

Roj: SAP LO 675/2012 - ECLI:ES:APLO:2012:675  
Id Cendoj: 26089370012012100671  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Logroño  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 381/2011  
Nº de Resolución: 417/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**LOGROÑO**

**SENTENCIA: 00417/2012**

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE LA RIOJA**

**LOGROÑO**

**Sección 001**

Domicilio : VICTOR PRADERA 2

Telf : 941296484/486/489

Fax : 941296488

Modelo : SEN010

N.I.G.: 26089 42 1 2010 0009634

**ROLLO : RECURSO DE APELACION (LECN) 0000381 /2011**

Juzgado procedencia : JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de LOGROÑO

Procedimiento de origen:PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1467/2010PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
0000607 /2011

RECURRENTE : JESUS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA S.L

Procurador/a : BLANCA LAURA GOMEZ DEL RIO

Letrado/a :

RECURRIDO/A : AUTODESK INCORPORATED

Procurador/a : MARIA ESTELA MURO LEZA

Letrado/a : ALEJANDRA MATAS

**SENTENCIA Nº 417 DE 2012**

**ILMOS/ILMAS. SRES/SRAS:**

**Presidente:**

**D. ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ**

**Magistrados:**

**Dª CARMEN ARAUJO GARCIA**

**D. RICARDO MORENO GARCIA**

En Logroño, diecisiete de diciembre de dos mil doce

VISTO en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial de La Rioja, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 00001467/2010, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 6 de LOGROÑO, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000381/2011, en los que aparece como parte apelante, **D. JESUS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA S.L.**, representados por la Procuradora de los tribunales, Sra. BLANCA LAURA GOMEZ DEL RIO, asistidos por el Letrado D. ANTONIO GARCIA DIAZ DE CERIO, y como parte apelada, **AUTODESK INCORPORATED**, representada por la Procuradora de los tribunales, Sra. MARIA ESTELA MURO LEZA, asistido por la Letrado D<sup>a</sup> ALEJANDRA MATAS, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado-Presidente **D. ALFONSO SANTISTEBAN RUIZ**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que, con fecha 15 de abril de 2011, se dictó sentencia en primera instancia en cuyo fallo se recogía:

*"Que, ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta en nombre y representación de AUTODESK INCORPORATED frente a JESUS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L. debo declarar:*

*1º La titularidad de los derechos de explotación de la compañía AUTODESK INCORPORATED sobre los programas de ordenador que fueron hallados en las instalaciones de la demandada y que constan relacionados en el informe pericial del Sr. Marco Antonio .*

*2ª Que el uso de la demandada de los programas de ordenador referidos constituye una violación de los derechos de propiedad intelectual que sobre los mismos ostenta la actora, salvo los dos que consta fueron legalmente adquiridos.*

*3º La orden a la demandada de cesar en tal ilícita actividad, con suspensión de la actividad de reproducción y uso no autorizado, con la prohibición de reanudarla, procediendo a la destrucción de las copias de los programas de ordenador hallados en las instalaciones de la demandada y que constan detallados en el informe Don. Marco Antonio , con excepción de aquellos dos programas que consta fueron adquiridos legalmente.*

*4º Se condena a la demandada a indemnizar a la actora en concepto de daños y perjuicios causados la cantidad de 210.820 euros, más los intereses de dicha cantidad en la forma establecida en la presente resolución.*

*5º Se condena a la demandada al abono de las costas del presente procedimiento."*

**SEGUNDO.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, por la representación de Luis M<sup>a</sup> Alonso S.L., se presentó escrito interponiendo recurso de apelación ante el Juzgado contra la sentencia dictada en instancia. Admitido éste, se dio traslado a las demás partes para que en 10 días presentasen escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada, en lo que le resultase desfavorable.

**TERCERO.-** Seguido el recurso por todos sus trámites, se señaló para la celebración de la votación y fallo el día 13 de septiembre de 2012.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente rollo se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO :** Por el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Logroño se dictó sentencia en 15 de abril de 2011 en cuya parte dispositiva se acordaba:

*"Que, ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta en nombre y representación de AUTODESK INCORPORATED frente a JESUS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L. debo declarar:*

*1º La titularidad de los derechos de explotación de la compañía AUTODESK INCORPORATED sobre los programas de ordenador que fueron hallados en las instalaciones de la demandada y que constan relacionados en el informe pericial Don. Marco Antonio .*

*2ª Que el uso de la demandada de los programas de ordenador referidos constituye una violación de los derechos de propiedad intelectual que sobre los mismos ostenta la actora, salvo los dos que consta fueron legalmente adquiridos.*

3º La orden a la demandada de cesar en tal ilícita actividad, con suspensión de la actividad de reproducción y uso no autorizado, con la prohibición de reanudarla, procediendo a la destrucción de las copias de los programas de ordenador hallados en las instalaciones de la demandada y que constan detallados en el informe Don. Marco Antonio , con excepción de aquellos dos programas que consta fueron adquiridos legalmente.

4º Se condena a la demandada a indemnizar a la actora en concepto de daños y perjuicios causados la cantidad de 210.820 euros, más los intereses de dicha cantidad en la forma establecida en la presente resolución.

5º Se condena a la demandada al abono de las costas del presente procedimiento."

Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación por la procuradora doña María Luisa Rivero, posteriormente sustituido por la procuradora doña Blanca Gómez del Río en representación de don Jesús Marino Pascual y Asociados Arquitectura SL, solicitando que con arreglo a las alegaciones expuestas en el escrito de interposición del recurso, relativas a incongruencia de la sentencia al resolver la controversia sin tener en cuenta los términos de la pretensión ejercitada por la actora, con vulneración de los artículos 218 y 402 LEC y del artículo 24 de la Constitución , folio 432; error en la sentencia recurrida por vulneración de lo dispuesto en el artículo 217, LEC en cuanto a que efectuaba una improcedente atribución de la carga de la prueba y una errónea valoración de la misma, folio 437; error en la sentencia recurrida por errónea valoración de la prueba en cuanto a la consideración de las copias de seguridad y actualizaciones como programas de uso no autorizado; error en la sentencia recurrida por errónea valoración de la prueba en cuanto a la acreditación del daño y cálculo de la indemnización; se diese lugar a la revocación de dicha resolución dictada por el juez a quo, debiendo dictarse otra su lugar en los términos interesados en su escrito de contestación a la demanda, con imposición de costas a la parte recurrida.

En la sentencia de instancia, en su primer fundamento de derecho, se hace referencia a las posiciones de las partes en sus escritos de demanda y contestación a la misma obrantes a los folios 2 y siguientes, y, 148 y siguientes, y en la contestación a la demanda expresamente se solicita, folio 169, que se de lugar a la desestimación de la demanda en los términos que se interesaba en los hechos y fundamentos de derecho de la misma con costas a la parte demandante.

A). Se efectúa en el recurso apelación un punto primero previo o previo motivo, en el que se hace referencia al hecho de que recurso apelación descansaba en el argumento principal de existencia de incongruencia omisiva al no haberse resuelto motivadamente el argumento principal de la contestación, además de la existencia de un error en la atribución de la carga probatoria y valoración de la prueba practicada, folio 428.

B). En el segundo previo motivo , folio 429, se hace referencia al auto dictado por el juzgado en 29 junio 2010, en virtud del cual se había acordado medida cautelar de orden de cese en el uso de la reproducciones ilícitas encontradas y la consignación del importe de su valoración, entendiéndose la concurrencia de requisito de apariencia de buen derecho, y ello sin perjuicio del resultado que hubiere en el ulterior procedimiento judicial ordinario a interponer por la solicitante en el plazo de 30 días a contar de dicho auto; resolución a la que la parte recurrente y demandada en la instancia, a pesar del convencimiento respecto de que la medida se había efectuado con un planteamiento falaz de la actora, se había aquietado con la convicción de que el subsiguiente procedimiento ordinario quedaría resuelta la cuestión de acuerdo con sus intereses.

En dicho segundo motivo previo también se hacía referencia a la solicitud de medida cautelar planteada por AUTODESK, con el consiguiente auto de 19 febrero 2010 , en el que se había acordado tener por solicitadas medidas cautelares por dicha entidad frente a los hoy recurrentes.

Esa resolución consta los folios 26 y 27.

También consta a los folios 107 y siguientes el auto mencionado en esa previa alegación o motivo segundo de fecha 29 junio 2010, folios 107 y siguientes.

C). En el tercer motivo previo, folio 430, se hace referencia al hecho de que por la actora se presentó demanda con las pretensiones que se exponían en dicho motivo y que eran las expuestas en el suplico de la demanda, folio 15 vuelto y 16, con base al informe pericial que ella misma había designado en serie de medidas cautelares.

Y, también, se hace referencia en ese motivo a la oposición de la demanda solicitando la desestimación de la misma, de la demanda, sobre la base de los argumentos que exponía, folio 431, concluyendo el sentido

de que practicada la prueba solicitada por las partes en la vista, el Juzgado había estimado parcialmente la demanda con el fallo que consta en la misma, folios 415 y 432.

Por ello, en el recurso se entendía que la sentencia adolecía de un vicio de incongruencia y error en la valoración de la prueba.

**SEGUNDO** : En la primera alegación o motivo de impugnación, folio 432 se formula incongruencia de la sentencia al resolver la controversia sin tener en cuenta los términos de la pretensión ejercitada por la demandante con vulneración de los artículos 218 y 412 LEC y 24 de la Constitución .

En dicha alegación se hacía referencia la pretensión actora planteada en su demanda y en concreto al suplico de la misma, en el que literalmente se expone:

*"1º.- Se declare la titularidad de los derechos de explotación de la compañía AUTODESK INCORPORATED sobre los programas de ordenador que fueron hallados en las instalaciones de la demandada, JESÚS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., y que constan relacionados en el informe pericial acompañado de documento 3.*

*2º.- Se declare que el uso por parte de la demandada, JESÚS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., de los programas de ordenador que fueron hallados en sus instalaciones y que han quedado reseñados en el informe pericial Acompañado de documento 3, constituye una violación de los derechos de propiedad intelectual que sobre los mismos ostenta AUTODESK INCORPORATED.*

*3º.- Se ordene a la demandada, JESÚS MARINO- PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., a la cesación de la actividad ilícita, comprendiendo dicho cese la suspensión de la actividad de reproducción y uso no autorizado, con la prohibición de reanudarla, procediendo a la destrucción de las copias de los programas de ordenador hallados en las instalaciones de la demandada y que constan detallados en el informe pericial acompañado de documento 3.*

*4º.- Se condene a la demandada, JESÚS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., a indemnizar a AUTODESK INCORPORATED, en concepto de daños y perjuicios causados en la cantidad de 210.820,00 euros, más los Intereses legales devengados desde el día 13 de abril de 2010, fecha en que se realizó la diligencia de investigación, por ser el momento en el que se acreditó el uso no autorizado.*

*5º.- Se condene, asimismo, a la demandada a indemnizar a AUTODESK INCORPORATED en la suma de 9.000 euros en concepto de daños morales causados por su actividad ilícita.*

*6º.- Se condene a la demandada a la publicación íntegra y a su costa de la sentencia condenatoria en un periódico de ámbito nacional y en una revista especializada del sector de la ingeniería y de la arquitectura.*

*7º.- Se condene a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento."*

A su vez, se decía que ese constataba por tanto, que la pretensión de la demandante había quedado fundamentada y basada en el uso no autorizado de los programas de ordenador de su propiedad, constituyendo tal cuestión el objeto principal de la controversia, además que según el contenido de la demanda, se determinaba que en la misma se describía en el presupuesto fáctico que sustentaba la pretensión ejercitada en la afirmación reiterada de uso sin licencia, no autorizado.

Por la parte demandada, se indicaba que su pretensión desestimatoria de la demanda se había basado, por una parte, en la falta de acreditación de la utilización o uso de muchos de los programas y por otra, y en que se trataba de programas de descarga gratuita, demos o copias de seguridad que no precisaban licencia de uso.

Se exponía, asimismo, que si se analizaba la sentencia se evidenciaba que la misma no había dado respuesta suficiente a tal cuestión, en un claro supuesto de incongruencia omisiva y falta de motivación, pues para nada se razonaba si los programas referidos por el perito eran utilizados o no y, en su caso, si se trataba de un uso ilícito o autorizado por tratarse de versiones gratuitas o demo, a lo cual sólo se refería en un contexto erróneo a todas luces.

A) Debe indicarse que en cuanto a la congruencia de las sentencias del artículo 218 se desprende que se mide por el ajuste y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiere pedido en la demanda ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente que no hubiese sido pretendida.

A su vez, el Juez o Tribunal deberá decidir sobre las pretensiones formuladas por demandantes y demandados en sus respectivos escritos rectores del proceso. Ahora bien, esta exigencia de congruencia es



perfectamente compatible con el principio *iura novit curia*, en virtud del cual los Jueces y Tribunales no están obligados, en la motivación de sus resoluciones, a ajustarse de forma tajante a las alegaciones de naturaleza jurídica dadas por las partes; al contrario, podrán traer a colación aquellas normas que consideren aplicables al caso, aún cuando las mismas no hubieren sido citadas por las partes.

En este sentido se ha manifestado la doctrina jurisprudencial de ese modo por el Tribunal Constitucional se ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva obliga a los órganos jurisdiccionales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con lo pedido, evitando desajustes o desviaciones entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones; pues supone una alteración del debate procesal y se atenta al principio de contradicción si el órgano judicial concede más o menos o cosa distinta de lo pedido por las partes ( SSTC 20/1982 , 161/ 1993 Y 122/1994 ). De manera que el juicio de congruencia de la resolución judicial requiere ineludiblemente la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso, delimitado en atención a sus elementos subjetivos, las partes, y objetivos, la "causa petendi" y el "petitum" ( SSTC 144/1991 , 161/1993 y 122/1994 ) (...). Por último, también es procedente indicar en este caso que la congruencia de la resolución judicial "es plenamente compatible con el principio *"iura novit curia?"* ( STC 112/1994 ), ya que los órganos jurisdiccionales no están obligados a ajustarse en los razonamientos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones jurídicas aducidas por las partes ( SSTC 111/1991 , 144/1991 , 59/1992 y 88/1992 ), pudiendo basar su decisión en otras normas distintas si aprecian que son éstas las aplicables al caso; al igual que pueden aplicar «ex officio iudicis», las normas relativas a los presupuestos procesales ( SSTC 77/1986 y 61/1989 ). Pero es igualmente evidente que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable, ello no le permite en modo alguno modificar la «causa petendi» y, a través de ella, alterar de oficio la acción ejercitada ( SSTC 166/1993 y 122/1994 ). Con referencia a las SSTC 211/1988 , 144/1991 y 43/1992 ); pues si tras haberse ejercitado una acción y producido una defensa frente a ella el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado sin Oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el «*thema decidendi*» ( STC 20/1982 ), vulnerando el principio de contradicción en el proceso.

También, en este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo que ha dispuesto que: como señaló la Sentencia de esta Sala 271/2000, de 22 de marzo , rememorando otras precedentes en ella consignadas, el tema de la incongruencia no viene referido a aspectos fácticos acreditados como meramente instrumentales en el razonamiento sobre los hechos, sino en la concordancia y correlación entre las pretensiones deducidas por las partes y el fallo o parte dispositiva de la sentencia, con independencia o abstracción de los razonamientos utilizados en ella y menos aún con relación a los meros «*obiter dicta*». Existe, cuando se otorga en el fallo algo distinto a lo pedido por las partes, o sea la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia - Sentencias de 18 de noviembre de 1996 , 29 de mayo , 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997 , 11 de febrero , 10 de marzo y 24 de noviembre de 1998 , 4 de mayo y 21 de diciembre de 1999 . Y atiende, según tal doctrina jurisprudencial reiterada, que ha de estarse a si se concede más de lo pedido ("*vultra petita*") o se pronuncia sobre tales extremos al margen de lo suplicado por las partes ("*extra petita*") y asimismo si se dejan Incontestadas algunas pretensiones sostenidas por los litigantes ("*citra petita*") siempre y cuando el silencio judicial no pueda ser interpretado como desestimación tácita. ( STS 12 abril 2000 ).

Más recientemente el Tribunal Supremo ha seguido resolviendo en el mismo sentido. Así, STS, Sala 1ª, S 25-6-2012, nº 420/2012, rec. 1684/2009 , ha señalado:

*"... aún en el caso de que la Sala hubiera entendido que esta parte no esgrimió aquel fundamento a lo largo del procedimiento, podría haber acudido de oficio al mismo ya que, al amparo del artículo 218.1, párrafo segundo de la LEC , las Sentencias podrán, sin apartarse de los hechos, acudir a fundamentos de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer".*

Asimismo, STS, Sala 1ª, S 18-6-2012, nº 361/2012, rec. 169/2009 , con arreglo a la cual "...y de otro, con el párrafo segundo del apdo. 1 del art. 218 LEC , que permite al tribunal resolver "conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes", pero siempre "sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer".

También la doctrina de las Audiencias Provinciales se ha manifestado en este mismo sentido, SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 1ª, S 8-2-2012, nº 71/2012, rec. 388/2011 , con arreglo al cual "... de otra parte, igualmente, debe de señalarse que el artículo 218 LEC establece en cuanto a la congruencia de las sentencias, que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas por los litigantes, lo que supone la consagración legislativa del principio

iura novit curia, que impone al tribunal la obligación de resolver conforme al derecho aplicable aunque no haya sido debidamente invocado por las partes". También, SAP Pontevedra, sec. 6ª, S 22-12-2011, nº 985/2011, rec. 4168/2010, conforme a la cual "...dispone el art. 218 LEC la juzgadora ha de resolver de acuerdo con las pretensiones que las partes hubieran deducido oportunamente en el pleito y normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas siempre y cuando ello no implique apartarse de la causa de pedir o acudir a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes quisieron hacer valer. En base a ello la jurisprudencia viene estableciendo con reiteración que el Órgano jurisdiccional está autorizado para basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos de los utilizados por los contendientes, (principio iura novit curia) siempre que ello no implique una modificación de la causa petendi o una innovación de la acción ejercitada ( STS 8 de enero 1992 ; 8 de junio 1993 )".

SAP Madrid, sec. 10ª, S 12-4-2012, nº 247/2012, rec. 165/2012, conforme a la cual... la resolución recurrida, bajo la rúbrica «Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación» precisa que:

"Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate.

El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón.

3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos».

Así, la incongruencia puede revestir, según unánime sanción doctrinal y jurisprudencial, tres modalidades, denominadas cuantitativa, en sus dos subespecies de concesión de más « ne eat iudex ultra petita partium » o de menos « ne eat iudex citra petita partium » de lo pretendido por los litigantes; e incongruencia cualitativa « ne eat iudex extra petita partium » o concesión de algo distinto de lo que ambas partes hayan pedido, que algunos autores han calificado como incongruencia mixta.

De otra parte debe destacarse, con carácter general, que aun cuando el principio de congruencia, limita los poderes del organismo jurisdiccional (Constreñido asimismo por los principios de controversia y dispositivo- y prohíbe, entre otras, toda resolución « extra aut non simile petita », esto es, que se pronuncie sobre extremos distintos o en términos diferentes de los suscitados o propuestos por las partes (v. gr., entre otras muchas, las SS.T.S., Sala Primera, de 10 de junio de 1941 ; 4 de abril de 1978 ; 6 de marzo , 20 de junio y 25 de noviembre de 1981 ; 8 de abril , 10 de mayo ; 7 , 9 y 17 de diciembre de 1982 ; 16 de febrero , 6 y 30 de junio , y 8 de julio de 1983 ; 15 de noviembre y 10 de diciembre de 1984 ; 9 de abril y 18 de noviembre de 1985 ; 21 de enero , 17 de marzo , 10 y 30 de mayo , 13 de junio y 17 de diciembre de 1986 ; 11 de mayo de 1987 ; 21 de noviembre de 1988 ; 3 de febrero , 11 de marzo , 5 de junio , 24 de julio y 11 de octubre de 1989 ; 12 de marzo y 28 de abril , 9 de octubre y 14 de noviembre de 1990 ; 3 de abril y 13 de mayo de 1991 ; 20 de enero y 15 de octubre de 1992 ; 29 de enero , 9 de febrero , 10 y 25 de marzo , 1 de julio y 13 de diciembre de 1993 ; 25 de abril de 1994 ; 20 de febrero , 18 de julio y 21 de diciembre de 1995 ; 20 de enero , 25 y 30 de marzo , 12 y 25 de julio , 11 de septiembre , 30 de octubre , 18 de noviembre , 5 y 21 de diciembre de 1996 ; 6 y 29 de mayo , 27 de junio , 18 de septiembre , 28 de octubre , 5 de noviembre , 2 y 31 de diciembre de 1997 ; 11 de febrero , 9 , 10 , 11 , 12 , 17 y 24 de marzo , 21 de abril , 13 de mayo , 3 y 23 de julio , 17 y 23 de septiembre y 27 de octubre de 1998 ), no puede desconocerse, de una parte, que se impone únicamente una adecuación racional del fallo a las pretensiones de los litigantes oportunamente deducidas en la litis y al fundamento fáctico de las acciones ejercitadas, sin que se exija, empero, una rígida y literal concordancia entre lo suplicado en los correspondientes actos alegatorios y lo decidido en la parte dispositiva de las resoluciones judiciales (v. gr., entre otras, las SS.T.S., Sala Primera, de 17 de julio de 1933 ; 24 de octubre de 1941 ; 21 de marzo de 1942 ; 5 de julio de 1943 ; 10 de mayo y 17 de diciembre de 1956 ; 25 de marzo de 1957 ; 14 de febrero de 1964 ; 17 de noviembre de 1966 ; 20 de febrero de 1970 ; 16 de octubre de 1978 ; 3 de julio de 1979 ; 3 de marzo , 9 , 12 y 20 de junio , 25 de noviembre , 18 y 21 de diciembre de 1981 ; 2 de abril , 10 , 17 , 20 y 26 de mayo , 7 de julio , 9 y 17 de diciembre de 1982 ; 28 de enero , 25 y 28 de febrero , 20 de abril , 16 de mayo , 6 , 29 y

30 de junio , 24 de octubre , 21 de noviembre y 20 de diciembre de 1983 ; 21 de enero , 3 y 18 de febrero , 15 y 25 de octubre , 15 de noviembre , 17 y 26 de diciembre de 1984 ; 28 de enero , 9 de abril , 28 de mayo , 2 de julio , 29 de septiembre , 31 de octubre , 12 y 29 de noviembre y 9 de diciembre de 1985 ; 9 y 10 de mayo , 9 , 13 y 27 de junio , 6 de octubre y 7 de noviembre de 1986 ; 16 y 31 de marzo , 11 de mayo , 17 de junio , 16 de julio , 5 de octubre , 16 y 27 de noviembre y 29 de diciembre de 1987 ; 21 de enero , 8 de marzo , 24 de abril , 10 y 21 de mayo , 10 y 17 de junio , 19 de septiembre , 8 de octubre y 21 de noviembre de 1988 ; 4 de enero , 1 de febrero , 27 de abril , 22 y 24 de julio , 11 de octubre y 21 de noviembre de 1989 ; 12 de marzo y 29 de octubre de 1990 ; 2 , 25 y 28 de enero , 11 de febrero , 3 de abril , 3 y 25 de octubre y 26 de diciembre de 1991 ; 3 y 10 de enero , 3 de marzo , 8 y 26 de octubre , 4 y 15 de diciembre de 1992 ; 22 de enero , 24 de junio , 1 y 8 de julio y 19 de octubre de 1993 ; 15 de marzo , 11 de abril , 16 y 23 de junio de 1994 ; 4 de mayo , 15 de junio , 27 de noviembre y 15 de diciembre de 1995 ; 11 de marzo , 13 y 30 de mayo , 26 de junio , 1 de julio , 19 y 31 de octubre , 5 , 16 , 21 y 23 de diciembre de 1996 ; 7 y 10 de febrero ; 17 de marzo , 7 de mayo , 30 de junio , 3 , 26 y 29 de julio , 15 de septiembre , 6 de octubre , 5 y 8 de noviembre de 1997 ; 9 de febrero , 10 , 17 y 21 de marzo , 21 de abril , 4 y 6 de mayo , 10 , 17 y 23 de julio , 1 , 10 , 16 y 24 de octubre de 1998 ).

Tampoco le es lícito al Juzgador sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se contraviene la doctrina establecida en los principios generales del derecho « quod non est in actis, non est in mundo » y « sententia debet esse conformis libelo », pudiendo quedar uno o varios litigantes sin la posibilidad de rebatir esos problemas, con la indefensión que ello llevaría consigo y careciendo, en consecuencia, el órgano judicial de facultades para proceder a acoger pretensiones que las partes no han sometido adecuadamente y en el momento procesal oportuno a discusión y a la decisión del órgano jurisdiccional - SS.T.S., Sala Primera, de 6 de marzo de 1984 , 9 de diciembre de 1985 , 12 de diciembre de 1986 , 23 de enero de 1987 , 12 de mayo de 1987 , 6 de marzo de 1990 , 13 de mayo de 1991 , entre otras".

En parecidos términos se pronuncia el Tribunal Constitucional, así de la Sala Primera, SS. de 14 de enero de 1987 , 29 de marzo de 1990 , 32/1992, de 18 de marzo, y de la Sala Segunda , de 22 de julio de 1988 y 30 de septiembre de 1991 .

Precisa la S.T.S., Sala Primera, de 24 de diciembre de 1993 que: «la congruencia exigible a toda sentencia comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo no sólo con las peticiones oportunamente deducidas por las partes "petitum", sino también con el soporte fáctico, "causa petendi", de las mismas, sin que sea lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras, pues de hacerlo, incurre en vicio de incongruencia». No obstante se autoriza al Juzgador a señalar las naturales consecuencias derivadas de las cuestiones en disputa, así como las implícitas, de necesaria integración o que estén sustancialmente comprendidas en el objeto del debate ( S.T.S., Sala Primera, de 28 de octubre de 1993 ), sin que tenga necesariamente que ajustarse a extremos accesorios o complementarios que no alteren las pretensiones principales ( S.T.S., Sala Primera, de 5 de febrero de 1990 ).

La S.T.S., Sala Primera, 779/1993, de 21 de julio , señaló que: «es doctrina constante y reiterada de esta Sala que no se puede apreciar incongruencia de la sentencia cuando concede menos de lo pedido, sin que se requiera que lo concedido hubiera sido solicitado». En el mismo sentido, S.S.T.S., Sala Primera, 1006/1993, de 2 de noviembre , 1 de marzo de 1991 , 1 de julio de 1985 y 21 de mayo de 1985 ".

SAP Baleares, sec. 3ª, S 2-3-2012, nº 115/2012, rec. 610/2011 , conforme a la cual... "la tutela judicial efectiva ( artículo 24 de la Constitución ) comprende, en efecto, el derecho a obtener una resolución motivada sobre la solicitud formulada al órgano judicial, que además ha de ser congruente, lo que consiste en que se ajuste o responda a lo pedido por el justiciable y a los fundamentos de su petición, como tantas veces ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencias 215/1999 , 141/2002 , 191/1995 ). Ello es consecuencia de los principios de justicia rogada o dispositivo y de aportación de parte que rigen nuestro proceso civil que implican que la ley deja a la libertad de los litigantes entablar el proceso, configurar a voluntad el objeto litigioso en su doble vertiente fáctica y jurídica y aportar los materiales sobre los que ha de fundarse la respuesta judicial. Así lo establece con términos taxativos el artículo 216 de la LEC cuando previene que los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales. El deber de congruencia de las sentencias que consagra el artículo 218 de la LEC emana de tales principios rectores. El numeral primero del precepto determina en este sentido que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, y ordena al tribunal que resuelva conforme a las normas aplicables al caso, pero siempre sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer. La doctrina del Tribunal



Supremo advierte con reiteración de la necesidad imperiosa de que las sentencias se ajusten al planteamiento que las partes otorgan a la controversia, cuidando de no resolver cuestiones distintas de las suscitadas por los contendientes -salvo que se trate de puntos sometidos a control jurisdiccional de oficio- o sobre sustrato fáctico diverso del invocado. La sentencia que transgrede estos límites incurre en incongruencia por extra petita (entre otras muchas, la STS 1181/2006, de 17 de noviembre)".

En definitiva, el órgano jurisdiccional está autorizado para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por, pero sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes. Ante todo, por ello la congruencia ha de darse en relación con lo perdido por las partes, y no con los argumentos empleados, y aún entonces no requiere una identidad absoluta, y lo que exige es que no se alteren las pretensiones sustanciales, pero el juez no está obligado a ajustarse a los razonamientos jurídicos empleados por las partes, siempre que no se altere la causa de pedir ni se transforme el problema planteado en otro distinto, ya que es claro que el principio "iura novit curia" autoriza al juez civil a aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, así como modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes.

B). También debe señalarse que la incongruencia omisiva o ex silentio, se produce cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, y la denominada incongruencia extra petita, se da en aquellos supuestos en que el pronunciamiento judicial recaiga sobre tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando una indefensión contraria al principio de contradicción ( SSTC 124/2000, de 16-5 ; 213/2000, de 18-9 ; 5/2001, de 15-1 ; 135/2002, de 3-6 ; 169/2002, de 30-9 y 186/2002, de 14-10 ). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 28 y 29-10 y 5-11-2004 . Cuando el silencio judicial pueda interpretarse como desestimación implícita por razones de incompatibilidad del pronunciamiento emitido con el silenciado, la sentencia no incurre en incongruencia ( SSTS 797/2003, de 23-7 ; 1070/2003, de 6-11 ).

No significa en absoluto, que se produzca incongruencia omisiva por falta de motivación cuando concurra una concisa y breve motivación, ya que el requisito exigido no supone una exhaustiva descripción del proceso intelectual seguido para llegar a resolver en un, determinado sentido, ni es opuesto a la parquedad del razonamiento, con tal de que el mismo, ponga de manifiesto que la decisión adoptada responde al interesado y a los órganos el control de la legalidad, las indicaciones suficientes para determinar la corrección del fallo y la constatación, sobre todo, de que éste no constituye una pura arbitrariedad, de ahí que el Tribunal Constitucional haya señalado que la obligación de motivar o, lo que es lo mismo, lisa y llana mente, de explicar la decisión judicial, no conlleva una simétrica exigencia de extensión, elegancia retórica, rigor lógico o apoyos científicos, que están en función del autor y de las cuestiones controvertidas, dado que la LEC tanto la extinta como la nueva, pide al respecto «claridad» y «precisión», no implicando tampoco ello un paralelismo servil respecto de los alegatos y la argumentación de los litigantes, por lo que, en definitiva, el razonamiento jurídico de una resolución judicial, sobrio y escueto, afortunado o desafortunado, es, sin embargo, suficiente porque cumple su función y da a conocer el criterio del órgano judicial de modo inequívoco ( STC, Sala I, 159/1992, de 26-10 ), no existiendo precepto alguno que exija una detalladísima labor de investigación de las pruebas, bastando que de los términos en que aparece plasmado el debate y examen conjunto de las probanzas se alcance, en línea de racionalidad jurídica suficientes, una o varias conclusiones que conforman el fallo o decisión ( SSTS 20-2- 1993 , 7-1-1994 , 1-6-1995 , 13-4-1996 y 9-6-1998 y STC 28-10-1991 y SAP Málaga, Sec. 6ª, 7-5-2003 ).

**SEGUNDO** : A). En relación con ese primer motivo del recurso, folio 432, en el que se alega incongruencia de la sentencia al resolver la controversia sin tener en cuenta los términos de la pretensión ejercitada por la demandante, con vulneración de los artículos 218 y 412 LEC y del artículo 24 Constitución , folio 432, y en el que se expone, a su vez, que por parte del juzgador a quo no se ha cumplido con el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza una resolución motivada fundada en derecho, resolutoria de la controversia jurídica, pues el juzgador incurrió en incongruencia omisiva cuando no da respuesta a cuestiones planteadas que de haber sido consideradas en la decisión pudieran haber podido determinar un fallo distinto al pronunciado con arreglo a la jurisprudencia constitucional que se señalaba. Se concreta, también, en dicha alegación o motivo que las pretensiones de las partes de acuerdo con el artículo 412 y concordantes LEC , quedan determinadas en los escritos de demanda y de contestación, folio 433, sin que pueda sufrir alteración alguna, de modo que debe estarse a dichos escritos para conocer los términos en que quedó establecido el objeto del debate.



Se ponía de relieve que en la pretensión de la actora en el uso no autorizado de los programas de ordenador de su propiedad, siendo tal cuestión el objeto principal de la controversia, conforme a la demanda, añadiéndose que la demandada fundaba su pretensión desestimatoria de la demanda, por una parte, en la falta de acreditación del uso de muchos de los programas o utilización de los mismos y, por otra, en la existencia de programas de descarga gratuita, demos o copias de seguridad que no precisaban licencia de uso. Al contrario, analizaba la sentencia no se daba respuesta a tal cuestión, constituyendo así un claro ejemplo de un supuesto de incongruencia omisiva. Se hacía referencia, y así se concluía en ese motivo, al hecho de que la demanda se basaba en un informe pericial cuyo redactor no había respetado los términos en que el mismo debía ser elaborado atendiendo al objeto del procedimiento, uso no autorizado de programas, ni a la comprobación de la utilización de reproducciones no autorizadas, que constituía el contenido del auto que había determinado su elaboración, ni al objeto referido en su propio informe (comprobar la utilización de reproducciones no autorizadas), ya que el propio perito había admitido en la vista que no era parte de su contenido.

B). En la demanda presentada por la procuradora a doña Estela Muro en representación de la entidad AUTODESK INCORPORATED, se solicitaba (folio 15 vuelto): *"1º.- Se declare la titularidad de los derechos de explotación de la compañía AUTODESK INCORPORATED sobre los programas de ordenador que fueron hallados en las instalaciones de la demandada, JESÚS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., y que constan relacionados en el informe pericial acompañado de documento 3.*

*2º.- Se declare que el uso por parte de la demandada, JESÚS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., de los programas de ordenador que fueron hallados en sus instalaciones y que han quedado reseñados en el informe pericial Acompañado de documento 3, constituye una violación de los derechos de propiedad intelectual que sobre los mismos ostenta AUTODESK INCORPORATED.*

*3º.- Se ordene a la demandada, JESÚS MARINO- PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., a la cesación de la actividad ilícita, comprendiendo dicho cese la suspensión de la actividad de reproducción y uso no autorizado, con la prohibición de reanudarla, procediendo a la destrucción de las copias de los programas de ordenador hallados en las instalaciones de la demandada y que constan detallados en el informe pericial acompañado de documento 3.*

*4º.- Se condene a la demandada, JESÚS MARINO PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA, S.L., a indemnizar a AUTODESK INCORPORATED, en concepto de daños y perjuicios causados en la cantidad de 210.820,00 euros, más los Intereses legales devengados desde el día 13 de abril de 2010, fecha en que se realizó la diligencia de investigación, por ser el momento en el que se acreditó el uso no autorizado.*

*5º.- Se condene, asimismo, a la demandada a indemnizar a AUTODESK INCORPORATED en la suma de 9.000 euros en concepto de daños morales causados por su actividad ilícita.*

*6º.- Se condene a la demandada a la publicación íntegra y a su costa de la sentencia condenatoria en un periódico de ámbito nacional y en una revista especializada del sector de la ingeniería y de la arquitectura.*

*7º.- Se condene a la demandada al pago de las costas del presente procedimiento."*

C). En la contestación a la demanda presentada por la procuradora doña María Luisa Rivero, en la actualidad procuradora doña Blanca Gómez del Río, en representación de don Jesús Marino Pascual y la entidad Asociados Arquitectura S.L., se señalaba (folio 168) que respecto de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda se manifestaba expresamente:

*"1º.- No todos los programas que figuran en el informe pericial acompañado a la demanda como DOC. Nº 3 son de titularidad de la parte demandante, refiriéndonos a los craks que el perito considera como programas.*

*2º.- No todos los programas que figuran en el informe pericial acompañado a la demanda como DOC. Nº 3 eran ejecutables, ni susceptibles de uso, por lo que en ningún caso pueden suponer violación de los derechos de propiedad intelectual de la actora.*

*3º.- No puede acordarse la suspensión o cese de actividad de todos los programas a que se refiere el informe pericial acompañado a la demanda como DOC. Nº 3, pues en el mismo se incluyen, por ejemplo, algunos programas legítimamente adquiridos por mi mandante.*

*4º.- No puede condenar a mi mandante en los términos pretendidos en la demanda, pues no se han acreditado los precios de venta que sirven para el cálculo de la cantidad reclamada, siendo que, además, el importe reclamado está calculado respecto de todos los programas que figuran en el informe pericial acompañado a la demanda como DOC. Nº 3 y en el mismo se incluyen, por ej., algunos programas*

*legítimamente adquiridos por mi mandante y otros inejecutables. Admitiendo a efectos dialécticos los precios de venta referidos de contrario, la cuantía objeto de condena sólo podría alcanzar el importe a que se refiere el informe pericial acompañado por esta parte o la que resulte de la prueba practicada en los términos planteados en el presente escrito de contestación.*

*5º.- No procede la condena por daño moral por falta de la menor prueba al respecto, siendo que ni tan siquiera se refieren las bases que se han tenido en cuenta para el cálculo de la pretensión ejercitada.*

*6º.- No procede la publicación de la sentencia condenatoria que pudiere dictarse por falta de concurrencia de los requisitos establecidos al efecto."*

D). En la sentencia recurrida y en su segundo fundamento de derecho (folio 409) se concluía en el sentido de que lo que procedía claramente era considerar y coincidir con la postura Don. Marco Antonio y lo reflejado en su informe acerca de la acreditación del uso por la demandada de programas titularidad de la actora sin licencia, y que en tal sentido debían ser tenidos en consideración.

En dicho fundamento de derecho se entendía que se había admitido que la demandada había justificado el uso lícito de dos programas de ordenador un AUTOCAD 2008 y un AUTOCAD INVENTOR 10, con referencia también al resto de programas encontrados en la investigación previa realizada por orden del juzgado, de los que se entendía que no podía sino considerarse que no existían otras licencias de uso de los programas titularidad de la actora, sin que se hubiese acreditado lo contrario, ya que incluso había una carta remitida por la demandada a la actora comunicando la tendencia de una licencia del programa AUTODESK INVENTOR 11 y un programa AUTOCAD 2008, de modo que sus propios actos revelaban que no existía ninguna otra licencia.

Asimismo, en dicho fundamento se exponía, en cuanto a los programas instalados, en el sentido de que pudiesen ser programas de prueba por versiones gratuitas-demos, por el juzgador a quo se entendía que no se había acreditado por la demandada, a quien incumbía tal carga, que esa apreciación fuese cierta, tal y como se señalaba en dicho fundamento de derecho, en el que se hacía referencia al hecho de que un empleado estaba borrando ficheros desde un ordenador mientras se comprobaban otros por el perito, que pudo localizar en la papelera de reciclaje y que, en todo caso, no se pudo comprobar que tales ficheros fueran ejecutables o demos, pero suponía que, no siendo evidente que en tal caso no se hubiese procedido a su intento de destrucción. Se añadía que Don. Marco Antonio, perito que aportó el dictamen documentado presentado con la demanda, folios 28 y siguientes, había referido que tales programas podían ser lícitos o demo, aunque tal extremo no era objeto de su pericia, siendo que pidió las licencias de los programas y no se le aportaron, porque le habían manifestado que las aportarían al juzgado, además de que si alguno de los programas podía estar instalado en un ordenador no en uso, asimismo, manifestó que era cierto tal extremo, pero que ello no significaba que no fuese ejecutable y pudiese constituir una infracción de los derechos de propiedad intelectual de los titulares de dichos programas.

Se indicaba finalmente por el perito que lo que se había hallado en el servidor eran copias de seguridad de los programas para instalar en otros equipos, por lo que eran instalables y que en el mismo se encontraron los cracks correspondientes a su descarga ilegal, añadiendo que se trataría de reproducciones no autorizadas, así como que estaba prohibida la reproducción total o parcial, por lo que era evidente que la infracción persistía al amparo del artículo 99 LPI.

E). Junto con la demanda se aportó de auto de fecha 19 febrero 2010, folio 25, dictado por el Juzgado de Primera Instancia 6 de Logroño en medidas cautelares previas 157/2010, en cuya parte dispositiva se acordaba:

*"1º Que la comisión judicial, presidida por el Secretario de este Juzgado, se personó el día que se señale en el domicilio de JESUS MARINO PASCUAL ARQUITECTURA S.L.P. sito en la calle Arrabal nº 2 de Logroño (La Rioja) auxiliado de la fuerza pública y auxiliado del perito que designará la parte solicitante.*

*1º notifique la presente resolución con traslado de copia de la solicitud de las medidas cautelares.*

*2º se examine el contenido de los discos duros de los distintos ordenadores, y demás soportes informáticos que posea la compañía requerida, a fin de comprobar la utilización de reproducciones no autorizadas de todos aquellos programas de ordenador y sus respectivas versiones cuya titularidad ostentan sus representadas, así como analice el servidor de dicha sede con la finalidad de detectar los programas de ordenador que están siendo utilizados en las demás sedes que dicha mercantil tiene en España, dejando expresa constancia, al efecto de la elaboración del Dictamen Pericial que se solicita por otrosí, de los siguientes aspectos: 1º nombre de los programas de ordenador hallados y versión; 2º compañía titular de los mismos;*

3º cantidad de reproducciones encontradas; 4º número de serie y en su caso, entidad o persona a favor de la cual aparecen licenciados; 5º precio de mercado de las reproducciones encontradas.

*En la práctica de estas diligencias se garantizará la confidencialidad y privacidad de los datos que contengan los ordenadores y se adoptarán las medidas precisas para evitar el borrado o destrucción accidental de datos que contengan los mismos.*

*2º La diligencia se verificará el día y hora que se señale a tal efecto, una vez constituida la fianza de 6000 euros en alguna de las modalidades establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil en término de 10 días.*

*Practicadas las diligencias anteriores y recabado el informe pericial propuesto, se citará a las partes a la celebración de la vista del art. 734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ."*

F). Como se ha venido a señalar con anterioridad, según se desprende de STS 10 octubre 2012, número 573/2012, recurso 732/2010 , "la incongruencia ex silente o por omisión de pronunciamiento, esto es, por defecto de exhaustividad, constituye una violación del artículo 218, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En efecto, dicha norma exige que las sentencias decidan todos los puntos litigiosos que hubieran sido objeto del debate. La Sentencia 119/2003, de 28 de febrero , con cita de la 65/2000, de 4 de febrero , destacó que el requisito de exhaustividad exige que aquellas resuelvan absolutamente todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una la respuesta, además, suficientemente razonada o motivada, que sea procedente.

La exhaustividad guarda directa relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, regulado en el artículo 24 de la Constitución Española . La sentencia del Tribunal Constitucional 25/2012, de 27 de febrero , tras las 52/2005, de 14 de marzo , 4/2006, de 16 de enero , 85/2006, de 27 de marzo , 138/2007, de 4 de junio , 144/2007, de 18 de junio , y 165/2008, de 15 de diciembre , precisó la exigencia de que el órgano judicial ofrezca respuesta a las pretensiones formuladas por las partes a lo largo del proceso, evitando que se produzca un desajuste entre aquellas y el fallo judicial.

Ese desajuste se produce, entre otros casos, cuando queda sin respuesta alguna de aquellas, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución.

En el presente caso, y conforme a todo lo expuesto con anterioridad no puede apreciarse un supuesto de incongruencia omisiva. En efecto, si en el recurso de apelación, en esta primera alegación o motivo, se entiende que por parte del juzgador a quo no se han respetado los términos en que fue elaborado atendiendo al objeto del procedimiento, en relación con el uso no autorizado de programas, ni al contenido del auto que determinó su elaboración (comprobación de utilización de reproducciones no autorizadas), ni al objetivo referido en el informe (comprobación de utilización de reproducciones no autorizadas), por parte del juzgador a quo en su resolución no se ha incurrido en ese tipo de incongruencia. Así, en la sentencia se resuelve en el sentido de dar acogimiento a los 4 puntos que se exponen en la misma, fallo de dicha resolución, folio 415, en relación con el resto de su contenido, sobre titularidad de derechos de explotación de programas de ordenador hallados en instalaciones de la demandada; uso por la demanda de programas de ordenador indicados en cuanto que constituya violación de derechos de propiedad intelectual ostentados por la actora, cese por la demandada de tal actividad ilícita con suspensión de reproducción y uso no autorizado; y la consiguiente indemnización civil a favor de la actora a cargo de la demandada, con arreglo a la diferente fundamentación que se exponía en la resolución recurrida y, en concreto, en el segundo de sus fundamentos de derecho, folios 409 a 411, ya que, como se expone en el mismo, únicamente por la demandada se justificó el uso lícito respecto de dos programas de ordenador, sin que la investigación previa realizada por orden del juzgado hubiese abocado a la apreciación de otras licencias de uso de programas titularidad de la actora, como incluso se desprendía de la documental aportada por la parte demandada y sin que la pericial practicada permitiese llegar a otra conclusión. Además de apreciarse también en dicho fundamento que en modo alguno se había acreditado por la parte demandada, a quien correspondía tal justificación, que los programas encontrados fuesen de prueba o gratuitos-demos, sin que la referencia que en dicho fundamento se hace, folio 410, que también se recoge en esa primera alegación del recurso, folio 432 y siguientes, al hecho de que el perito Don. Marco Antonio refiriese a que los programas podían ser lícitos o demo, aunque tal extremo no era objeto de su pericia, ya que se habían pedido las licencias de los programas y no se aportaron, porque se manifestó que se aportarían al juzgado, desvirtúa el criterio expuesto por la juzgadora a quo en ese fundamento de derecho y de lugar a la estimación de ese motivo, pues lo que tiene que apreciarse, es que únicamente dos programas tenía licencia, es decir eran solo de uso lícito, sin que por la parte demandada se hubiese justificado ninguna otra



autorización o licitud respecto del resto de programas, ya que ni siquiera aportó las licencias, como manifiesta el perito y así se aprecia en el repetido segundo fundamento de derecho.

Incluso, tiene que destacarse, y en cuanto a esa desestimación de la incongruencia omisiva, que visto contenido de la contestación a la demanda y en concreto, la referencia que se hace en el 5º punto de la fundamentación jurídica de la misma, folio 168, puesta de relieve con anterioridad, en la sentencia recurrida se da respuesta a las cuestiones que se plantean en la misma, al dar lugar al acogimiento de la demanda en la forma expuesta en ella, con justificación suficiente, visto el contenido de ese repetido segundo fundamento de derecho en cuanto a los programas encontrados, el uso de los mismos, ilícito excepto en dos de ellos, a la instalación en un ordenador, servicio de servidor y copia de seguridad, y los programas a instalar en otros equipos.

**TERCERO :** En la tercera alegación del recurso, folios 437 a 451, se plantea error en la sentencia impugnada por vulneración de lo dispuesto en el artículo 217 LEC , en cuanto que se efectuaban ella una improcedente atribución de la carga de la prueba, de una errónea valoración de la misma, con referencia a las medidas cautelares, entendiéndose que quien debía acreditar la licitud o autorización de los programas era la parte actora a quien correspondía la carga de la prueba.

En relación con esta alegación debe hacerse referencia al auto indicado de 19 febrero 2010 , folio 25, en relación con medidas cautelares interesadas y acordadas, en el que respecto al examen del contenido de los discos duros de los ordenadores y soportes informáticos sitos en el establecimiento de la parte demandada, a fin de comprobar la utilización de reproducción no autorizada de programas de los demandantes para elaborar informe pericial en relación con dicha situación, se acordaban las medidas interesadas, por cuanto prima facie existían datos y justificaciones que conducían a entender que de no acceder a lo interesado se podía comprometer el buen fin de la resolución sobre la solicitud, siendo datos que de otro modo serían imposibles de obtener por estar en un espacio privado los elementos sobre los que se debía formar, añadiéndose que la medida estaba justificada ya que se aportaba acta notarial que recogía denuncia respecto de la utilización de programas titularidad de la actora y acreditación documental de que no constaba dicha empresa como titular de ninguna licencia otorgada por la solicitante.

Se aportaron diferentes informes periciales documentados. A los folios 28 y siguientes consta informe emitido por el técnico don Marco Antonio , ingeniero en informática, sobre la inspección efectuada en los ordenadores y programas encontrados en las instalaciones de la parte demandada. A los folios 180 y siguientes consta informe documentado emitido por don Arcadio ingeniero superior en informática sobre auditoría. Y, finalmente, a los folios 305 y siguientes consta informe de don Constancio , economista.

Estos datos, es decir, esta referencias a informes documentados y al auto de medidas cautelares, tiene que relacionarse con el hecho de que únicamente la entidad demandada tenía licencia o justificación sobre uso lícito de dos programas de ordenador, con documental de la misma en relación con dichos programas, como se apreciaba en el segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida, en el que, además, se hace referencia a la situación en la que se encontraba un empleado de la parte demandada borrando ficheros desde un ordenador mientras se comprobaban otros ordenadores, además de la existencia de otro indicio como era la aparición de un número de serie de programas repetido en distintos terminales, hasta siete, que reflejaba el uso indebido de tales programas.

Por último y en relación con esta alegación o motivo de impugnación no puede olvidarse que la doctrina ha venido matizando la regla relativa la carga de la prueba, en la que corresponde al actor acreditar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado la de los obstativos, impositivos que alegue, en el sentido de que la regla no puede admitirse como norma absoluta, ya que también habrá la posibilidad de apreciar elementos indiciarios que permitan justificar la misma, sobre todo cuando los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que se alegan otros impositivos u obstativos, como ocurrió en el presente supuesto, según se desprende de la contestación a la demanda en relación con el suplico de esta última, de la demanda, folio 168, además de que la carga de la prueba no responde a un principio inflexible sino que se debe adaptar a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados y la disponibilidad o facilidad para probar que cada parte tenga ( SAP Barcelona, sección 13,57/2005, 27 enero y SAP Tarragona, sección 3ª, recurso 112/2002, 12 noviembre 2002 , en este sentido).

En definitiva, se rechaza también esta segunda alegación o motivo de impugnación y se mantiene la sentencia de instancia respecto de la misma.

**CUARTO :** En la cuarta alegación del recurso, folios 451 a 454, se hace referencia a error en la sentencia recurrida por errónea valoración de la prueba en cuanto a la consideración de las copia de seguridad y



actuaciones como programas de uso no autorizados, con referencia a diferentes normas legales y Directiva 93/3, de 5 abril 1993.

Se rechaza esta alegación, por cuanto que el tenor de la sentencia de instancia resulta claro, segundo fundamento de derecho, ya puesto de relieve con anterioridad en relación con la falta de justificación de uso lícito de los programas intervenidos, excepto en dos de ellos, así como el hecho de que se había procedido al borrado de programas sin justificación, así como al hecho de que si bien en el servidor los programas no son ejecutables, en el mismo, no obstante, lo que se había hallado eran copia de seguridad de los programas para instalar en otros equipos, por lo que eran instalarles, y que, incluso, se habían encontrado placas correspondientes a su recarga ilegal, tratándose en todo caso, de reproducciones no autorizadas, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 99 LPI .

Consecuentemente, los programas carecían de la necesaria licencia de uso, por lo que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo en el artículo 99.a) TRLPI , en relación con el artículo 97 y 100 de la misma ley , exige la autorización de su titular, para la reproducción total o parcial, incluso para uso personal, de un programa de ordenador, por cualquier medio, por parte de quien no tiene derecho a utilizar el programa. Consiguientemente el derecho de uso de un programa de ordenador lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario autorizado, y la parte demandada no reviste éste último carácter, al faltar la necesaria autorización del titular del derecho ( ss AP Santa Cruz de Tenerife, sección primera, 8 abril 2002, número 170/2002, recurso 940/2001 , en este sentido).

Por otra parte, si en esta alegación, folio 453, se hace referencia a las copias de seguridad en relación con el contrato de adhesión aportado a autos, y obrante a los folios 242 y siguientes, no puede olvidarse que si el juzgador a quo señala en su resolución que aunque se tratase de copias de seguridad, como se podían instalar en otros equipos, eran ilícitas, tal valoración resulta acorde, pues para no apreciar que dichas copias no fuesen ilícitas deberían de proceder de programas lícitos, de ahí que también se rechace esta alegación.

**QUINTO :** En la quinta alegación del recurso, folios 454 a 458, se hace referencia a error en la sentencia recurrida por errónea valoración, en cuanto a la prueba respecto de la acreditación del daño y cálculo de la indemnización, entendiéndose, en definitiva, que no existía prueba cierta insuficiente de cuál era el precio de venta de los programas que podría servir de base para el cálculo del daño, bien como remuneración que la actora hubiese percibido (precio de venta al distribuidor), bien como beneficio neto de la venta, a que alude su demanda (resultado de la explotación).

En la sentencia recurrida y respecto de esta cuestión, 4º fundamento de derecho de la misma, folio 411, se hace referencia al artículo 140 TRLPI , en relación con la indemnización y el ámbito de la misma relativo al valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que se haya dejado de obtener a causa de la violación del derecho, así como al hecho de que la indemnización se deberá fijar, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios que se fijan en el precepto, con referencia al elegido por la actora como criterio para determinarla situación a la remuneración que hubiese percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. La parte demandada suponía al cálculo fijado la demanda por importe de 210.820 €, se sigue indicando en dicho fundamento, por cuanto que se entiende por dicha parte que la valoración era desmedida y no acreditada, considerando que la suma únicamente debía ascender a la cantidad de 12.000 €, pues la valoración de cada copia se debía cuantificar en un 10% del precio, ya que existía dentro del precio de venta una gran cantidad de costes asociados a otros factores que intervenían en el proceso de venta, de modo que debería seguirse el criterio del informe del Sr. Arcadio , que consideraba que se debía aplicar al precio de venta neto de cada uno de los programas el porcentaje general que representaban los beneficios de explotación, siendo el resultado no llevaba a 12.000 €.

De forma concreta y en cuanto a la cuantificación en dicho fundamento de derecho, folio 412, se menciona el informe del perito Sr. Marco Antonio , folios 28 y siguientes del informe del perito Sr. Arcadio , folios 180 y siguientes, poniendo de relieve que el primero refería en su informe que había valorado el precio de venta al público de los referidos programas sin IVA, mientras que el segundo refería que debían descontarse los costes asociados a otros actores que intervenían en el proceso de venta, como podían ser los distribuidores.

Se entendía por el juzgador a quo que la ley era clara, y cuando el artículo 140 establecía como criterio el importe que se debería haber abonado al perjudicado para la compra del de tales programas, lo hacía sin tener en consideración y los costes de producción y los indirectos de los presuntos intermediarios, de modo que la referencias del informe emitido por los Sr. Arcadio no tenían cabida legal.

Tampoco se estimaba que alguno de dichos programas estuviesen obsoletos y hubiesen perdido valor, pues el Sr. Marco Antonio recogía claramente que el valor es el que tenían en su momento sin actualizar el mismo.

Consecuencia se debía condenar a la demandada a abonar la actora la suma reclamada por tal concepto en cuantía de 210.820 €, a que ascendía el coste de los programas encontrados titularidad de la actora y sin licencia.

Por el juzgado se fija la remuneración conforme a la que la actora hubiera percibido entidad si, de acuerdo con lo que dispone el artículo 140, apartado 2, letra b), del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril EDL1996/14925, la demandada hubiera pedido autorización para utilizar los bienes inmateriales objeto de los derechos por ella gestionados. Razón por la que procede estimar este motivo y, al fin, el recurso.

De acuerdo con SAP Alicante, sec. 8ª, S 20-3-2012, nº 132/2012, rec. 54/2012, "...de conformidad con el artículo 138 TRLPI el titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados, en los términos previstos en los artículos 139 y 140.

La ley, por ello, establece criterios para cuantificar los daños o perjuicios, conteniéndose en ambos conceptos, daño y perjuicio, el reconocimiento del derecho de reparación que dimana del principio de indemnidad y, por tanto, del derecho a ser reparado en el daño efectivo, incluso el moral y por gastos de investigación y por lo dejado de ganar.

En este marco legal, el criterio *res ipsa loquitur*, la cosa habla por sí sola- no sustituye el deber probatorio. Se integra, señala la jurisprudencia, como un criterio probatorio sustentado en una valoración de la prueba de naturaleza presuntiva por cuanto se refiere a una evidencia -la infracción- que crea por sus circunstancias, una deducción de la existencia del daño a partir de la verificación de la propia infracción - art 386 LEC .

Como dice la STS de 31 de mayo de 2011, la doctrina general sobre la probanza por quien reclama tanto de la existencia del daño como de su importe, ...tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia de daño...cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma" (*ex re ipsa*), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella.

**SEXTO :** Para resolver esta cuestión ha de partirse del criterio seleccionado por el actor para la cuantificación del perjuicio, el de la regalía hipotética, que como ha señalado la jurisprudencia, no depende de la constatación previa de que por el perjudicado se haya concedido previamente licencias para terceros.

En efecto, el Tribunal Supremo -S 11 de abril de 2007, deja claramente asentado que el criterio de la regalía es un criterio hipotético, esto es, que no es necesario que el derecho de propiedad intelectual -lo mismo en el caso de cualquier otro derecho de propiedad industrial- de que se trate haya sido licenciado por su titular para poder basar la indemnización sobre la regalía que hipotéticamente debiera haber pagado el infractor si hubiese solicitado una licencia. Se trata de una ficción, STS 9 de marzo de 2009, un método de cálculo de indemnización.

Partiendo de todo lo anterior, la conclusión que alcanzamos a partir del hecho del número de descargas no autorizadas del programa de la actora desde los dominios del demandado -82.482- y el precio por programa -69,95 euros- aplicado por el titular en su comercialización, es que debe fijarse un *royalty* que permita obtener en la lógica comercial o del mercado de que se trata, la ganancia que reportaría al titular del derecho licenciar la explotación de sus programas por tercero".

En el presente caso, visto el informe aportado con la demanda, folios 28 y siguientes, y, en concreto, folio 38, relativo a precios de programa, así como los informes obrantes a los folios 180 y siguientes y 301 y siguientes junto con los documentos a los folios 211 siguientes y 240 y siguientes en relación con el tenor del artículo 140 de referencia, resulta claro que la indemnización se fijará conforme al criterio expuesto en dicho precepto en su punto o párrafo segundo, de modo que el perjuicio se cuantificara conforme a lo dispuesto en el mismo, y que se había interesado en la demanda: retribución o remuneración que se hubiese recibido de haber pedido autorización para utilizar los bienes inmateriales objeto de los derechos que a ella correspondía por los productos.

Por ello, tiene que mantenerse la sentencia recurrida con la desestimación también de este motivo de impugnación y con el de la totalidad del recurso, dándose por reproducida la presente la fundamentación contenida en la de instancia

**SEPTIMO** : Al desestimarse recurso apelación las costas se imponen a la parte apelante conforme a lo dispuesto los artículos 394 y 398 LEC .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que, debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación formulado por la procuradora de los tribunales D<sup>a</sup> Blanca Gómez del Río, en nombre y representación de JESUS MARI **NO** PASCUAL Y ASOCIADOS ARQUITECTURA S.L., contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de los de Logroño , en autos de juicio ordinario en el mismo registrado al nº 1467/2010, de que dimana el Rollo de apelación nº 381/2011, la cual debemos confirmar y confirmamos.

Se imponen a la parte apelante las costas de la alzada.

La confirmación de la sentencia de instancia supone la pérdida del depósito constituido para apelar, al que se dará el destino legal ( D.A. 15ª LOPJ , según redacción de la LO 1/2009).

Contra la presente resolución puede haber recurso de casación, y, en su caso, recurso por infracción procesal, ante el Tribunal Supremo, si se cumplieran los requisitos legales, que serían examinados en cada caso por la Sala.

Cúmplase al notificar esta resolución lo dispuesto en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia, con testimonio de esta resolución, interesándose acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al rollo de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrado/s que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.