

## Danos Y Perjuicios Derechos Intelectuales Software Carga De La Prueba

### JURISPRUDENCIA

### Daños y perjuicios. Derechos intelectuales. Software. Carga de la

prueba Se mantiene el rechazo de la demanda de daños vinculada a la vulneración de derechos intelectuales, pues no obstante la existencia de doce computadores que portaban el software de propiedad de la accionante, no es dable inferir la existencia de ganancia o provecho cierto derivado de su utilización ilícita, al carecer de toda información que revele al menos el giro comercial y la estructura de la demandada.

En General San Martín, a los 14 días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, Sala Segunda, integrada en esta oportunidad con el Dr. Carlos Ramón Lami (Ac. Ext. N° 803 de esta Excma. Cámara), con la presencia del Secretario actuante, se trajo al Acuerdo para dictar sentencia la causa N° 72.786, caratulada ?MICROSOFT CORPORATION C/ METRADSA SRL S/DAÑOS Y PERJ. DEL. /CUAS. (EXC.USO AUT. Y ESTADO)?, habiéndose establecido el siguiente orden de votación: jueces Scarpati, Lami.

Conforme lo establecido por los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del Código Procesal, se resolvió plantear y votar la siguiente CUESTION ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? VOTACION A la cuestión propuesta la señora juez Scarpati dijo: I. Que la sentencia de fs. 324/329 es apelada por la partes (fs. 330 y 331). Declarado desierto el recurso interpuesto por la demandada (fs. 361), la actora sostiene el suyo mediante la incontestada memoria de fs. 350/359.

Previa síntesis de la pretensión y de las defensas esgrimidas por la demandada, marca las particularidades de este ámbito resarcitorio en cuánto relativo a la vulneración de derechos intelectuales, aludiendo a las dificultades de su protección mediante los métodos tradicionales de resguardo de la propiedad, dada su inmaterialidad. Destaca que la utilización del software comporta una verdadera herramienta de trabajo, por lo que más allá de los principios de imputación subjetiva la doctrina recurre en este ámbito a las presunciones al momento de justipreciar los perjuicios en la esfera de los derechos intelectuales, tanto respecto de las partidas a indemnizar cuánto en su mensuración, debiendo valorar las circunstancias sin sujeción a normas rígidas.

Reclama así el reconocimiento de las ganancias ilícitamente obtenidas por la accionada, pretensión que fuera rechazada por el juzgador en virtud de su sostenida demostración, argumentando al respecto que se ha probado que la accionada poseía en sus computadoras reproducciones del software que pertenecen a la recurrente, las que se encontraban almacenadas en sus discos rígidos pudiéndolas ejecutar e interactuar con otros software, sacando así provecho en su giro comercial y ahorrar personal, puntualizado que no sólo poseía el software, almacenado físicamente, sino que esa posesión era de mala fe por falta de autorización para reproducir la obra.

Esgrime que tal conducta sólo puede entenderse como orientada a la búsqueda de ganancias, ello con desmedro patrimonial hacia su parte, sosteniendo que en la condición de poseedora de mala fe la demandada debe restituir a su parte los intereses o frutos que hubiese producido o podido producir con los productos ilícitamente adquiridos, calificándolo como ?poseedor vicioso?, pues frente al titular o licenciado del software ha llegado clandestinamente a ser usuario.

Afirma que tal como lo imponen las normas civiles relativas a la posesión, debe también entregar los frutos percibidos o que pudo producir la cosa, tanto sean ganancias o ahorros, transcribiendo decisiones que así lo consagran.

Argumenta que la accionada introdujo en su cadena de producción el software del recurrente porque lo consideró beneficioso y productivo para su actividad, sea porque le otorgaba un valor agregado a sus productos, o porque le permitía reducir sus costos operativos (tener menos cantidad de empleados, mejorar su organización y recursos, etc.) aseverando que le hubiera resultado imposible desenvolverse sin tener montada en su administración 12 equipos, todos ellos con sistema operativo y aplicativos como Office (Word, Exel, Ppowerpoint, Outlook), en cuánto permitieron manejar la información de la empresa.

Destaca que la accionada se negó a exhibir sus libros de personal, ello a fin de evitar revelar la inequidad entre la cantidad de personal y los clientes, impidiendo así evidenciar su dotación en relación a las tareas administrativas, control de stock, etc, actividades que se habrían cuadruplicado de no contar con el software.

Puntualiza que también se negó a exhibir los libros contables y balances al perito, impidiendo de este modo que se acreditaran las importantes ganancias obtenidas y el manejo de los clientes, invocando que no hubiera podido competir en el mercado sin la utilización de las aplicaciones que ofrece el Office, sustituyéndolo con planilla a mano, cartas manuscritas en lugar de mails a clientes y proveedores, sin poder controlar el stock y emitir facturas en forma digital, con la utilización de papel para conocer las fechas de pagos.

Sostiene que a partir de la instalación de su parque informático la accionada pudo tener una administración eficiente y manejar la cantidad de clientes que posee, resguardando su información, la que hoy en día es un activo invaluable. Insiste en la actitud esquiva de la misma en torno a la posibilidad de aportar esta prueba, impidiendo en forma deliberada su producción, esgrimiendo en que difícilmente una empresa puede llegar al grado de optimización necesario sin las posibilidades que le brindan los productos de Microsoft; por lo que no resulta justo que luego de cometer un ilícito tampoco preste colaboración para

la producción de la prueba que permitiría evidenciar el beneficio que le reportó tal ilícita utilización. Señala que consecuentemente es necesario operar la prueba de presunciones, proponiendo que la reparación no sea inferior a una vez el valor de los productos cuya instalación fuera verificada en infracción a la ley, aludiendo a decisiones que así lo han postulado, sugiriendo para la estimación se aplique analógicamente el criterio utilizado en relación al daño moral, ello en el cuál no hay parámetro objetivo, capitalizando la cantidad y el precio actual de los productos de software, la cantidad de computadoras con que contaba la accionada, la incidencia de los programas en el desarrollo de la actividad de la demandada, la fecha de inicio de la misma y el tiempo aproximado en los cuáles los utilizó. Cuestiona también la desestimación del ?daño punitivo, sosteniendo que la conducta antijurídica de la accionada reviste gravedad, tanto respecto a la titularidad de los derechos como en relación a sus competidores, reclamando precisamente se habilite el consecuente efecto disuasivo a que está destinado. Destaca el propósito ilícito de obtener un beneficio extra, con menosprecio de las responsabilidades que debe asumir el empresario, lo que justifica la sanción, intentando así un equilibrio en las reglas del mercado, fundando el criterio e insistiendo en que Metradsa logró ventajas competitivas al trabajar el software sin pagarlo, sin hacer inversión alguna, a costa de su parte, infringiendo los derechos de autor que le corresponden y afectando también la equidad del mercado, aludiendo al criterio imperante en legislaciones extranjeras, transcribiendo decisiones locales que así lo consideran, contribuyendo así a desalentar el aprovechamiento económico de la obra ajena. Invoca las dificultades relativas a la detección de la violación de los derechos de autor, requiriendo un gran despliegue en esfuerzos y recursos, extremo que a su entender encuentra remedio a través de los daños punitivos, sosteniendo que la demandada ha abusado de sus derechos como consumidora del software de la recurrente, ello al excederse en su condición de usuaria, en detrimento de la reclamante en cuánto autora intelectual del software, fundando el entendimiento que postula. En cuánto a la mensuración de los daños punitivos que propicia alude a los parámetros respectivos, mencionando entre otros la gravedad de la falta, la situación del dañador, los beneficios obtenidos y el valor de los productos instalados, marcando que la accionada contaba con el 100% de los productos de la actora sin su correspondiente licencia de uso, señalando resulta cercano al 70 % el promedio de piratería en nuestro este país, postulando que al menos se establezca a su respecto el 50% del valor de los productos hallados. Impugna también la tasa de interés autorizada, en cuánto desproporcionada e inequitativa, ello en virtud del tiempo transcurrido y la depreciación operada, reclamando la aplicación de la activa. II. Aprecio que el recurso deducido no debe prosperar en ninguna de las parcelas a que se dirige. Y para iniciar el abordaje respectivo he de señalar que en relación al denegado rubro reparatorio que se rotula como ?Restitución de Ganancias ilícitamente obtenidas?, coincido con el apelante en que desde lo conceptual el ?daño? comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, que en el ordenamiento civil se designa con las palabras ?pérdidas e intereses? (art. 1069 del Cód. Civil). También concuerdo en que se impone al poseedor de mala fe la obligación de entregar los frutos que hubiese percibido (o su valor) y los que por su culpa no se hubiesen percibido, los frutos civiles y los productos (arts. 2438, 2439 y 2444) del Cód. Civil). Por ello no cabe dudar respecto del reconocimiento al dueño o titular del derecho al beneficio o enriquecimiento que otro obtuviese a través de un ilícito sobre sus bienes (Mayo, Jorge ?El enriquecimiento obtenido mediante un hecho ilícito? LL 2005-C-1018). Más este aprovechamiento o beneficio obtenido por el responsable reclama su acreditación, esto es que la reparabilidad que se pretende está supeditada a la demostración de la utilización provechosa de la ?cosa? ilícitamente empleada, extremo medular que autoriza a inferir el desmedro de que se trata (arg. arts. 901-1068-1069 del Cód. Civil y 375 del Cód. Proc.). Y cabe señalar que a este respecto el proceso se muestra desprovisto de prueba, en cuánto objetivamente carente de indicios hábiles que concurran al menos a una demostración presuncional de la partida. Y no se trata de desmerecer la prueba presuncional, más cabe recordar que los que los indicios que califican a este respecto deben ser ?graves, ?numerosos? y ?precisos ? y ?concordantes?. La ?precisión? apunta a que las presunciones para que constituyan prueba han de tener por sustento hechos reales y probados, de los que pueden inferirse ,sin hesitación, la existencia de otros actos o hechos que resulten una consecuencia lógica de ellos. La ?gravedad? tiene estrecha relación con el efecto o alcance que corresponde otorgar a esos indicios y que conducen a deducir las presunciones pertinentes sobre la verdad de un hecho, Por último la ?concordancia? apunta que al formar un todo coherente significa que llevan a converger hacia una situación fáctica que se convierte en incuestionable y trasciende, esto es en una realidad distinta a una simple apreciación exclusivamente personal (Kielmanovich, Jorge ?Medios de Prueba? Bs. As. 1993 Abeledo Perrot pág. 404 al pie). Estos recaudos engarzan con las reglas de sana lógica, por lo que cabe tenerlos presentes en cada caso para evitar los juicios por impresión? (De la Colina, Salvador ?Derecho y Legislación Procesal? Lajuane Bs. As. 1910 t II pág. 137 citado por Jorge A. Peyrano ?El indicio vehemente? ED ejemplar 22-11-00). Es que ?no toda inferencia que vaya de un hecho conocido al hecho ignorado ofrece la prueba de este último, dado que pueden existir inferencias dudosas, vagas, contradictorias o, en su caso, tan débiles como para no ser suficientes a ese efecto. En cambio es concebible que la prueba se obtenga cuándo las inferencias formuladas por el juez sean suficientemente ?seguras y fuertes? para reducir el margen de error y de aceptabilidad del razonamiento presuntivo? (Michele

Taruffo "La Prueba de los Hechos" Ed. Trotta pág. 472) Y a este respecto, aún capitalizando la información que aporta la medida preliminar (fs. 98/112) y la pericia informática producida (fs. 233/241) -en cuánto demostrativa de la existencia de 12 computadores que portaban el software de propiedad de la accionante- no es dable inferir la existencia de ganancia o provecho cierto derivado de su utilización ilícita, ello al carecer de toda información que revele al menos el giro comercial y la estructura de la demandada. Es que en orden a la dinámica propia de la prueba presuncional aprecio que los elementos de juicio obrantes en autos se muestran insuficientes para permitir con convicción una inferencia positiva respecto de la existencia cierta del desmedro en cuestión. Es que con los elementales indicios que contamos no resulta posible cumplir el periplo intelectual que ella requiere para arribar a la demostración que se pretende, pues desconocemos elementos medulares a tal construcción probatoria, no bastando la simple sospecha. No puede haber certeza del desmedro cuándo se ignoran circunstancias basales de la accionada, tal la relativa al desenvolvimiento y giro. Y esta carencia probatoria medular -en cuánto recae sobre la concreta y cierta exteriorización de la utilidad provechosa causal al hecho lícito- no queda saneado ni complementada con la renuente conducta procesal de la accionada en cuánto a la aportación de los libros para la realización de la pericia requerida por la reclamante (ver fs. 246; cédula fs. 252/253 y resolución de fs. 255). Es que el propio texto del citado art. 386 del Cód. Proc. reclama, ello para que opere la presunción en contra, "la existencia de otros elementos de juicio" de los que resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, lo que desploma la proyección que el agraviado intenta dar a tal conducta omisiva. Por tanto en ordena la insuficiencia probatoria destacada, considerando que el daño debe ser cierto, esto es no meramente hipotético, postulo confirmar la desestimación de este rubro (arg. arts. 901-1068-1069 del Cód. Civil y 375-384 del Cód. Proc.). En cuánto al reclamo relativo a la aplicación de "daño punitivo" es dable señalar que las acertadas razones con las que el sentenciante ha motivado su desestimación no se muestran rebatidas en la memoria, particularmente el señalamiento del tipo de responsabilidad de que se trata, en cuánto extracontractual, esto es no derivada del incumplimiento de una obligación, entendimiento en el que funda la improcedencia del reclamo. Más el alzamiento exige puntualizar enfáticamente que no estamos en presencia de una relación de consumo, en cuyo exclusivo contexto se establece la posibilidad de aplicación de "daño punitivo". Es que resulta una institución vigente en el marco del derecho del consumidor destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, ello a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (Bru, Jorge y Stiglitz, Gabriel "Manual del Derecho del Consumidor", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, ps. 389 y ss.). De allí que estén legitimados para reclamarlo todos los sujetos que puedan ser considerados consumidores o usuarios (art. 1° LDC y 1096 del C.C. y C.). Se trata de una sanción pecuniaria disuasiva, pues se pune no el "daño" sino una conducta del proveedor profesional, calificada por su particular gravedad y con impacto social, requiriendo básicamente en el proveedor el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales con el consumidor, exigiendo en aquél una actuación de grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. De este modo, no estando en presencia de un "proveedor" y en el marco de una "relación de consumo" corresponde también rechazar este reclamo, confirmando de este modo lo decidido (art. 1/3 y 52 bis ley 24240 texto ley 26361). En cuánto a la queja relativa a la tasa de interés aplicada he de señalar la modalidad dispuesta - tasa pasiva digital (BIP) que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de depósito a través del sistema Banca Internet Provincia, a treinta días, vigentes en los distintos períodos de aplicación y a partir del tramo en que empezó a regir la misma - fue arbitrada por nuestra Casación (SCBA 13-3-15 "Zocaró, Tomás c. Provincia de Buenos Aires ART S.A. y otros s/daños y perjuicios"; 15-6-2016 "Cabrera, Pablo David c. Ferrari, Adrián Rubén s/daños") en concordancia con el sostenido criterio de aplicación de la tasa pasiva respecto de los créditos del tipo. Pero además, destinados los accesorios a compensar la mora en el cumplimiento de la obligación resarcitoria (arg. arts. 509 y 622 del Cód. Civil) aprecio que la modalidad establecida consulta de modo moderado el ostensible deterioro monetario, sin distorsión seria de la consagrada a través de la recurrente doctrina de nuestra Casación, comprensión que en mi criterio injustifica la queja. Por tanto, de compartir mi colega, juez Lami, lo que llevo expuesto, corresponderá confirmar la sentencia recurrida en cuánto ha sido materia de agravio. En cuánto a las costas de Alzada a mérito del criterio con que han sido resueltas las cuestiones propuestas y la ausencia de contradicción, propongo imponerlas por su orden, difiriendo la regulación de los honorarios del letrado de la apelante para su oportunidad (arg. 68 del Cód. Proc. y 31 decreto 8904/77). Doy mi voto por la AFIRMATIVA. El juez Lami, por las mismas razones. Adhiere. Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos dados en el Acuerdo precedente se RESUELVE: 1°) CONFIRMAR la sentencia recurrida en cuánto ha sido materia de agravio. 2°) IMPONER las costas de Alzada por su orden. 3°) DIFERIR la regulación de los honorarios del letrado de la apelante para su oportunidad. REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA SE.

024416E