



**DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR**

Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior

**Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 23 de julio de 2020**

Rad.: 1-2018-16310
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Microsoft Corporation
Demandado: Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S.

Por medio de la presente providencia procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

ANTECEDENTES

1. El día 23 de febrero de 2018, el doctor Andres Espinosa Pulecio actuado como apoderado judicial de la sociedad MICROSOFT CORPORATION presentó demanda contra la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., identificada con el NIT 800.237.432-9.
2. Mediante el Auto 02 del 02 de abril de 2018, notificado el 03 de abril siguiente, este Despacho decidió admitir la demanda referida.
3. El día 16 de agosto de 2018, el doctor Andres Espinosa Pulecio judicial de la accionante reformó la demanda contra la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S.
4. Mediante el Auto 04 del 20 de septiembre de 2018, notificado el 21 de septiembre siguiente, este Despacho decidió admitir la reforma de la demanda.
5. El día 19 de noviembre de 2018 la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S. contestó la reforma de la demanda.
6. Una vez finalizada la etapa escrita, el 18 de diciembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial, a la cual no asistieron la parte demandada ni su apoderado.
7. El 22 de julio de 2020 se realizó la audiencia de instrucción y juzgamiento de manera virtual, y en ella se indicó que el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones eventualmente pueden presentar fallas que no son de control del Despacho, por ello, con el fin de facilitar la comprensión de la sentencia, esta se emitiría escrita pues las posibles fallas en la conexión a internet pueden obstaculizar el derecho de contradicción y defensa de las partes

CONSIDERACIONES

Es preciso señalar que para resolver las pretensiones elevadas, se hace necesario determinar: las obras y/o prestaciones protegidas que al parecer fueron utilizadas sin la autorización previa y expresa de sus titulares; la legitimación del demandante para lograr la declaratoria de la vulneración, es decir, si se trata del titular o de una persona facultada legal o contractualmente para realizar la reclamación; si efectivamente existió una infracción a los derechos; y finalmente, si se observan los supuestos de la responsabilidad civil con la consecuente obligación de reparar.

1. Sobre el objeto

La doctrina ha definido al software, como un conjunto de herramientas creadas por una persona o un grupo con el fin de resolver necesidades puntuales. Estos desarrollos

pueden ir desde una aplicación sencilla compuesta por un número pequeño de instrucciones hasta la conformación de un complejo sistema de información.

Ahora bien, diversas legislaciones comenzaron a darle tutela al software como obra protegida por el derecho de autor, equiparándolo con una obra literaria. En el orden internacional, el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, se consagra que *“Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador cualquiera que sea su modo o forma de expresión”*. De la misma manera y en atención al carácter sui generis del bien jurídico protegido el ADPIC en su artículo 10, reenvía la tutela a Berna, aclarando en su primer inciso que, *“los programas de ordenador sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna.”*

Dicha fórmula también fue adoptada por el artículo 23 de la Decisión Andina 351 de 1993, la cual establece que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En el caso de marras, se encuentra un dictamen pericial aportado por los dos extremos del proceso y visible a folio 14 a 21, 89 a 96 y 169 a 176 del cuaderno 1, en el cual se observa que el experto John Fredy Rojas Fernández identificó y relacionó diferentes programas de software encontrados en el marco de una prueba extraprocésal; aunado a lo anterior, a folios 114 a 124 del cuaderno 1, se observan las imágenes de diferentes cajas en las que se empacan software, así como CD's que son su soporte material. Finalmente, se evidencia unos pantallazos tomados a la página oficial de Microsoft Corporation donde se distribuyen diferentes soportes lógicos.

En conclusión, para el Despacho es evidente que se encuentra acreditada la existencia de unos soportes lógicos denominados: Windows 7 Professional, Windows 8.1 Professional, Windows 10 Pro, Office Professional Plus 2007, Office Professional Plus 2010, Office Professional Plus 2016, Project Profesional 2016, Visio Profesional 2016, Office Home and Student 2010, Office Enterprise 2007 y Windows Server 2008 R2 Foundation, y que los mismos encajan dentro del objeto de protección que el derecho de autor consagra.

2. Sobre la legitimación

En relación con la legitimación para reclamar un uso no autorizado frente las obras descritas, es preciso mencionar que la misma se encuentra en cabeza del titular de derechos, ahora, frente al derecho de autor es preciso identificar dos clases de titulares. Por un lado, se encuentran los autores, también conocidos como titulares originarios, y por otro los titulares derivados, siendo esta distinción importante, precisamente porque para satisfacer el requisito de legitimación cuando se estudia una infracción se debe acreditar alguna de estas calidades.

Debido a que la creación intelectual implica actividades como pensar, sentir, estudiar, reflexionar entre otras, nuestro ordenamiento le reconoce el carácter de autor solo a la persona física que crea, descartando que las personas morales o jurídicas ejerzan tal calidad. Esta es la razón por la cual la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3º define al autor como: *“Persona Física que realiza la creación intelectual”*. Ahora bien, la calidad que si pueden ostentar las personas naturales o jurídicas distintas al autor es la de titular derivado de derechos patrimoniales.

Para acreditar la calidad de autor el artículo 8 de la Decisión Andina 351 consagra que se presumirá como autor a *“(…) la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra”*. Esta presunción que es consonante con el artículo 10 de la ley 23 de 1982 antes de su reforma, claramente solucionaba el problema de la prueba en cuanto a la calidad de autor.

Recordemos que una presunción implica entender probado algo por darse los presupuestos de hecho que la ley consagra para ello. En el caso concreto, lo que se entiende probado es la calidad de autor, siempre que un nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra. Ahora, como la calidad de autor está reservada para las personas naturales que realizan la creación intelectual, dicha calidad no se hace extensiva a personas jurídicas, así mismo al no ser el titular derivado de derechos patrimoniales creador intelectual, la presunción descrita tampoco le puede ser aplicable.

En tal sentido, antes de la entrada en vigor de la reforma a la ley de derecho de autor, el titular derivado tenía que probar su calidad, acreditando mediante qué forma de transferencia adquirió los derechos. Sea mediante contratos, a través de la Ley, o por el modo sucesión a causa de muerte.

Ahora, el párrafo que se añade al artículo 10 de la ley 23 de 1982, mediante el artículo primero de la ley 1915 de 2018, introduce una presunción *iuris tantum*, que permite acreditar la calidad de titular en cabeza de la persona que hubiese divulgado la obra, siempre que su nombre seudónimo o equivalente estuviese atado al acto de divulgación.

Como se observa con la nueva presunción, el supuesto probado ya no es solo la calidad de autor, sino la de titular, incluyendo la derivada, y el supuesto de hecho que genera esta consecuencia, es que una persona realice el acto de divulgación, que debemos recordar según el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, es hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

En ese sentido, para demostrar el hecho que funda la presunción de la titularidad de las herramientas de software, la parte demandante adjuntó una relación de sus signos distintivos y las imágenes de las cajas que contienen los siguientes programas: pantallazos tomados a la tienda virtual de la página oficial de Microsoft Corporation de los programas Windows 10 Pro, Office Professional 2016, Project Profesional 2016 y Visio Profesional 2016, así también, allegó fotografías de la caja y el CD que contiene el programa Windows 7 Professional, el CD que contiene el programa Windows 8.1, la caja y el CD que contiene el programa Office Professional Plus 2010, la caja y el CD que contiene el programa Office Home and Student 2010, la caja y el CD que contiene el programa Office Enterprise 2007 y la caja que contiene el programa Windows Server 2008 R2 Foundation; todos de la forma en la cual se encuentran disponibles en el mercado, y en los cuales se logra relacionar a Microsoft Corporation con los mencionados productos, tal como se observa en los folios 108 a 111 y 114 a 124 del cuaderno 1.

Asimismo, en el dictamen pericial al que se hizo referencia, se concluye la existencia de los programas Windows 10 Professional, Windows 7 Professional, Windows 8.1 Professional, Windows XP Professional, Office Hogar y Empresa 2013, Office Hogar y Empresa 2016, Office Hogar y Pequeña Empresa 2010, Office Professional Plus 2010, Office Professional Plus 2013, Office Professional Plus 2016, Office Project Professional 2007, Visio Profesional 2007, Windows Server 2010 Standard y Licencias de Acceso Cliente Windows Server 2012 Standard, las cuales afirma son de propiedad de la sociedad Microsoft Corporation, y están instalados y en uso en los equipos de la accionada.

Por lo que, acreditado el hecho que configura la presunción en favor del demandante, es preciso resaltar, que no se presentó prueba en contrario que permitiera desvirtuar la calidad de titular de Microsoft Corporation, sobre los programas de ordenador descritos y que aparentemente fueron utilizados en los computadores del demandado.

3. Sobre la infracción

En relación con la infracción de las prerrogativas descritas en la demanda, es bastante conocido que el derecho de autor presenta un doble contenido, del cual se derivan dos tipos de prerrogativas o derechos, unos de carácter moral, que tienen como fin proteger la relación inseparable o personal, y otros de carácter patrimonial, que siendo de

contenido económico, facultan al autor o titular de una obra a autorizar o prohibir de manera exclusiva cualquier forma de uso, explotación o aprovechamiento conocida o por conocer respecto de la misma.

En relación con los derechos patrimoniales, que son los que se reclaman en la presente acción, es posible afirmar que estamos ante una infracción cuando un tercero ejerce el derecho exclusivo otorgado al titular, originario o derivado de una obra, sin la correspondiente autorización previa y expresa, o en su defecto, sin estar amparado en alguna de las limitaciones y excepciones previstas en el ordenamiento jurídico.

De acuerdo con lo anterior, las disposiciones relativas a la protección del programa de computador consagradas en la Decisión Andina 351 de 1993, determinan que todo acto de explotación de la obra, diferente a la copia en la memoria del computador, a la copia de seguridad o a la adaptación de este realizada por el usuario para su exclusiva utilización, deben entenderse como violación a las normas de Derecho de Autor si no cuenta con la previa y expresa autorización del autor o titular legítimo de tales derechos.

Desde esta perspectiva debemos mencionar que la infracción conceptualmente hablando es producto de la lesión del derecho, y este a su vez, tal como lo menciona el profesor español Pascual Martínez Espín en su obra *“El daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual”*, es equivalente a la explotación usurpatoria de un derecho inmaterial absoluto.

En este punto, se debe hacer referencia a las alegaciones de la demandada que buscan excluir del litigio la prueba extraprocesal de inspección judicial, cuyo expediente se encuentra a folios 37 a 98 del cuaderno 2, lo anterior por considerar que su decreto y práctica no respetaron el debido proceso, lo que la vicia de nulidad. Su solicitud la sustenta en que, en el marco de la prueba referida se requirió a la demandada para que exhibiera facturas, lo que la accionada considera papeles del comercio, por lo tanto debió ser previamente notificada de la práctica de la inspección, de conformidad con lo señalado por el artículo 189 del CGP.

Iniciemos señalando que el numeral 10 del artículo 372 de nuestro estatuto procesal establece que, cuando se trate de un proceso verbal, será durante la audiencia inicial que el juez decretará las pruebas solicitadas por las partes y las que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, y que prescindirá de las pruebas relacionadas con los hechos que declaró probados. Por su parte, el artículo 173 *ejusdem* consagra que en la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado.

Así, dando cumplimiento a los preceptos mencionados, durante la audiencia inicial este juzgador decidió que en el presente proceso se tendrían como pruebas todas las allegadas por las partes pues fueron aportadas en las oportunidades procesales pertinentes, dicho auto fue notificado por estrados, y al no haberse interpuesto recurso alguno el mismo quedó debidamente ejecutoriado.

Ahora, teniendo en cuenta que el accionado señala en su contestación que durante la práctica de la inspección judicial extraprocesal se violó su derecho al debido proceso pues no se le notificó personalmente del decreto de la prueba, por lo que esta debe ser excluida del acervo probatorio, este Despacho procederá a analizar si existe alguna irregularidad, y de haberla, si tiene como consecuencia la pérdida de su valor de convicción.

Lo primero que se observa es que Microsoft Corporation solicitó, ante la Superintendencia de Industria y Comercio, el decreto y la práctica de una inspección judicial con intervención de perito y exhibición de documentos, esta prueba fue decretada mediante el auto 15972; posteriormente, la solicitante desistió de la exhibición de documentos, por lo que mediante auto 41735 se resolvió aceptar el desistimiento referido y se señaló que la prueba de inspección judicial con intervención de perito se realizaría sin la previa notificación personal a la sociedad requerida.

Así, encuentra esta Subdirección que el decreto de la prueba bajo análisis se realizó de conformidad con lo establecido en el artículo 189 del CGP, por lo que no se observa que de dicha actuación se deriven yerros que originen la nulidad del medio de convicción.

Ahora, sobre su práctica es menester mencionar que en el marco de la diligencia, el perito puede solicitar datos, cosas y acceso a lugares necesarios para el desempeño de su cargo, y de conformidad con el artículo 233 *eiusdem*, las partes tienen el deber de colaborar con él y facilitarle estos, y si alguno no lo hiciera el juez apreciará tal conducta como indicio en su contra.

En este sentido, lo que observa el Despacho es que el perito John Fredy Rojas Fernández requirió el acceso a documentos como computadores, licencias de uso de software y los soportes de su adquisición, entre otros, para la elaboración de su experticio, los cuales debieron ser facilitados por la aquí demandada, en cumplimiento del ya mencionado deber de colaboración; todo esto después de que la representante legal de Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., Nelly Yamile Moreno Bolaños, otorgara su consentimiento para que se realizara la verificación de los equipos que se encontraban en el lugar, y designara al señor Milton Adolfo Cortes Buitrago[sic], para hacer el acompañamiento de la diligencia.

Lo señalado no debe confundirse con la prueba de exhibición de documentos, regulada en los artículos 265 a 268 del CGP, cuyo objeto es fungir como herramienta para la incorporación de documentos al expediente cuya existencia conoce una de las partes y que está en poder de la otra o de terceros.

Así las cosas, si bien tanto la figura jurídica del deber de colaboración como la prueba de exhibición permiten el acceso a diferentes documentos, cada una tiene una finalidad distinta, la de la primera es la realización del dictamen y la de la segunda es la incorporación de un documento al expediente.

Con lo anterior de presente y teniendo en cuenta que **(i)** en la copia del expediente de la prueba extraprocesal de inspección judicial, visible a folios 37 a 98 del cuaderno 2, no se observa que obren facturas o copias de ellas y que **(ii)** de escuchar el audio denominado “Nota de voz 002” que obra en el CD visible a folio 93 del cuaderno 2, es claro que el experto que acudió a esta en calidad de perito, señala que en las facturas se pueden evidenciar características de la licencia del sistema operativo de un servidor, lo cual hace parte de su informe pericial; por lo que resulta posible concluir que en virtud del deber de colaboración, el perito solicitó facturas, sin embargo, dicha acción no convierte la prueba en una inspección judicial de libros del comercio.

Ahora, frente a los errores de forma que contiene el acta elaborada por el funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio, al señalar que se trata de la práctica de una diligencia de prueba anticipada de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de perito, pese a que en el decreto ya había quedado claro que dicha actividad no se realizaría respecto de libros del comercio, encuentra este Despacho que se trata de una irregularidad salvable, pues el desacierto en el escrito no tiene la potencialidad de afectar los derechos de las partes, quienes en el marco de la diligencia ejercieron las acciones que consideraron pertinentes, además no obra en el expediente ningún medio de convicción que de cuenta que con la práctica de la prueba se afectó algún derecho de la sociedad demandada.

Finalizado el análisis de licitud de la inspección judicial practicada de manera previa a la demandada, procede su valoración en la presente causa.

Iniciemos mencionando que con su práctica se logró acreditar que efectivamente en la dirección Calle 37 No. 17 – 21, oficina 301 de la ciudad de Bogotá D.C., en la cual se encontraban sus oficinas, existían equipos de cómputo, en los cuales era posible visibilizar una serie de programas de ordenador que hacían referencia al nombre del demandante.

Es preciso mencionar que, el perito John Fredy Rojas Fernández realizó un dictamen que concluyó de comparar las licencias con las utilizaciones e instalaciones realizadas por la accionada en sus computadores, la existencia de faltantes de licenciamiento de software perteneciente a Microsoft Corporation, consistentes en tres (3) Windows 7 Professional, doce (12) Office Professional Plus 2010, siete (7) Office Professional Plus 2013, dos (2) Office Professional Plus 2016, un (1) Office Project Professional 2007 y un (1) Visio Professional 2007, como se observa en los folios 99 al 101 del cuaderno 2.

Sobre el particular se debe resaltar que, una vez se informó al señor Milton Adolfo Cortes Buitrago del número de instalaciones de los productos de software o programas pertenecientes a Microsoft encontrados instalados y en uso, él no presentó la totalidad de las licencias requeridas, por lo que con esta información el perito construyó el cuadro titulado “*Análisis de Software*” visible a folio 76 del cuaderno 2.

Ahora, frente a la segunda excepción de mérito en la que se afirma que la demandada cuenta con las licencias de uso de los software instalados en sus computadores, debe señalar el Despacho que las facturas aportadas no se refieren a los soportes lógicos sobre los que se alega la infracción en esta causa, es decir, en ninguna de las facturas se evidencia que SUMITEMP S.A.S. hubiere adquirido los programas Windows 7 Professional, Office Professional Plus 2010, Office Professional Plus 2013, Office Professional Plus 2016, Office Project Professional 2007 y Visio Professional 2007.

Adicionalmente, observa el Despacho que el apoderado judicial de la sociedad demandante aportó, en pliego cerrado, el interrogatorio escrito que formularía en la audiencia inicial, como se observa a folio 113 a 115 del cuaderno 2, en este se puede leer que la novena pregunta asertiva fue “*Responda si es cierto que el 11 día de abril de 2017, SUMITEMP tenía instalados en los computadores ubicados en sus instalaciones los siguientes programas de ordenador sin contar con la respectiva licencia para usarlos: Seis (6) Windows 7 Professional, doce (12) Office Professional Plus 2010, siete (7) Office Professional Plus 2013, dos (2) Office Professional Plus 2016, un (1) Office Project Professional 2007*”; así, teniendo en cuenta que el representante legal de la sociedad demandada no asistió a la audiencia inicial y por ello no absolvió el interrogatorio, se deben aplicar las consecuencias consagradas en el artículo 205 del CPG, esto es presumir cierto el hecho susceptible de prueba de confesión sobre el cual versó la pregunta asertiva referida, que para el caso particular es que el extremo pasivo de la litis no contaba con las licencias de uso de los software Windows 7 Professional, Office Professional Plus 2010, Office Professional Plus 2013, Office Professional Plus 2016 y Office Project Professional 2007.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que, durante la audiencia inicial se fijó el litigio señalando que el apoderado del extremo pasivo no contestó al hecho cuarto de la reforma manifestando en forma precisa y unívoca las razones por las que este no le consta, por tanto, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 96 del CGP, se presumirá cierto que en la inspección judicial extraprocesal se evidenció que la demandada no contaba con el licenciamiento de tres (3) Windows 7 Professional, doce (12) Office Professional Plus 2010, siete (7) Office Professional Plus 2013, dos (2) Office Professional Plus 2016, un (1) Office Project Professional 2007 y un (1) Visio Professional 2007.

Conforme a lo anterior, este Despacho considera que existe en el presente caso una infracción a los derechos del demandante, por lo que las dos excepciones de mérito propuestas por el extremo pasivo de la litis están llamadas a fracasar; por lo tanto, se procederá a hacer el análisis atinente a la responsabilidad civil, con el fin de determinar si la accionada tiene la obligación de indemnizar, por ser la causante del daño que se hubiese podido ocasionar.

4. Sobre la responsabilidad civil

Ahora, si bien la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 57 dispone que: “*La autoridad nacional competente, podrá ordenar: a) El pago al titular del derecho infringido una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios*

sufridos con motivo de la violación de su derecho (...)”; este concepto debe ser entendido en contexto, en virtud del principio de complemento indispensable, con el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, el cual señala que: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”*.

Es decir, para indemnizar una violación al derecho de autor, según los criterios de responsabilidad civil en Colombia, no basta con el ejercicio realizado respecto de la acreditación de la infracción, es necesario también que exista un daño, evaluar la conducta y el nexo causal entre las dos, para determinar si puede hacerse sobre la misma un reproche que fundamente la carga de remediar el perjuicio causado.

Ahora bien, en derecho civil, la palabra “*daño*” hace referencia al detrimento, o perjuicio que una persona sufre y que afecta a sus bienes, derechos o intereses; concepción que va claramente más allá del mero menoscabo económico, pues incluye también “*la lesión de un interés legítimamente protegido*”, tal como lo exponen Henry y León Mazeaud en el Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.

Para el caso del derecho de autor los intereses legales resguardados son las obras, y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de derechos patrimoniales y morales, por lo tanto, la infracción de alguna de estas prerrogativas materializa el daño, precisamente porque le impide al titular el ejercicio de este. Ahora, debido a que cada batería de derechos tiene finalidades distintas, dependiendo de la tipología de estos, se puede derivar el perjuicio patrimonial o extrapatrimonial.

En cuanto a la tipología del daño, podemos afirmar que este es material cuando nos encontramos ante la destrucción o menoscabo de alguno de los derechos patrimoniales de una persona, ya sea en forma directa o indirecta; e inmaterial o moral, cuando se produce una lesión o afectación de orden interno a los sentimientos o al honor de las personas¹.

En el caso del daño material, el objeto de protección son las obras y la protección jurídica de estas se ve reflejada a través de una serie de derechos de carácter exclusivo. Así entonces, la infracción de alguna de estas prerrogativas patrimoniales materializa el daño, precisamente porque se le priva al titular de la facultad de ejercer el derecho que solo le corresponde a este, afectándole así sus intereses legítimos en relación con las obras, como sería, por ejemplo, recibir un pago por la explotación o utilización de estas.

En este sentido, al haber infringido Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S. los derechos patrimoniales del demandante, le causó a este un daño de carácter material, ya que no solamente le impidió ejercer su facultad exclusiva de autorizar o prohibir la utilización de las obras mencionadas, sino que se vio menoscabado su interés legítimo de obtener una remuneración por la utilización o explotación de las mismas, el cual se manifiesta en el lucro cesante por aquellos ingresos que debiendo entrar a su patrimonio en el curso normal de los acontecimientos, esto es con la licencia correspondiente, nunca lo hicieron debido a la utilización sin autorización previa y expresa de sus obras.

En este punto, es pertinente señalar que, si bien la sociedad Microsoft Corporation para sustentar este lucro cesante utiliza dos criterios del artículo 57 de la Ley 44 de 1993, a saber: **i)** el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización y **ii)** el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación, este Despacho observa, que en el presente caso estos no pueden reconocerse de forma acumulativa.

Lo anterior, dado que la forma de licenciamiento del software que ha dispuesto el accionante, autoriza a quien ha pagado el valor de la licencia a usar el programa de ordenador, ya sea porque haya adquirido un ejemplar o porque a través de la tienda virtual el usuario pagó el valor previsto por el programa y por lo tanto puede descargarlo.

¹ Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A. (2010) *Derecho Civil Tomo III*. Colombia: Temis. P 229.

Prueba de ello, se evidencia de los pantallazos tomados desde la página oficial de Microsoft Corporation, visibles a folios 108 y 111 del cuaderno 1, donde se observa que en la tienda virtual del accionante se ofertan los programas Windows 10 Pro por \$719.999, Office Profesional 2016 por \$1'499.999, Project Profesional 2016 por \$3'399.999 y Visio Profesional 2016 por \$1'699.999, y que al pagarse este precio el usuario se encuentra autorizado a descargar el software.

Es decir, en este caso con la compra de la licencia se faculta al propietario para que utilice el programa, siendo innecesario adquirir un ejemplar que permita su instalación, y en razón a esto, mal haría este juzgador en reconocer los dos primeros numerales del artículo 57 de forma independiente a título de perjuicios, dado que se generaría a favor del accionante un doble pago, alejándose de la forma como se realiza la explotación de la obra.

Respecto del valor pagado al perito, visible a folio 113 del cuaderno 1, es menester señalar que por su naturaleza de auxiliar de la justicia, la liquidación de sus honorarios se reconocerá vía costas y no por concepto de daño emergente.

Por otra parte, el juicio sobre la conducta del infractor en derecho de autor, a su vez debe responder a los criterios del Código Civil, así las cosas, debe evaluarse si el demandado conociendo los daños que podía ocasionar confió imprudentemente en evitarlos, o nos encontramos ante una falta de previsión del daño que podía causarse con un acto suyo, cuando el mismo era predecible, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos.

En el caso que nos ocupa, es claro que quien desea utilizar una obra protegida por el derecho de autor, si no se encuentra amparado por una limitación o excepción, tiene el deber de solicitar la respectiva autorización, por lo tanto, ante la desatención a esta obligación, puede concluirse que existe una omisión consciente del deber de cuidado al dejar de cumplir un acto, que además la demandada conocía, como lo es ostentar licencia para utilizar las herramientas de software.

Así entonces, no solo es posible afirmar que estamos ante un acto o conducta propia de la sociedad demandada, sino que dicha conducta tiene el carácter de culposa, en la medida que no se previó el daño habiéndose podido hacerlo. En efecto, la protección de la propiedad intelectual no solo se encuentra reconocida en la Constitución sino en una serie de leyes especiales, por lo cual resulta evidente que una empresa que gestione sus negocios y asuntos de una manera diligente y prudente, está en la posibilidad de prever el daño que se causa a los intereses legítimos del titular de una obra, al utilizar la misma en el ejercicio de sus actividades, sin hacer las averiguaciones y tomar las medidas correspondientes para obtener el licenciamiento de los programas de software instalados en los computadores del lugar en el que tiene su domicilio legal.

Adicionalmente, es claro que fruto de los derechos exclusivos reconocidos en nuestro ordenamiento, quien desee utilizar una obra protegida por el derecho de autor, si no se encuentra amparado por una limitación o excepción, tiene el deber de abstenerse de utilizarla o explotarla económicamente sin la respectiva autorización previa y expresa, la cual de lo acreditado en el expediente, no revestía de mayor dificultad. Por tal motivo, ante la desatención de esta obligación, puede afirmarse que existe una omisión consciente del deber de orientar la conducta según las normas preestablecidas, con el fin de frenar actos y conductas que atenten contra el derecho ajeno.

Es preciso señalar que el mencionado deber de abstenerse de vulnerar los derechos de autor, era bien conocido por Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., de antes de presentarse la demanda, en tanto que el apoderado de Microsoft, mediante comunicación del 25 de abril de 2017 visible a folios 102 y 108, cuaderno 1, les informó que en la diligencia de inspección judicial practicada en esa empresa se evidenció que no contaban con la licencia de los programas descritos y que esto constituía una infracción de los derechos de autor.

En este punto, tal como lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia, es oportuno mencionar que la inobservancia de reglas o normas preestablecidas de conducta es imprudencia *in re ipsa*, es decir, que implica un juicio automático de culpa cuando tiene una correlación jurídica con el daño resarcible, como es el caso que nos ocupa.

Adicionalmente debemos mencionar que entre el hecho culposo o no culposo, imputable a una persona física o jurídica y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho, de tal manera que este último se configure como causa eficiente de la lesión o afectación al interés legítimo o derecho subjetivo de la víctima².

Ha considerado la doctrina que en general son tres las condiciones de causalidad que se exigen para decretar la responsabilidad por determinado hecho o acto: **1)** que sea actual o próximo, **2)** necesario o determinante y **3)** apto o adecuado para causar determinado daño.

En tal sentido, luego de hacer una valoración de las circunstancias y el material probatorio correspondiente al presente caso, se concluye que los hechos atribuidos a la sociedad demandada no son causas remotas sino actuales o próximas del daño causado a Microsoft Corporation, en tanto el menoscabo o lesión al derecho subjetivo tutelado en este caso, es consecuencia directa de los actos de instalación y uso de programas de software de titularidad de estos, sin el debido licenciamiento.

Lo anterior no solo se configura como un acto necesario o determinante para la materialización del daño, debido a que sin la realización de dicha conducta nunca se hubiera producido el mismo, sino también como un medio apto o adecuado para lesionar o menoscabar el derecho patrimonial, ya que como lo ha mencionado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, este tipo de conductas ponen en evidencia un uso de los derechos que se han reconocido a los distintos titulares, lo cual requiere la autorización previa y expresa de los mismos.

Así las cosas, luego de haber encontrado que se cumplen todos los elementos indispensables requeridos para que exista responsabilidad en el presente caso, este Despacho encuentra a Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., civilmente responsable por el daño causado a Microsoft Corporation, como titulares de derechos de autor de los programas de software Windows 7 Professional, Office Professional Plus 2010, Office Professional Plus 2013, Office Professional Plus 2016, Office Project Professional 2007 y Visio Professional 2007, instalados en los equipos de cómputo de la demandada, de tal manera que la última se encuentra obligada a indemnizar.

5. Sobre la cuantificación de la indemnización

El artículo 206 del CGP refiere que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo, considerándose sólo la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Respecto de la objeción al juramento estimatorio, debemos recordar que son tres los elementos que debe observar el juzgador para poder considerarla: que sea específica, es decir claramente delimitada, que tenga unas razones, lo que implica hacer un juicio cognitivo, y que los elementos descritos versen sobre una inexactitud en la estimación, es decir, de ver la estimación jurada contrastada con la objeción, pueda el juzgador observar el yerro cuantitativo y los motivos de este.

Ahora, en la presente causa la sociedad demandada realizó una objeción al juramento estimatorio, sin embargo, esta no cumplía con los elementos antes mencionados, por lo

² Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A. (2010) *Derecho Civil Tomo III*. Colombia: Temis. P 261 y 262.

que mediante el Auto 06 del 10 de abril de 2019 este Despacho resolvió no considerarla, y contra dicha providencia no se interpusieron recursos. Adicionalmente, durante la fijación del litigio se señaló que el juramento estimatorio realizado por la accionante se encuentra en firme por lo que hace prueba del monto que ella pretende, decisión que tampoco fue recurrida.

En definitiva, se condenará a la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., al pago de TREINTA Y NUEVE MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$39.359.974), por concepto de lucro cesante, correspondiente al valor comercial de las licencias que debió obtener el demandante y que a causa de su actuar infractor dejó de adquirir.

Es pertinente señalar, que el cálculo por el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización estimado en TREINTA Y NUEVE MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$39.359.974), no es tenido en cuenta, toda vez que no fue reconocido como perjuicio dentro de la presente causa.

5.6. Ahora bien, en relación con la sanción contenida en el inciso 7° del artículo en mención del CGP, que consagra que: *“(...) en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de perjuicios (...) la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”*, esta Subdirección observa que en este caso no procede, toda vez que no se evidencia del expediente que la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

6. Sobre las costas

Respecto de las costas, el numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en estas a la parte vencida en el proceso, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que las costas serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, este Despacho condenará a Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S. en costas, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP.

En lo referente a las agencias en derecho, según lo señalado en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta criterios como la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte demandante, se procederá a fijarlas en un monto equivalente al cinco por ciento (5%) del concedido de las pretensiones pecuniarias, lo cual corresponde a un monto de UN MILLÓN NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$1'967.998).

En mérito de lo expuesto, el Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Carlos Andrés Corredor Blanco, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., identificada con el NIT 800.237.432-9, infringió los derechos de autor de titularidad de Microsoft Corporation, al utilizar sin licenciamiento: tres (3) Windows 7 Professional, doce (12) Office Professional Plus 2010, siete (7) Office Professional Plus 2013, dos (2) Office Professional Plus 2016, un (1) Office Project Professional 2007 y un (1) Visio Professional 2007.

SEGUNDO: Ordenar a la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., ya identificada, desinstalar los soportes lógicos de los que Microsoft Corporation es titular y que no contaban con la respectiva licencia.

TERCERO: Negar la pretensión segunda de la reforma de la demanda.

CUARTO: Condenar a la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., ya identificada, a pagar a favor del demandante MICROSOFT CORPORATION, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de TREINTA Y NUEVE MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (\$39.359.974), como indemnización de los perjuicios materiales causados.

QUINTO: Negar las excepciones propuestas por la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S.

SEXTO: Condenar en costas a la sociedad Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S., identificada con el NIT 800.237.432-9.

SÉPTIMO: Fijar agencias en derecho en favor del demandante por un monto de UN MILLÓN NOVECIENTOS SESENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO PESOS (\$1.967.998).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CACB

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales