

Tutela administrativa. Medidas cautelares. Marco conceptual. Requisitos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Perú

ORGANISMO: Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI

FECHA: 21-8-2007

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto digitalizado de la Resolución, cortesía del INDECOPI.

OTROS DATOS: Resolución 1627-2007/TPI-INDECOPI

SUMARIO:

“El tiempo que tome la finalización de un procedimiento a través de la expedición de la resolución que resuelva en forma definitiva la cuestión controvertida, sometida a consideración de la Autoridad Administrativa puede, en algunos casos, resultar perjudicial para los intereses de la parte denunciante. Para evitar ello, existe el instituto procesal de la medida cautelar”.

“La medida cautelar permite al eventual ganador de un proceso obtener de la Autoridad un pronunciamiento que contenga una acción o una omisión destinada a asegurar que el fallo final – que presumiblemente lo va a favorecer – se cumpla”.

“Por ello, la medida cautelar es concebida como una institución que está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva en un procedimiento, procurando a través de la misma que un eventual daño no se torne en irreparable por el transcurso del tiempo hasta la expedición de la resolución”.

[...]

“... al momento de evaluar el dictado de una medida cautelar, la Autoridad debe verificar que se cumplan los siguientes requisitos:

- *La titularidad del derecho invocado o la legitimación para obrar*

El solicitante de la medida cautelar debe ser el titular de los derechos que se pretenden proteger con la medida cautelar, ya sea directamente o a través de sus representantes. Asimismo, por mandato legal, las sociedades de gestión colectiva están facultadas para solicitar este tipo de medidas.

- *Infracción del derecho o infracción inminente*

El solicitante de la medida debe brindar los elementos o indicios que sean necesarios a fin de que la Autoridad pueda presumir válidamente que el afectado con la medida puede estar

explotando una obra protegida por el derecho de autor o, en todo caso, que dicha explotación está por ocurrir, sin contar con la autorización previa y por escrito de titular del derecho.

- *Daño irreparable al titular por la demora en la expedición o riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas*

La Ley exige que se demuestre la necesidad del dictado de la medida cautelar solicitada, ya sea porque de continuar la actividad del afectado con la medida se le causaría un daño irreparable al solicitante o porque existe un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas.

El concepto de daño irreparable está vinculado con el peligro en la demora (periculum in mora) en resolver el conflicto de intereses. Es por ello que al pedirse una medida cautelar debe acreditarse al juzgador que si no se concede la medida, el tiempo que necesariamente transcurre hasta que se emita la resolución final, provocará una situación peligrosa y perjudicial, cuyas consecuencias no podrán ser reparadas.

El otro supuesto contemplado en la ley es que exista un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas. Ello tiene por finalidad preservar todo medio probatorio que permita a la Autoridad administrativa emitir un pronunciamiento sobre la veracidad o no de los hechos denunciados; por lo general, ello será necesario cuando, por la naturaleza de la infracción, el denunciado esté en capacidad de destruir los bienes infractores o la información referida a la magnitud de la infracción, impidiendo de esta forma que la autoridad pueda sancionar la conducta denunciada”.

“En aquellos casos en los que el solicitante de la medida cautelar no logre demostrar la concurrencia de los requisitos antes mencionados, la solicitud deberá ser denegada”.

TEXTO COMPLETO:

ANTECEDENTES

Con fecha 07 de marzo de 2007, Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc., Microsoft Corporation y Mc Afee Inc. solicitaron la realización de una inspección en las entidades denominadas Adualink S.A.C. y Gamma Cargo S.A.C., a fin de verificar la tenencia y utilización legal y legítima de software. Fundamentaron su solicitud en las siguientes consideraciones:

(i) Son titulares de los derechos de autor de diversos programas de computación de uso masivo.

(ii) La emplazada recibió, con fecha 26 de setiembre del año 2005, dos cartas remitidas por Business Software Alliance, entidad que agrupa a todas las recurrentes, informándole de las normas que protegen los derechos de

autor, instándola a revisar sus equipos para verificar que el software instalado en ellos tenga su correspondiente licencia de uso y requiriéndole copia de las licencias de uso del software instalado en sus equipos.

(iii) El requerimiento recibió, una respuesta evasiva por lo que solicitan la inspección, habida cuenta que no tienen registrada compra alguna de software ni dicha empresa ha puesto en conocimiento la adquisición de las licencias de uso del software instalado en sus equipos.

(iv) Tratándose de hechos públicos y notorios, deviene en innecesario y es inexigible el acreditar para cada programa de computación la titularidad de los derechos de autor, porque la ley de la materia y los convenios internacionales no exigen registrar cada obra intelectual o software en el Registro Nacional de Derechos de Autor como condición para el reconocimiento del derecho de autor, ni para el ejercicio de los mismos.

(v) En cuanto al riesgo inminente de que se destruyan las pruebas, debe tenerse presente que, en el caso del software, la reproducción ilegal es susceptible de ser borrada, eliminada o desinstalada con mucha facilidad y en brevísimo tiempo. Sólo se puede detectar la infracción en virtud de una inspección con personal técnico que permita constatar los programas de ordenador instalados en los equipos de cómputo del infractor.

(vi) Solicitaron que la inspección se realice sin notificación previa de los emplazados y en forma inmediata a su notificación, dado que la eficacia de la diligencia radica principalmente en el desconocimiento previo, de lo contrario los emplazados tomarían las acciones necesarias para ocultar la infracción. Se debe tener como persona encargada a quien se encuentre presente en el momento de la diligencia de inspección en el local, independientemente de la labor que desempeñe.

(vii) Los presuntos infractores usan el software diariamente, sin licencia y a plena disposición, para mejorar la eficiencia y productividad de sus empresas, generando con ello un beneficio equivalente a un enriquecimiento indebido y competencia desleal. La utilización del software sin la licencia de uso ocasiona un perjuicio directo a la normal explotación del programa, ya que produce una disminución en la venta de los ejemplares y afecta su circulación legal, con la consiguiente pérdida de su valor comercial.

Adjuntó copia simple de las cartas cursadas a Adualink S.A.C. por parte de Business Software Alliance con fecha 23 de setiembre del 2005.

Mediante proveído de fecha 09 de marzo del 2007, la Oficina de Derechos de Autor ordenó, bajo costo y riesgo de las solicitantes, la realización de una inspección sin previo aviso en los locales de las empresas Adualink S.A.C. y Gamma Cargo S.A.C., con el objeto de verificar la observancia del Derecho de Autor por parte de las inspeccionadas respecto de los software o programas de computación que se encuentren en sus locales. Consideró lo siguiente:

(i) Los artículos 2º y 32º del Decreto Legislativo N° 807 y el artículo 177º del Decreto Legislativo N° 822 han reconocido la facultad de la Oficina de ordenar que se practiquen inspecciones dentro y fuera del procedimiento de infracción al Derecho de Autor y los derechos conexos.

(ii) Las solicitantes han cumplido con los requisitos de procedencia contemplados en los literales a), b) y c) del artículo 179º del Decreto Legislativo N° 822.

(iii) Respecto al inciso a) de la norma citada, la Oficina señaló que las solicitantes aparecen indicadas en los software o programas de computación cuya titularidad reclaman en la forma acostumbrada; ejerciendo las mismas la presente acción en su condición de titulares derivados del derecho.

(iv) Teniendo en cuenta la titularidad del derecho de exclusiva de las solicitantes y no encontrándose el acto de explotación imputado previsto como una excepción o límite al Derecho de Autor, atendiendo a la naturaleza de la obra protegida, que puede ser fácilmente removida de los ordenadores de propiedad del inspeccionado, se ha acreditado el supuesto establecido en el señalado artículo 179º inciso b).

(v) Con respecto al supuesto establecido por el inciso c) del artículo 179º del Decreto Legislativo 822, la Oficina señaló que, teniendo la inspección la finalidad de constituir una prueba anticipada de la supuesta infracción, de no accederse en esta oportunidad a la solicitud presentada existe el riesgo de que, de entablarse la correspondiente acción por infracción en contra del inspeccionado, el simple paso del tiempo pueda destruir las pruebas de la supuesta infracción e incluso que el propio inspeccionado remueva las copias supuestamente ilícitas de sus ordenadores, siendo imposible que se acredite la infracción, desamparándose así el derecho de las solicitantes y poniéndose éstas en una situación de indefensión.

Con fecha 27 de marzo del 2007, se llevó a cabo la diligencia de inspección. Al apersonarse a la empresa denominada Adualink S.A.C. ubicada en calle Cura Muñecas N° 187, San Isidro, la persona encargada se negó a firmar el cargo y a dar las facilidades, no obstante explicarle las

facultades previstas en el artículo 2 inciso c) del Decreto Legislativo N° 807 y el apercibimiento a que se refiere el artículo 5 de la citada norma.

Asimismo, al apersonarse a la empresa denominada Gamma Cargo S.A.C. ubicada en la misma dirección, se realizó la diligencia, verificándose la existencia de 26 computadoras, dejándose constancia que se ejecutaron todos los programas. Al requerirse las licencias correspondientes, la inspeccionada las exhibió.

Mediante Resolución N° 108-2007/ODA-INDECOPI de fecha 28 de marzo del 2007, la Oficina de Derechos de Autor resolvió imponer a Adualink S.A.C. la sanción de multa ascendiente a 5 U.I.T y archivar el procedimiento de inspección solicitado contra dicha empresa y contra Gamma Cargo S.A.C., al haberse efectuado la inspección correspondiente. Consideró lo siguiente:

(i) Mediante el acta de inspección, se puede apreciar que la persona encargada del establecimiento inspeccionado no se identificó ante el funcionario a cargo de la diligencia, a pesar de que éste se identificó y le informó de los alcances de la misma. Igualmente, el encargado del local se negó a brindar las facilidades para la realización de la diligencia, pese a que el funcionario encargado le informó sobre las consecuencias de tal negativa.

(ii) El hecho antes descrito imposibilitó verificar los criterios para el cálculo de las correspondientes remuneraciones devengadas a favor de los titulares afectados y, por ende, el monto del provecho ilícito por parte de ésta ante la supuesta infracción.

(iii) Atendiendo a las consideraciones anteriores, la inspeccionada debe ser sancionada con una multa, de conformidad con el artículo 5° del Decreto Legislativo 807, por no haber brindado las facilidades para la ejecución de la inspección ordenada.

(iv) Con la finalidad de que la multa cumpla la finalidad disuasiva establecida por la Sala de Propiedad Intelectual en anteriores pronunciamientos, la Oficina es de la opinión que debe imponerse a la inspeccionada una

multa de 5 U.I.T. por no brindar las facilidades para la realización de la inspección.

Con fecha 30 de marzo del 2007, Adualink S.A.C. impugnó el acta levantada por el funcionario a cargo de la diligencia y, al amparo del artículo 298° del Código Procesal Civil, se opuso a la solicitud de inspección, ante lo cual la Oficina, mediante proveído de fecha 09 de abril del 2007, señaló que se debía estar a lo resuelto mediante Resolución N° 000108-2007/ODA-INDECOPI de fecha 28 de marzo del 2007.

Con fecha 13 de abril del 2007, Adualink S.A.C. interpuso recurso de apelación. Manifestó lo siguiente:

(i) Resulta inaceptable que la Oficina de Derechos de Autor imponga una multa sin observar los términos procesales ni las formas del proceso, a través de una Resolución basada en un proceso que se encuentra cuestionado mediante el único recurso que franquea la Ley. Por ello, la Resolución apelada es nula de todo derecho.

(ii) La persona encargada que, de acuerdo al acta, se negó a brindar las facilidades para la realización de la inspección ordenada nunca ha sido apoderada de la empresa recurrente.

(iii) La Ley General de Sociedades establece que quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos aunque los celebren en nombre de ella.

(iv) En ningún momento negaron el ingreso y menos aduciendo falta de autorización. Para ingresar a sus oficinas hay que pedir autorización al gerente general, quien es el representante legal, y que en ese momento dicha persona se encontraba en una reunión de trabajo.

(v) En el mismo acto otro equipo realizó la inspección a la empresa Gamma Cargo S.A.C., empresa vinculada y domiciliada en el mismo edificio, siendo la persona responsable de atenderlos el asistente de sistemas de ambas empresas.

(vi) Cuando se informó del caso al gerente general, éste autorizó el ingreso inmediato, lo que fue comunicado a los representantes que manifestaron estar apurados por tener otra diligencia y que se limitarían a dejar un acta.

(vii) Se oponen a la solicitud de inspección por cuanto no reúne los requisitos generales que dispone el artículo 284º del Código Procesal Civil.

Con fecha 17 de abril del 2007, Adualink S.A.C. presentó recurso de apelación y nulidad contra el proveído de fecha 09 de marzo del 2007.

Mediante proveído de fecha 19 de abril del 2007, la Oficina de Derechos de Autor resolvió conceder el recurso de apelación presentado el 13 de abril del 2007 y declarar improcedente el recurso de apelación presentado por la inspeccionada en contra de la providencia del 09 de abril del 2007. Consideró que el recurso de apelación procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar.

Cuestión en discusión

De la revisión de lo actuado, la Sala de Propiedad Intelectual deberá determinar:

a) Si el proveído de fecha 9 de marzo del 2007, emitido por la Oficina de Derechos de Autor, se encuentra incurso en alguna causal de nulidad.

b) De ser el caso, si Adualink S.A.C. prestó las facilidades del caso para la realización de la diligencia de inspección ordenada.

c) De ser el caso, pronunciarse sobre la sanción impuesta.

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

1. Nulidad del acto administrativo. Marco legal

El artículo 10º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14º.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

El artículo 13.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que la nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario. Asimismo, el artículo 13.3 señala que quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual al no haberse incurrido en el vicio.

Asimismo, el artículo 11¹ de la citada norma señala que la nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto (11.2).

De conformidad con lo establecido en el punto 1.1 de la Directiva N° 02-2001/TRI-INDECOPI, publicada el 24 de enero del 2002 en el Diario Oficial El Peruano, las Salas del Tribunal del INDECOPI son los órganos competentes para declarar de oficio o a solicitud de parte la nulidad de los actos administrativos expedidos por las Comisiones y Oficinas del INDECOPI, cuando se produzca cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10 de la Ley del

¹ Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.

Procedimiento Administrativo General u otros que determinen las normas especiales.

2. Nulidad del proveído de fecha 9 de marzo del 2007

2.1 La medida cautelar

El tiempo que tome la finalización de un procedimiento a través de la expedición de la resolución que resuelva en forma definitiva la cuestión controvertida, sometida a consideración de la Autoridad Administrativa puede, en algunos casos, resultar perjudicial para los intereses de la parte denunciante. Para evitar ello, existe el instituto procesal de la medida cautelar.

La medida cautelar permite al eventual ganador de un proceso obtener de la Autoridad un pronunciamiento que contenga una acción o una omisión destinada a asegurar que el fallo final – que presumiblemente lo va a favorecer – se cumpla.

Por ello, la medida cautelar es concebida como una institución que está destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva en un procedimiento, procurando a través de la misma que un eventual daño no se torne en irreparable por el transcurso del tiempo hasta la expedición de la resolución.

En este contexto es que el artículo 179° del Decreto Legislativo 822 señala que cualquier solicitante de una medida preventiva o cautelar, debe cumplir con presentar ante la autoridad administrativa las pruebas a las que razonablemente tenga acceso y que la autoridad considere suficientes para determinar que:

- a) El solicitante es el titular del derecho o tiene legitimación para actuar.
- b) El derecho del solicitante está siendo infringido, o que dicha infracción es inminente; y que,
- c) Cualquier demora en la expedición de esas medidas podría causar un daño irreparable al titular del derecho, o si existe un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas.

A fin de dictar una medida cautelar, deben cumplirse todos los requisitos antes mencionados, lo que implica que si uno de ellos faltase la medida cautelar no podría ser amparada.

Asimismo, conviene tener presente lo establecido en el artículo 612° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento en virtud de su Primera Disposición Complementaria², en el sentido que toda medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable.

El artículo 177° del Decreto Legislativo 822 establece que las medidas preventivas o cautelares serán, entre otras:

- a) La suspensión o cese inmediato de la actividad ilícita.
- b) La incautación o comiso y retiro de los canales comerciales de los ejemplares producidos o utilizados y del material o equipos empleados para la actividad infractora.
- c) La realización de inspección, incautación o comiso sin aviso previo.

Adicionalmente, el artículo 27° del Decreto Legislativo 807 -aplicable al procedimiento de infracciones de derechos de autor- dispone que las medidas cautelares que pueden ser dictadas por las Oficinas del Indecopi son las siguientes:

- a) La cesación de los actos materia de denuncia.
- b) El comiso, el depósito o la inmovilización de los productos, etiquetas, envases y material publicitario materia de denuncia.
- c) El cese preventivo de la publicidad materia de denuncia.
- d) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de denuncia.
- e) El cierre temporal del establecimiento del denunciado.

² Primera Disposición Final del Código Procesal Civil.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

f) *Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto denunciado o que tenga como finalidad la cesación de éste.*

Cabe indicar que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 181º del Decreto Legislativo 822, la Oficina de Derechos de Autor tendrá la facultad para ordenar medidas preventivas o cautelares en virtud del pedido de una sola parte, sin necesidad de notificar previamente a la otra, en especial cuando haya posibilidad de que cualquier retraso cause un daño irreparable al titular del derecho, o cuando haya un riesgo inminente de que se destruyan las pruebas.

2.2 Análisis de los requisitos para emitir una medida cautelar

Conforme se indicó en el numeral precedente, al momento de evaluar el dictado de una medida cautelar, la Autoridad debe verificar que se cumplan los siguientes requisitos:

- *La titularidad del derecho invocado o la legitimación para obrar*

El solicitante de la medida cautelar debe ser el titular de los derechos que se pretenden proteger con la medida cautelar, ya sea directamente o a través de sus representantes. Asimismo, por mandato legal, las sociedades de gestión colectiva están facultadas para solicitar este tipo de medidas.

- *Infracción del derecho o infracción inminente*

El solicitante de la medida debe brindar los elementos o indicios que sean necesarios a fin de que la Autoridad pueda presumir válidamente que el afectado con la medida puede estar explotando una obra protegida por el derecho de autor o, en todo caso, que dicha explotación está por ocurrir, sin contar con la autorización previa y por escrito de titular del derecho.

- *Daño irreparable al titular por la demora en la expedición o riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas*

La Ley exige que se demuestre la necesidad del dictado de la medida cautelar solicitada, ya sea porque de continuar la actividad del afectado con la medida se le causaría un daño irreparable al solicitante o porque existe un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas.

*El concepto de daño irreparable está vinculado con el peligro en la demora (*periculum in mora*) en resolver el conflicto de intereses. Es por ello que al pedirse una medida cautelar debe acreditarse al juzgador que si no se concede la medida, el tiempo que necesariamente transcurre hasta que se emita la resolución final, provocará una situación peligrosa y perjudicial, cuyas consecuencias no podrán ser reparadas.*

El otro supuesto contemplado en la ley es que exista un riesgo comprobable de que se destruyan las pruebas. Ello tiene por finalidad preservar todo medio probatorio que permita a la Autoridad administrativa emitir un pronunciamiento sobre la veracidad o no de los hechos denunciados; por lo general, ello será necesario cuando, por la naturaleza de la infracción, el denunciado esté en capacidad de destruir los bienes infractores o la información referida a la magnitud de la infracción, impidiendo de esta forma que la autoridad pueda sancionar la conducta denunciada.

En aquellos casos en los que el solicitante de la medida cautelar no logre demostrar la concurrencia de los requisitos antes mencionados, la solicitud deberá ser denegada.

2.3 Análisis del caso concreto

El artículo 3º de la Ley Nº 27444 señala que son requisitos de validez de los actos administrativos, entre otros, los siguientes:

- *Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y*

jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

- Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Por su parte, el artículo 6.1 de la misma norma establece que la motivación del acto administrativo deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

Teniendo en cuenta las normas citadas, la Sala procederá a evaluar si el proveído de fecha 09 de marzo del 2007, mediante el cual se dictó la medida cautelar de inspección, se encuentra debidamente motivado.

De la revisión del expediente se desprende lo siguiente:

(i) Con fecha 7 de marzo del 2007, Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc., Microsoft Corporation y Mc Afee Inc., solicitaron la realización de una diligencia de inspección en los locales de las empresas Adualink S.A.C. y Gamma Cargo S.A.C. a fin de verificar la tenencia y utilización legal y legítima de software.

(ii) Mediante proveído de fecha 09 de marzo del 2007, la Oficina de Derechos de Autor dictó la medida cautelar de inspección en los locales de Adualink S.A.C. y Gamma Cargo S.A.C.

(iii) En el mencionado proveído constan las normas que facultan a la Oficina de Derechos de Autor a dictar medidas cautelares y las normas en las que se establecen los derechos del autor. En las páginas 2 y 3, bajo el título "Evaluación de la solicitud", se consignan los fundamentos de hecho y de derecho que sustenta la medida, los cuales consisten en lo siguiente:

"...con respecto al literal a), La Oficina debe señalar que, en virtud del artículo 70º del Decreto Legislativo Nº 822, se presume, salvo prueba en contrario que es productor del programa de ordenador la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en la

obra de la manera acostumbrada. Que, en virtud del artículo 71º de dicha norma, se presume, salvo pacto en contrario que los autores del programa de ordenador han cedido al productor en forma ilimitada y exclusiva por toda su duración los derechos patrimoniales reconocidos en la Ley. Que, la Oficina debe señalar que las solicitantes aparecen indicadas en los software o programas de computación cuya titularidad reclaman en la forma acostumbrada, por lo que es aplicable la presunción establecida en el artículo 70º aludido, ejerciendo las mismas la presente acción en su condición de titulares derivados del derecho. Que, en dicha condición, las solicitantes pueden ejercer los derechos de los cuales son titulares y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales, fundados en las presunciones antes señaladas. Que en virtud de lo antes señalado, la Oficina debe concluir que se ha satisfecho el requisito establecido en el literal a) del artículo 179º del Decreto Legislativo Nº 822. Que con relación al inciso b) del artículo 179º, las solicitantes han aseverado que en los locales de las entidades denominadas **ADUALINK S.A.C. y GAMMA CARGO S.A.C. ubicados en Calle Cura Muñecas Nº 187 (Altura cuadra tres Av. Conquistadores) y Calle Cura Muñecas Nº 187 interior 301, San Isidro, Lima**, se estarían efectuando actos de reproducción en forma permanente o temporal (uso) de programas de computación o software cuya titularidad les corresponde, aseverando, igualmente, que los inspeccionados no contaría con todas las licencias de uso respectivas o la autorización previa y por escritos de dichos titulares con la finalidad de efectuar tales actos de reproducción. Que, atendiendo a la titularidad del derecho de exclusiva de las solicitantes y no encontrándose el acto de explotación imputado, previsto como excepción o límite al derecho de autor, la Oficina debe señalar que atendiendo a la naturaleza de la obra protegida que puede ser fácilmente removida de los ordenadores de propiedad del inspeccionado, en opinión de ésta, se ha acreditado el supuesto establecido en el artículo 179º b) del Decreto Legislativo Nº 822. Que sin embargo, ello no enerva el derecho del inspeccionado de contradecir la aseveración efectuada por las solicitantes, acreditando ante el (los) funcionario (s) a cargo de las diligencias de inspección que poseen las

licencias de uso de todos los programas de ordenador reproducidos en los ordenadores de su(s) local(es). Que, con respecto al supuesto establecido en el literal c) del artículo 179º aludido, la Oficina debe señalar que teniendo la inspección la finalidad de constituir una prueba anticipada de la supuesta infracción, de no accederse en esta oportunidad a la solicitud presentada, existe el riesgo que, de entablarse la correspondiente acción por infracción en contra del inspeccionado, existiría el riesgo que el simple paso del tiempo puedan destruir las pruebas de la supuesta infracción e incluso que el propio inspeccionado remueva las copias supuestamente ilícitas de sus ordenadores, siendo imposible de que se acredite la infracción, desamparándose así el derecho de las solicitantes y poniéndose a éstas en una situación de indefensión.”

De lo expuesto, se desprende que la Oficina de Derechos de Autor no ha expresado las razones por las cuales presume válidamente que el afectado con la medida puede estar explotando las obras de las accionantes o, en todo caso, que dicha explotación está por ocurrir. Así, sólo se ha limitado a sostener que “las solicitantes han aseverado que en los locales de las entidades denominadas ADUALINK S.A.C. y GAMMA CARGO S.A.C. ubicados en Calle Cura Muñecas Nº 187 (Altura cuadra tres Av. Conquistadores) y Calle Cura Muñecas Nº 187 interior 301, San Isidro, Lima, se estarían efectuando actos de reproducción en forma permanente o temporal (uso) de programas de computación o software cuya titularidad les corresponde, aseverando, igualmente, que los inspeccionados no contaría con todas las licencias de uso respectivas o la autorización previa y por escritos de dichos titulares con la finalidad de efectuar tales actos de reproducción. Que, atendiendo a la titularidad del derecho de exclusiva de las solicitantes y no encontrándose el acto de explotación imputado,

previsto como excepción o límite al derecho de autor, la Oficina debe señalar que atendiendo a la naturaleza de la obra protegida que puede ser fácilmente removida de los ordenadores de propiedad del inspeccionado, en opinión de ésta, se ha acreditado el supuesto establecido en el artículo 179º b) del Decreto Legislativo Nº 822.”

Teniendo en cuenta lo expuesto, el proveído de fecha 09 de marzo del 2007 no se encuentra debidamente motivado, por cuanto no se han expresado las razones por las cuales se considera que se cumple con todos los requisitos previstos por Ley para dictar la medida cautelar de inspección. Por lo tanto, el mencionado proveído se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el artículo 10º inciso 1 de la Ley 27444.

En tal sentido y en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General³, corresponde a la Sala declarar la nulidad de todo lo actuado a partir del proveído de fecha 9 de marzo del 2007 (foja 29 en adelante), únicamente respecto de la apelante Adualink S.A.C.

RESOLUCIÓN DE LA SALA

Primero.- Declarar NULO todo lo actuado desde el proveído de fecha 9 de marzo del 2007 (foja 29 en adelante), únicamente respecto de la empresa Adualink S.A.C.

Segundo.- Dejar FIRME la Resolución Nº 108-2007/ODA-INDECOPI de fecha 28 de marzo del 2007, en el extremo que dispuso archivar el procedimiento de inspección en contra de Gamma Cargo S.A.C.

Con la intervención de los vocales: Begoña Venero Aguirre, Teresa Mera Gómez y Tomás Unger Golsztyn

BEGOÑA VENERO AGUIRRE
Presidenta de la Sala de Propiedad Intelectual

³ "Artículo 13.- Alcances de la nulidad
13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él. (...)"

