

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2013  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **“Software”. Límites al derecho patrimonial. Copia de seguridad.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Argentina

**ORGANISMO:** Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G

**FECHA:** 28-4-2006

**JURISDICCIÓN:** Judicial (Civil)

**FUENTE:** Texto digitalizado del fallo

**OTROS DATOS:** Microsoft Corporation vs. Anselmi Gerencia de Riesgos S.A.

### **SUMARIO:**

*“... quien haya recibido de los autores un programa de computación y licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia, la que deberá ser identificada con las formalidades previstas, y no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original se pierde o deviene inútil para su utilización”.*

**COMENTARIO:** Con razón señala el fallo en comentarios que el único fin de la llamada copia de resguardo o de seguridad del programa de ordenador es el de reemplazar el ejemplar legítimamente adquirido, cuando el mismo no pueda utilizarse por daño o pérdida. Por esa razón, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha aclarado que *“el uso de la copia debe estar reservado para el propietario del ejemplar del programa en caso de que el mismo se deteriore o dañe, no pudiendo ser utilizado simultáneamente en otro ordenador, pues de lo contrario se estaría en presencia de un acto de reproducción ilícita”*<sup>1</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2013.

### **TEXTO COMPLETO:**

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, abril 28 de 2006.

El Dr. Montes de Oca dijo:

*I. La sentencia de la anterior instancia hizo lugar a la demanda para condenar a “Anselmi, Gerencia de riesgos S.A.” a pagar las sumas que allí se indican, con más los accesorios y las costas del pleito. Apelaron ambas partes en resguardo de sus respectivos intereses, pero si la demandada postula la revocación del pronunciamiento, su contraria persigue la elevación de las sumas admitidas; los*

*respectivos traslados de ambas presentaciones fueron debidamente respondidos.*

*II. En primer lugar, es preciso poner de relieve que la sentencia destacó que los programas de computación se encuentran protegidos como obras literarias, según el ordenamiento vigente: de modo especial y con mayor especificidad luego de la sanción de la ley 25036 (1), por los arts. 1 y 9 (ley 11723 (2), según el texto incorporado), principalmente en el sentido de que quien haya recibido de los autores un programa de computación y licencia para usarlo, podrá reproducir una única copia de salvaguardia, la que deberá ser identificada con las formalidades previstas, y no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original se pierde o deviene inútil para su utilización. Seguidamente*

1 Proceso 24-IP-98 (25-9-98).

*el examen de los elementos de juicio incorporados permitió comprobar que en el caso se había excedido la previsión legal, toda vez que se desprende del acta obrante a fs. 169/170 del expediente de prueba anticipada y las planillas realizadas por el perito licenciado en análisis de sistemas interviniente se pudo verificar la cantidad de productos instalados en las máquinas inspeccionadas en las oficinas de la demanda y seis fotocopias de las siguientes licencias: quince Microsoft Windows NT CAL, cinco licencias de acceso al cliente para Microsoft Windows NT Server y una licencia Microsoft Windows NT Server, versión 4 P.O.*

*Asimismo, el citado experto en su dictamen pericial de fs. 187/213 señaló que las licencias individualizadas como servidor Anselmi NT, según el número de computadoras y los distintos usuarios identificados, no se correspondían a las indicadas como faltantes en las conclusiones de la prueba anticipada, sino que las sustituían y reemplazaban toda vez que fueron adquiridas con posterioridad a la mentada diligencia. Luego, al expedirse en dictamen complementario y ampliatorio (fs. 245/246) el experto señaló la especificidad del sistema de software instalado y la cantidad de servidores y terminales con acceso; los productos que correspondían a la línea "Microsoft", y continuó en el sentido de que se evidenciaban multiplicados los números de serie del programa "Visual Basic", así también que los números de serie de los demás productos de software son distintos y en el caso del Windows 200 PRC y del Office PRO aparecen repetidos en su mayor parte, difiriendo solamente las últimas cifras, circunstancia que hace presumir que han sido tomados de la misma raíz y copiados para ser instalados, quedando únicamente por aclarar que los números de serie de ninguno de los productos instalados el 9/9/2004 coinciden con los verificados el 30/10/2002, conforme resulta de la simple comparación, de manera que todos los programas relevados en el año 2004 fueron instalados con posterioridad a la fecha de realización de la medida de prueba anticipada.*

*Repárese que todo este conjunto probatorio llevó al*

*a quo a concluir que al momento de la comprobación antes indicada, la demandada tenía instalados y utilizaba en sus computadoras una serie de productos de Microsoft que no contaban con las correspondientes licencias. La atenta lectura del memorial de agravios de la demandada respecto de este tema de la responsabilidad que se le imputa revela que se trata de una crítica acerca de aspectos parciales del razonamiento desarrollado en la sentencia, en otros casos no suficientemente demostrados por la actividad probatoria que produjo para acreditar los presupuestos de hecho de las normas que oportunamente invocó como fundamento de su defensa, tal como le incumbía hacerlo de conformidad con la moderna distribución de la carta (art. 377 párr. 2º del mismo Código).*

*En efecto, dice la demandada que le agravia que el a quo haya otorgado validez a las comprobaciones realizadas mediante la prueba anticipada que resulta de los exptes. 58896/2002 y 30197/2003 (medidas precautorias). En este sentido es menester puntualizar que, con anterioridad al dictado de la sentencia de grado, el a quo rechazó la nulidad –cuyo pedido ahora se renueva– mediante la resolución de fs. 271, a lo que se agrega que fue igualmente desestimado el recurso de apelación interpuesto por esta parte, en virtud de las razones expuestas en la providencia de fs. 275, sin que se haya planteado recurso de hecho, ni hayan sido siquiera invocadas alguna de las prerrogativas que el ordenamiento ritual concede para su planteo en la alzada. Por tanto, la debida apreciación del contenido de los pedidos formulados en el proceso y las razones expuestas en las mentadas resoluciones lleva a concluir que se ha producido la preclusión en este aspecto, debido a que como el proceso se encuentra articulado en diversas etapas en las que inexorablemente deben cumplirse determinados actos, aquellos que se pretendan ejecutar fuera de la etapa pertinente resultan impertinentes, pues de lo contrario, se enervarían las pautas mínimas de seguridad y orden que todo proceso requiere. Debe recordarse que esta sala ha entendido que resultan ineficaces los actos que se realizan fuera de la oportunidad, de la etapa, del período o del grado que*

las normas adjetivas determinan en la medida que se configura el instituto de la preclusión (recursos 25514, del 29/10/1986; 403875, del 17/8/2004; 453838, del 21/4/2006, entre otros muchos concs.). En consecuencia, no resulta admisible el período de renovar una cuestión ya planteada y decidida con carácter firme en la anterior instancia, por lo que cabe remitirse a lo dispuesto en las mentadas resoluciones.

Ahora bien, cabe distinguir entre el improcedente planteo de invalidez y el resultado de la apreciación de determinadas medidas probatorias que, en el caso, se encuentran parcialmente comprendidas en la comprobación de que da cuenta el acta del 30/10/2002. El reproche de la demandada pone especial énfasis en la participación dañosa que refiere el cupo a la empresa “Motorcare S.A.” con la que afirma haber compartido la oficina de la calle Reconquista 559, piso 7º, de esta Ciudad, pero sin haber desvirtuado por este medio al circunstancia medular de que era ella quien utilizaba de manera ilícita o no autorizada la obra de la actora, con mayor razón y sentido si como lo puntualizó el a quo ésta se encontraba protegida por la regulación ilegal según las normas anteriormente indicadas. En este punto, cabe precisar, conforme lo indicado en la sentencia recurrida que el legitimado pasivo no es necesariamente quien posee el ordenador en el que está instalado el programa (software) sino quien lo utiliza o está razonablemente en condiciones de hacerlo.

De manera que para quedar exenta de responsabilidad por la utilización ilícita de tales elementos, la demandada debió probar de manera fehaciente el aprovechamiento económico por un tercero debidamente autorizado, quien, en este caso, hubiera resultado eventualmente responsable frente al autor, sino también, primordialmente, la extraneidad de los programas de software instalados, o su imposibilidad material de utilizarlos. En este sentido, no es superfluo mencionar que para desacreditar la responsabilidad que se le atribuye, siquiera sea de manera parcial, no debió la demandada recurrir únicamente a la prueba

testifical de sus dependientes sino que contaba con otros medios mucho más convincentes, tales como la demostración de la adquisición por parte de “Motorcare S.A.” de los elementos provenientes de la actora, pues a tal efecto resulta notoriamente insuficiente la información brindada por esta entidad (fs. 233/234) sin apoyatura en documentación indubitable (arg. Art. 400 y ss. CPCCN. (3)). Nótese que más allá del hecho de compartir oficinas con un tercero, que en nada avanza sobre la probada utilización ilícita, en la constitución societaria de este tercero (“Motorcare S.a., la filial argentina de la empresa inglesa) tenía participación José L. Anselmi (conf. declaraciones testificales del analista de sistemas Fabio D. Vivaldelli “el sistema de gestión de Motorcare es parte de Anselmi”, fs. 224 y del Cdor. Gabriel E. Lucca, fs. 225, quien por su estrecha relación con ambas empresas, especialmente en los ámbitos impositivos y de recursos humanos, afirma aquella identidad y de manera sorprendente no recuerda circunstancias desfavorables para la defensa). Surge oportuno destacar que la nómina del personal de la demandada indicada en la registración del libro que se menciona en el dictamen pericial contable (fs. 163) deviene incompatible con lo alegado sobre el punto por este recurrente, así como que las facturas telefónicas que allí se señalan ninguna significación tienen en orden al objeto de este proceso, especialmente el progreso de la defensa.

En tales condiciones, no cabe duda que la demandada debió provocar la intervención del tercero siquiera sea con el objeto de coadyuvar al éxito de la oposición, con mayor razón si como resultado de la apuntada relación, o bien de lo que el a quo califica de entramado societario y funcional, eran Anselmi y Motorcare quienes se encontraban en mejores condiciones de producir la prueba del hecho modificativo invocado (con mayor precisión doctrina de las cargas probatorias dinámicas). Nada de esto ocurrió, por lo que queda en claro que los cuestionamientos de la demandada carecen de entidad crítica.

III. En lo que concierne al monto del resarcimiento

debido al autor de la obra reproducida en violación a las disposiciones que protegen la propiedad intelectual la sentencia contiene la referencia en el sentido de que aquél no puede limitarse al valor actual de los elementos utilizados de manera ilegítima sino que es preciso tener en cuenta el valor del costo, en el marco de un criterio flexible en el que deben valorarse todas las circunstancias relevantes comprobadas en el proceso, así como la comprensión que al legitimado activo le corresponde, sin duda, el beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita, o bien la más alta retribución en caso de haber autorizado la explotación (*lucrum cessans*). Claro está que, en casos como el que se juzga, las dificultades probatorias del quantum abren camino a la prudencia de la determinación judicial en los términos del art. 165 CPCCN.

La parte actora cuestiona en esta alzada al quantum del daño patrimonial otorgado a título de restitución de ganancias ilícitas, comprensiva de las partidas que oportunamente reclamó en el acto de postulación, sin que se advierta en dicha forma de englobarlas violación de ningún tipo a los términos de la “*litiscontestatio*”. Claro está que no puede desconocerse que la utilización ilícita realizada por la demandada debió resultar anterior a la comprobación realizada a fines de octubre de 2002, pero ningún elemento de juicio permite afirmar con certeza el tiempo transcurrido, pues no puede presumirse que aquella utilización haya coincidido con el comienzo de las actividades mercantiles de la emplazada. Es cierto que puede inferirse el empleo anterior de programas de software sustituidos por versiones nuevas o actualizadas correspondientes a las formas del año 2000 (“Profesional”, “Premium”), más a partir de esta circunstancia no es posible concluir como se pretende a fs. 316 que el ahorro de las erogaciones por sucesivas actualizaciones o el que corresponde a los intereses del capital no invertido, hayan sido omitidas en la consideración de dicha cuantía.

En este orden de ideas, es menester apreciar el valor de la licencia OLP correspondiente a la

comercialización “por volumen”, que como bien se puntualiza es el que la actora ha cuantificado la base de su reclamo, al tiempo que debe ser dejado de lado, por contradecir los términos de la “*litiscontestatio*”, el valor BOX (precio unitario). Bajo tal situación, el cálculo efectuado en virtud de los que se informa a fs. 142/143 y 229, determina la razonabilidad de la ecuación que contiene el pronunciamiento recurrido, aunque no deje de tenerse en cuenta la incidencia de los costos que la demandada señala a fs. 310 vta. Y ss., precisamente porque ellos quedan incluidos en el precio señalado en el informe emanado de “Comarsoft S.R.L.”, empresa que, entre otras, comercializa los productos de la actora. Por cierto que si a la demandada le resulta “insólito” la forma cómo se cuantificó la condena en este punto, la sola mención del adjetivo (entiéndese “desacostumbrado”) de marras no refiere una crítica idónea, suficiente, eficaz, sin perjuicio de señalar que la respuesta se encuentra en el párr. final del cap. III.4 de fs. 335.

Respecto de la obligación de restituir, al sentencia menciona que claramente se encuentra comprendida en el acto de postulación, y en ejercicio de la prerrogativa conferida por el principio *iura novit curia* concluyó acerca de la procedencia de la restitución de la ganancia ilícitamente obtenida por “Anselmi, Gerencia de Riesgos S.A.” Basta la lectura de aquel acto de postulación para comprender la sinrazón del planteo recursivo de esta parte (fs. 311 vta., pto. B), sin mengua de reproducir las razones dadas con anterioridad respecto de las facilidades probatorias que se le atribuyen; consecuentemente, si no ha ajustado su conducta procesal a dicho parámetro mal puede quejarse del “insólito” monto otorgado por la partida indemnizatoria, que se adecua, en todo caso, al precio de mercado de las licencias.

La actora reprocha que la sentencia de grado contenga la desestimación de la partida correspondiente al daño punitivo mediante la afirmación que no hay pena privada, toda vez que se desecha su procedencia en el derecho nacional. También en este aspecto es menester concluir que las circunstancias expuestas en el



cap. V de fs. 317 y ss., no han logrado desvirtuar el correcto razonamiento del a quo, en la medida en que se considere que el denominado daño punitivo aparece en contradicción con uno de los principios más firmes que en materia de responsabilidad por daños recepta el ordenamiento jurídico nacional en coincidencia con el derecho continental europeo. Dicho principio concierne a considerar 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 y López Mesa, "Tratado de la responsabilidad civil", t. I. pto. 4.6.e. y sus citas en notas 768 y 769. P. 567). En realidad, refiriendo con acierto la obra de De Cupis, estos autores señalan que es irrelevante la superioridad del enriquecimiento del responsable respecto del daño, por ser inidónea para alterar por exceso la función reparatoria del resarcimiento: que el responsable haya obtenido con la producción del daño una, en este caso, eventual ventaja económica, un enriquecimiento superior al daño, no puede influir en el resarcimiento, dirigido simplemente a reintegrar el interés del perjudicado. Claro está que son siempre las normas jurídicas las que imponen tal tipo de frontera (art. 1083 y conchs. CCiv.).

Por otra parte, en el supuesto que se considere adecuado condenar al autor de un hecho ilícito por una suma superior al daño efectivamente causado igualmente parece justo que el exceso no sea destinado al damnificado, sino a otras personas que en el sub lite no han sido siquiera mencionadas. Los reparos constitucionales se vislumbran también respecto de una pena no prevista con anterioridad al acaecimiento del hecho dañoso, con mayor razón si la sanción que se preconiza daría lugar a penas estrafalarias, desproporcionadas con el daño patrimonial sufrido por la víctima (Trigo Represas y López Mesa. "Tratado de la responsabilidad civil" cit. P. 576), o que pudieran repercutir en un encarecimiento general de los bienes y servicios existentes en la comunidad. En consecuencia, corresponde desestimar el reproche y mantener el

criterio contenido en la sentencia recurrida.

IV. A pesar que los integrantes de esta sala comparten en gran medida las razones expresadas en el consid. VIII del pronunciamiento recurrido, la obligatoriedad de la doctrina plenaria "Alaniz, Ramona E. v. Transportes 123 S.A.C.I. Interno 200 s/daños y perjuicios" (4), del 23/3/2004, ED 206-680, que impone el art. 303 CPCCN., determina que sea la tasa pasiva promedio publicada por el Banco Central de la República Argentina, la que se aplique desde la fecha que la sentencia indica hasta el momento del efectivo pago; de acuerdo con la prerrogativa prevista en dicha norma se deja a salvo la opinión expresada en el voto minoritario del citado fallo plenario.

V. Por estas consideraciones, y las propias del pronunciamiento recurrido, que en su mayor parte no han sido objeto de crítica eficaz, pero que se examinan en virtud del criterio amplio con que la sala ha apreciado invariablemente presentaciones de similar jaez, corresponde confirmarlo en lo que fue materia de agravios, excepto en cuanto a la tasa de interés que se aplicará de acuerdo con lo indicado con el consid. IV del presente. Debe confirmarse también el régimen de las costas de primera instancia debido a que oportunamente se pidió el rechazo de la demanda en función de la excusa total de responsabilidad, de manera que, como parte vencida (art. 68 CPCCN.) debe afrontar las costas, esto encuentra justificación en la mera circunstancia de haber gestionado un proceso sin éxito, y en la correlativa necesidad de resguardar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora, ya que, en caso contrario, los gastos realizados para obtener ese reconocimiento se traducirían, en definitiva, en una disminución del derecho judicialmente declarado (palacio. "Derecho Procesal civil", t. III. P. 368 y ss.; esta sala, libre 190891, del 16/4/1996, entre otros). En mérito al resultado de los respectivos recursos y lo dispuesto por los arts. 68 y 71 CPCCN., las costas, en esta alzada, se imponen prudencialmente a la parte demandada en la proporción del 70% y el restante 30% a la actora.

*Los Dres. Cancela y Beilucci votaron en el mismo sentido por análogas razones a las expresadas en su voto por el Dr. Montes de Oca.*

*Torre a la suma de \$... Se fija el plazo de diez días corridos para el pago de los honorarios. Notifíquese y devuélvase.- Leopoldo Montes de Oca.- Omar J. Cancela.- Carlos A. Beilucci.*

*Por lo que resulta de la votación de que instruye el acurdo que antecede, se confirma la sentencia de fs. 278/288, excepto en cuanto a la tasa de interés aplicable que será la pasiva promedio publicada por el Banco Central de la República Argentina. Las costas, en esta instancia se imponen a la parte demandada en la proporción del 70% y el restante 30% a la actora. En atención a la calidad, extensión y mérito de la labor profesional desarrollada, resultado obtenido, etapas cumplidas y lo que disponen los arts. 6, 7, 9, 10, 14, 19, 33, 37, 38 y concs. Ley 21839 (5) y la ley 24432 (6) se eleva la remuneración del apoderado de la parte actora, Dr. Juan P. M. Cardinal a la suma de \$...; se confirman por considerarlos ajustados a derecho los de la Dra. M. Guadalupe Pozzi Santamarina, por su actuación en el mismo carácter en primera instancia y, dado que el letrado patrocinante de la misma parte Dr. Lisandro Frene no suscribió el escrito de apelación de fs. 294, por estar apelados sus honorarios sólo por "altos" también se los confirma. La retribución establecida a favor del letrado apoderado de la demandada, Dr. Walter C. Ciraudó, se confirma por considerarla ajustada a derecho y la de la Dra. Leonor A. Alvert en el mismo carácter, se eleva a la suma de \$... Por los trabajos realizados en esta alzada respecto de esta sentencia se establece la remuneración de los letrados y apoderado de la parte actora., Dres. Juan P. María Cardinal, Lisandro Frende y Ricardo M. Richards en \$... en conjunto y la de la Dra. Leonor A. Alvert en \$...; por las que culminaran con la resolución de fs. 99 se fija el honorario de la Dra. M. Guadalupe Pozzi Santamrina en \$... y el de la Dra. Leonor Alvert en \$... En atención a la calidad, mérito y eficacia de la labor pericial desarrollada en autos; a lo normado por los arts. 1, 10, 13 y concs. Ley 24432 y a la adecuada proporción que deben guardar los honorarios de los expertos con los de los letrados intervinientes (ED 6-614; ED 88-423; ED 94-632; entre otros) se elevan los honorarios del licenciado en análisis de sistemas Salvador Orsini a la suma de \$... y los de la contadora Liliana N.*