que bajo circunstancias extraordinarias el legislador*

puede establecer excepciones, siempre y cuando las mismas se encuentren debidamente justificadas y se reflejen como razonables» (C-713/08).

En adición, la doctrina jurisprudencial ha admitido que es posible *«ordenar excepcionalmente la alteración del orden para proferir el fallo, cuando el juez está en presencia de un sujeto de especial protección constitucional» (T-230/13).*

1.3. En desarrollo de las reglas precedentes, la Sala de Casación Laboral, en la sentencia STL5248 de 5 de mayo de 2021, por la cual se resolvió *«en primera instancia, la acción de tutela instaurada por Carlos Estupiñán Monje contra la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia»*, exhortó a esta última Corporación *«para que, en ejercicio de las facultades de que está revestida, estudie la viabilidad de otorgarle prelación al estudio del proceso radicado bajo el número 2008-00601».*

Lo anterior soportado en que, *«conforme se logra evidenciar en el escrito genitor, el demandante, quien acredita ser una persona de 86 años de edad... acudió al aparato judicial, e interpuso un proceso verbal en contra de una sociedad, por considerar infringido su derecho de autor, sin que a la fecha, esto es, más de 12 años después de iniciar el proceso, este haya culminado, lo cual, deviene en una circunstancia que impone a la Corte como juez constitucional, propender por la garantía de los derechos fundamentales al*

debido proceso y acceso a la administración de justicia del accionante».

1.4. Por tanto la Sala, en estricta sujeción al llamado realizado por el juez constitucional, alterará el orden de decisión para resolver el presente recurso de casación de forma preferente.

2. Precítese que, como los recursos extraordinarios que se resuelven se presentaron el 11 de julio de 2017 (folios 579 y 580 del cuaderno 7), su resolución estará gobernada por el Código General del Proceso -CGP-, en aplicación del artículo 40 de la ley 153 de 1887, el cual prescribe: *«los recursos interpuestos... se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron».*

3. La nueva codificación adjetiva conservó la naturaleza extraordinaria de la casación, expresada, de forma particular, en los requisitos señalados para su procedencia, los cuales salvaguardan que su utilización devenga excepcional y no se convierta en una instancia adicional en la que se reabra la controversia de forma panorámica.

Rememórese a Humberto Murcia Ballén, refiriéndose a los remedios extraordinarios, quien dijo que son *«eminente restringidos o limitados, por tres aspectos: la clase de providencias impugnables con dichos recursos, los*

motivos o circunstancias para atacarlos, y la actividad jurisdiccional para su conocimiento y decisión»¹.

Así se previó en los cánones 333, 334, 336, 338 y 344 del CGP, que acotaron los fines de la casación, las sentencias susceptibles de ser recurridas por este mecanismo, las causales de procedencia, el interés para impugnar y las formalidades para la sustentación de la acusación.

Postura explicable por cuanto los litigios encuentran su punto final con el fallo de alzada, el cual está revestido por la doble presunción de legalidad y acierto que impide a cualquier otra autoridad judicial modificarlo o adicionarlo, salvo que se configure alguno de los motivos taxativos que dan lugar a remedios excepcionales, previo cumplimiento de los requisitos formales para su tramitación.

4. El numeral 2º del artículo 344 dispone que, para la adecuada sustentación del remedio casacional, el interesado debe presentar *«los fundamentos de cada acusación, en forma clara, precisa y **completa**»* (negrilla fuera de texto).

La completitud consiste en que la acusación enarbolada refute todas las premisas que constituyen la fundamentación de la decisión confutada, de suerte que, de prosperar, esta última quede sin báculos y su quebranto devenga como un resultado inexcusable.

¹ *Recurso de Casación Civil*, 6ª Ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 38.

La Sala ha dicho *«que la demanda de casación debe desandar los pasos del tribunal para derruir todos y cada uno de los pilares que sirven de apoyo a su sentencia, porque en la medida en que sus argumentos basilares se mantengan incólumes, la presunción de legalidad y acierto que ampara la labor del ad quem deviene inquebrantable»* (SC4901, 13 nov. 2019, rad. n.º 2007-00181-01).

Por tanto, si alguno de los argumentos de la sentencia criticada queda desprovisto de cuestionamiento, el mismo devendrá intangible y constituirá el pilar que soportará la providencia de segundo grado, al margen de la razonabilidad de los reproches izados en la senda extraordinaria, haciendo inocuo el estudio de estos últimos.

Dicho en otras palabras, la *«actividad impugnaticia tiene que estar dirigida a derruir la totalidad de [los] argumentos esenciales de la sentencia, pues si el laborío del acusador no los comprende a cabalidad, al margen de que el juzgador de instancia hubiere podido incurrir en las falencias denunciadas, su sentencia no podría quebrarse en virtud del recurso extraordinario...; el cargo... debe ser completo o, lo que es lo mismo, debe controvertir directamente la totalidad de los auténticos argumentos que respaldan la decisión combatida»* (SC5674, 18 dic. 2018, rad. n.º 2009-00190-01, reitera AC, 19 dic. 2012, rad. n.º 2001-00038-01).

5. En el presente caso los impugnantes se acotaron a cuestionar cuatro (4) de las pruebas nucleares analizadas en

el fallo del Tribunal, sin tener en cuenta todas las ideas basilares de su exposición, las cuales fueron igualmente blandidas para justificar la procedencia de revocar la decisión del *a quo* y, en su lugar, acceder parcialmente a las pretensiones incoadas.

5.1. Justamente, en el fallo de 6 de julio de 2017, para declarar la responsabilidad de Germán Alberto Restrepo Fernández y Siesapymes SAS -hoy Softpymes SAS-, no sólo se valoró la prueba pericial que demostraba que Unopymes es una obra derivada de Unolight, como se criticó en el escrito de casación, sino que adicionalmente tuvo en cuenta que en el proceso no se acreditó que aquél tenía la formación y experiencia necesarias para desarrollar un software contable, sin copiar al que accedió con ocasión del contrato de programación; tesis que ratificó por la condena penal impuesta por los delitos de violación de derechos morales y patrimoniales de autor. Argumentos que quedaron exentos de crítica, haciendo de ellos la columna que mantendrá en vigor la decisión de segunda instancia.

Sobre el primer tópico, en el veredicto confutado se dijo *in extenso*:

Por otra parte, en su interrogatorio, el demandado Restrepo Fernández a una de las preguntas formuladas referente a su formación profesional, respondió 'yo me gradué como ingeniero de sistemas en el año 1983 y desde entonces he desarrollado múltiples programas de facturación, inventarios, cartera, nómina, producción en interfaces con otros programas contables, si bien no había desarrollado un programa de contabilidad, sí tenía mucha

*experiencia y conocimiento en esta área'. **No obstante, y pese a que la tesis defensiva de este demandado se centra en que la obra GERESIS es una obra original de su autoría, distinta por completo a la del demandante, en el proceso brillan por su ausencia elementos de confirmación encaminados a demostrar que el señor Restrepo Fernández tenía formación en contabilidad suficiente como para crear un programa de software contable sin apoyarse en una obra preexistente, o sin el respaldo, asesoría o colaboración de un experto en contabilidad.** Nótese, que aunque en el interrogado se refirió a un trabajo realizado en la empresa denominada SUPR (sic) RICAS, **ningún medio de demostración aportó en cuanto a la elaboración de un programa contable para ese cliente.***

*En ese sentido, al margen de la petición de práctica de prueba pericial encaminada, según su dicho, a demostrar que los programas CAT – UNOLIGHT – SIG y UNOPYMES, son obras diferentes, siendo la última originaria y de su autoría, **este accionado no enfiló sus esfuerzos a demostrar que, a pesar de haber tenido en su poder la obra original del señor Estupiñán, sus conocimientos y experiencia anteriores o concomitantes a ese encargo, le permitían diseñar un programa de software contable absolutamente distinto al del demandante.***

*Así las cosas, **no resulta admisible que, dos años después de la celebración del contrato de prestación de servicios de programación con el demandante, el señor Restrepo Fernández, cuya formación profesional es en ingeniería y no en contabilidad, haya registrado en la Dirección Nacional de Derechos de Autor el programa contable denominado GERESIS en su calidad de ‘autor’ y ‘productor’** (énfasis propio, audiencia de 6 de julio de 2017).*

Respecto a la condena penal de Restrepo Fernández, el *ad quem* recordó:

Por virtud del decreto de pruebas de oficio, se allegaron al Tribunal copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia dictadas dentro del proceso penal adelantado en contra de Germán Restrepo Fernández con ocasión de los mismos hechos

que dieron origen a esta causa. La primera, dictada por el Juzgado 43 Penal del Circuito de Conocimiento de esta ciudad, fue condenatoria contra el acusado, 'al encontrarlo autor responsable del delito de violación de los derechos morales de autor en concurso heterogéneo con el de violación a los derechos patrimoniales de autor (artículos 270 y 271 del Código Penal)'.

Dicha providencia fue confirmada en su integridad por la Sala Penal de esta Corporación en sentencia del 4 de diciembre de 2014, para tal efecto, el ad quem expuso... los elementos de juicio dan cuenta que existe similitud entre los dos programas CAT, UNOLIGHT o SIG y GERESIS -UNOPYMES o CIESAUNOPYMES (sic), en primer lugar porque mantienen la misma filosofía o por decirlo de otra manera la idea que el software incorpora, pues maneja la contabilidad de manera integrada, y no por módulos, no requiere codificar cuentas, el sistema siempre está balanceado utilizando una sola columna y los dos ofrecen el manejo contable de una empresa comercial pequeña, aunado al hecho que es muy similar casi en el 100% en cuanto a su presentación visual y operatividad.

En ese orden, el análisis probatorio efectuado por la Sala, permite advertir que en efecto la conducta por la cual se juzga a RESTREPO FERNÁNDEZ, se ejecutó, y el autor de la misma, incurriendo en lo que la doctrina ha denominado 'imitación elaborada', pues extrajo apartes importantes de la obra original para incorporarlos en aquella que haría pasar como inédita...

Frente a dicha providencia, el defensor del procesado formuló recurso de casación, declarado inadmisibile por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en proveído del 9 de septiembre de 2015 (folios 397 a 413 del cuaderno 7). Así las cosas, la sentencia penal condenatoria en contra del demandado Restrepo Fernández ha hecho tránsito a cosa juzgada (audiencia de 6 de julio de 2017).

Ideas que se invocaron para afirmar:

*En el panorama descrito, establecida la responsabilidad del señor Restrepo Fernández por las mencionadas conductas punibles, estima esta Sala de Decisión que **aunque en el proceso no se***

hizo valer la figura jurídica de la prejudicialidad por la incidencia del fallo que pudiera proferirse en esa rama de la jurisdicción en el presente proceso, en todo caso, habiéndose arribado a la misma conclusión, respecto de este demandado la fuente de su obligación de resarcir los perjuicios por el daño sobre bienes jurídicos de los que es titular el aquí demandante, no es otra que el delito, de conformidad con el artículo 1494 del Código Civil, en armonía con el principio de responsabilidad, conforme al cual, quien causa un daño está obligado a repararlo (énfasis propio, audiencia de 13 de julio de 2017).

Refulge que, para el sentenciador de alzada, más allá de que la valoración conjunta de los estudios técnicos y testimonios sirviera para demostrar que Unopymes se nutrió sustancialmente de Unolight, a esta conclusión también se arribaría, según aquél, de considerarse que el sentido común repudia que una persona, sin educación en contaduría, pueda desarrollar en dos (2) años un programa funcional para manejar la contabilidad de personas jurídicas en el país.

Circunstancia que, según el Tribunal, debe ser evaluada de cara a que el accionado tuvo acceso a CAT, software contable que recibió del demandante para su actualización al lenguaje Visual Foxpro 6.0, de lo que resulta razonable inferir que se basó en aquél para desarrollar a Geresis, el cual reclama como de su autoría.

Tesis que ratificó por los efectos definitivos de las sentencias condenatorias en el campo criminal, frente a las cuales únicamente cabe asentir en la responsabilidad civil propia de los delitos causados, amén del débito

indemnizatorio ingénito a la comisión de una conducta tipificada por el ordenamiento penal.

Estas reflexiones quedaron ayunas de cuestionamiento en casación, deviniéndose en inquebrantables en este momento procesal y con aptitud para sustentar el veredicto de segundo grado, por revelar un análisis indiciario, así como el reconocimiento de efectos a un fallo penal definitivo; en consecuencia, el estudio de los vicios hermenéuticos achacados al Tribunal deviene inane, ya que al margen de su ocurrencia, la sentencia proferida conservará su valía jurídica soportada en aquellas cavilaciones.

Explicado de otra forma, aunque se asintiera en que hubo una suposición en el estudio técnico de Ana Mercedes Garzón Laverde y la atestación de Miguel Zoque, así como un cercenamiento de los efectuados por Augusto Rafael Castro y Johan Cardozo Morales, lo cierto es que estos yerros son inanes, frente al hecho incontrovertido, por estar amparado por las presunciones de acierto y legalidad, de que existen hechos indicadores sobre la utilización no autorizada de la obra de Carlos Estupiñán, como son la falta de formación en contaduría de Germán Restrepo, la inexperiencia en el desarrollo de programas contables, y el poco tiempo que transcurrió entre la fecha que recibió el software CAT y el registro de Geresis. Colofón que en el proceso penal se mostró como irrefutable, al existir armonía entre las providencias de primera y segunda instancia para imponer las respectivas condenas.

5.2. Por lo expuesto, ante la intangibilidad de algunos de los razonamientos efectuados por el Tribunal y que soportan con fuerza la sentencia criticada, se impone desestimar el estudio de los cargos propuestos por ambos recurrentes.

6. Con todo, aunque en gracia de discusión se dejara de lado el anterior defecto técnico, lo cierto es que la ponderación probatoria realizada por el sentenciador de segundo grado no se advierte contraria a la ontología de los medios suasorios, dentro del contexto del régimen de los intangibles.

6.1. Propiedad inmaterial y derechos de autor

El primer acercamiento a la noción de propiedad nació con la consolidación de las gens, en la frontera entre el salvajismo y la barbarie, al darse la «domesticación de los animales y la cría de ganado», por tratarse de una forma de riqueza que excedía la idea de los utensilios personales y que, incluso, podía pasar a futuras generaciones, en la que el trabajo humano no era apreciable por su poca relevancia para soportar los gastos de mantenimiento².

«[A] medida que iban en aumento, las riquezas daban al hombre una posición en la familia más importante que a la

² Federico Engels, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Fundación Federico Engels, Madrid, 2006, p. 61 y 62.

mujer y hacían que naciera en él la idea de valerse de esta ventaja para modificar en provecho de sus hijos el orden de herencia establecido»³, con la consecuente reivindicación de la fuerza de trabajo como un tipo de riqueza y mecanismo para diferenciar los integrantes de la familia, dando paso a la esclavitud como forma de dominio.

De forma lenta se abrió espacio la idea de que la propiedad no se reducía a los bienes tangibles (perceptibles por los sentidos humanos), puesto que existían otros activos (fuerza de trabajo propia y derechos sobre la ajena), caracterizados por ser inmateriales o incorporeales, los cuales fueron objeto de reconocimiento progresivo.

La expresión propiedad fue usada inicialmente por Cicerón en el siglo primero A.C.⁴, y prontamente abandonó su asimilación con la materia física, para dar cabida a cualquier bien que fuera susceptible de apreciación patrimonial y, eventualmente, de intercambio entre las personas.

Así se reconoció expresamente en el derecho romano, pues si bien el punto de partida fue el dominio corporal, se asintió en que existía uno incorporeal, para referido a las *«res quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae iure consistunt, sicut haereditas, usufructus, usus, obligationes quoquomodo contractae (son incorpóreas, las que no pueden ser tocadas;*

³ Ibidem, p. 63.

⁴ Olivier Moréteau, Aniceto Masferrer y Kjell A. Modéer, *Comparative Legal History*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2019, p. 345.

cuales son las que consisten en un derecho, como la herencia, el usufructo, el uso, y las obligaciones de cualquier modo contraídas)»⁵.

Ciertamente lo inmaterial, en este sistema normativo, sólo consideró una de las formas de esta clase de activos, como son los derechos, sin tener en cuenta las creaciones intelectuales -derechos de autor, propiedad industrial, obtentores de variedades vegetales, trazado de circuitos integrados, etc.-, las energías de la naturaleza aprovechables -fuerza eólica, fuerza hídrica, etc.-, los derechos asociados a la explotación de un establecimiento de comercio -clientela, derecho al arrendamiento, nombre comercial, libre competencia, etc.-⁶; sin embargo, su reconocimiento sirvió como antesala para lo que años más tarde se volvería parte de la ortodoxia jurídica, como es la existencia de activos incorpóreos, de enorme valía y esenciales para el desarrollo social.

Dentro de este contexto, por su importancia para el *sub lite*, debe rememorarse el 10 de abril de 1710, día en que se expidió la Ley de la Reina Ana⁷, con la cual se pretendió responder a la problemática ocasionada porque «*los editores, libreros y otras personas se [habían] tomado la libertad en reiteradas ocasiones de imprimir, reimprimir y publicar, o*

⁵ *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Institutionum D. Iustiniani, Libro II, Título II, §2, Barcelona, 1889, p. 88.

⁶ Cfr. Carlos Ducci Claro, *Derecho Civil, Parte General*, 4ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 194

⁷ Ley de fomento del aprendizaje por la que se otorga el derecho sobre las copias de libros impresos a los autores o compradores de las copias, durante el plazo en ella establecido.

incitar a que se impriman, reimpriman y publiquen libros y otros escritos publicados sin la autorización de los autores o los propietarios de dichos libros o escritos, causándoles graves perjuicios y, muy a menudo, hundiéndolos a ellos y a sus familias en la ruina».

Como solución, se previó que la propiedad sobre las obras no se fundara en una gracia, sino que se reconoció como un derecho, aunque limitado en el tiempo, el cual podría ser transferido a cualquier editor.

Normas posteriores, como la Ordenanza de Derechos de Autor de Dinamarca de 1741, la del Rey Carlos III de España de 1763, los decretos de Luis XVI de 1777 en Francia y la Ley Federal de Derecho de Autor de 1790 de Estados Unidos de América, dieron paso a unos derechos diferenciados para los autores y editores, incluyendo potestades exclusivas para aquéllos.

Se gestó así una tendencia mundial para reconocer el derecho autoral, que sin duda encontró fuerza inusitada en los Decretos de la Asamblea Nacional Francesa de 1791 y 1793, en los que se reconocieron derechos exclusivos a los autores de obras dramáticas o musicales, y se consagró un dominio exclusivo de los creadores sobre las obras del ingenio. Famoso se volvió el discurso de *Jean Le Chapelier*, que ante la citada asamblea dijo: *«el más sagrado, la más personal de todas las propiedades es el trabajo fruto del pensamiento de un escritor... en consecuencia, es*

extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten los frutos de su trabajo; es esencial que durante la vida y por algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer de su genio sin su consentimiento».

En el siglo XIX se consolidó este movimiento, incluyendo países de Latinoamérica⁸, fundado en la necesidad de otorgar una exclusividad al autor sobre su expresión e impedir los actos de reproducción no autorizados.

Sin embargo, ante las asimetrías regulatorias propias de los diversos sistemas de protección, que resultaban incompatibles frente a la rapidez con la que se divulgan las obras literarias, artísticas y científicas, los estados se vieron forzados a alcanzar un acuerdo internacional de protección, que derivó en el Convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, actualmente suscrito por 178 partes contratantes.

Protección robustecida por el numeral 2º del artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en el cual se dispuso que *«[t]oda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora».*

⁸ Vr. gr., Chile (1834), Perú (1849), Argentina (1869), México (1871).

Empero, un desafío novedoso se erigió sobre este derecho, con ocasión de los sistemas de información digitales, pues el volumen de información que comenzó a producirse y circular, mostró la insuficiencia de los instrumentos hasta entonces consagrados.

La indudable importancia de los recursos informáticos, maximizados por la penetración de Internet, conformaron un patrimonio digital de la humanidad, cuya protección ha sido reclamada por la Unesco, ante los riesgos de su pérdida por *«la rápida obsolescencia de los equipos y programas informáticos que le dan vida, las incertidumbres existentes en torno a los recursos, la responsabilidad y los métodos para su mantenimiento y conservación y la falta de legislación que ampare estos procesos»*⁹.

Por esta razón se adoptó el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), el 20 de diciembre de 1996, cuya finalidad es *«introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos»*, ratificado por 104 estados en el ámbito mundial.

Colombia no fue ajena a este proceso, sino que se integró al mismo. Justamente, el artículo 35 de la

⁹ Artículo 3º de la Carta sobre la Preservación del Patrimonio Digital de 15 de octubre de 2003 de la Unesco.

Constitución Política de 1886 disponía que «[s]erá protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley».

El Código Civil, al reconocer los bienes incorporales (artículo 653), incluyó «[l]as producciones del talento o del ingenio», como «propiedad de sus autores» (artículo 671), aunque se difirió su regulación a leyes especiales.

Lo propio hizo, años más tarde, la Constitución Política de 1991, que elevó a este rango el deber del estado de proteger «la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley» (artículo 61).

Con la ley 32 de 1886 se introdujo al país la visión más actual sobre la propiedad literaria y artística, definiendo el derecho de autor como «la facultad que las leyes reconocen a los autores durante un tiempo determinado y previas ciertas formalidades, para explotar sus obras» (artículo 1º), y fijó un monopolio por la vida del autor y 80 años más (artículo 10). Reglamentación derogada por la ley 86 de 1946 y ésta a su vez por la ley 23 de 1982, en vigor. Asimismo, Colombia adhirió al Convenio de Berna y al Tratado WCT, los cuales entraron en vigor en el país 7 de marzo de 1988 y 6 de marzo de 2002, en su orden.

Se agrega que, en el marco del acuerdo subregional Andino, se previó un régimen normativo común para los

países integrantes, dentro del cual se incluyó el relativo al *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, fruto del cual se aprobó la Decisión 351 el 17 de diciembre de 1993.

Son rasgos distintivos de esta nueva forma de propiedad los siguientes:

I). En cuanto a su naturaleza, en la propiedad intelectual hay algo moral y algo patrimonial: lo primero llamado derecho moral del autor, es intransferible, irrenunciable, imprescriptible; lo segundo, al contrario, como ocurre con todo el derecho patrimonial...

II). La propiedad intelectual recae sobre una cosa incorporea: la obra, la creación. La propiedad común, en sentido estricto, sólo sobre cosas corporales (artículo 669 del C.C.)

III). La propiedad intelectual es temporal: dura la vida del autor y 80 años más...; la común, es perpetua. La temporalidad es reflejo de la preeminencia de aquélla en el campo de los valores y los esfuerzos humanos.

IV). En la propiedad intelectual, el rendimiento para el titular depende del éxito público de la obra; en la común, no juega tal factor... (CSJ, Sala Plena, 10 feb. 1960, GJ n.º 2221-2222).

6.2. Las ideas literarias, artísticas y científicas, y su expresión

Las ideas son, sin duda, uno de los activos más valiosos de la humanidad, pues las mismas permitieron su evolución, trasegando por distintas eras, edades y revoluciones, hasta llegar al punto actual de su desarrollo.

La reflexión, el análisis crítico, la observación, la deconstrucción, entre otros instrumentos, permiten que el

intelecto arribe a ideas, conceptos, nociones o elucubraciones, los que finalmente alimentarán el camino de la sociedad hacia otros estadios.

En muchos casos las ideas son productos elaborados, fruto de ingentes esfuerzos, incluso económicos, de allí que se haya reclamado su protección, pero para que esto sea posible se exige que la misma vaya acompañada de elementos adicionales, como sucede con la propiedad intelectual y otros nuevos mecanismos que han ganado importancia, como las variedades vegetales, el conocimiento tradicional, los trazados de circuitos integrados y el acceso a recursos genéticos.

Desde la concepción del derecho de autor se rehusó tal posibilidad, por cuanto la idea literaria, artística o científica hace parte del patrimonio de la humanidad, como forma de propender por el libre acceso a la cultura y el desarrollo social, que se vería menguado de forma irrazonable al concederle al autor su uso exclusivo por un tiempo elongado.

De allí que incluso las ideas novedosas, originales o lucrativas, que sirvan de inspiración a una novela, cuadro, escultura, canción, u equivalentes, no puedan ser protegidas en sí mismas, esto es, como una abstracción; se trata de un aporte más a la sociedad que, una vez divulgado, podrá ser utilizada por otros para incentivar el cultivo del espíritu humano, la difusión de la información o promover el aprendizaje, la cultura y evolución científica.

En resumen, *«la creatividad que cada autor tiene en presentar una idea que es conocida por todos, una vez que las ideas salen a la luz pública, son de aprovechamiento común»*¹⁰. Esto por cuanto *«[s]i la ley confirier[e] la protección de las ideas generales en las que se basa aquí, los derechos de autor se convertirían en un instrumento de opresión en lugar de un incentivo para la creación que se pretende que sea. La protección se hubiera movido para cubrir obras meramente inspiradas por otros, a ideas mismas»*¹¹.

Por tanto, lo que el derecho de autor salvaguarda es la forma en que, de forma concreta, esa idea, siempre que sea original, es expresada de una determinada forma, con independencia del soporte que se utilice para ello, pues allí estará contenida la impronta personal del autor.

La doctrina explica:

En el campo de las producciones literarias, artísticas y científicas, que conforman el contenido de eso que se ha dado en llamar el derecho autorial, intelectual o de 'copyright', es una constante universal que la protección acordada se asienta sobre las obras producidas por el intelecto humano, y sobre todo que esa protección no se extiende a las ideas subyacentes en tales obras... Un autor puede expresar en una composición poética su fe religiosa, o exaltar la maternidad de un dibujo, pintura o escultura. No será óbice para su derecho de autor que otros hayan producido antes obras literarias o plásticas inspiradas por idénticas ideas;

¹⁰ Ivonne Preinfalk Lavagni, *El derecho moral del autor de programas informáticos*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2010, p. 128.

¹¹ Royal Courts of Justice de UK, Tribunal supremo de Apelación (División Civil), caso [2007] EWCA Civ 219, Nova Productions Limited contra Mazooma Games Limited y otros, 14 de marzo de 2007. Traducción automática del navegador.

pero el derecho de ese autor tampoco valdrá para impedir que otros autores expresen renovadamente, y a su manera, la fe religiosa o exalten la maternidad mientras en esas expresiones subsiguientes no se dé el grado de coincidencia que técnicamente configura la copia o plagio¹².

En suma, «[l]a protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí»¹³.

Tal regla tiene consagración explícita en varios instrumentos internacionales, los cuales han sido suscritos por el Estado colombiano. En efecto, el *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)* dispuso que «[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí» (artículo 2º); y el *Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)* prescribió que «[l]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí» (artículo 9º, numeral 2º).

Asimismo, en el pacto subregional, se previó: «Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras... No son objeto de protección las ideas contenidas

¹² Pedro Chaloupka, *La propiedad de las ideas*. En *Derechos Intelectuales*, Tomo III, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 51.

¹³ Ricardo J. Papaño... [et.al.], *Derecho Civil, Derechos Personales*, 3ª Ed., Astrea, 2012, p. 68.

en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial» (artículo 7º de la Decisión 351 de 1993).

Idéntica disposición está contenida en el inciso segundo del artículo 6º de la ley 23 de 1982, a saber: «*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».*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho:

De esa manera, el derecho comparado ilustra con claridad que la protección que otorga el derecho de autor no abarca, por sentido lógico, las ideas, porque éstas son fuente de creación, que propician el desarrollo del conocimiento y como tales, circulan libremente en la sociedad, sirviendo de motor para el desarrollo de las naciones. El autor de una obra no puede, entonces, monopolizar un tema literario, o una idea artística, política o publicitaria, o un conocimiento científico o histórico. Y esa es la razón que explica que frente a una misma idea, existan cientos o miles de obras que tratan sobre esta, sin que ello signifique violación de los derechos de autor frente al genuino pensador de la idea, pues, se reitera, lo que protege el derecho es el estilo, el lenguaje, las formas utilizadas para expresar el pensamiento humano [...] Además, derivado del principio de que se trata, la doctrina ha considerado que no son objeto de protección del derecho de autor, por no ser consideradas obras en sí mismas, las fórmulas matemáticas, físicas o químicas, los descubrimientos científicos, las reglas de un juego de mesa o de azar y los planes financieros o de negocios, por más novedosos que ellos sean (SCP,

28 may. 2010, rad. n.º 31403, citada por SC9720, 27 jul. 2015, rad. n.º 2009-00788-01).

De antaño había manifestado: *«El medio de expresión es el resultado de toda producción espiritual que se proyecta a través de diversas formas. Por ello, su protección se produce mediante el reconocimiento y la reglamentación uniforme y universal del derecho intelectual»*, por medio del *«monopolio o privilegio exclusivo de la explotación a favor del titular»*, el *«[a]mparo del derecho moral de autor»* y *«[s]u temporalidad, referida exclusivamente al aspecto patrimonial del derecho»* (CSJ, Sala Plena, 4 jul. 1986, GJ n.º CLXXXVII, 2426, p. 8 y 9).

6.3. El software como objeto del derecho de autor

Los sistemas de computación actuales tienen su antecedente en la máquina analítica de Charles Babbage de 1835, la cual sentó las bases de la informática como se conoce actualmente, al utilizar tarjetas perforadas, operaciones aritméticas, secuencias de cálculo y sistemas de almacenamiento interno.

Aunque la primera máquina tabuladora data de 1890, sólo cuarenta (40) años más tarde fue posible aplicar la lógica booleana (álgebra de conjuntos) en su funcionamiento, lo que dio paso a la programación y la posibilidad de sistematizar el proceso de cálculo. Años después, la máquina denominada ENIAC utilizó la electrónica y el sistema binario para hacer operaciones a una velocidad inimaginable, creándose el

primer ordenador en 1949. «[E]n 1951 la Eckert-Mauchly Corporation comercializa el Univac I... para el censo norteamericano, y dos años después Univac I se instala en la empresa General Electric. Se trata del primer uso civil de un ordenador... El comienzo del uso civil de ordenadores marca un punto de inflexión en la historia de la informática»¹⁴.

Cada uno de los desarrollos mencionados, y todos los demás que permitieron su existencia, supusieron grandes esfuerzos patrimoniales, lo que planteó la necesidad de garantizar su protección jurídica con el fin de impedir su paralización y, por la misma senda, promover su futura realización.

Las Naciones Unidas, en 1971, encargó a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual el estudio de las formas jurídicas para una adecuada protección del software, quien dirigió sus esfuerzos en tres (3) direcciones: «protección por leyes de propiedad industrial (patentes, marcas y otras), de derecho de autor, y de protección específica de software»¹⁵.

Cada una de estas alternativas presenta dificultades teóricas y prácticas, de allí que cualquiera sea la solución que se adopte encontrará inevitables vacíos e ineficiencias, que exigen del intérprete una labor de adecuación para

¹⁴ José Antonio Castillo Parrila, *La Revolución Digital*. En vlex, consultado 02/04/2020, p. 42.

¹⁵ Yarina Amoroso Fernández e Hilario Rósete Silva, *Derecho e informática: Software ante el Tribunal*. En *Revista Cubana de Derecho*, p. 50.

propender por la compatibilización de los intereses de los desarrolladores de software y el acceso al conocimiento acumulado de la sociedad.

Así, por la propia dinámica de las patentes, resulta difícil que un programa de ordenador satisfaga las condiciones de novedad y creatividad exigidas para aquéllas. *«Esto y la exclusión expresa que la Convención de Munich sobre Patentes hiciera de los programas de computación, condujo a los países abanderados de tales posiciones a alejar el soft del campo de las invenciones patentables, y fomentó la formación de un bloque defensor de la protección por derecho de autor»*¹⁶.

La creación de un régimen *sui generis* busca la consagración de normas especiales que abriguen a los programas de cómputo, desde la conceptualización hasta su redacción en lenguaje de programación. Como propuesta, en 1977, la OMPI publicó unas disposiciones tipo con el fin de que los estados interesados las integraran a su derecho interno por medio de leyes ordinarias, idea que se clausuró ante su escasa acogida. Lo mismo sucedió con el proyecto de tratado de 1983.

La tutela por la vía de las obras literarias, artísticas y equivalentes fue la que finalmente se abrió espacio, con la ventaja de exigir únicamente el componente de la originalidad, así como otorgar un término de protección

¹⁶ Ibidem, p. 51.

mayor; aunque, exige que haya una expresión concreta, que en términos de software equivale a su diseño o programación, como se puntualizará con posterioridad.

Tal fue la postura que prevaleció en la legislación; por ejemplo, la ley sobre derechos de autor de Estados Unidos de América -Title 17, USC, Copyrights-, que en la sección 301 estableció que un autor de software tiene la protección del copyright; la Directiva del Consejo de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (91/250/CEE), que mandó a los estados de la Comunidad Europea que protegieran «*mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*» (artículo 1º); el canon inicial de la ley 11.723 de Argentina incluyó, dentro de las obras protegidas por el derecho autoral, los diseños de software, flujos lógicos, los códigos fuente y objeto y la documentación técnica; la Ley Federal del Derecho de Autor mexicana incluyó los programas efectuados electrónicamente que contengan elementos visuales, sonoros, tridimensionales o animados; y la Ley de la Propiedad Intelectual de Ecuador previó que «*[l]os programas de ordenador se consideran obras literarias y se protegen como tales. Dicha protección se otorga independientemente de que hayan sido incorporados en un ordenador y cualquiera sea la forma en que estén expresados*» (artículo 28).

Un paso decisivo, en el sentido mencionado, fue dado en la discusión y sanción del ADPIC, dentro de la Organización Mundial del Comercio, que en el numeral 1º del artículo 10 prescribió: *«Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)»*.

Dentro del contexto subregional, en la Decisión 351 de 1993 se incluyó de forma expresa, como objeto de protección, *«[l]os programas de ordenador»* (literal 1. del artículo 4º), entendiendo por tales la *«[e]xpresión 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»* (artículo 3º).

De la definición subregional se extrae que la protección se extiende a todos los sistemas informáticos, siempre que sean fruto de la inventiva humana, cualquiera sea la forma de interacción con el hardware, la función pretendida, el resultado del procesamiento o el mecanismo para la fijación de las ideas.

Claro está, por hacer parte del objeto del derecho de autor debe satisfacer el requisito esencial de las creaciones,

como es la *originalidad*, entendida como la impronta personal que el realizador deja en su programa -originalidad subjetiva- o, por lo menos, que no sea una copia de otra -originalidad objetiva-, con independencia de que la idea sea nueva o una reiteración de una preexistente. No se puede exigir una novedad absoluta, como sucede con las patentes u otras creaciones con aplicación industrial, como ya se advirtió, pues es claro que el diseñador o programador parte del conocimiento preexistente y con base en el mismo plantea su propia respuesta al problema.

Sobre el punto, la doctrina jurisprudencial señala:

[E]l concepto de 'originalidad', que hace referencia a la 'individualidad' que el autor imprime en la obra y que permite distinguirla de cualquier otra del mismo género, tal como lo ha entendido el Tribunal Andino de Justicia al expresar que la originalidad 'no es sinónimo de novedad', sino de 'individualidad'; vale decir, 'que exprese lo propio de su autor; que lleve la impronta de su personalidad'. De allí que la 'originalidad' no puede ser entendida como 'novedad', sino como la singularidad o individualidad que tiene la obra para reflejar la impronta de su creador, característica que permite a su vez que en cualquier momento pueda retomarse una idea o determinado asunto para plasmarle otra individualidad. De la misma manera, no puede confundirse el requisito de originalidad con el mérito artístico, científico o literario de una obra (SCP, 28 may. 2010, rad. n.º 31403, citada por SC9720, 27 jul. 2015, rad. n.º 2009-00788-01).

Además, dentro de la materia protegida como software, se incluyen el manual del usuario y la documentación previa, porque allí yacen los «*principios, ideas, algoritmos, etc., que, si bien no pueden ser, en sí mismos, objeto de protección por*

el derecho de autor (el cual protege expresiones, formas, no ideas como tales), sí pueden, al ser expresados o recibir una concreta forma, llevar a la elaboración del programa»¹⁷.

6.4. Elementos del software y casos de protección

Es un punto común que el desarrollo de un programa de ordenador supone unos pasos o etapas que permiten trasegar desde la idea conceptual hasta la obtención de un archivo ejecutable susceptible de producir un efecto concreto en el hardware.

Se comienza con un problema, identificado de forma genérica o particular, al cual se plantea una solución, para lo cual se plantea una ruta de respuesta (algoritmos), que se materializara en un diseño, el cual se expresará en lenguaje de programación (código fuente), en el cual se prevén las interacciones con el usuario (interfaz gráfico), que permitirá que el ordenador realice una función al ser compilado (código objeto).

Al respecto, la doctrina especializada asevera:

Los programas de computación comprenden varias etapas. Siguiendo a Correa, quien a su vez se apoya en Bertrand cabe mencionar las siguientes: 1) La idea para la solución de un problema; 2) el algoritmo o método a seguir, generalmente expresado en fórmulas matemáticas; 3) el organigrama o plan de solución o tratamiento por parte del algoritmo; 4) un texto en

¹⁷ Juan Pablo Aparicio Vaquero, *La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los Programas de Ordenador*. En *Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendiente*, Dykinson, España, 2016, p. 22.

*lenguaje de programación evolucionado que retoma directamente los elementos del organigrama y se llama 'programa fuente' o 'código fuente'; 5) un texto de lenguaje intermedio, compilador o de ensamblaje, y 6) un texto directamente legible por el equipo, expresado en lenguaje binario, llamado 'programa objeto' o 'código objeto'*¹⁸.

*La creación de un programa de computación supone un complejo proceso creativo que implica desde el análisis e interpretación de la problemática relacionada con la actividad sobre la que se quiere programar; el diseño funcional, funciones, comandos, estructuras de archivos, entradas y salidas de datos; la conversión a un lenguaje de programación que a su vez lo traduce en lenguaje máquina que ejecuta el computador y, por último, la aplicación de pruebas, corrección, documentación*¹⁹.

Estos componentes estarán bajo la tutela del derecho de autor, siempre que suponga un abandono del campo de las ideas y corresponda a una expresión concreta²⁰. Según la posición más aceptada, «[l]a 'expresión de la idea' en un programa informático de software **es la manera en que el programa opera, controla y regula la computadora al recibir, ensamblar, calcular, retener, correlacionar y producir información**, ya sea en una pantalla, impresa o por comunicación de audio» (negrilla fuera de texto)²¹.

¹⁸ Guillermo Cabanellas, *Protección Jurídica de los Elementos Informáticos*. En *Derechos Intelectuales*, Tomo V, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 113 y 114.

¹⁹ María Inés Arias de Rincón, *La protección patrimonial de los programas de computación*. En *Enlace* v.5 n.2, Maracaibo, mayo 2008.

²⁰ Algunas legislaciones reconocen expresamente esta limitación, como la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, a saber: «La protección prevista en la presente Directiva se aplicará a cualquier forma de expresión de un programa de ordenador. Las ideas y principios en los que se base cualquiera de los elementos de un programa de ordenador, incluidos los que sirven de fundamento a sus interfaces, no estarán protegidos mediante derechos de autor con arreglo a la presente Directiva» (numeral 2º del artículo 1º).

²¹ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Tercer Circuito, caso 797 F.2d 1222, 230 USPQ 481, Whelan Associates Inc. contra Jaslow Dental Laboratory, Inc., et al., 4 de agosto de 1986. Traducción automática del navegador.

A continuación se analizará cada una de estas fases, de cara al objeto de protección del derecho autoral:

(i) La definición del problema y la propuesta de solución, sin más elementos, son elucubraciones eminentemente abstractas, sin ningún grado de precisión, lo que excluye que sobre ellas pueda conceder un provecho exclusivo en beneficio de su autor.

Y es que para lograr su expresión es menester avanzar en el proceso de diseño y programación, al punto que abandonen su condición de mera potencialidad y, fijadas en un soporte, sean anticipo fehaciente o reflejo de las órdenes o instrucciones que, al ser seguidas por el ordenador, le permitan ejecutar una tarea.

(ii) En cuanto hace a la identificación lógica o matemática de los pasos requeridos para solucionar el problema (algoritmos), en principio no son objeto de monopolio por conducto del derecho autoral, por develar todavía un grado de abstracción que dista de una expresión.

En puridad, el algoritmo es la idea de solución, aunque muchas veces descompuesta analíticamente o expresada en fórmulas matemáticas o métodos de operación, que sólo alcanzará su concreción en el momento en que se materialice en un lenguaje de programación; en otras palabras, el software es la manifestación concreta de la solución que

previamente se había pensado, la cual es inmanente al mismo, pero sólo se protege en cuanto se integre con él²².

Se afirma:

[E]s también general la convicción de que la concepción previa del programador que organiza los datos y su procesamiento a través de secuencias de pasos conocidos como algoritmos quedaría fuera del amparo autoral por aquello de que tales algoritmos se sitúan, o bien en el terreno de las ideas puras, o bien en el terreno de las creaciones utilitarias, en ninguno de cuyos casos el derecho autoral alcanza para impedir su uso por terceros. De esta manera, la porción intelectual más valiosa del trabajo del programador quedaría por fuera del ámbito de protección legal²³.

(iii) La funcionalidad -respuesta que pretende brindar el software a la problemática planteado por el autor-, tampoco es susceptible de salvaguarda, en tanto que nuevamente se queda en el terreno de las ideas.

Huelga traer a presente lo dicho por jueces foráneos: «Por lo tanto, la naturaleza de la habilidad y el juicio invertidos en el diseño de la funcionalidad de un programa de computadora (que inevitablemente implicará tomar decisiones) aún recae en el lado de las ideas»²⁴.

²² Vr. gr. el Considerando 11 de la Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección jurídica de programas de ordenador, de 23 de abril de 2009, prescribe: «Para evitar cualquier duda, debe establecerse claramente que solo se protege la expresión del programa de ordenador y que las ideas y principios implícitos en los elementos del programa, incluidas las de sus interfaces, no pueden acogerse a la protección de los derechos de autor con arreglo a la presente Directiva».

²³ Pedro Chaloupka, op. cit., p. 66.

²⁴ Royal Courts of Justice de UK, Corte de Apelación (División Civil), caso [2013] EWCA Civ 1482, SAS Institute INC contra World Programming Ltd, de 21 de noviembre de 2013. Traducción automática del navegador.

En este contexto, nada se opone a que un desarrollador, conocido el servicio que presta un sistema de información o por mero azar, cree uno nuevo con el fin de satisfacer la misma necesidad, caso en el cual no requiere autorización del primigenio. Incluso, es posible que utilice el mismo lenguaje de programación o formato de archivos, siempre que no sean una reproducción total o parcial de aquél que pretende emular.

Recuérdase el caso Navitaire en que, conocida la funcionalidad de un programa, un experto hizo un desarrollo equivalente y, al ser criticado por plagio, llevó a que el juzgador de conocimiento aseverara: *«no es posible infringir los derechos de autor que existen en el código fuente de un analizador sintáctico o en el código fuente de un generador analizador analizando el comportamiento del programa final y construyendo otro programa para hacer lo mismo»*²⁵.

(iv) El diseño o arquitectura -estructura, secuencia y organización-, que permite la definición de los componentes que tendrá el sistema computacional, los flujos de información, así como sus interacciones, sí puede ser objeto de salvaguarda como una obra, siempre que alcance un alto grado de particularización; por tanto, no es suficiente con la conceptualización del diseño, ni con la descripción de sus pasos, sino que debe evidenciar en sí misma tal grado de concretización que exprese, per se, un trabajo original.

²⁵ Royal Courts of Justice de UK, Corte de Apelación (División Civil), caso [2004] EWHC 1725 (Ch), NAVITAIRE INC versus Easyjet Airline Company y Bulletproof Technologies INC, 30 de junio de 2004. Traducción automática del navegador.

En este punto se alzan voces contrapuestas, pues para algunos el diseño en sí mismo sigue siendo una idea de solución, que carece de tutela²⁶; otros argumentan que *«[d]entro de la forma de expresión de un programa, no sólo se tutela su forma literal, entendida como las diversas instrucciones plasmadas en un soporte, sino también aquellos elementos que aunque no son parte de ésta, constituyen la estructura y las secuencias que han sido ideadas por el creador, o sea, aquel elemento de ideación a través del cual se plasma la obra, o sea la secuencia, estructura y organización»*²⁷.

Frente a esta disyuntiva la respuesta estará dada por la originalidad que exprese el diseño y su expresión en un soporte, pues de satisfacerse estos requisitos podrá ser objeto del derecho de autor, en caso contrario, seguirá en el campo de las ideas.

Fue con el caso Whelan versus Jaslow que se dio cabida a esta posibilidad: *«[L]a separación de la idea de la forma de expresión... se realiza mejor a través de los tribunales que ejercen su juicio en casos particulares [que por una regla per se]... Los diagramas de flujo, los códigos fuente y los códigos objeto son obras de autor en las que subsiste el copyright»,* valga la pena decirlo, *«la protección de los derechos de autor de los programas de computadora puede extenderse más allá*

²⁶ Ivonne Preinfalk Lavagni, op. cit., p. 121 y 122; Guillermo Cabanellas, op. cit., p. 115 y 116.

²⁷ Idem, p. 130 y 131.

del código literal de los programas a su estructura, secuencia y organización»²⁸.

Tesis reafirmada en el afamado caso Oracle América, INC. v. Google INC.:

Está bien establecido que la protección del derecho de autor puede extenderse tanto a los elementos literales como a los no literales de un programa de ordenador (Ver Altai, 982 F.2d). Los elementos literales de un programa de ordenador son el código fuente y el código objeto (Ver Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc., 886 F.2d 1173, 1175, 9th Cir. 1989)... Tanto el código fuente como el código objeto están 'constantemente protegidos por el derecho de autor' (Ver Johnson Controls, 886 F.2d en 1175; Altai, 982 F.2d en 702)... Los componentes no literales de un programa de computadora incluyen, entre otras cosas, la secuencia, estructura y organización del programa, así como la interfaz del usuario²⁹.

(v) En lo tocante a la interfaz gráfica de usuario (GUI) es un punto común que, por sí misma, no es susceptible de resguardo, en tanto la misma únicamente permite la interacción entre el sistema de información y el usuario, así como la captura de datos³⁰.

Total que, la GUI, «[n]o es propiamente una 'forma de expresión' del programa, en cuanto no lo reproduce, sino que es un simple elemento del mismo que sirve a su utilización y,

²⁸ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Tercer Circuito, caso 797 F.2d 1222, 230 USPQ 481, Whelan Associates Inc. contra Jaslow Dental Laboratory, Inc., et al., 4 de agosto de 1986. Traducción automática del navegador.

²⁹ United States Court of Appeals for the Federal Circuit, caso 2013-1021, -1022, 9 de mayo de 2014. Traducción libre.

³⁰ Vr. gr. inciso 2º del artículo 69a de la Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Afines de 9 de setiembre de 1965 de Alemania; inciso 8º del artículo 2º de la Ley sobre Protección del Derecho de Autor y Derechos Conexos de 22 de abril de 1941 de Italia.

*por lo tanto, no queda protegido dentro de la noción»*³¹. De hecho, es usual que este elemento se encuentre condicionado por las posibilidades de los programas operativos, o las opciones viables para su utilización, lo que impide un monopolio sobre las mismas³².

Sin embargo, cuando devela un grado de originalidad, por vincular expresiones visuales, auditivas, olfativas o táctiles que muestran el ingenio del autor, serán tuteladas en cuanto este único componente. Y es que el contenido audiovisual es una realidad distinta del programa de ordenador, aunque ciertamente hay una interdependencia entre ellas, de allí que pueda alcanzar una protección autónoma.

(vi) Comandos, combinaciones de comandos, sintaxis o palabras empleadas en el software, en sí mismos considerados, aunque reflejen un grado de ingenio, no pueden ser tutelados por los cánones de protección autoral, en tanto no corresponden a una creación en sentido completo de la expresión.

Fuera de dubitación se encuentra que *«las palabras como tales no constituyen elementos cubiertos por la protección»*³³, aunque sea una invención absoluta. Lo mismo

³¹ Juan Pablo Aparicio Vaquero, op. cit., p. 26.

³² Cfr. Royal Courts of Justice de UK, Corte de Apelación (División Civil), caso [2013] EWCA Civ 1482, SAS Institute INC contra World Programming Ltd, de 21 de noviembre de 2013.

³³ § 46 de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009, Infopaq International A / S contra Danske Dagblades Forening.

se dijo frente a comandos y la combinación de ellos, así como a la sintaxis asociada³⁴.

(vii) El código fuente, valga la pena decirlo, el conjunto de instrucciones escritas en lenguaje de programación y que son comprensible para el ser humano, constituyen el núcleo esencial de la protección por el derecho de autor, pues allí se encuentra por antonomasia la expresión de las ideas.

Es en este código que se vuelven certeza, por medio de lenguajes admitidos en computación, que los algoritmos propuestos permiten al ordenador realizar una determinada función o tarea. *«En términos estrictos de programación, es claro que la originalidad se manifiesta en la etapa del código fuente, pues tal y como hemos señalado, son instrucciones que se proporcionan a la máquina por una persona física utilizando un lenguaje especializado (BASIC. FORTRAN, COBOL etc.)»*³⁵.

(viii) El código objeto es la conversión de la fuente a carácter binarios (unos y ceros), realizada por programas llamados ensambladores, intérpretes o compiladores, con el fin de que la máquina pueda efectuar la tarea que se pretende de ella.

³⁴ Cfr. Royal Courts of Justice de UK, Corte de Apelación (División Civil), caso [2013] EWCA Civ 1482, SAS Institute INC contra World Programming Ltd, de 21 de noviembre de 2013.

³⁵ Sara Martín Salamanca, *Introducción al Derecho de Autor: Derecho Español, Derecho Europeo y Derecho Internacional*. En *Derecho de la Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Propiedad Industrial*, Universidad Carlos III de Madrid, Tirant, 2017, p. 179.

A pesar de no ser una creación humana ni suponer originalidad, al corresponder a una expresión equivalente al código fuente, pero manifestada en otro lenguaje - comprensible para el hardware-, la protección de este último se extiende a aquél³⁶.

6.5. Test para establecer un plagio en materia de software

La demostración de que un sistema informático ha sido copiado indebidamente es una labor dificultosa, no sólo por las complejidades que supone acceder y comprender el código fuente, sino porque su definición puede suponer complicados elementos técnicos que escapan al público en general. Se agrega que, amén de la estandarización propia de los lenguajes de programación y de la normalización de los usuarios en el uso de ciertas interfaces gráficas, es posible que por simple azar dos (2) o más programas puedan ser sustancialmente equivalentes, aunque sin incurrir en plagio

Para alivianar este escollo, 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

³⁶ Cfr. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Tercer Circuito, Apple Computer, Inc. v. Franklin Computer Corp., caso 714 F.2d 1240, 1246-47, 1983; Williams Elecs., Inc. v. Artic International, Inc., caso 685 F.2d 870, 215 USPQ 405, 1982.

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.

Los ensayos iniciales se nutrieron de lo que sucedía con las obras literarias, artísticas y científicas (*look and feel*), aunque con el paso de los años se expandieron para dar cabida a nociones propias de los sistemas de información (*disección analítica; abstracción y filtración; y elementos esenciales*).

En compendio:

(i) «*Look and feel*» (apariencia y sensación) se caracteriza por centrarse en la forma en que una persona percibe el software, de suerte que habrá copia cuando el nuevo sistema es esencialmente parecido al otro, según el tamiz de un observador no cualificado.

Para estos fines el evaluador tendrá en cuenta el ambiente creado por el programa de ordenador, derivado de su presentación visual, la forma en que el usuario interactúa con el mismo y su configuración en general, insumos que se comparan con los del otro sistema para establecer sus semejanzas y, de encontrar que son sustanciales, se concluirá que es un caso de copia.

Sus antecedentes más relevantes datan del caso *Roth Greeting Cards contra United Card Co.*, en el que se aseguró «la prueba de infracción es si el trabajo es reconocible por un observador ordinario como tomado de la fuente protegida por derechos de autor»³⁷.

Claro está, en tratándose de software, «[l]a tercera generación de casos... ha dado paso a la disminución de la protección de ‘apariencia y sensación’ y al surgimiento simultáneo de un análisis de disección hacia las interfaces gráficas de usuario»³⁸.

(ii) En la *disección analítica*, para establecer la similitud sustancial, se hace una diferenciación entre la revisión extrínseca y la intrínseca. En la primera se definen los criterios específicos que serán objeto de revisión, de acuerdo con el tipo de obra y la forma de expresión; mientras que en la segunda se comparan los elementos así establecidos y se define si a los ojos de una persona normal es evidente la similitud.

En caso de existir semejanzas, deberá evaluar si la original es una obra protegida o susceptible de protección, y las razones del parecido, con el fin de establecer si hay una

³⁷ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, caso 23067, 10 de julio de 1970.

³⁸ «*Third generation of software cases has ushered the decline of ‘look and feel’ protection and concurrent emergence of a dissective analysis towards graphical user interfaces*» (Traducción libre; Stanley Lai, *Copyright Protection of Computer Software in the United Kingdom*, Bloomsbury Collections, 2000, § 1.7.

explicación razonable, pues de lo contrario deberá arribarse al colofón de que existe un plagio.

En materia de software estos elementos pueden estar dados por las pantallas, menús, interacción con periféricos, así como expresiones concretas de los sistemas de información; en el caso *Brown Bag Software versus Symantec Corp.* se indicó:

*En el caso de Krofft, establecimos una prueba de dos partes para una similitud sustancial. 562 F.2d en 1164. Bajo la formulación original del componente 'extrínseco' de Krofft, un demandante necesitaba probar solo la 'similitud de ideas' en los dos programas. Hoy, sin embargo, la prueba extrínseca analiza más que solo la similitud de ideas. Como el tribunal de distrito entendió, el análisis extrínseco es 'una prueba objetiva que se basa en criterios específicos que se pueden enumerar y analizar' -12 USPQ2d (BNA) en 1994 (citando *Data East USA, Inc. v. Epyx, Inc.*, 862 F.2d 204, 208 (novenos Cir.1988))- La prueba extrínseca se ha convertido así en un -objetivo ... análisis de expresión-. Shaw, 919 F.2d en 1357....*

Para establecer la infracción de un derecho de autor, los dos trabajos en cuestión también deben cumplir con el segundo componente de la prueba establecida en Krofft, la 'prueba intrínseca'. 562 F.2d en 1164. La prueba intrínseca, según Krofft, debe medir 'una similitud sustancial en las expresiones... dependiendo de la respuesta de la persona razonable ordinaria ... [I] y no depende de criterios externos y análisis que marcan la prueba extrínseca... Al aplicar la prueba intrínseca, por lo tanto, 'la disección analítica y el testimonio de expertos no son apropiados'³⁹.

³⁹ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Noveno Circuito, caso n.º 89-16239, 7 de abril de 1992. Traducción automática del navegador.

(iii) La evaluación por «*abstracción y filtración*», exige el agotamiento de tres (3) etapas para establecer si existe una copia no autorizada de una obra protegida.

La inicial, consiste en determinar la estructura del programa que se pretende es copia; después se diseccionan los elementos no protegidos de esta obra para no tenerlos en cuenta (ideas, formas de expresión necesarias, requisitos externos al programa, funcionalidad, comandos, sintaxis de comandos, elementos en el dominio público, etc.); por último, los componentes restantes se parangonan con sus equivalentes en el software original.

Uno de los casos más emblemáticos en esta materia es el denominado Computer Associates International, Inc. contra Altai, Inc., en el que se aseveró:

Al determinar una similitud sustancial bajo este enfoque, un tribunal primero desglosaría el programa presuntamente infringido en sus partes estructurales constituyentes. Luego, al examinar cada una de estas partes en busca de cosas tales como ideas incorporadas, expresiones que son necesariamente incidentales a esas ideas y elementos tomados del dominio público, un tribunal podría examinar todo el material no protegible. Dejado con un núcleo, o posiblemente núcleos, de expresión creativa después de seguir este proceso de eliminación, el último paso de la corte sería comparar este material con la estructura de un programa presuntamente infractor. El resultado de esta comparación determinará si los elementos protegibles de los programas en cuestión son sustancialmente similares a fin de garantizar una constatación de infracción. Será útil elaborar un poco más...

Paso uno: abstracción... Inicialmente, de una manera que se asemeja a la ingeniería inversa en un plano teórico, un tribunal debe diseccionar la estructura del programa supuestamente

copiado y aislar cada nivel de abstracción que contiene. Este proceso comienza con el código y termina con una articulación de la función final del programa. En el camino, es necesario esencialmente volver a trazar y mapear cada uno de los pasos del diseñador, en el orden opuesto en el que se tomaron durante la creación del programa...

Paso dos: filtración. Una vez que se han descubierto los niveles de abstracción del programa, la investigación de similitud sustancial se mueve de lo conceptual a lo concreto... Este proceso implica examinar los componentes estructurales en cada nivel de abstracción para determinar si su inclusión particular en ese nivel fue 'idea' o fue dictada por consideraciones de eficiencia, para ser necesariamente incidental a esa idea; requerido por factores externos al programa mismo; o tomado del dominio público y, por lo tanto, es una expresión no protegible...

Paso tres: comparación. El tercer y último paso de la prueba de similitud sustancial que creemos apropiado para los componentes del programa no literales implica una comparación. Una vez que un tribunal ha examinado todos los elementos del programa presuntamente infringido que son "ideas" o están dictadas por la eficiencia o factores externos, o se toman del dominio público, puede quedar un núcleo de expresión protectora...⁴⁰

(iv) Por último, el método de los elementos esenciales impone que en primer lugar se distinga la idea, el sistema, el procedimiento y su expresión; con estos materiales se «identifica en el ámbito de la expresión los elementos que son considerados como no indispensables para la misma. Una vez identificados, el juez determina si esos elementos, en su conjunto, representan una parte sustancial de la pretendidamente protegible»⁴¹.

⁴⁰ Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito, caso 982 F.2d 693, 23 USPQ2d 1241, 22 de junio de 1992. Traducción automática del navegador.

⁴¹ Isabel Hernando, *Contratos Informáticos*, Ed. Librería Carmelo, San Sebastián - España, 1995, p. 60 y 61.

6.6. El caso concreto

Las anteriores premisas, aplicadas a la materia en discusión, permiten desestimar los errores fácticos endilgados al *ad quem*, en tanto la valoración que dispensó a los dictámenes periciales se aviene con la hermenéutica propia de las pruebas para establecer un desconocimiento de los derechos morales y patrimoniales de Carlos Enrique Estupiñán Monje, como se analizará en lo sucesivo.

6.6.1. Procede recordar que los casacionistas criticaron una supuesta adición del estudio técnico de Ana Mercedes Garzón Laverde, al encontrar satisfechos, sin estarlo, los requisitos de claridad, precisión y detalle, en tanto esta profesional se limitó a invocar el método comparativo y extraer una similitud del 80% entre los programas de computación. Más porque la experta no acreditó experiencia en el campo de la programación, ni preparación técnica para fundamentar sus observaciones empíricas.

6.6.1.1. Sobre esta prueba, el fallo confutado rememoró:

*[R]esulta relevante la valoración del dictamen pericial allegado con la demanda, presentado **por la profesional en Contaduría Pública y especialista en Sistemas de Información, Ana Mercedes Garzón Laverde** (folios 41 a 42). Esta profesional manifestó que **efectuó un trabajo comparativo de los programas** de contabilidad llamados UNOPYMES y SISTEMA DE INFORMACIÓN GENERAL con siglas SIG; para el efecto **instaló ambos programas y digitó datos iguales en ambos en 42 pantallas diferentes, relacionados con datos contables, su***

estructura, presentación, método de introducción de los datos y resultado final, comparando los resultados obtenidos. En sus conclusiones expuso:

Del examen de las pantallas en cuanto a su **contenido, presentación visual, operatividad y nombres de los diferentes campos** que las componen se deduce una similitud muy cercana o superior a un ochenta por ciento (80%). Las diferencias encontradas son más de forma que de fondo **siendo sorprendente la igualdad en los nombres de los campos dados a cada uno de ellos**;

Del examen de los **dieciocho (18) informes en cuanto a su contenido, presentación visual, nombres de ellos y nombres de las columnas que los componen se deduce una similitud cercana al ciento por ciento (100%)**. Los nombres dados a cada informe y sus características como fecha de producción y rango en el tiempo de la información que contienen y el orden de presentación de las columnas son más cercanos aún al ciento por ciento (100%) de igualdad;

Con base en todo lo anterior puedo asegurar con una certeza cercana al ciento por ciento (100%) que ambos sistemas tienen el mismo origen o fueron producidos con base en los conocimientos contables y de programación de una misma persona;

Basada en mi experiencia como profesional de la contaduría y profesora de esta materia en varias universidades de esta ciudad de Bogotá y el conocimiento que tengo, por experiencia propia, de otros sistemas de contabilidad que se hallan disponibles en esta ciudad, puedo decir, con amplio margen de seguridad, que las posibilidades matemáticas de que dos personas a tiempos distintos y con conocimientos y experiencias distintas hayan llegado a desarrollar un sistema de contabilidad tan similar en su funcionamiento, enfoque y lógica, son casi cero.

Puedo asegurar con un alto grado de certeza que aunque ambos hayan sido escritos en diferente lenguaje de programación para computadores, su origen es el mismo en cuanto a la persona que originó el primero.

Esta experticia no fue acogida por el a quo aduciendo que no contenían un muestreo suficiente dado que las pantallas del programa GERESIS correspondían a un número mucho mayor.

*La Sala discrepa de lo aseverado por el Juzgador de primer grado, por cuanto **la citada experticia resulta bien soportada desde el punto de vista de la formación profesional en contaduría de su suscriptora, quien acreditó su idoneidad y experiencia en la materia; además, da cuenta de una adecuada utilización del método comparativo para llegar a sus conclusiones y no fue objetada por la pasiva** (audiencia de 6 de julio de 2017).*

Descuella que el Tribunal fue mucho más allá de la simple invocación de la prueba, carrera profesional de la perito y metodología empleada, pues para extraer sus colofones demostrativos tuvo en cuenta de forma agregada que (i) la experta tenía adiestramiento en sistemas de información, (ii) en su ejercicio profesional accedió a múltiples programas contables, (iii) comparó la interfaz gráfica de los programas en discusión y los informes emitidos por cada uno de ellos, (iv) evaluó la identidad del lenguaje utilizado en los sistemas de información, (v) parangonó la operatividad de los sistemas, y (vi) que sobre esta prueba no se alzó objeción alguna por los convocados en las instancias.

6.6.1.2. Resáltase que, sobre el último punto nada se dijo en los cargos de casación bajo estudio, lo que devela su incompletitud, motivo suficiente para desestimar el éxito de éstos; postura que se refuerza porque, al abrigo de los principios de lealtad procesal y *non venire contra factum proprio*, resulta criticable que en el proceso se guardara

silencio sobre la idoneidad del peritaje, al no hacerse uso de la objeción por error grave, y en sede extraordinaria se haga lo contrario.

6.6.1.3. Sin embargo, la revisión de los demás argumentos del *ad quem* descubre que guardan armonía con la ontología de la peritación, visto el informe como una unidad inescindible entre las conclusiones y sus anexos, dentro de los que se resaltan la hoja de vida de la experta y sus soportes (folios 43 a 57 del cuaderno 1), la impresión de múltiples pantallazos para la captura de información (folios 58 a 99), el listado de formularios (folios 99 reverso a 101), y algunos informes impresos (folios 101 reverso a 119).

(a) Justamente, la perito, no sólo se graduó como *contador público* (folio 50), sino que se especializó en *auditoría de sistemas de información* (folio 49), con formación en *planificación, análisis y administración de sistemas de información* (folio 52); además, ha actuado como docente de *análisis financiero I, contabilidad sistematizada I, contabilidad administrativa y presupuestos* en la Universidad Antonio Nariño (folio 55), *software contable, auditoría II, informática aplicada a las finanzas, auditoría financiera, contabilidad I, contabilidad II y derecho tributario* (folio 56).

Refulge que la experta, más allá de los conocimientos adquiridos en la carrera de contaduría, se acercó al campo del procesamiento de datos y los softwares contables, no sólo por la formación que adelantó después de egresada, sino

porque acometió la docencia en estas temáticas, donde debió profundizar en su conocimiento.

De esta forma se deja de lado la crítica de los casacionistas, por la supuesta falta de capacitación de la experta, en tanto sus conclusiones permitían reflejar el punto de vista de una conocedora de la técnica contable, enfocada en programas de computación.

Ahora bien, contrario a lo pretendido por los opugnantes, para emitir un concepto sobre la existencia de copia o plagio de un programa de ordenador no se requiere haber egresado de ingeniería de sistemas, ya que los diversas pruebas que se emplean para el efecto reclaman, al final, la opinión de una persona informada, quien obviamente emitirá su apreciación basada en su formación y experticia.

Recuérdase que las pruebas intituladas «*Look and feel*» y «*disección analítica*» -componente intrínseco-, admitidas para establecer una situación de utilización no autorizada de obras protegidas, parten del supuesto de que, al final de cuentas, lo que resulta relevante para estos fines es el concepto de un sujeto lego en el diseño o programación de sistemas de ordenador, debido a que lo más relevante es la forma en que el público en general percibe el software, de cara a su ambiente o elementos esenciales.

Presupuesto que no es extraño a los test de «*abstracción y filtración*» o «*elementos esenciales*», pues ninguno de ellos

excluye la intervención de una persona con formación en campos distintos a la ingeniería de sistemas, siempre que los componentes objeto de parangón tengan conexión con aquélla.

Como en el caso bajo estudio se encuentra en discusión las similitudes entre dos (2) programas contables -Unoligth y Unopymes-, lo propio era acudir a un contador con el fin de que suministrara la óptica del observador común, máxime frente a la comprobación de que había recibido capacitación específica en sistemas de información.

(b) En el escrito de Ana Mercedes Garzón Laverde no sólo se mencionó el análisis comparativo como sustento de las conclusiones, aspecto resaltado por el *ad quem*, sino que se hizo una completa explicación de la forma en que fue aplicado, a saber:

Metodología:

Primero.- Para llevar a cabo el análisis comparativo en mención instalé ambos programas y digité datos iguales, en ambos, en cuarenta y dos (42) pantallas diferentes;

Segundo.- A medida que fui digitando los mismos datos en cada sistema fue comparando, en cada pantalla de ambos, donde se introducen los datos contables, su estructura, presentación, método de introducción de los datos y el resultado final;

Tercero.- Hecho lo anterior procedí a imprimir la imagen de cuarenta y dos (42) pares de pantallas, con fines de análisis comparativos, copia de las cuales adjunto a esta certificación;

Cuarto.- Imprimí los dieciocho (18) pares de informes iguales de cada sistema para análisis comparativo, impresión que adjunto como ilustración de mi conclusión final. Se adjunta copia impresa de los informes comparados, analizados y examinados (folio 41).

Sobre el *método comparativo* o *análisis comparativo* se ha dicho que «*es un procedimiento que se ubica entre los métodos científicos más utilizados por los investigadores. Junto con el método experimental y el estadístico, el método comparativo es un recurso ampliamente utilizado en las ciencias sociales. Incluso algunos han llegado a considerar la comparación como un procedimiento inherente a la investigación científica (Grosser 1973; Laswell 1968; Almond 1966, citados por Nohlen, 2003)... Los autores arriba mencionados coinciden en afirmar que entre las ventajas que ofrece el método comparativo se cuentan el comprender cosas desconocidas a partir de las conocidas, la posibilidad de explicarlas e interpretarlas*»⁴².

Por tanto, su utilización en el *sub lite* era pertinente, no sólo por su valor investigativo, sino porque servía para colegir, del hecho cierto del parecido de los softwares en materia de presentación visual, formatos de captura de información, formularios de organización e informes resultantes, que uno fue reproducción parcial del otro.

Ahora bien, la experta además de resumir que encontró similitudes en algunos casos cercanas al 80% y en

⁴² Carlos Gómez Díaz de León y Elda Ayde León de la Garza, *Método comparativo*. En *Métodos y técnicas cualitativas y cuantitativas aplicables a la investigación en ciencias sociales*, Tirant Humanidades Mexico, 2014, p. 228 y 229.

otros al 100%, allegó los soportes de tales aseveraciones, en total de ciento veintitrés (123) folios, los cuales simplemente fueron ignorados por los recurrentes con la impropia idea de restarle mérito demostrativo.

Para ejemplificar, la perita trajo el formulario *Empresas, sucursales y socios de Unopymes* (folio 58), que contrapuso al denominado *Crear/Actualizar compañías de SIG* (folio 59), mostrando la similitud de la información solicitada, la identidad de la ventana emergente en caso de registros no existentes y la equivalencia de los menús desplegados *Tipo Societario* (folios 59 reverso y 60) y *Cuenta Ingresos* (folios 61 reverso y 63). Al respecto, llama poderosamente la atención, para esta Corporación, el hecho de que ambos aplicativos carezcan de un listado exhaustivo de formas societarias y que incluyan especies extrañas a este concepto, a saber: «*Anónima / Limitada / Persona natural / Capital Social / Unión Temporal*» (*idem*).

También resulta diciente que sean iguales los formularios de búsqueda de *terceros* (folios 73 reverso y 74), así como los de *Crear / Actualizar Grupos de Inventarios* (folios 75 reverso y 76), *Crear / Actualizar Medidas* (folios 76 reverso y 77), *Crear / Actualizar Centros de Costo* (folios 78 reverso y 79), *Factura de Proveedor* (folios 82 reverso y 83), *Préstamos* (folios 87 reverso y 88), *Informes de Compras* (folios 97 reverso y 98) e *Inversiones de Ventas* (folios 99 reverso y 100).

Se agrega la equivalencia de los menús *abreviatura* (folios 79 reverso y 80), *proveedores* (folios 81 reverso y 82), *deudores -anticipos y avances* (folios 83 reverso y 84) y *tipo de préstamo* (folios 88 reverso y 89), junto a la utilización de la expresión *Balance a Cero* (folios 100 reverso y 101).

Frente a los formatos de salida, es sugestiva la semejanza de la *Factura de Proveedor* (folios 101 reverso y 102), *Factura de Venta* (folios 102 reverso y 103), *Informe de Ventas de Artículos por Cliente* (folios 103 reverso y 104), *Informe de Ventas por Artículo* (folios 104 reverso y 105), *Ingresos y Costos por Artículo* (folios 105 reverso y 106), *Cuentas por Cobrar a Clientes* (folios 106 reverso y 107), *Cuentas por Cobrar a Clientes – Por Vencer* (folios 107 reverso y 108), *Cuentas por Cobrar a Clientes – Vencida* (folios 108 reverso y 109), *Cuentas por Pagar a Proveedores – Por Vencer* (folios 109 reverso y 110), *Inventario en Mano al Costo* (folio 110 reverso y 111), *Kardex del Inventario* (folio 111 reverso y 112), *Balance General* (folios 112 reverso a 114), *Balance a Cero* (folios 114 reverso y 115) e *Informe de Ingresos, Gastos y Costos* (folios 118 reverso y 119).

Este paralelismo, que la experta calculó como próximo a un ochenta por ciento (80%) en cuanto hace a las *pantallas*, y al cien por ciento (100%) frente a los informes, de ninguna manera deviene vacuo por la utilización de las expresiones *cercanas y similitud*, como lo aseguraron los impugnantes extraordinarios, pues su empleo se hizo para mostrar que, a los ojos de la referida profesional contable, se trataba de

programas sustancialmente equivalentes, requisito *sine que non* para definir que existió un uso no consentido de una obra protegida.

Total que cercano, en su acepción natural y obvia, significa «*próximo, inmediato*»⁴³; a su vez «*similitud*» expresa «*semejanza*», esto es, que «*se parece a alguien o algo*», «*equivale[n]te a tal*», «*imitación*». Por ende, cuando la perita utilizó las mencionadas locuciones, en verdad relató un grado de equivalencia entre los objetos que, si bien no correspondía a identidad, sí era indicador de una simetría que únicamente podía explicarse porque «*su origen es el mismo en cuanto a la persona que originó el primero*» (folio 42).

(c) Estos insumos respaldan con claridad y suficiencia la conclusión central del estudio técnico, según la cual «*[c]on base en todo lo anterior puedo asegurar con una certeza cercana al ciento por ciento (100%) que ambos sistemas tienen el mismo origen o fueron producidos con base en los conocimientos contables y de programación de una misma persona*» (folio 41).

Ciertamente el escrito de sumarios, que acompaña la demanda, por sí mismo es insuficiente para justificar el colofón transcrito; pero esta circunstancia fácilmente se supera de acudir a sus adjuntos, los cuales son perspicuos en indicar los menús, formularios, tablas, palabras y despleables, de los softwares Unopymes y SIG, que fueron

⁴³ Diccionario de la Lengua Española, www.rae.es

comparados por la experta, y que guardan un grado de proximidad superlativo, explicable razonablemente por la existencia previa de uno de ellos que se utilizó para desarrollar el otro.

No se trata de una simple reiteración de palabras o nociones contables, que según los casacionistas resulta justificado por el hecho de que la contabilidad está sujeta a unas reglas técnicas que son imperativas. La proximidad va mucho más allá, se refiere a la similitud de colores, símbolos, llamados de atención, formatos de los campos, disposición de las columnas y filas, contenido y presentación física de los informes, identidad de la letra e, incluso, errores ortográficos en la acentuación de mayúsculas.

Para la Corte no puede pasar inadvertido que los pantallazos de los programas de ordenador develan un ambiente equivalente, al punto que cualquier observador que por primera vez se acerque a ellos sentirá que hay una conexión entre los mismos, lo que satisface las condiciones para que, conforme al test *Look and feel*, se concluya que Unopymes se basó en Unolight (o es una obra derivada), inferencia que se ratifica de considerarse que el creador de aquél accedió al código fuente de este último.

En suma, de cara a la determinación adoptada por el *ad quem*, la valoración probatoria del dictamen de Ana Mercedes Garzón no resulta desacertada, sino que, por el contrario, se aviene con su recto entendimiento.

6.6.2. Criticaron los casacionistas que se suprimiera el contenido material de los dictámenes de Rafael Castro Medina y Johan Cardozo Morales, que al unísono manifestaron que los softwares en comparación son diferentes por el número de pantallazos y funcionalidad, lo que incluye noventa y tres (93) discrepancias puntuales frente a los usos o aplicabilidad, así como respecto a la estructura interna y utilización de las facilidades de Visual FoxPro.

6.6.2.1. Frente a estos instrumentos suasorios el Tribunal, *in extenso*, aseveró:

[S]e advierte que en su dictamen el Ingeniero de Sistemas Johan Cardozo Morales, ciertamente se refirió de manera preponderante a las diferencias que advirtió al comparar el programa UNOLIGHT o SIG con UNOPYMES, concluyendo que “no se puede afirmar que UNOPYMES / GERESIS sea una copia de UNOLIGHT/ SIG”, porque encontró grandes diferencias entre ellos, en especial en la interfaz gráfica, acotando que la estructura de UNOPYMES es más moderna y supera a UNOLIGHT en la cantidad de opciones y funcionalidades.

Tal experticia, si bien da cuenta de un análisis plausible desde el punto de vista de un experto en informática, deja de lado temas de importante calado referidos específicamente a la naturaleza del software que atañe a un programa de contabilidad, echándose de menos un pronunciamiento puntual sobre los contenidos de ambos programas.

El contador Augusto Rafael Castro Medina, realizó su dictamen a partir de la comparación de los programas UNOLIGHT y UNOPYMES, desarrollados por Germán Restrepo Fernández en lenguaje visual FoxPro para sistema operativo Windows, por cuanto según lo manifestó, no tuvo acceso al llamado CAT...

Para la Sala, atendiendo las circunstancias que rodearon el presente caso, las conclusiones de los peritos al exaltar las ventajas de UNOPYMES sobre UNOLIGH, en últimas solo permiten corroborar uno de los hechos evidenciados con las pruebas recaudadas, que atañe precisamente a que el programa GERESIS resultó más completo y moderno que UNOLIGHT pese a que este último fue el resultado entregado por el ingeniero Restrepo Fernández al señor Carlos Estupiñán en cumplimiento del contrato de prestación de servicios entre ellos celebrado, lo que no significa que el primero haya sido original e independiente de la obra denominada CAT creada por el accionante, cuya originalidad no se discute en este proceso...

En las descritas circunstancias, con independencia de que al momento de la realización de la pericia el programa UNOPYMES luciera como más moderno y con mayores funcionalidades que UNOLIGH, lo que no es de extrañar si se tiene en cuenta lo aseverado por Enrique Otoya en su interrogatorio, en el sentido de que GERESIS posteriormente denominado PYMES ha sufrido una gran cantidad de modificaciones y mejoras en funcionalidad “pero en su esencia sigue siendo el software que nos mostró el señor Restrepo GERESIS”, en todo caso, ello no contrarresta la inferencia de que el origen de GERESIS está vinculado al programa CAT y a su actualización UNOLIGHT, hecho que el ingeniero Restrepo Fernández no logró desvirtuar en esta actuación, ni en el proceso penal adelantado en su contra (audiencia de 6 de julio de 2017).

6.6.2.2. Resáltase que en el fallo confutado no se pretirieron los instrumentos suasorios denunciados, ni siquiera de forma parcial, sino que fueron desechados por su desconexión con el plagio reclamado, el cual exige para su prueba que se analicen las similitudes entre las obras bajo cotejo, sin que las diferencias *por sí mismas* o el mérito técnico sean relevantes para desestimar su existencia.

Por tanto, como las censuras en casación insistieron nuevamente sobre la necesidad de volver la mirada sobre

estos medios suasorios y, en particular, las disimilitudes advertidas por los expertos, concluye la Corte, de un lado, que la preterición parcial alegada no ocurrió, en tanto que el juzgador colegiado sí valoró los elementos persuasivos aludidos. Distinto es que no los acogieran.

Y de otro lado, que lo pretendido por los inconformes es habilitar, a través de esta sede extraordinaria, una estimación de las aludidas pruebas diversa a la de su juzgador, como si se tratara de instancia judicial, desconoce la finalidad de esta impugnación.

La Corte ha doctrinado:

[R]esulta ostensible que lo realmente existente es la disconformidad de la valoración que hiciera el tribunal de la conducta del demandante..., lo que a criterio de la Sala resulta insuficiente para quebrar la providencia impugnada, habida cuenta que en materia probatoria la constitución y la ley reconocen a los juzgadores la discreta autonomía para valorar y apreciar las pruebas que soportan sus decisiones, sin que justifique el quiebre de la sentencia la exposición de otros argumentos -aun cuando sean bien elaborados- amen que siendo ambas posturas razonables o posibles si la del juzgador resulta aceptable desde la sana crítica, se habrá de estar a ésta, a menos, claro está, que la del recurrente quede como la única lógica y posible, que haga evidente la existencia del error de hecho, que conforme añeja jurisprudencia de esta Corporación (SC1697, 14 may. 2019, rad. n.º 2009-00447-01).

6.6.2.3. En todo caso, aunque se soslayara la anterior pifia técnica, lo cierto es que las apreciaciones sustanciales efectuadas por el Tribunal, con fundamento en las pruebas

de las que se duelen los casacionistas, tienen asidero en su materialidad objetiva.

Para explicar conviene recordar que los *test* diseñados para establecer una copia no autorizada de programas de ordenador, al unísono, reclaman que el evaluador centre su atención en los puntos de coincidencia entre la producción original y la que se pretende espuria, con el fin de establecer si entre ellas existe una identidad contextual o sustancial.

Esto debido a que, de focalizarse el análisis únicamente en las diferencias, se abriría una puerta para birlar los derechos de los autores, al bastar que en el original se introduzcan modificaciones, aunque sean pequeñas o irrelevantes, para impedir la efectividad de sus derechos.

Más aún, por esta misma senda desaparecería la noción de obra derivada, pues ésta se configura, precisamente, cuando se introducen alteraciones a una creación de otro hacedor, tales como «*traducciones, adaptaciones o arreglos, así como otras figuras como las actualizaciones, los resúmenes*»⁴⁴ (artículo 5º de la Decisión 351 de 1993⁴⁵ y el literal j) del artículo 8º de la ley 23 de 1982⁴⁶).

⁴⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *Interpretación Prejudicial 125-IP-2016* (folios 442 y 443 del cuaderno 7).

⁴⁵ *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.*

⁴⁶ *Obra derivada: aquella que resulte de la adaptación, traducción, u otra transformación de una originaria, siempre que constituya una creación autónoma.*

Debido a estas razones es que la evaluación debe hacerse a partir de las semejanzas, siempre que éstas se prediquen de componentes protegidos por el derecho autoral, a partir de las cuales se evalúa si hay una reproducción de las manifestaciones del ingenio personal. Por tanto, no basta con hacer una relación de diferencias, aunque sean voluminosas, para desestimar una utilización indebida.

Así, en el test denominado *look and feel*, para comprobar la utilización torticera, se hace una confrontación entre el parecido visual, ambiental y de configuración de los sistemas de información, según la percepción de una persona normal; en la disección analítica se parangonan los elementos identificados en el aspecto externo, con el fin de explicitar las simetrías entre los mismos, en caso de que existan; en la abstracción y filtración, una vez excluidas las materias que no son protegidas por el derecho autoral, se establecen las equivalencias entre el material restante; y en la revisión de los elementos esenciales, nuevamente se buscan los parecidos para establecer si hay una duplicación de partes nucleares.

En este contexto, que el sentenciador criticado restara capacidad suasoria a los dictámenes de Rafael Castro Medina y Johan Cardozo Morales, por cuanto estos estudios sólo se acotaron a mirar las diferencias entre Unoligth y Unopymes, sin detenerse previamente a identificar las coincidencias que debían parangonarse, se aviene con el marco aplicable a la protección del software.

Máxime porque al adentrarse en las peritaciones, ciertamente queda en evidencia que los profesionales dejaron de lado el tema de los puntos de encuentro entre los programas de ordenador, para establecer la fuente de esta, razón para otorgarles una limitada capacidad suasoria, al margen de su perspicuidad o precisión, punto único en el que insisten los casacionistas, a saber:

(a) Johan Cardozo Morales, a pesar de ser inquirido sobre las «*diferencias o similitudes [que] presentan los programas CAT o ASS Unolight o SIG y Unopymes*» (folio 681), respondió únicamente al primero de los aspectos, sin previamente identificar los puntos de encuentro que merecían un parangón, frente a los cuales era menester adelantar las labores de analogías y disanalogías, a saber:

1. Estructura...

Se encontraron diferencias sustanciales en el diseño de la Base de Datos de ambos programas...

Se encontraron también grandes diferencias en las Clases, que son las plantillas base para la elaboración de un programa en Visual Foxpro...

Tanto en su diseño como en su funcionalidad, los menús son totalmente diferentes en los dos programas...

Hay una gran cantidad de formularios que se encuentran presentes en Unopymes/Geresis y que no existen en Unolight/SIG También se encontró una diferencia notoria en la cantidad de reportes que contiene cada programa; mientras que en Unolight/SIG hay 128, Unopymes/Geresis se contaron 218...

[2.] Funcionalidades y operación...

También existen grandes diferencias en la operación de los dos programas que demuestran mucha mayor programación en Unopymes/Geresis... (folios 681 y siguientes)

Con base en lo cual coligió:

** No se puede afirmar que Unopymes/Geresis sea una copia de Unolight/SIG.*

** Se encuentran grandes diferencias en el diseño, estructura, programación y operación entre ambos programas.*

** La estructura de datos en Unopymes/Geresis está adecuada a las técnicas modernas en materia de Bases de Datos que ofrece el lenguaje Visual Foxpro, brindando integridad, seguridad, confiabilidad y eficiencia.*

** El programa Unopymes/Geresis supera a Unolight/SIG en la cantidad de opciones y funcionalidades, lo que implica más procedimientos y más código fuente (folio 688).*

El especialista, entonces, fijó sus ojos en la estructura y funcionalidad de los programas de ordenador, en concreto, las bases de datos, clases, menús, formularios, reportes y operación, aunque, valga la pena relatarlo, sin justificar el valor técnico de esta selección, frente a los cuales acometió la labor de cotejo a partir de las diferencias y menospreció por completo las igualdades, menos aún, las advertidas por la experta desde el inicio del proceso.

Dejó de lado, entonces, que el componente intrínseco de toda evaluación de plagio es la similitud sustancial de la expresión, desde el punto de vista de una persona común⁴⁷,

⁴⁷ «Should measure 'substantial similarity in expressions... depending on the response of the ordinary reasonable person» (Corte de Apelaciones de Estados Unidos de América, Noveno Circuito, Brown Bag Software vs Symantec Corp., caso 29 F.3d 630, 16 de junio de 1994, traducción libre).

sin que aquéllas puedan obviarse para focalizarse en las desigualdades.

El único parecido mencionado por el experto fue el tocante a la interfaz gráfica, aunque se descartó por remisión al código fuente (folio 683), esto es, sin un verdadero análisis con el fin de establecer si el ambiente generado por un sistema de información para interactuar con el usuario y capturar información, a la luz de un observador externo, develaba una similitud esencial entre las obras, como lo reclama, por ejemplo, el *test* intitulado *look and feel*.

(b) Frente a la experticia de Augusto Rafael Castro Medina se avizora que, nuevamente, ninguna de sus respuestas tiene en consideración las proximidades sustanciales entre Unolight y Unopymes, pues sólo fue auscultado sobre la funcionalidad y mérito técnico del primero, así como sobre los elementos comunes que deben tener los softwares contables.

Además, sus respuestas fueron justificadas a partir de una remembranza del escrito de programación, sin tener en cuenta que en materia autoral también se protegen otros aspectos de la expresión, tales como el diseño, la estructura y los flujos de información, siempre que haya un componente de originalidad, que es precisamente lo que se reclamó en el caso al invocar una obra original de la cual se obtuvo una derivada sin autorización.

Justamente, revisada la primera inquietud que le fue formulada, en torno a las divergencias entre los pantallazos, se rehusó porque la interfaz gráfica no es protegida por el derecho autoral y, la modernidad de Unopymes, permitía inferir que el código fuente era diverso (folio 19 del cuaderno 3); se dio la espalda, de esta forma, a las evidentes simetrías sobre el uso de colores, campos, despegables, distribución de las tablas, letra empleada, denominaciones, listados, etc., que como bien lo advirtió Ana Mercedes Garzón, las cuales permiten inferir que Unolight y Unopymes comparten un origen común, al margen de la completitud y modernidad del último.

En los cuestionamientos segundo y séptimo, relativos a la posibilidad de que dos (2) programas se hagan con base en los mismos conocimientos y funcionalidades, se brindó una respuesta general, sin referencia directa a los softwares comparados, de allí su futilidad para los fines pretendidos en el proceso.

Los cuestionamientos tercero, cuarto y quinto gravitaron sobre la funcionalidad e idoneidad de Unolight, por sus advertidos desacuerdos con los principios de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, en una calificación sobre el mérito de la obra que es irrelevante para la evaluación de las pretensiones. Basta evocar el artículo 1º de la decisión 351 de 1993, que extiende la protección de los autores a todas las obras del ingenio, «*cualquiera que sea el*

*género o forma de expresión y **sin importar el mérito literario o artístico** ni su destino»* (negrilla fuera de texto).

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la interpretación judicial efectuada para los fines del *sub examine*, manifestó: «*la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra, o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor*» (folio 448 del cuaderno 7).

Por tanto, al margen de que Unoligth requiriera de adecuaciones para satisfacer las reglas contables nacionales, lo cierto es que sus problemas de funcionalidad no desdican sobre los derechos morales y patrimoniales de su autor, así como de la restricción para que los accionados pudieran hacer uso de ellos sin previa autorización.

En este contexto, el análisis efectuado por el contador público deviene insustancial, respecto al objeto del litigio, razón suficiente para que el *ad quem* lo dejara de lado al momento de fallar, sin incurrir en el vicio de juzgamiento achacado en casación.

(c) Por ende, la insistencia de los impugnantes extraordinarios sobre el cercenamiento de estas pericias, al dejar de lado múltiples diferencias entre los programas

Unolight y Unopymes, así como la mayor funcionalidad y operación del último, muestra una reiteración de los yerros conceptuales antes mencionados.

Inevitable secuela de lo expuesto es que la actuación del Tribunal, en el sentido de desestimar las referidas pruebas y fundarse en las que consideraron los parecidos entre los sistemas de información, es adecuada a la hermenéutica de las normas que tutelan los derechos de los autores, motivo para cerrar la prosperidad de la casación por estos aspectos.

6.6.3. Finalmente, en las demandas casacionales se criticó una indebida apreciación del testimonio de José Miguel Zoque Gutiérrez, porque del mismo no puede extraerse identidad entre los sistemas de computación cotejados, so pena de incurrir en una suposición probatoria.

6.6.3.1. Sobre este medio demostrativo, el Tribunal aseguró:

El testigo MIGUEL ZOQUE, quien manifestó ser profesional en programación de sistemas, señaló que conocía al actor desde 1990 y refirió la evolución de su programa de contabilidad, señalando que se interesó por conocer el programa elaborado por Carlos Estupiñán y encontró “una característica que es única desde el primer programa que hizo DON CARLOS hasta el SIG y es un término único que identifica básicamente la calidad y el diseño del programa y es el término de balance a cero, ningún otro programa que yo conozco contiene ese término particular, curiosamente el único programa que he encontrado en el mercado que contiene exactamente la misma filosofía del balance a cero es Unopymes”. Añadió: “la funcionalidad que tiene el balance a cero, es exactamente determinar si existen descuadres en el sistema, ya

que es un sistema completamente integrado” (...) “el término integrado hace referencia exactamente a que el programa no está hecho por módulos”, y precisó que su diagnóstico se basa en lo que hace cada uno de los programas y sus rutinas.

Ahora, aunque el a quo le restó relevancia probatoria a este testimonio, estima la Sala que el mismo resulta importante por su pertinencia en el tema controvertido, por la formación del testigo en la materia y muy especialmente porque su dicho no fue desvirtuado por la parte pasiva.

6.6.3.2. Tal colofón guarda armonía con el contenido de este instrumento de convicción, pues en la audiencia de 12 de octubre de 2010 el testigo fue diáfano al afirmar:

[M]e encontré con una característica que es única desde el primer programa que hizo Don Carlos hasta el SIG y es un término que identifica básicamente la calidad y el diseño del programa y es el término balance a cero, ningún otro programa que contienen ese término particular, curiosamente el único programa que he encontrado en el mercado que contiene exactamente la misma filosofía del balance a cero es Unopymes (folio 513 del cuaderno 1).

El declarante, contrario a lo aseverado en el escrito de sustentación, hizo una labor de comparación entre los softwares mencionados, en punto a la filosofía que inspiró a cada uno de ellos.

De forma literal el deponente relató que, una vez se interesó por el sistema de información ideado por Carlos Estupiñán Monje, encontró como una expresión particular del autor la idea del *balance a cero*, que de forma inusual también se imbricó en el software de Germán Alberto

Restrepo, sin que en el mercado existieran alternativas contables con tal criterio.

Exposición que encuentra credibilidad, no sólo por provenir de un programador de sistemas, sino porque éste relató la forma en que conoció al creador de Unolight, dio cuenta de la evolución de ASS (o CAT) al lenguaje Visual Foxpro y explicó en qué consiste el *balance a cero*. Asimismo, su afirmación tiene respaldo en las demás pruebas que integran el proceso, como bien lo advirtió el fallador de segundo grado, pues la perito Ana Mercedes Garzón dio cuenta de que Unolight y Unopymes permiten emitir el informe denominado *balance a cero* (folios 114 reverso y 115 del cuaderno 1); lo mismo refirió la experticia de Augusto Rafael Castro, quien anexó un informe de *balance a cero* emanado de Unolight (folios 40 y 41 del cuaderno 3), que tiene como reflejo el reporte de *contabilización* en Unopymes (folios 42 y 43).

Ahora bien, como en casación quedó desprovisto de crítica el colofón de que la noción en referencia fuera una impronta personal de Carlos Estupiñán Monje, haciendo su refutación inaccesible, y frente al hecho comprobado de que el programa desarrollado por Restrepo Fernández la utilizó, lógica resulta la inferencia del *ad quem*, en el sentido de que existió una utilización no autorizada de Unolight para obtener a Unopymes como una obra derivada.

Los razonamientos anteriores permiten desestimar el error de hecho achacado al fallador de segunda instancia en la ponderación del testimonio de José Zoque y, por el contrario, ratifican la corrección de sus deducciones.

6.6.4. De forma postrera se alegó la imposición de la condena *«pese a no encontrarse demostrada la pluralidad de sujetos que habrían incurrido en la causación de [los] perjuicios materiales y morales por violación de los derechos de autor del demandante, el que, por otra parte, jamás los demostró»* (folio 64 del cuaderno Corte), ni la culpa de Softpymes SAS -antes Siesapymes SAS-.

Estas lacónicas acusaciones relumbran por su incompletitud, por no referirse a ninguno de los argumentos que sirvieron al Tribunal para definir los puntos de que se duele la censura; más bien parecen quejas propias de un debate de instancia.

Resulta suficiente mencionar que, en la sentencia de 6 de julio de 2017, expresamente se aseguró que la responsabilidad de Siesapymes SAS se originó por haber *«comercializado las licencias de uso del software denominado UNOPYMES sin reconocimiento de los derechos del autor de la obra original»*, labor acometida bajo la convicción de que Unolight era *«defectuoso»*, *«por manera que su actuar no está enmarcado en las estipulaciones contractuales en las cuales pretenden ampararse... Al respecto, el mismo señor Fernando Otoyá en su interrogatorio manifestó que al conocer el*

programa GERESIS se les abrió un campo importante para resolver los líos de los clientes que con anterioridad habían comprado el programa UNOLIGHT» (audiencia de sustentación y fallo).

Con claridad se muestra que, para el *ad quem*, el hecho que da lugar a la responsabilidad de la enjuiciada consistió en distribuir una obra derivada sin contar con la autorización del creador de la original; y la culpa se patentizó en la consciencia con la que actuaron para evitar comerciar con esta última por sus problemas de funcionalidad, sustituyéndola por aquélla.

Como estas inferencias trasegaron sin tacha en las demandas de casación, resultan petrificadas, amén de que sobre ellas se levantan las presunciones de acierto y legalidad que salvaguardan la actividad de los jueces de instancia.

Lo mismo sucede con la cuantificación del daño, pues el *ad quem* acudió al canon 57 de la ley 44 de 1993 para establecer como directriz que su tasación debía hacerse de conformidad con el «*valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación*», el cual estimó comprobado por el dictamen financiero realizado en el curso del proceso.

Nuevamente estos raciocinios quedaron sin confutar en las acusaciones, parquedad que impone su rechazo sin más consideraciones.

6.7. Por lo expuesto se deniega la prosperidad de las críticas casacionales formulados por Softpymes SAS -antes Siesapymes SAS- y Germán Alberto Restrepo.

**DEMANDA DE CARLOS ENRIQUE ESTUPIÑÁN
MONJE**

CARGO PRIMERO

Se alegó una aplicación indebida del artículo 106 de la ley 23 de 1982, bajo la consideración de que su invocación sólo procede cuando entre las partes existe un contrato de edición; no obstante, en el caso, el demandante nunca expresó su voluntad para que se comercializara y vendiera la obra objeto del litigio.

Por el contrario, entre las partes la única relación obligatoria que surgió tuvo como fuente el delito. *«En consecuencia, surge sin contradicción alguna que, de las fuentes de las obligaciones consagradas en nuestro estatuto civil, la que aplica en el presente caso, no es otra que el delito... [y] no se comprende como los magistrados llegaron a aplicar por analogía el citado artículo 106, que en nada se enmarca dentro del caso que nos ocupa»* (folio 78 del cuaderno Corte).

Arguyó que el sentenciador debió acudir al código penal, con el fin de evitar que en la tasación del perjuicio se

descontara la inversión realizada por los delincuentes con el fin de alcanzar su actuar ilegal.

Previa invocación del dictamen pericial de Amparo Martínez Solarte, recordó los ingresos obtenidos por Siesapymes SAS -ahora Softpymes SAS- por la venta de Unolight, Unopymes o Siesapymes y deprecó que la condena a su favor fuera por el valor total, para lo cual recordó que su origen fue el ilícito consagrado en el artículo 271 del Código Penal.

Finalizó con la manifestación de que, adicionalmente, se incurrió en una indebida interpretación del artículo 106 de la ley 23 de 1982, pues la cuantificación del demérito debió hacerse sobre el precio de venta al público, no sobre las utilidades.

CARGO SEGUNDO

Alegó una aplicación inadecuada de las normas diseñadas para obras literarias al software, insistiendo en los fundamentos del embiste inicial.

También reprochó la interpretación errónea del canon 106 referido, al desconocerse que el 20% se calcula sobre el precio de venta al público de los ejemplares editados, *«y en la providencia mediante la cual el Tribunal le dio aplicación al artículo se calculó la indemnización a partir de las utilidades de la sociedad... por lo cual el 20% de dicha cifra sería mil*

doscientos cincuenta millones novecientos treinta y nueve mil novecientos catorce pesos (\$1.250.939.914)» (folio 80 reverso).

Clarificó que *«aunque se debe aclarar que el cargo principal se dirige hacia la indebida aplicación de la norma en cuestión, la argumentación sobre la errónea interpretación del mismo se hace solo como un supuesto con el fin de determinar que en cualquiera de los dos sentidos, el fallador incurrió en un error» (idem).*

CARGO TERCERO

Censuró la aplicación de los artículos 1º y 2º de la ley 1258 de 2008, por cuanto este mandato resulta extraño frente a las actuaciones ocurridas entre los años 2005 y 2013.

Máxime porque Unolight Ltda. cambió su tipo societario hasta el año 2012, momento en que se transformó a Siesapymes SAS -hoy Softpymes SAS-, *«debiendo ser aplicadas las normas del código de comercio que regulan la sociedad limitada, en específico el artículo 358» (folio 81 reverso),* que habla de la representación de los socios.

CONSIDERACIONES

1. Rememórese que, por fuerza del precepto 344 del CGP, las acusaciones en casación deben satisfacer los requisitos de claridad, precisión y completitud, con el fin de

que refulja el yerro achacado al juzgador, así como su suficiencia para derruir la totalidad de los fundamentos de la providencia criticada, imponiéndose su anulación como una consecuencia inevitable.

De inobservarse cualquiera de estas exigencias, por fuerza del principio dispositivo, la Corporación tiene vedado subsanar las deficiencias que advierta en el escrito de sustentación, so pena de desnaturalizar el remedio extraordinario.

Así lo tiene advertido la Sala:

Sin distinción de la razón invocada, deben proponerse las censuras mediante un relato hilvanado y claro, de tal manera que de su lectura emane el sentido de la inconformidad, sin que exista cabida para especulaciones o deficiencias que lo hagan incomprensible y deriven en deserción, máxime cuando no es labor de la Corte suplir las falencias en que incurran los litigantes al plantearlos (SC5472, 13 dic. 2019, rad. n.º 2008-00051-01; reitera AC, 16 ago. 2012, rad. 2009-00466; AC, 12 jul. 2013, rad. 2006-00622-01).

2. En el presente caso, anticipéase que las acusaciones formuladas no se ajustaron a la técnica de casación, por su oscuridad e incompletitud, como se mostrará en lo subsiguiente.

2.1. En el embiste inicial, recuérdase, se alegó la falta de aplicación del estatuto criminal, con el fin de refutar que el perjuicio causado al demandante pudiera calcularse con base en las utilidades obtenidas por Siesapymes SAS en la

comercialización de Unopymes, propendiendo porque se tuviera en consideración la totalidad de los ingresos.

Sin embargo, para soportar tal aserto no se citó una norma precisa que le sirviera de fundamento, menos aún, una que faculte condenar a la reparación según los ingresos obtenidos de una actividad ilícita, con independencia de que se encuentre comprobado, como en el caso, que para la explotación económica del activo inmaterial usurpado fue necesario incurrir en importantes erogaciones.

Carencia que se hace insalvable de cara a la aplicación del principio de reparación integral, el que propugna porque la víctima de un daño sea restablecida a la situación en que previsiblemente se encontraría de no haber sufrido el agravio, de suerte que se mantenga indemne, en la medida de lo posible, de las consecuencias negativas del hecho culposo. Por tanto, *«[e]l resarcimiento no puede superar la pérdida efectiva, ni generar una ventaja para el damnificado»*⁴⁸, lo cual parece desatendido por el pedimento de que se ordene la condena por el total de los ingresos, sin atender a que para alcanzar aquéllos resulta necesario incurrir en costos y egresos que habrían gravado incluso a la víctima.

Tampoco se esclareció cómo un juzgador civil podría acudir a una codificación de una especialidad diferente, para emitir un fallo en los asuntos que son de resorte, en

⁴⁸ Guido Alpa, *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 797.

descrédito de las disposiciones especialmente dispuestas para resolver los litigios de la disciplina, en concreto, las de la responsabilidad civil extracontractual o del derecho autoral.

Admitirse la sustitución de las reglas civiles por las penales, no sólo sacrifica la unidad del ordenamiento sustantivo, sin dilucidación en el escrito casacional, sino que trasluce una mixtura entre procedimientos para obtener la indemnización de perjuicios por la comisión de delitos, sin consideración a la independencia existente entre ellos.

Ya la jurisprudencia ha decantado que *«los perjudicados con el delito [tienen] dos vías para solicitar el resarcimiento de los daños que hubieren experimentado: de un lado, adelantar por separado el correspondiente proceso civil; y, de otro, constituirse en parte civil dentro del proceso penal»* (SC3062, 1º ag. 2018, rad. n.º 2007-00057-01).

Faltó, entonces, claridad en el cargo inicial, razón para descartar su estudio.

2.2. La opacidad se acrecienta frente a la consideración de que se criticó, al unísono, la aplicación indebida y la errónea interpretación del artículo 106 de la ley 23 de 1982, en una contradicción que trasluce insalvable.

Sobre el punto conviene recordar el pensamiento de la Corporación:

Tampoco resulta compatible con la indebida aplicación, invocada en la parte introductoria del cargo, la adición que se hace al final de éste, en que se expresa que la violación se ha originado en la aplicación indebida y la errónea interpretación del precepto citado.

Las dos figuras no pueden coexistir en relación con el mismo precepto, porque la primera constituye un error sobre el supuesto de hecho constituido como hipótesis legal, en tanto que la segunda equivale a una deformación de la consecuencia legal del precepto, que altera su sentido. La primera violación absorbería a la problemática existente de la segunda (SC086, 19 mar. 1987).

Por tanto, cuando el demandante aseveró que «es ostensible analizar, como el juzgador de segunda instancia, no obstante **haber errado en la aplicación** del artículo 106 de la ley 23 de 1982, por no ser la norma que se subsume en la situación fáctica analizada, incurre en otro **error** al aplicar dicho artículo, que, si bien no viene el caso, por cuanto la **recta interpretación** de la tasación es la que se deriva de un delito» (negrilla fuera de texto, folio 79 reverso), cometió una contrariedad irresoluble, pues la lógica reclama que un sentenciador no puede, al mismo tiempo, equivocarse en la selección de las normas que constituyen la premisa mayor y acertar pero otorgándole un contenido diferente.

Defecto que se reproduce en la segunda acusación, en el que nuevamente se acusó que «[e]ste artículo [106 de la ley 23 de 1982] no es de correcta aplicación al caso en disputa» y que «se le dio una interpretación errónea a dicho artículo» (folio 80).

2.3. La privación de perspicuidad también es evidente en el embate final, pues se propugnó por aplicar el canon 358 del Código de Comercio, relativo a la representación legal de las sociedades limitadas, con el fin de que la responsabilidad de estas personas jurídicas se extienda a sus asociados, sin suministrar ninguna explicación sobre la conexión que existe entre estas temáticas.

Y es que el opugnante fue silente sobre las razones que permitan aseverar que los socios, cuando actúan como representantes legales del ente moral, están llamados a responder por las obligaciones adquiridas por este último, en franca oposición del artículo 353 del estatuto mercantil que prescribe: *«En las compañías de responsabilidad limitada los socios responderán hasta el monto de sus aportes»*.

Dicho de otra manera, sin ningún miramiento se pretendió establecer una solidaridad pasiva respecto a los débitos contraídos por la sociedad, sin invocar la norma que sirve de soporte a esta consideración, ni explicar cómo el canon que regula la representación legal puede servir para estos fines, de espaldas al inciso final del artículo 1568 del Código Civil: *«La solidaridad debe ser expresamente declarada en todos los casos en que no la establece la ley»*.

2.4. Se suma a los anteriores defectos que las censuras resultan incompletas.

2.4.1. Las dos (2) primeras, en atención a que se lamentan de un único aspecto de los razonamientos del *ad quem*, con la pretensión de derruir en su totalidad de la condena por daño emergente, sin tener en cuenta los puntos nodales de las dilucidaciones.

Total que el sentenciador de segundo grado, para llegar al guarismo de \$147.633.372, como penalidad por lucro cesante, consideró los siguientes elementos de juicio: (i) el artículo 57 de la ley 44 de 1993 establece que para la tasación del daño debe tenerse en cuenta «*el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación*»; (ii) el demandante no participó en las regalías por la explotación comercial de Unopymes, aunque en el proceso no se especificó el valor estimado de las mismas; (iii) en el dictamen practicado en el proceso se determinó el valor de las utilidades por licencias de uso de Unopymes; (iv) ante la insuficiencia de elementos de juicio para establecer el valor de la regalía que ha debido corresponderle al demandante, se tendrá en cuenta las utilidades recibidas por los infractores; y (v) por analogía se acudió al artículo 106 de la ley 23 de 1982, en el sentido de que el porcentaje del 20% es la regalía a la que tendría derecho (audiencia de 6 de julio de 2017).

Cobra importancia en este razonamiento que, a pesar de que el legislador estableció como criterios para la cuantificación del daño el «*valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización*» y «*[e]l valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su*

explotación» (artículo 57 de la ley 44 de 1993), lo cierto es que en la alzada se tuvo en cuenta únicamente el último, y a partir de él se fijó la reparación reclamada.

Hermenéutica frente a la cual no se alzó reparo en casación, por lo que deviene inmodificable; valga la pena remarcarlo, quedó fijado en piedra que las normas sobre derecho autoral permiten que las ganancias percibidas por el infractor sirvan de racero válido para calcular el demérito ocasionado en el patrimonio del creador, sin que la Corporación pueda adentrarse en un estudio más exhaustivo de la materia, so pena de exceder sus competencias.

El impugnante, en lugar de refutar la anterior interpretación, focalizó su reproche en la indebida aplicación del canon 106 de la ley 23 de 1982 y la necesidad de acudir al Código Penal para para que la indemnización se tase con base en los ingresos por ventas de Unopymes, lo que demuestra la incompletitud del ataque, motivo para rechazar su estudio.

2.4.2. En el último embiste también se inobservó la integralidad del ataque, pues el impugnante se opuso a la aplicación de los mandatos 1º y 2º de la ley 1258 de 2008, con el vano propósito de rechazar que la responsabilidad de las personas jurídicas es independiente de la de sus socios individualmente considerados, sin advertir que el *ad quem* llegó al puerto opuesto con fundamento, en particular, del canon 98 de la codificación comercial.

En la audiencia que resolvió la alzada se dijo:

[D]ebe decirse que ante la evidencia de que la comercialización de la obra derivada no se ha efectuado de manera directa por los señores Otoya Domínguez, sino a través de una sociedad de la cual participan como socios, no son ellos los directamente llamados a responder por la indemnización de perjuicios sino la persona jurídica, según pasa a exponerse:

Al tenor del artículo 98 del Código de Comercio, ‘Por el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a hacer un aporte en dinero, en trabajo o en otros bienes apreciables en dinero, con el fin de repartirse entre sí las utilidades obtenidas en la empresa o actividad social. La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados’. En esa medida, la sociedad es titular de un patrimonio independiente al de sus asociados, que constituye la garantía o prenda general de sus acreedores...

Dado que el objeto social de SIESAPYMES SAS, antes UNOPYMES Ltda., se concreta al “mercadeo a nivel nacional e internacional del software de contabilidad para la pequeña empresa”, bien puede concluirse que la sociedad responde por las obligaciones adquiridas en desarrollo de su objeto social y los accionistas se comprometen hasta el monto de sus aportes, salvo que la sociedad se haya constituido con fines defraudatorios, hecho que no fue alegado en este proceso.

Así las cosas, dilucidado como está que esa sociedad ha comercializado las licencias de uso del software denominado UNOPYMES sin reconocimiento de los derechos del autor de la obra original, la responsabilidad indemnizatoria de los perjuicios irrogados al demandante recae también sobre ella y no sobre sus socios individualmente considerados, lo que impone la exoneración de los demandados PABLO ENRIQUE y FERNANDO OTOYA DOMÍNGUEZ (audiencia de 6 de julio de 2017).

Se vislumbra que el Tribunal, para desestimar la petición de condena en contra de los asociados de Softpymes

SAS -antes Siaesapymes SAS-, tuvo en cuenta (i) no sólo la diferenciación entre la persona jurídica y sus aportes de capital, cuya principal fuente normativa es el canon 98 del Código de Comercio, sino que también consideró (ii) el sujeto que efectivamente hizo la explotación patrimonial de Unopymes y (iii) la ausencia de prueba sobre actos defraudatorios imputables a los aportantes de capital.

Ninguna de estas reflexiones fue cuestionada en casación. El primero de los mandatos fue simplemente olvidado por el actor, a pesar de que prescribe que *«[l]a sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados»*; y las consideraciones fácticas, por haberse seleccionado la senda directa en casación, fueron aceptadas pacíficamente.

Surge irrefutable que la acusación quedó corta, en desatención de las reglas técnicas del remedio excepcional, de allí que no sea dable su estudio.

3. Se agrega que la generalidad de las acusaciones impide que se haga un estudio de fondo de las quejas extraordinarias pues, aunque se dejaran de lado las múltiples deficiencias técnicas, no habría cómo acometer el estudio de las razones jurídicas esgrimidas, tanto por la falta de apoyadura normativa, como por la existencia de preceptos que fueron aplicados por el Tribunal y frente a los que no se hizo ningún reparo.

Sin consideraciones adicionales se cierra el estudio del recurso extraordinario promovido por Carlos Enrique Estupiñán Monje.

4. En atención a que ambas partes propusieron recursos extraordinarios, que no prosperaron, no habrá condena en costas en casación, porque su reconocimiento requiere la condición de vencedora de la parte favorecida con ella, al tenor del numeral 1º del artículo 365 del CGP, de la que carecen todos los recurrentes.

DECISIÓN

Conforme a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia de 6 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, dentro del proceso que Carlos Enrique Estupiñán Monje promovió contra Softpymes SAS, Germán Alberto Restrepo Fernández, Pablo Enrique, Fernando Otoya Domínguez y Sistemas de Información Empresarial SA SIESA.

Sin condena en costas en casación.

Devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese



FRANCISCO TERNERA BARRIOS
Presidente de la Sala



ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



HILDA GONZÁLEZ NEIRA



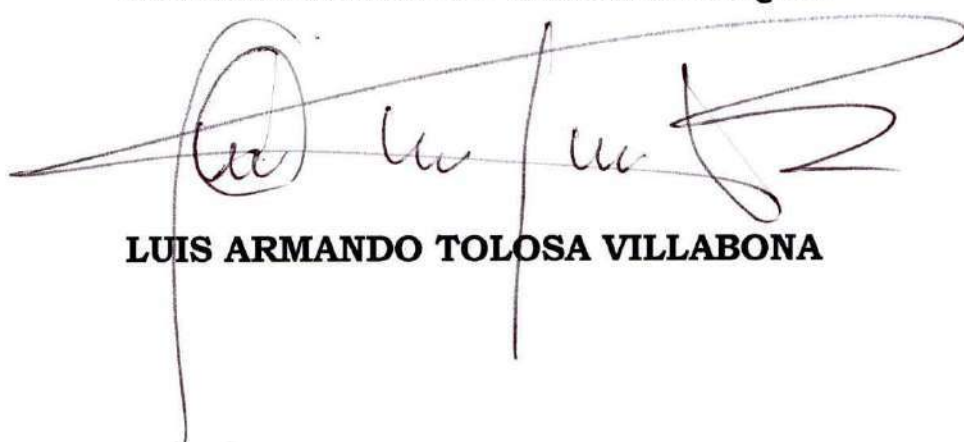
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA