

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2008
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Tutela administrativa. Medidas cautelares. Inspecciones. Multa por entorpecimiento.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Perú

ORGANISMO: Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de INDECOPI

FECHA: 19-4-2007

JURISDICCIÓN: Administrativa

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

OTROS DATOS: Resolución 0784-2007/TPI-INDECOPI

SUMARIO:

“Para llevar a cabo la inspección no se requiere la presencia de una persona en particular, sino que ésta se puede realizar con cualquier persona que labore en la empresa. En el presente caso, se encontraba presente el Gerente de Ventas de la empresa, por lo tanto, la diligencia se debía llevar a cabo con dicha persona sin ningún inconveniente”.

“La inspección tiene como finalidad constatar y preservar todo medio probatorio que permita a la Autoridad administrativa determinar la comisión de una infracción. La eficacia de esta medida radica en el carácter sorpresivo para el inspeccionado, de manera que éste no pueda eventualmente esconder los medios probatorios de una posible inspección ...”

[...]

“ En su recurso de apelación [...], ha señalado que el Gerente de Ventas, luego de recibir la llamada del Gerente General de la empresa, comunicó al funcionario de INDECOPI que era posible realizar la diligencia, sin embargo, éste se negó, aduciendo que había transcurrido el tiempo suficiente. Asimismo, indicó que el funcionario no estuvo más de 15 minutos en el local de la empresa”.

“Al respecto, cabe señalar que en el acta de inspección no se advierte lo expuesto por la apelante. Sin perjuicio de ello, cabe señalar lo siguiente:

- La diligencia se inició a las 10:00 horas y concluyó a las 10:45 horas, es decir, la diligencia duró aproximadamente 45 minutos, no 15 como lo señala la apelante.

- La demora en el inicio de una diligencia constituye de por sí un obstáculo para su realización y, además, pone en riesgo la eficacia de la diligencia, toda vez que en el periodo de tiempo que dure la demora es posible eliminar los indicios de una infracción, con mayor razón en el presente caso en que es relativamente breve y fácil eliminar la información que se

pretendía verificar con la diligencia (la reproducción de software o programas de ordenador de titularidad de las solicitantes en los ordenadores o equipos de cómputo de la inspeccionada)”.

“Atendiendo a lo expuesto, no existe alguna razón que justifique el que no se hayan brindado las facilidades del caso para la realización de la inspección ordenada por la Oficina de Derechos de Autor. Por lo tanto, corresponde imponer a [...] la sanción prevista en el artículo 28 del Decreto Legislativo 807”.

*“El artículo 28 del Decreto Legislativo 807¹ dispone que si el obligado a cumplir con una medida cautelar – entre ellas la inspección – ordenada por la Oficina no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Oficina al emitir resoluciones finales
...”*

TEXTO COMPLETO:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 25 de abril del 2006, Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc., Microsoft Corporation, Mc Afee Inc. y Symantec Corporation solicitaron una diligencia de inspección en la empresa Servicio Expreso S.A., con el fin de verificar la tenencia y la utilización legal de software, debiendo solicitarse en el acto de la diligencia la exhibición de las correspondientes licencias de uso, así como las respectivas facturas de compra y manuales originales, y demás documentos que acrediten debidamente la posesión legal del software encontrado y/o instalado en las computadoras encontradas.

Señalaron que se cumplen los requisitos para la procedencia de la medida cautelar solicitada y que debe tenerse en cuenta que la empresa a inspeccionar cuenta con aproximadamente 25 computadoras instaladas.

Mediante proveído de fecha 15 de setiembre del 2006, la Oficina de Derechos de Autor ordenó, bajo cuenta, costo y riesgo de Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc., Microsoft Corporation, Mc Afee Inc. y Symantec Corporation, la realización de una inspección sin previo aviso en el local de Servicio Expreso S.A. (ubicado en Calle Contralmirante Villar N° 730, Miraflores). La inspección podrá practicarse a cualquier día y hora hábil, desde el 15 de setiembre del 2006 hasta el 16 de octubre del 2006 inclusive. Se indicó que la inspección tenía por objeto verificar la reproducción de software o programas de ordenador de titularidad de las solicitantes en los ordenadores o equipos de cómputo de la inspeccionada y la cantidad de licencias de uso con las que cuenta ésta para efectuar dichos actos de reproducción.

¹ Artículo 28.- Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento.

Con fecha 22 de setiembre del 2006, a las 10:00 horas, un miembro del área de Fiscalización del Indecopi – por delegación de facultades de la Oficina de Derechos de Autor – se constituyó en el local de Servicio Expreso S.A. Luego de identificarse el funcionario del INDECOPI se entrevistó con Victor Saravia Tasayco, quien manifestó ser el Gerente de Ventas, a quien se le notificó el mandato de fecha 15 de setiembre del 2006. Se le explicó los alcances de la diligencia, las facultades

previstas en el artículo 2 inciso c) del Decreto Legislativo 807 y el apercibimiento establecido en el artículo 5 de la citada norma, negándose a dar las facilidades para llevar a cabo la inspección, aduciendo que no se encontraba la persona capaz (encargado de cómputo), por encontrarse en la ciudad de Trujillo. El Sr. Saravia solicitó que la inspección se realice el día miércoles 27 de setiembre del 2006; frente a lo cual el funcionario le manifestó que la diligencia se debe llevar a cabo con cualquier persona de la empresa, que dada su naturaleza las inspecciones se realizan sin previo aviso y que el inspeccionado no fija la fecha. Se le informó sobre la sanción de multa de hasta 50 UIT que podría recibir la empresa de no prestar las facilidades del caso, persistiendo el Sr. Saravia en su negativa. A las 10 horas 45 minutos se concluyó la diligencia, dejándose copia. El Sr. Saravia se negó a firmar.

Mediante Resolución N° 343-2006/ODA-INDECOPI de fecha 27 de setiembre del 2006, la Oficina de Derechos de Autor:

- Impuso a Servicio Expreso S.A. la sanción de multa de cinco (5) UIT.
- Dispuso archivar el procedimiento de inspección solicitado por Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc., Microsoft Corporation, Mc Afee Inc. y Symantec Corporation.

Consideró lo siguiente:

(i) Tal como consta del acta de inspección, el señor Víctor Saravia Tasayco se negó a brindar las facilidades para el desarrollo de la diligencia, a pesar de que se le informó del apercibimiento contemplado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 807. Por lo tanto, no se brindaron las facilidades debidas para la realización de la diligencia de inspección, por lo que la inspeccionada es pasible de ser sancionada, de conformidad con el artículo 5 del Decreto Legislativo 807 concordado con el artículo 28 de la misma norma.

(ii) En anteriores resoluciones para efectos de calcular la multa la Oficina tuvo presente el número de computadoras que la solicitante informó que la inspeccionada tenía en su local, tomando en cuenta los derechos de autor

devengados que hubiesen percibido los titulares de los derechos. Si bien la Oficina considera correctos dichos criterios, resulta pertinente resolver conforme la jurisprudencia administrativa emitida por la Sala de Propiedad Intelectual, quien ha considerado que la multa debe ser impuesta tomando en cuenta la naturaleza de la actividad infractora y no el posible monto de remuneraciones devengadas. Por lo expuesto, la multa será fijada en cinco (5) UIT.

(iii) Asimismo, siguiendo lo expresado por la Sala de Propiedad Intelectual, la Oficina no considera pertinente incluir a la inspeccionada en el registro de infractores a la legislación sobre derechos de autor.

Con fecha 10 de octubre del 2006, Servicio Expreso S.A. interpuso recurso de apelación manifestando lo siguiente:

(i) Víctor Saravia Tasayco - quien estaba a cargo de la Gerencia de Ventas - supuso inicialmente que la diligencia se trataba de una visita inopinada, que normalmente realizan las empresas con las cuales contrata la empresa. Luego de leer la notificación, compuesta de 23 folios, comunicó que la persona responsable no se encontraba en la empresa y que estaría retornando el miércoles.

(ii) Cuando el funcionario de INDECOPI se encontraba redactando el acta, el Sr. Saravia recibió la llamada del Gerente General de la empresa quien le comunicó que los funcionarios podían realizar la inspección. Ello fue comunicado de inmediato al funcionario de INDECOPI, quien no quiso efectuar la inspección aduciendo que ya había transcurrido tiempo suficiente para efectuarla.

(iii) Entre el ingreso y la salida del funcionario de INDECOPI y del representante de las solicitantes no transcurrieron más de 15 minutos.

(iv) El Sr. Saravia solicitó que se incluya en el acta que sí se estaba dando las facilidades para efectuar la inspección, empero los funcionarios de INDECOPI aducían la falta de tiempo, haciendo caso omiso a la solicitud del Sr. Saravia, por lo que no incluyeron lo que realmente sucedió.

Invocó la aplicación de los artículos IV numerales 1.2 y 1.11 de la Ley 27444. Adjuntó una declaración jurada en calidad de medio probatorio.

Con fecha 6 de noviembre del 2006, Adobe Systems Incorporated, Autodesk Inc., Microsoft Corporation, Mc Afee Inc. y Symantec Corporation absolvieron el traslado de la apelación manifestando lo siguiente:

(i) La emplazada pretendió dar facilidades para la realización de la diligencia 45 minutos después de notificada con la resolución que ordenaba la inspección, no 15 minutos como lo sostiene la emplazada.

(ii) Como lo ha señalado la Sala de Propiedad Intelectual, la inspección tiene por finalidad impedir que se destruyan las pruebas de la infracción cometida y preservar todo medio probatorio que permita a la Autoridad Administrativa emitir un pronunciamiento sobre la veracidad o no de los hechos imputados, por lo general, ello será necesario cuando, por la naturaleza de la infracción, el emplazado con la inspección se encuentra en la capacidad de destruir los bienes infractores o la información referida a la magnitud de la infracción.

(iii) En el presente caso, luego de transcurrir 45 minutos desde el emplazamiento con la inspección, la autoridad consideró que no se daban las condiciones para la realización de una inspección objetiva, pues existían indicios razonables de la eliminación o destrucción de las pruebas en el excesivo tiempo transcurrido.

(iv) En el caso de software, la reproducción ilegal es susceptible de ser borrada, eliminada o desinstalada con mucha facilidad y en breve tiempo. Sólo se puede detectar la infracción en una inspección con personal técnico que permita constatar los programas de ordenador instalados en los equipos de cómputo del infractor, y dado que la infracción es cometida en un domicilio privado, su constatación es mucho más costosa y complicada que otro tipo de obras intelectuales. En consecuencia, en el caso del software es especialmente evidente el riesgo inminente de que se destruyan las pruebas de la infracción.

(v) Por lo expuesto, la emplazada se negó a brindar las facilidades para la realización de

la diligencia, no existiendo justificación alguna que la exima de cumplir con el mandato del INDECOPI y de recibir las sanciones por incumplir tal mandato.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

La Sala de Propiedad Intelectual deberá determinar:

a) Si Servicio Expreso S.A. prestó las facilidades para la realización de la diligencia de inspección.

b) De ser el caso, pronunciarse sobre la sanción.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

1. Medida cautelar de inspección

1.1 Marco legal

El artículo 177 del Decreto Legislativo 822² señala que entre las medidas preventivas o cautelares que se pueden solicitar fuera de un procedimiento administrativo se encuentra la inspección, incautación o comiso sin aviso previo.

La inspección tiene por finalidad evitar que se destruyan las pruebas de la infracción cometida. 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.

² Artículo 177.- 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.

La medida cautelar de incautación o comiso, sólo podrá solicitarse dentro de un procedimiento administrativo de denuncia, sin perjuicio de las acciones de oficio.

El artículo 174 del Decreto Legislativo 822 establece que las acciones por infracción iniciadas de oficio o a solicitud de parte, se sujetarán al procedimiento que se establece en el Título V del Decreto Legislativo 807 con excepción del artículo 22 de dicho cuerpo legal. Para tales efectos, cuando en el Título V se haga referencia a la Comisión, se entenderá referido al Jefe de la Oficina y cuando se haga referencia al Secretario Técnico, al funcionario designado por la Oficina competente.

El artículo 32 del Decreto Legislativo 807³ dispone que en caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Jefe de la Oficina o por la persona designada por éste para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho.

La eficacia de la diligencia de inspección radica principalmente en el desconocimiento previo del denunciado de su realización, ya que de lo contrario éste tomaría las acciones necesarias para ocultar la infracción cometida, y de esta forma la Autoridad no podría apreciar la realidad de las cosas tal y como ocurren.

Situación similar ocurre si al momento de efectuarse la diligencia no se permite el ingreso de la Autoridad administrativa hasta que alguno de los representantes legales de la empresa no autorice su ingreso, ya que ese periodo de tiempo puede ser utilizado para eliminar dentro del establecimiento todo indicio de la infracción.

³ Artículo 32.- En caso fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por el Secretario Técnico o por la persona designada por éste o por la Comisión para dicho efecto. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho.

Es por ello que las inspecciones para que cumplan su finalidad, deben llevarse a cabo de forma tal que logren evitar que la empresa cuyo local se inspecciona tenga la posibilidad de eliminar o retirar cualquier bien que pudiese infringir los derechos de autor o derechos conexos de quien solicita la medida.

Lo anterior motiva a que el requerimiento sea puesto de conocimiento del inspeccionado al momento en que va a realizarse la inspección, ya que de lo contrario, éste tendría el tiempo necesario para retirar cualquier bien que pudiese infringir los derechos de autor o derechos conexos de quien solicita la medida.

Por lo expuesto, el artículo 28 del Decreto Legislativo 807 señala que el incumplimiento de una medida cautelar provocará la imposición de una multa. Si bien es cierto que el citado artículo hace referencia al obligado, debe entenderse, en concordancia de lo establecido en el artículo 32 de la misma norma, que también corresponderá la aplicación de una multa si el encargado del establecimiento se niega u obstaculiza la realización de la medida ordenada.

Cabe indicar que debe entenderse por encargado del establecimiento, la persona que se encuentra en el establecimiento al momento de la inspección y que labora en el mismo, independientemente de la labor que desempeñe. En caso de ser varias, puede considerarse encargado la persona de mayor jerarquía o aquél que tenga el puesto más alto.

Admitir lo contrario permitiría al denunciado eludir fácilmente - con sólo dejar el establecimiento a cargo de cualquier persona - su obligación de cumplir las medidas cautelares ordenadas por la Autoridad, así como evitar la imposición de multas en caso de no hacerlo.

1.2 Obstáculos a la realización de la diligencia de inspección. Análisis del presente caso

De la revisión de lo actuado, se advierte que, con fecha 22 de setiembre del 2006, no se pudo llevar a cabo la diligencia de inspección ordenada mediante proveído de fecha 15 de setiembre del 2006, debido a que la persona

responsable del local a inspeccionar (Victor Saravia Tasayco, Gerente de Ventas de Servicio Expreso S.A.) se negó a brindar las facilidades del caso al funcionario de INDECOPI, además de negarse a firmar el cargo de la cédula de notificación y el acta respectiva.

En dicha diligencia se señaló que no se encontraba presente la persona capaz (el encargado de cómputo) y, asimismo, se solicitó que la inspección se postergue para el 27 de setiembre del 2006, respecto de lo cual la Sala considera pertinente señalar lo siguiente:

- Para llevar a cabo la inspección no se requiere la presencia de una persona en particular, sino que ésta se puede realizar con cualquier persona que labore en la empresa. En el presente caso, se encontraba presente el Gerente de Ventas de la empresa, por lo tanto, la diligencia se debía llevar a cabo con dicha persona sin ningún inconveniente.

- La inspección tiene como finalidad constatar y preservar todo medio probatorio que permita a la Autoridad administrativa determinar la comisión de una infracción. La eficacia de esta medida radica en el carácter sorpresivo para el inspeccionado, de manera que éste no pueda eventualmente esconder los medios probatorios de una posible inspección. En razón de ello no resultaba pertinente postergar la inspección para el 27 de setiembre, conforme lo solicitado por el Gerente de Ventas.

En su recurso de apelación, Servicio Expreso S.A. ha señalado que el Gerente de Ventas, luego de recibir la llamada del Gerente General de la empresa, comunicó al funcionario de INDECOPI que era posible realizar la diligencia, sin embargo, éste se negó, aduciendo que había transcurrido el tiempo suficiente. Asimismo, indicó que el funcionario no estuvo más de 15 minutos en el local de la empresa.

Al respecto, cabe señalar que en el acta de inspección no se advierte lo expuesto por la apelante. Sin perjuicio de ello, cabe señalar lo siguiente:

- La diligencia se inició a las 10:00 horas y concluyó a las 10:45 horas, es decir, la

diligencia duró aproximadamente 45 minutos, no 15 como lo señala la apelante.

- La demora en el inicio de una diligencia constituye de por sí un obstáculo para su realización y, además, pone en riesgo la eficacia de la diligencia, toda vez que en el periodo de tiempo que dure la demora es posible eliminar los indicios de una infracción, con mayor razón en el presente caso en que es relativamente breve y fácil eliminar la información que se pretendía verificar con la diligencia (la reproducción de software o programas de ordenador de titularidad de las solicitantes en los ordenadores o equipos de cómputo de la inspeccionada).

Atendiendo a lo expuesto, no existe alguna razón que justifique el que no se hayan brindado las facilidades del caso para la realización de la inspección ordenada por la Oficina de Derechos de Autor. Por lo tanto, corresponde imponer a Servicio Expreso S.A. la sanción prevista en el artículo 28 del Decreto Legislativo 807.

2. Multa

2.1 Marco conceptual

El artículo 28 del Decreto Legislativo 807⁴ dispone que si el obligado a cumplir con una medida cautelar – entre ellas la inspección – ordenada por la Oficina no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Oficina al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de

⁴ Artículo 28.- Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento.

notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Oficina podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que inicie el proceso penal que corresponda.

La multa es la pena pecuniaria impuesta al denunciado por haber infringido las disposiciones legales contenidas en el Decreto Legislativo 807, específicamente en lo referido a las medidas cautelares y las diligencias de inspección.

La Sala estima que el monto de la multa debe ser impuesto tomando en cuenta la naturaleza de la conducta sancionable. Conforme se indicó en el punto precedente, con tales conductas lo que se logra es que este tipo de medida cautelar pierda toda eficacia, toda vez que el inspeccionado puede eliminar cualquier evidencia o indicio sobre la comisión de una infracción a la Ley de Derechos de Autor.

Asimismo, debe tenerse en consideración que el monto de la multa debe ser de tal magnitud que la inspeccionada no llegue a considerar que sea más conveniente el impedir la realización de la inspección que asumir el costo de una eventual denuncia por infracción.

2.2 Aplicación al caso concreto

Conforme se ha señalado, la sanción debe fijarse en función de la conducta de Servicio Expreso S.A.

En el presente caso, se advierte que la persona responsable del local a inspeccionar (el Gerente de Ventas de Servicio Expreso S.A.) no prestó las facilidades del caso, no obstante que se le notificó el mandato de la Oficina de

Derechos de Autor y se le informó que por su negativa la empresa podía ser pasible de una sanción de multa de hasta 50 UIT.

Se advierte que el funcionario de INDECOPI concluyó la diligencia luego de 45 minutos, tiempo excesivo de espera para realizar la diligencia, si se tiene en consideración que desde un inicio hubo un responsable del local con el cual llevar a cabo la diligencia de inspección.

La conducta de la inspeccionada impidió la realización de la diligencia de inspección y con ello que la diligencia cumpliera su finalidad: constatar y preservar todo medio probatorio que permita a la Autoridad administrativa determinar la comisión de una infracción.

Cabe señalar que son pocos los medios probatorios que pueden acreditar una infracción a los derechos de autor por el uso de software, siendo la inspección probablemente la vía más eficiente para ello.

Finalmente, en el presente caso, se ha tenido en consideración el fin disuasivo de la sanción, a efectos de que a la denunciada no le resulte más conveniente evadir su responsabilidad.

Por las razones expuestas y atendiendo al criterio de la Sala en casos similares, se ha considerado pertinente confirmar la sanción de multa de 5 UIT.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

CONFIRMAR la Resolución N° 343-2006/ODA-INDECOPI de fecha 27 de setiembre del 2006.

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*