

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

“Software”. Licencias de uso. Interpretación restrictiva. Carga de la prueba.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Sala de Decisión.

FECHA: 28-9-2004

JURISDICCIÓN: Judicial (Civil)

FUENTE: Texto del fallo en formato digital.

OTROS DATOS: Expediente 41199901745 01

SUMARIO:

“... para poder utilizar una licencia O. E. M., es necesario un nuevo computador, porque ese tipo de licencias vienen incluidas directamente de fábrica, de donde no es desacertada la exigencia que hicieron ... en el sentido de contar con la factura del equipo para poder contabilizar la licencia como legal, sin que pueda entenderse como justificante el hecho de que la empresa demandada no fue requerida con dicho fin, toda vez que frente a la negociación indefinida que hizo la parte demandante, en el sentido de que la demandada carecía de las licencias, era a ésta, indiscutiblemente, a la que le incumbía probar lo contrario y ello sólo lo podía lograr mediante el aporte en legal forma de los documentos pertinentes”.

“También es técnicamente correcto afirmar que para poder entender legalizada una licencia de actualización se debe referir a programas que le anteceden, no a posteriores, y adicionalmente es también pertinente la exigencia que se hizo en el sentido de que se aportara la licencia legalizada de esos programas que eran actualizados, de lo contrario no hay duda que se está frente a un caso de uso indebido de licencias concebidas y comercializadas por su autor”.

COMENTARIO: En el asunto que se reseña cobra singular importancia el principio de la *“interpretación restrictiva de los contratos”*, por el cual, entre otras cosas, sus efectos se limitan a los modos de explotación expresamente autorizados por el titular del derecho, de manera que la licencia expedida exclusivamente para equipos informáticos nuevos (generalmente pre-instalados en el aparato al momento de su adquisición), no se puede extender a su almacenamiento en otros ordenadores. Y también, de acuerdo a ese mismo principio (e incluso conforme a la propia naturaleza de las cosas), una licencia otorgada para la actualización de un programa informático implica que la versión original debe contar con la respectiva autorización de uso, a menos que la licencia de actualización disponga otra cosa. Por último, debe observarse que, como lo establecen muchas legislaciones (y además surge del propio carácter exclusivo del derecho de explotación sobre la obra), *“siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor”*, de modo que quien alegue estar autorizado para el uso tiene la carga de la prueba, a menos que la utilización

que realiza de la obra esté amparado por una excepción legal expresa, por la cual sea lícita la utilización que realiza sin necesidad de la autorización del titular. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

*En Bogotá D.C., siendo las 9:30 de la mañana del día veintiocho (28) de septiembre de dos mil cuatro (2004), la Sala de Decisión conformada por los Magistrados Dora Consuelo Benítez Tobón, Rodolfo Arciniegas Cuadros y Clara Beatriz Cortés de Aramburo, se constituyó en audiencia pública para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada el 21 de julio de 2004, proferida por el Juzgado 41 Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso verbal instaurado por **Microsoft Corporation** contra la sociedad Industrial Farmacéutica Unión de Vértices de Tecnofarma S. A. y Raúl Jofre.*

I. EL LITIGIO

1. *Pidió la demandante que se declare que la sociedad demandada ha reproducido, ejecutado y utilizado “sin la autorización legal otorgada por el titular de los derechos de autor”, 50 programas de computador individual y 100 para red, plenamente identificados en la demanda, por lo que pretendió, además, que sean retirados de los canales comerciales.*

Adicionalmente y en forma principal, se le condene a pagar por daño emergente \$43'077.250 y por lucro cesante el interés de esa suma más un cincuenta por ciento, “desde el día en que los demandados realizaron las copias no permitidas de los programas de mi mandante, hasta la fecha en que se efectuó el pago”.

Como pretensión indemnizatoria subsidiaria, pidió que por daño emergente se le condene a pagar lo que resulte de multiplicar el valor que en el mercado tenía un original de los programas de computador, por el número de copias reproducidas sin autorización legal, más la corrección monetaria; por lucro cesante, el interés que devengue del daño emergente, aumentado en un 50%, más corrección monetaria.

En su lugar, se le condene a pagar lo que resulte de multiplicar el valor que en el mercado tenía un original de cada programa indebidamente utilizado, por el número de copias, y como lucro cesante, el interés que se aplique al capital adeudado como daño emergente, más un 50%.

Por último, que se ordene publicar en un diario de amplia circulación la parte resolutive de la sentencia, “para resarcir parcialmente los efectos del daño ocasionado”.

2. *La causa para pedir tuvo sustento en los hechos que a continuación se compendian:*

a) *Debido a la información que obtuvo la sociedad demandante en el sentido de la indebida utilización de sus programas por parte de la empresa demandada, solicitó la medida cautelar de que trata la ley 23 de 1982, con sustento en la decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, la que en efecto llevó a cabo el juzgado 57 civil municipal de esta ciudad, el 26 de enero de 1999.*

b) *En esa diligencia se constató que los programas referidos en la demanda estaban siendo usados sin la debida autorización de la demandante, motivo por el cual el juez de conocimiento decretó el secuestro preventivo de los mismos y de los correspondientes equipos de computación que el depositario de los bienes dejó en tenencia a la demandada a quien finalmente el juez los devolvió dado que la demanda no fue presentada oportunamente, lo que no excluye el hecho evidente de que los derechos de autor fueron vulnerados.*

c) *Toda vez que la actividad de la empresa demandante consiste, precisamente, en la venta de paquetes originales que incluyen programas de computador, su uso indebido le priva de importantes recursos, por dejar de vender no sólo el paquete original, sino el sistema posterior que permite actualizarlos.*

3. *La sociedad demandada se opuso a las pretensiones, tras de sostener que cuenta con las licencias que amparan los programas de computación existentes en la empresa y que es*

falsa la premisa por la cual deba contar con nuevas licencias cada vez que instale en red más ordenadores, así como la que quiere hacer ver que cada programa debe tener una licencia, toda vez que el programa office 97 incluye, por ejemplo, word, excel, powerpoint y access, así como el programa windows 95 soporta también el de DOS 6.0 y windows 3.1, argumentos que le llevaron a formular como excepciones las de inexistencia de las obligaciones indemnizatorias planteadas y caducidad de la acción, porque la demandante contaba con 6 meses posteriores al secuestro preventivo para incoar la acción y la demanda que acá presentó lo fue por fuera de dicho término preclusivo.

4. En el transcurso del proceso, la sociedad actora desistió de demandar a Raúl Jofre, y la instancia concluyó con sentencia estimatoria, en la que se condenó a la sociedad demandada a pagar, por concepto de daño emergente, \$26'961.989.96, y por lucro cesante \$20'565.775.65, decisión contra la cual la demandada interpuso recurso de apelación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. En lo de fondo, el juzgado dio por probado que la empresa demandada estaba utilizando programas de computador sin las respectivas licencias o permisos; igualmente concluyó que los programas de computador gozan de la protección referida a los derechos de autor, y luego detalló que la responsabilidad referida deviene de la diligencia de medida cautelar, en la que se dijo que respecto de varios programas carecía de la licencia respectiva, como a su vez de lo afirmado por Héctor Fernando Villalba Espitia, jefe de sistemas de la firma demandada, quien no pudo aportar las licencias en mención y de cuya diligencia dedujo que “muchos programas instalados en los equipos de cómputo estaban soportados en una misma licencia sin tener derecho a ese tipo de licencia y sin ser procedente desde el punto legal su utilización”.

En cuanto a la prueba pericial, adujo que aunque ambas experticias brindan claridad a los hechos, tienen sustento igualmente en la diligencia de secuestro preventivo, sin que del primer dictamen dimane yerro alguno, lo que le

llevó a excluir la posibilidad de dar por demostrada la objeción por error grave y a concluir que efectivamente la demandada “estaba utilizando programas de computador sin la debida licencia y en la cantidad que se indica en el primer dictamen, pues el mismo deja en claro el programa, su fecha de instalación y la ausencia de licencia a la fecha del 26 de febrero de 1999”, circunstancias que corrobora el segundo dictamen, el que, con todo, adolece de claridad en cuanto a ciertos puntos, por lo que concluye que lo determinado en la diligencia de secuestro tiene pleno respaldo probatorio, porque fueron encontrados varios computadores sin la licencia para cada uno de los programas en uso.

Lo dicho le sirvió de base para no encontrar probada la excepción de falta de obligación; para despachar también desfavorablemente la de caducidad, hizo un recuento de la inexequibilidad del Decreto 1122 de 1999, que imponía el término de los 6 meses siguientes a la diligencia de secuestro para impetrar la correspondiente acción, ya inexistente en la vida jurídica para cuando se instauró este proceso, y sostuvo, además, que la preclusión operaba para la continuidad de las medidas cautelares, mas no como término de caducidad para incoar la acción.

2. En cuanto a la tasación de los perjuicios, no aceptó la objeción grave planteada contra el primer dictamen y en él se apoyó, entonces, para cuantificar las condenas en relación con el daño emergente y el lucro cesante.

III. EL RECURSO DE APELACION

1. La sociedad demandada pretende que en esta instancia se declare probada la objeción por error grave del primer dictamen y se valore nuevamente el material probatorio para concluir que no violó los derechos de autor y por tanto se le exonere de pagar indemnización o, subsidiariamente, se reduzca de conformidad con la nueva valoración probatoria que se haga.

Principalmente aduce que el juzgado desconoció que la licencia de access 2.0, permite el uso de los programas foxpro 2.0 y 2.6; a su vez, una sola licencia para foxpro amparaba la instalación en otros computadores

bajo el mando de una misma persona, como en este caso lo era el ingeniero Héctor Villalba, y en la hipótesis de que realmente se requiriera de una licencia para cada equipo, la empresa no tenía instalados 25 computadores a su red, sino tan solo 19.

En cuanto al programa para office, es errado dividirlo en los programas word, excel, powerpoint y access, de manera que la empresa tenía ocho licencias adicionales a las requeridas, al igual que al tener licencias para el manejo de windows 95, suponía la existencia de las licencias anteriores para el uso de windows 3.11 y de ms-dos.

Lo anterior indica, dice el recurrente, que el juzgado fraccionó indebidamente la prueba aportada, por lo que la sentencia debe revocarse.

2. La demandante, por su parte, afirma que los varios programas que la sociedad demandada pretende amparar con una misma licencia, no hacen parte del paquete office profesional, "el cual jamás fue encontrado en la sociedad Tecnofarma", que es el único, además, que permite agrupar bajo un solo paquete los varios programas referidos por la sociedad demandada.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Toda vez que las condiciones procesales están dadas para proferir sentencia de fondo y ningún reparo suscita la legitimación que asiste a las partes para demandar y ser demandada, es pertinente dirigir el análisis sin más preámbulo a lo que constituye el único motivo de controversia que se adujo como determinante del recurso de apelación, consistente en que la empresa demandada no vulneró los derechos de autor de la demandante o, en subsidio, que no lo fue en la proporción a la que fue condenada, todo lo cual se edifica sobre la base de la indebida apreciación del material probatorio por parte del a-quo.

2. Para efectos de esclarecer la situación planteada, importa hacer ver que el 26 de enero de 1999, el juzgado 57 civil municipal de esta ciudad, en aplicación de lo dispuesto en la ley 23 de 1982, visitó las instalaciones de la

empresa ahora demandada, en compañía de ingenieros de sistemas, para determinar la legalidad de los programas que se utilizaban en los diferentes computadores (fls. 176 a 178 Cdo. Ppal).

La diligencia en mención fue atendida por Héctor Fernando Villalba Espitia, jefe de sistemas de la empresa, quien manifestó que "desde el año pasado empezó el proceso de legalización de los equipos que aquí se utilizan", tras de lo cual los auxiliares de la justicia determinaron que en los computadores individuales encontraron los siguientes programas:

Windows 3.11.....	1
Windows 3.1.....	3
Windows 95.....	7
Windows 98.....	1
Office 97 professional.....	7
Office 97 standard.....	1
Office 4.2 standard.....	2
Dos 6.2.....	1
Dos 6.22.....	2
Foxpro 2.6.....	1
Visual foxpro 3.0.....	2
Internet explorer 2.10, 245.....	1

En relación con dichos programas, los referidos auxiliares anotaron que el conocido como office 97 professional contenía los programas word, excel, powerpoint y access, y el office 97 standard, incluía los programas word, excel y powerpoint.

A su vez, en el servidor encontraron licencia para 25 usuarios y en uso los programas novell 3.12, dos 6.2, windows 3.1, office 4.2 standard (que incluye los programas word, excel, powerpoint), foxpro 2.6, norton utilities 8.0, fox base 2.0, y en el directorio de usuarios 19 copias de windows 3.1, como igualmente una copia de foxpro 2.6.

Para acreditar la legalización de los susodichos programas se aportaron fotocopias simples de las licencias que ampararon únicamente un windows 3.1, un windows 95, cinco windows 98, un office Standard 4.2 y un norton utilities, y finalmente el original de las licencias de norton utilities versión 8 y office 97 standard.

En esas condiciones, fueron objeto de secuestro los 20 computadores instalados en la empresa con los programas respecto de los cuales, o no se aportó licencia en su momento, o fue presentada una copia simple de la misma.

3. En el primer dictamen aportado al plenario, que inicialmente se allegó mediante escrito y luego se pidió adjuntar en audiencia, los peritos rindieron una serie de conclusiones que luego fueron objeto de aclaraciones y complementaciones, para deducir finalmente que la empresa demandada carecía de los siguientes programas individuales a la fecha en que se practicó la medida cautelar: 1 programa de windows 95; 4 de windows 3.1; 2 de dos 6.2; 2 de dos 6.22; 4 de excel 97; 4 de word 97; 4 de power point; 4 de acces; 1 de excel 5.0 y 1 de power point 4.0. Así como del programa de red foxpro 2.6 en 19 unidades, porque de los 20 computadores conectados sólo uno tenía la licencia respectiva (fl. 615).

Esa experticia fue objetada por error grave, debido, en primer lugar, a que con una sola licencia del programa foxpro 2.6, se podían surtir los restantes computadores manejados por una sola persona, como lo cumplía en este caso el respectivo jefe de sistemas; porque los peritos separaron varios programas, y cuantificaron individualmente cada uno, respecto de paquetes como lo es el de Microsoft office, que incluye los programas word, excel y power point; porque el valor base para liquidar el daño emergente y el lucro cesante se tomó únicamente de un distribuidor que, por consiguiente, “omite la consideración de otras alternativas de venta y licenciamientos disponibles”; para que se tengan en cuenta tres facturas de compra que amparan igual número de licencias para el programa windows 95, lo cual incide en la cuantificación por tal concepto; porque la licencia para windows 95 permite utilizar los programas dos y windows 3.1; porque los precios en dólares fueron convertidos de acuerdo con el valor de éstos al momento del dictamen y no a los precios que regían al momento de la supuesta infracción; porque se aplicaron tasas de interés mercantil y no legal, para un caso que se refiere a responsabilidad civil extracontractual; y porque los peritos fijaron una tasa de interés promedio

entre 1994 y 2001, incrementada en un 50%, cuando han debido tasarlo mes por mes.

4. El dictamen pericial realizado como prueba de la objeción del primero, concluyó que la empresa demandada carece de seis licencias para trabajar foxpro, programa que usa desde el 3 de noviembre de 1998, lo que implica un perjuicio de \$8'951.471,64 (fl. 804).

5. Respecto de dichos medios probatorios importa hacer algunas precisiones generales que permitirán dar fuerza a la decisión que se adopte, y de ellas, en primer lugar, es pertinente hacer ver que la diligencia extraproceso, por la cual finalmente se secuestraron programas y equipos de la empresa demandada, es piedra angular del debate porque se constituye en la memoria histórica de unos hechos que desaparecieron completamente para cuando se practicó el segundo dictamen pericial, como lo advirtieron en ese sentido los expertos que lo rindieron.

6. La serie de conclusiones que allí se adoptaron fueron minuciosamente examinadas por la primera pareja de peritos en una experticia en la que se hizo especial énfasis en la exigencia de analizar no sólo la existencia de la licencia del respectivo programa, sino también la de la factura de compra de la misma como requisito adicional para otorgar certeza a la titularidad de la primera.

Adicionalmente, se constataron fechas de unas y otras para determinar los hechos demandados de conformidad con la situación dada al momento de la diligencia de secuestro y en una metodología que sin duda brinda alta claridad al examen, se clasificaron las licencias según su naturaleza, para de las exigencias previstas para unas y otras, explicar la razón por la cual varias de ellas no podían ser tenidas en cuenta para amparar la legalidad de su uso.

En esas condiciones, la inmediatez con la diligencia de secuestro, la constatación directa con la situación existente y lo detallado del examen, permiten adoptar con mayor grado de certidumbre ese primer dictamen, frente al cual el segundo dictamen, llevado a cabo en virtud de la objeción grave de que fue objeto el primero, no tiene la misma fuerza probatoria.

Para arribar a dicha inferencia, basta apreciar, en primer término, lo afirmado por los segundos peritos al inicio de su experticia cuando informaron que ninguna de las configuraciones anteriores existía para ese momento en la sede de la empresa demandada; en segundo lugar, el total desconocimiento de las facturas de compra para constatar si las licencias a las que aluden fueron realmente emitidas a la demandada y, por último, el hecho de omitir las exigencias previstas para cada clase de licencia, todo lo cual permite concluir que las deducciones allí detalladas carecen de firmeza, precisión y calidad en sus fundamentos (art. 240 del C. de P. C.).

7. En efecto, basta precisar varias de las inquietudes que dimanaban de la discrepancia existente entre uno y otro dictamen, para concluir que del primero fluye mayor grado de credibilidad.

a) En el peritazgo que el recurrente pretende tener como prueba determinante, los peritos, que como se advirtió antes examinaron equipos de cómputo y sistema completamente diferentes a los que existían para cuando se denunció la infracción a los derechos de autor, especificaron unas máquinas completamente diferentes a las que examinaron los auxiliares que ayudaron en la diligencia de secuestro y a los que rindieron la primera experticia, por esa razón hicieron mención de 6 microcomputadores o terminales inteligentes y 7 terminales brutas o bobas, cuando el grupo de los primeros cuatro expertos vieron 20 computadores, cada uno de ellos con disco duro propio como lo demuestran las plantillas que obran a folios 262 a 506 que se presentaron como impresión de los archivos de trabajo (anexo 4).

Se hace especial mención del dato referido porque de allí parte una base completamente equivocada para el segundo dictamen, consistente en que sólo las terminales inteligentes tendrían la exigencia referida con software legalizados, lo cual, como se desprende del secuestro y de la primera experticia, no era la situación existente para cuando se hizo preciso incoar la presente acción.

b) En lo que tiene que ver con los paquetes que incluyen varios programas, que constituye uno de los argumentos reiterativos de la parte recurrente para pedir la revisión de la valoración probatoria, importa hacer ver que ello es válido respecto de un mismo computador, pero cuando con el mencionado paquete se pretende instalar indistintamente los programas que él incluye en otras unidades de cómputo, es evidente que para cada una de esas nuevas instalaciones tiene que existir una licencia legal que ampare cada nueva instalación, aunque ésta se refiera únicamente a uno de los programas que integran el paquete referido.

c) Es también completamente cierto, como lo concluyeron los primeros peritos, que para poder utilizar una licencia O. E. M., es necesario un nuevo computador, porque ese tipo de licencias vienen incluidas directamente de fábrica, de donde no es desacertada la exigencia que hicieron aquéllos en el sentido de contar con la factura del equipo para poder contabilizar la licencia como legal, sin que pueda entenderse como justificante el hecho de que la empresa demandada no fue requerida con dicho fin, toda vez que frente a la negación indefinida que hizo la parte demandante, en el sentido de que la demandada carecía de las licencias, era a ésta, indiscutiblemente, a la que le incumbía probar lo contrario y ello sólo lo podía lograr mediante el aporte en legal forma de los documentos pertinentes.

d) También es técnicamente correcto afirmar que para poder entender legalizada una licencia de actualización se debe referir a programas que le anteceden, no a posteriores, y adicionalmente es también pertinente la exigencia que se hizo en el sentido de que se aportara la licencia legalizada de esos programas que eran actualizados, de lo contrario no hay duda que se está frente a un caso de uso indebido de licencias concebidas y comercializadas por su autor.

En un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, este despacho adujo al respecto que “ciertamente el artículo 24 de la Decisión 351 de 1993, autoriza al propietario

de un ejemplar del programa de ordenador, para realizar una copia o adaptación del mismo, cuando sea indispensable para su utilización, o con fines de archivo o de seguridad. Pero es claro que la copia del software que se pretende reproducir, debió ser adquirida en forma legítima, pues es regla general que 'la reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad' (art. 25 ib.; cfme: num. 1º, literal c), art. 22 ib; 37 Ley 23/82)".

8. No es jurídicamente correcto ensamblar la totalidad de la prueba pericial como lo pretende el impugnante cuando se duele que el juzgado no tuvo en cuenta ambos dictámenes, toda vez que en razón de no encontrarse probada la objeción grave del primer dictamen, es éste y no otro el que sigue brindando respaldo probatorio al juzgador, como en efecto acaece en este evento en el que se explicó en primera instancia, y se singulariza en esta, la motivación que excluye la posibilidad de entender que el primer dictamen fue equivocado y que, por tanto, debía valorarse el segundo.

9. Como corolario, acertó el juzgado en la sentencia impugnada, lo que implica que ésta será confirmada sin ninguna modificación, porque adicionalmente no es cierto que los intereses a aplicar sean de índole legal, toda vez que no existe duda en el sentido de que la utilización indebida de los programas y la naturaleza de la cual deviene la indemnización que se reclama es inherente a la actividad comercial que ejerce la demandante, y a la cual pretendió esquivar la empresa demandada, sin que ningún reparo merezca la tasación que se hizo de los perjuicios que se ajustó a lo que sobre el particular determina el art. 57 Ley 44/93; cfme: nural. 1, art. 45 ADPIC.

Tampoco es de recibo lo dicho por el impugnante en cuanto a que sólo se tuvo en cuenta el centro de distribución más costoso para determinar el valor de los programas indebidamente utilizados, porque lo que se pretende es precisamente que la demandada

en su momento los hubiera adquirido de esos centros autorizados y al valor que en ellos tenían cada uno de los programas sin licencia, es la que debían sujetarse los peritos como en efecto lo hicieron en una conclusión que, por lo tanto, no tiene ningún reparo y habrá de ser confirmada.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia proferida por el Juzgado 41 Civil del Circuito de esta ciudad en el proceso de la referencia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Las partes quedan notificadas de la presente decisión en estrados.

Se deja constancia que a la presente audiencia se hicieron presentes el Doctor Alfredo Irizarri Barreto, en calidad de apoderado de la parte demandante, quien se identificó con la cédula de ciudadanía No. 79.147.074 expedida en Usaquén y T. P No. 45.292 del C.S.J., y el Doctor Eduardo Aldana Ruíz, identificado con la cédula de ciudadanía número 17'105.711 de Bogotá y T. P. 15.629, como mandatario judicial de la empresa demandada. No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma como aparece.

Los Magistrados,

DORA CONSUELO BENITEZ TOBON

RODOLFO ARCINIEGAS CUADROS

CLARA BEATRIZ CORTES DE ARAMBURO

El apoderado judicial de la parte demandante,

ALFREDO IRIZARRI BARRETO

El apoderado judicial de la parte demandada,

EDUARDO ALDANA RUIZ