

## Danos Y Perjuicios Microsoft Programas De Software Dano Moral Utilizacion Ilicita Pericia

### JURISPRUDENCIA

Daños y perjuicios. Microsoft. Programas de software. Daño moral.

Utilización ilícita. Pericia Se confirma la sentencia que condenó a la sociedad anónima demandada a abonar a una compañía tecnológica internacional la suma de pesos ciento ochenta mil (\$180.000) por la utilización ilícita de los programas de software instalados. Asimismo, y a los fines de la cuantificación del daño, se tuvo en cuenta no solo el valor de los elementos utilizados ilegítimamente, sino también todas las circunstancias relevantes comprobadas en el proceso y las variaciones de valor de la moneda en que se efectuó el reclamo.

Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los 13 días del mes de Septiembre de dos mil diecinueve, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "B", para conocer en los recursos interpuestos en los autos caratulados: "Microsoft, Corporation S.A. c/ Eton S.A. s/ daños y perjuicios" respecto de la sentencia de fs. 419/423, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? Practicado el sorteo resultó que la votación debía efectuarse en el siguiente orden Señores Jueces Doctores: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE - ROBERTO PARRILLI - A la cuestión planteada el Dr. Claudio Ramos Feijóo, dijo: I.La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 419/423, resolvió: 1) hacer lugar parcialmente a la demanda incoada. En consecuencia, condenó a la firma "ETON S.A." a abonar a "Microsoft Corporation S.A." la suma de pesos ciento ochenta mil (\$180.000), con más sus respectivos intereses y costas del proceso. II.Contra el mencionado pronunciamiento interpusieron recurso de apelación tanto por parte actora (v. f. 424) como la demandada (v. f. 426); los cuales fueron concedidos libremente a fs. 425 y 427, respectivamente. III.La accionada fundó su recurso a fs. 439/441, el que fue contestado por la parte actora a fs. 477/481. Cuestionó la valoración de la prueba realizada por el Juez de grado respecto de: la autenticidad de la documentación que "Microsoft" aportó en copia (principalmente en lo que hace a la validez de las licencias); las cotizaciones presentadas por "Comarsoft SRL" y "EARS SRL" en comparación con las acompañadas a fs. 97/98; la documental acompañada a fs. 101/136; y, la pericia informática. IV.Por su parte, la accionante expresó agravios a fs. 446/473, los que fueron replicados por la demandada a fs. 474/475vta. Desarrolló sus quejas en torno a las siguientes cuestiones: i) rectificación del monto de condena por el rubro "costo de los productos ilícitamente instalados; ii) pedido de restitución de ganancias ilícitamente obtenidas por la demandada; iii) lo reclamado por daño moral a la imagen y a la reputación de "Microsoft"; y, iv) que se haga lugar al rubro daño punitivo y se rectifique el momento a partir del cual deberán computarse los intereses. V.Antes de entrar en el examen del caso y dado el cambio normativo producido con la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial debo precisar que, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (conf. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, de acuerdo al sistema de derecho transitorio contenido en el art. 7º del nuevo Código y como ya lo ha resuelto esta Sala en reiteradas oportunidades (v. entre otros, autos: "D. A. N y otros c/ C. M. L. C S.A y otros s/daños y perjuicios - resp. prof. médicos y aux." del 6-8-2015), la relación jurídica que origina esta demanda, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema del anterior Código Civil (decreto-ley 17.711) interpretado, claro está, a la luz de la Constitución Nacional y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país porque así lo impone una correcta hermenéutica y respeto a la supremacía constitucional. VI.En este escenario, pasaré a examinar los agravios expresados, en la inteligencia que en su estudio y análisis corresponde seguir el rumbo de la Corte Federal y de la doctrina interpretativa. En tal sentido, ante la inconsistencia de numerosos capítulos de la expresión de agravios, conviene recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (ver CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; Fassi Yañez, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado, Tº I, pág. 825; Fenocchiato Arazí, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado. T 1, pág. 620). Asimismo, en sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del ritual; CSJN: 274:113; 280:3201; 144:611). VIII.No encontrándose discutido el encuadre jurídico realizado por el Magistrado que me precedió, trataré en primer término los agravios expresados por "Eton S.A.". VIII. a.La primera queja de la demandada apelante se centra -tal como fue remarcado en su alegato de fs. 409/412- en la autenticidad de las licencias y derechos que "Microsoft S.A." ofreció como prueba documental a fs. 26/47. Sostiene que, a pesar de que la mencionada documental fue

desconocida y que la pretensora ofreció prueba informativa a la Dirección Nacional de Derechos de Autor para acreditar las constancias de inscripción de los productos Microsoft (v. f. 44), la actora omitió la producción de dicha prueba. Al respecto, es dable señalar que resulta de público y notorio que ?Microsoft S.A.? resulta titular del listado de productos por los cuales reclama la presente indemnización; lo que se encuentra por demás demostrado con el conocimiento histórico y técnico que demuestra, con el pasar de las fojas, la accionada apelante en la materia. Basta para confirmar lo expuesto, una simple lectura del acápite segundo (?2. Realidad de los Hechos?) del escrito de contestación de demanda presentado a fs. 139/sgtes. y de las impugnaciones realizadas a lo largo de las presentes actuaciones frente a la experticia informática (v. fs. 293/301vta. y 322/325vta), donde -lejos de desconocerse la titularidad de quien reclama- la apelante se escuda en su falta de responsabilidad. Corolario de lo anterior, este agravio no tendrá favorable acogida. VIII. b. En sus restantes agravios, la encartada se dedicó a criticar la decisión del Juez de grado, respecto de la aceptación de los presupuestos acompañados por la accionante y sobre la circunstancia de no haber contemplado ?...las cotizaciones de fs. 97/98 (que difieren de las presentadas por Microsoft a fs. 3 y a fs. 5), ni las facturas y comprobantes de compra de fs. 101/107, ni las etiquetas existentes en los equipos agregadas en copia a fs. 100...? (conf. f. 400) haciendo caso omiso a la información de fs. 108/136. Asimismo, se quejó del valor probatorio atribuido a la experticia informática. -Comenzaré por destacar que tanto ?Comarsoft SRL? como ?EARS SRL? resultan proveedores autorizados por la firma ?Microsoft S.A.? y que las cotizaciones emitidas por aquellas -a diferencia de la documentación que intenta hacer valer la demandada recurrente- han sido reconocidas a fs. 206 y 202, respectivamente. Nótese que la documental acompañada con el escrito de contestación de demanda a f. 97, cuya autenticidad fue desconocida por la pretensora al contestar el traslado de la prueba ofrecida (v. fs. 158, 165vta. y 166), se trata de una fotocopia simple de un supuesto correo electrónico dirigido hacia ?eton@fibertel.com.ar? en donde se observa -nada menos- que el remitente sería una persona llamada ?Daniel Grecco? quien vendría a ser (de acuerdo a la dirección de su correo) un dependiente de la firma ?infosolutions? (¿?) y cuyo asunto es ?va cotización actualizada?. La comparación de los ?presupuestos? señalados alcanza para confirmar la decisión del Juez de grado en este punto. -Dicho ello, con relación a las facturas, comprobantes de compra, la fotocopia de las dos etiquetas de la licencia ?Home and Student 2007? (v. f. 100) y la información aludida de fs. 108/136, vale recordar que la prueba por excelencia a los fines de acreditar la licitud/ilicitud del uso de las licencias está dada por la prueba pericial informática y contable, las cuales fueron llevadas a cabo en autos a fs. fs. 243/249 y 287/289, respectivamente (v. también sus ampliaciones de fs. 312/316 y 336/338vta y 377). El análisis de aquellas, alcanza para afirmar que la quejosa se abstrae por completo de las constancias de autos e insiste sin tregua en reiterativos planteos -ver nuevamente el escrito de alegato de fs. 409/412 y las impugnaciones de fs. 293/301vta. y 322/325vta- que ya han tenido su suficiente ámbito de debate y prueba en la anterior instancia y ni por asomo echan por tierra las sólidas bases jurídicas del fallo recurrido. Veamos. Allí, se explicó sabiamente que ?...la realización de una nueva constatación más de 2 años después, no aportaría elemento alguno para dilucidar las cuestiones debatidas en el juicio, puesto que atento a la facilidad de la alteración de cualquier registro respecto de la instalación y uso de productos Microsoft, la información a recabarse en una nueva inspección resultaría poco fiable...? (v. f. 312vta.). Asimismo, el experto dejó en evidencia en relación a ?...los productos existentes en las máquinas referidas, (...) que no existían otras licencias adheridas (COAS) a los equipos referidos, y que las versiones de los productos de Office no eran versiones trial (o de prueba), sino que correspondían a las versiones y ediciones detalladas oportunamente (...) No surge de las facturas indicadas por la demandada ninguna licencia de los productos Microsoft...? (v. f. 313). Reiteró que, ?...no había más certificados de licencias adheridos a los equipos que los relevados en las planillas 1 y 9, y que la facturas que menciona la demandada siquiera hacen referencia a compras de productos Microsoft...? (v. f. 313vta.) y respecto a la pertenencia o no del equipo a una persona en particular señaló -entre otras cosas- que: ?...los equipos estaban en la empresa al momento de la constatación, y diversos indicios (conectado a la impresora, en red, etc.) permiten a este perito notar fácilmente cuando esto no parece una situación extraordinaria...? (v. f. 313vta. y f. 315 párr. primero). Explicó los términos de la licencia ?Office Home & Student 2007?, dejando asentado que la misma no resulta para uso comercial a diferencia de la ?Home & Business?, que fue reclamada como pretensión por la actora. Ello, ya que la misma resulta clara al estipular en sus condiciones que los dispositivos que lo utilizan deberán tener como residencia principal su casa (v. f. 314 vta.). Por último, aclaró que la documental acompañada ?...no incluye la compra de software. Siendo que, en dichos casos, las facturas únicamente hacen referencia a una compra de hardware (computadora, monitor) y/o servicios de envío, pero que en ningún caso puede inferirse que sea por compra de software porque no lo dice...? (v. f. 337). La pericia contable labrada a fs. 287/289 se condice con la información brindada en la experticia citada en los párrafos precedentes. En aquella se dejó constancia de que en los últimos diez años ?...de los registros contables de la demandada surge que ha adquirido dos paquetes de software ?43/C4-Miscelaneos Office and Stud? por \$537,20 a la firma Durworks S.R.L (Datasoft) mediante Fact. ?A? N°0001-00087219 del 19/05/2010...? (v. f. 377). Ahora bien, si bien -como afirma la recurrente- los peritajes no revisten el carácter de prueba legal debiendo el juez valorarlos conforme a la sana

crítica, para apartarse de sus conclusiones debe tenerse razones muy fundadas porque estas emanan de quien tiene una incumbencia específica del campo del saber, técnicamente ajeno al hombre de derecho y para desvirtuarla es necesario traer elementos de juicio que permitan concluir eficientemente en el error o en el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponerse dotado (conf. Cám. Nac. Civ., Sala H, 29/12/1999, "Golberg, Alejandro c. Expreso Caraza SA s/ daños y perjuicios" Libre Recurso N° 268.771); circunstancia que ninguna manera acontece en el presente caso, por lo que se debe aceptar y valorar las conclusiones alcanzadas por ambos expertos en los términos del art. 477 del CPCCN. No puede soslayarse que el art. 458, in fine, del ritual, autoriza a las partes a designar un consultor técnico, el que -contando con la idoneidad del caso- está en condiciones de glosar a la causa no solo una mera impugnación insustancial sino también una verdadera contraexpertise que lleve al ánimo del juez de que son acertadas sus operaciones técnicas y fundamentos científicos, en lugar de los volcados por el perito designado de oficio. Tal como fue remarcado en la sentencia de grado, la demandada no ha acudido a esta herramienta procesal. En virtud de ello, teniendo en cuenta que la demandada no ha logrado desacreditar la responsabilidad que se le atribuye por la utilización ilícita de los programas de software instalados y que ella misma reconoce no tener "...resguardo especial de las facturas y licencias más allá de los 10 años que la ley Argentina exige para la documentación comercial..." (v. f. 139vta.), lo hasta aquí expuesto alcanza para confirmar este aspecto de la sentencia (conf. arts. 34 inc. 4, 163 inc. 5, 356, 377, 386 y 477 del CPCCN y arts. 1 y 9 de la ley 11.723, modificados por la ley 25.036).

IX. Resta analizar los agravios vertidos por la parte actora: IX.a. Se queja "Microsoft S.A." respecto del monto de condena otorgado por el rubro "Costos de los productos ilícitamente instalados por la accionada". Solicita se revoque parcialmente la sentencia recurrida y se condene a la accionada al pago de la suma de USD 11.835,40, o en su defecto, el importe equivalente en pesos al valor del dólar libre tipo venta a la cotización de la fecha en que se efectúe el pago. En lo que hace a la presente partida indemnizatoria, el Magistrado que me precedió expresó que: "...no solo debe tenerse en cuenta el valor de los elementos utilizados ilegítimamente, sino que también deben valorarse todas las circunstancias relevantes comprobadas en el proceso y las variaciones de valor de la moneda en que se efectuó el reclamo...". Teniendo en cuenta ello, fijó el monto de la reparación en la suma de pesos ciento ochenta mil (\$180.000). Veamos. La propia pretensora reconoce en su expresión de agravios que: "...resulta menester tener en cuenta, que el objeto de la demanda -motivo de la condena- no se trata de un incumplimiento contractual, ni de una obligación de dar sumas de dinero en moneda extranjera, sino de un reclamo de daños y perjuicios derivado de un hecho ilícito..." (v. f. 450vta.). Al momento de interponer la demanda, la accionante solicitó "...el dictado de un embargo preventivo por la suma de \$164.512,06 (pesos ciento sesenta y cuatro mil quinientos doce con 06/100)..." (v. f. 26vta.) aclarando que dicha cifra era equivalente a la suma de USD 11.835,40 convertidos a pesos al tipo de cambio libre vendedor del dólar estadounidense informado por el BNA en su página de internet oficial el día 26/01/2016 (U\$S 1: \$13,90). Si tenemos en cuenta que a la fecha de la audiencia de mediación previa al proceso (28/04/2015 -f. 1.-) dicha cotización arrojaba un valor equivalente a U\$S 1: \$8,90 (es decir, unos \$105,335,06) entiendo que el monto fijado por el anterior sentenciador, al se le adicionarán sus respectivos intereses desde la fecha de mediación mencionada, entiendo que el mismo resulta ajustado a derecho (art. 165 del CPCCN).

IX.b. Criticó -también- el rechazo, por parte del anterior sentenciador, de los rubros reclamados en concepto de: "restitución de ganancias ilícitamente obtenidas", "daño a la imagen y a la reputación" y "daño punitivo". La actora esboza que la utilización indebida que la demandada hiciera de sus productos de computación instalados sin licencia conllevó a una mayor ganancia y competencia desleal. Llama poderosamente la atención que la accionante, por un lado, critique la actividad ilícita y, por el otro, pretenda lucrar con dicho hecho; a lo que -luego- adiciona una petición por daño punitivo. El art. 45.1 del ADPIC establece que las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora. En tal sentido, recordemos que el lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos. Es, pues, la ganancia de que fue privado el damnificado (conf. art. 1069 del Cód. Civil). Aparece claro -entonces- que el apuntado daño (comprendido en los arts. 519 y sgtes. del Cód. Civ) se establece casi siempre a partir de un razonamiento inferencial, esto es sobre la base de la prueba de la actividad productiva que se desarrollaba, de las ganancias que así se lograban y del impedimento temporal para continuarla; de manera que permita concluir que los beneficios habrían subsistido durante ese período de no haber sucedido el hecho. Resarcimiento que tal como lo expresa el artículo 520 del mencionado cuerpo normativo, sólo comprenderá los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de esa falta de cumplimiento. Desde el referido enfoque, coincido con el Magistrado de la instancia anterior en cuanto a que no obran anejadas en autos probanzas documentales que puedan acreditar las ganancias dejadas de percibir por la pretensora a raíz del presente hecho. Es sabido que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate

y, por consiguiente, a la perspectiva de una sentencia desfavorable. La actividad probatoria constituye, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés (Palacio Lino, "Manual de Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, 2004, pág. 399). Sentado lo anterior, esta Sala ha adherido a la doctrina mayoritaria que considera que las personas jurídicas no pueden ser sujetos pasivos de daño moral, ya que carecen de subjetividad y mal pueden, por lo tanto, ser alcanzadas en sus sentimientos y seguridad personal. Se ha afirmado que las personas jurídicas no son susceptibles de padecer daño moral pues, si bien pueden tener atributos extrapatrimoniales (nombre, honor, seguridad, etc.), el ataque a derechos de índole extrapatrimonial tiene verosímil repercusión en su patrimonio, de manera que en tales casos tampoco se llegaría a configurar estrictamente un daño moral, sino uno en rigor patrimonial (Bueres, Alberto, "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la psique, a la vida de relación y a las personas en general?", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 1, p. 237; Zavala de González, Matilde, "Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos del daño moral?", en JA, 1985-I-794 y ss.; íd. "Resarcimiento de daños?", T. 2-c, p. 75 y ss.). Esta postura ha sido sostenida también por la Corte Suprema al rechazar la reparación del daño moral pretendido por sociedades comerciales (CSJN, "Pcia. de Santa Fe c/ Encotel SA?", 11/07/2002, LA LEY, 2002-F, 852; entre otros).

De todos modos, tal como expresa el doctrinario Julio C. Rivera, lo trascendente es analizar si es un daño jurídico y, como tal, resarcible (v. su obra "La prueba del daño sufrido por las sociedades por la agresión a su reputación comercial", en Revista de Derecho de Daños N°4, "La prueba del daño - I", p. 224 y sgtes.). Sin embargo, coincido con el Juez de grado en cuanto a que ninguna de las circunstancias alegadas han sido probadas en la especie. La demandante no sólo no ha logrado acreditar la existencia de un daño a la imagen o a la reputación, sino que tampoco probó que como consecuencia del presente hecho se ha visto frustrada en sus ganancias (art. 377 del CPCCN). En igual sentido, puede decirse que las circunstancias expuestas en su cuarto agravio (v. acápite "D" -fs. 468vta./sgtes) en donde la recurrente hace a un lado lo manifestado por el Juez de grado en cuanto a los requisitos y a la excepcionalidad de esta figura (v. fs. 421/422vta.) y sostiene que "...Eton logró ventajas competitivas al trabajar con el software Microsoft sin pagar por éste, sin hacer inversión alguna, y a costa de Microsoft..." (v. f. 469vta.) y que "...el dolo -o cuanto menos la culpa grave- del demandado resulta palmaria..." (v. f. 470), de ningún modo alcanzan para desvirtuar el razonamiento del Juez a quo.

Al respecto, bien se ha establecido que la víctima no debe enriquecerse a expensas del responsable, es decir, que el acto ilícito no debe ser una fuente de lucro para aquélla, pues si bien debe obtener el resarcimiento del daño causado, no corresponde que sea excedido, superando la medida del perjuicio (Trigo Represas-López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", t. I, pág. 567, punto 4.6.e. y sus citas en notas n° 768 y 769). Partiendo de la base de que no se encuentra acreditado el beneficio ilícitamente obtenido a costa de la pretensora, y que de proceder el daño punitivo debe hacerse en la medida del enriquecimiento indebido, ya que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el lucro obtenido de forma antijurídica (art. 1083 y ccdds. del Cód. Civil), propongo al Acuerdo confirmar la sentencia de grado. X.Por lo hasta aquí expuesto, de compartir mi voto, propongo al Acuerdo confirmar el pronunciamiento de grado en todo lo que fue materia de agravios. Las costas de Alzada se imponen a la demandada por haber resultado sustancialmente vencida (conf. artículo 68 del CPCCN). Así lo voto. - Los Dres. Díaz Solimine y Parrilli, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Ramos Feijóo, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta. Con lo que terminó el acto: CLAUDIO RAMOS FEIJOO - OMAR LUÍS DIAZ SOLIMINE - ROBERTO PARRILLI - Es fiel del Acuerdo.- Buenos Aires, Septiembre 13 de 2019.- Y VISTOS: Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: confirmar el pronunciamiento de grado en todo lo que fue materia de agravios. Las costas de Alzada se imponen a la demandada por haber resultado sustancialmente vencida. Regístrese, notifíquese y, oportunamente publíquese (conf. Acordada 24/2013 de la CSJN). Fecho, devuélvase. Fecha de firma: 13/09/2019 Firmado por: DR. CLAUDIO RAMOS FEIJOO, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: DR. ROBERTO PARRILLI, JUEZ DE CAMARA Firmado por: DR. OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE, SUBROGANTE Correlaciones: Microsoft Corporation c/Labsa SRL s/daños y perj. del./cuas. (exc. uso aut. y Estado) - Cám. 1ª Civ. y Com. Lomas de Zamora - Sala III - 26/09/2017 - Cita digital IUSJU022773E 043702E