

# EE.UU. Protege su mercado vía competencia desleal contra empresas que utilizan software pirata en sus exportaciones



**PIERO CALDERÓN OLIVA**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.



## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La Ley 1495 del Estado de Washington y el Informe de 36 fiscales de EE.UU.
- III. Comentario.

Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

ADVOCATUS 126

## I. INTRODUCCION

Las diferentes industrias de los Estados Unidos de Norteamérica protegen su propiedad intelectual de acuerdo a las leyes vigentes en cada país de destino de sus productos así como de los tratados internacionales que les sean aplicables. En cada país en los que comercializa su producto las empresas norteamericanas defienden sus marcas y patentes así como los derechos de autor de acuerdo a las normas internas que rigen en los países de destino; leyes que en su mayoría se encuentran acorde con las normas mínimas o piso establecidas en el Acuerdo Sobre Los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual –ADPIC (TRIPS en sus siglas en inglés). En efecto, en cada país dichas empresas realizan las acciones preventivas y legales para que sus productos no sean copiados ilícitamente o falsificados.

Cuando en los países de destino de sus productos las empresas norteamericanas no tienen tutela efectiva o medios eficaces que los protejan, ya sea porque dichos países no tienen leyes adecuadas para la protección de sus derechos (los menos), o porque las autoridades no las hacen efectivas haciendo las acciones necesarias para disminuir los niveles de piratería y falsificación (la mayoría de los casos); dichas empresas usualmente hacen llegar sus problemas de indefensión a través de la International Intellectual Property Alliance (IIPA), formada desde 1984. IIPA es una alianza del sector privado de diversas asociaciones comerciales que representan a los productores de EE.UU. de obras de derechos de autor y marcas, incluyendo a los programas informáticos, películas de cine, música, libros y revistas, cuya finalidad es fortalecer la protección internacional y la vigilancia de sus derechos de autor y propiedad industrial, trabajando con el gobierno de EE.UU.

IIPA canaliza los problemas que enfrentan las industrias que representan en los países de destino de sus productos a través de recomendaciones que alcanzan ante la Oficina de Representación Comercial de los EE.UU (USPTR en sus siglas en inglés); por lo que IIPA trabaja en estrecha colaboración con

el representante comercial de EEUU en la elaboración anual del Informe Especial 301.

Dicho Informe Especial 301 es preparado por la Oficina del representante Comercial de los EEUU (USTR) bajo la Sección 301 en su versión modificada de la Ley de Comercio norteamericana de 1974. Dicho informe identifica por país los estándares de protección de la propiedad intelectual. Es decir, cada año, el USTR identifica a los países que no ofrecen "adecuada y eficaz" protección de los derechos de propiedad intelectual, clasificando a los países con menciones especiales o en vigilancia prioritaria, mera vigilancia o monitoreo.

En el último Informe Especial 301, de marzo del 2012, países como Chile, Argentina y Venezuela fueron incluidos en la "Lista de Vigilancia Prioritaria" y Perú fue mantenido en la lista de "mera vigilancia" conjuntamente con Bolivia, Brasil, Colombia y Ecuador. Es importante resaltar que hasta hace algunos años el Perú era clasificado como en la lista de "vigilancia prioritaria" pero luego se ha mantenido en mera vigilancia, lo cual denota que en los últimos años se han ido mejorando los niveles de protección de la propiedad intelectual al ser eliminados de la lista peyorativa para mantenernos en la lista de aquellos países que han avanzado en el adecuado y eficaz respeto pero todavía se vigilan sus desenvolvimientos debido a que persisten temas por mejorar y niveles de piratería altos que superar. Chile ha retrocedido básicamente por incumplimientos en el tratado de libre comercio de dicho país con EEUU en el tema relativo a patentes y protección de data y Argentina con Venezuela son retenidos en la lista prioritaria por sus elevados niveles de piratería. Mención aparte del reporte especial es Paraguay, país que por años se encuentra en un capítulo especial de "especial monitoreo" básicamente por su débil protección aduanera en las fronteras con Argentina y Brasil, lo que lo convierte en el principal punto de entrada de contenedores con producto falso y pirata desde Asia a Sudamérica.

Sin embargo, pese a los avances y progresos en la materia, en el 2011 algunos Estados de EE.UU han visto la necesidad y conveniencia de hacer

un cambio drástico en la forma de proteger la propiedad intelectual de sus industrias, sumando a su forma clásica de combatir las infracciones en el país de destino de sus productos una protección a la inversa, es decir fiscalizar que los productos que ingresan a su mercado hayan cumplido en cualquier punto de su producción extranjera con el respeto de sus leyes de propiedad intelectual.

En efecto, en el Estado de Washington en un primer momento a través de una ley y posteriormente 36 Fiscales Generales de igual número de Estados de los EE.UU han dado un giro importante para mejorar la protección de la Propiedad Intelectual de las empresas norteamericanas, porque a través de una Ley (Washington) y a través de un manifiesto en conjunto (36 Fiscales de 36 Estados de EEUU) han iniciado un combate a la piratería de software y de industrias del sector de tecnología de la información en su propio país, fiscalizando los productos importados a su país que no hayan sido fabricados con TI (incluyendo software) de procedencia legal. En decir, fiscalizarán todos los productos que ingresen al mercado norteamericano y solicitarían que se acredite que hayan sido fabricados respetando las normas de propiedad intelectual de las industrias de tecnología de a información, incluyendo el software, lo que motivará que las empresas de todos los países que exportan a dicho mercado tan importante cuenten con todo el software legal en sus empresas donde fabrican los productos que ingresarán finalmente al mercado norteamericano.

## II. LA LEY 1495 DEL ESTADO DE WASHINGTON Y EL INFORME DE 36 FISCALES DE EE.UU

En Julio del 2011 entró en vigencia en el Estado de Washington de los Estados Unidos de América la ley 1495, ley dirigida a combatir aquellos casos en los cuales exista uso ilegal de hardware o software para la fabricación, distribución, marketing o venta de productos que se comercialicen en el mencionado Estado.

En los considerandos de la ley, se señala que dicha norma está relacionada con la compe-

tencia desleal que ocurre cuando la tecnología de información robada o apoderada indebidamente es usada para fabricar productos vendidos u ofrecidos para la venta en el Estado de Washington.

El artículo más resaltante de la mencionada ley señala lo siguiente:

"Sec. 2. Cualquier persona que fabrique un artículo o producto mientras que utiliza una tecnología de información en sus operaciones de negocios que sea robada o apoderada indebidamente, luego de que se le ha proporcionado notificación y se le ha dado oportunidad de remediar según lo dispuesto en la sección 5 de esta ley, y, con respecto a los remedios que se busca obtener bajo la sección 6(6) o 7 de esta ley, cause un perjuicio competitivo material como resultado del uso de tal tecnología de información robada o apoderada indebidamente ; se considerará que está involucrado en un acto injusto en el que tal artículo o producto es vendido u ofrecido para la venta en este estado, ya sea en forma separada o como componente de otro artículo o producto, y en competencia con otro artículo o producto vendido u ofrecido para venta en este estado que ha sido fabricado sin violar esta sección. Una persona que se involucre en tal acto injusto, y cualquier artículo o productos fabricados por la persona en violación de esta sección, estará sujeto a las responsabilidades y disposiciones de remedio o corrección de este capítulo en una acción iniciada por el fiscal general o cualquier persona descrita en la sección 6(5) de esta ley, salvo por lo provisto en las secciones 3 a 9 de esta ley."

Adicionalmente a la citada ley, el 4 de noviembre del 2011, Fiscales de 36 estados de Estados Unidos emiten una comunicación conjunta señalando que cuando un fabricante obtiene ventajas usando tecnologías de información robadas (piratería de software o hardware) tiene ventajas de manera desleal frente a sus competidores, lo cual afecta la leal competencia; por lo que recomiendan que se ataque el

problema estableciendo como prácticas de competencia desleal a aquellos importadores o fabricantes de productos que ingresen a sus estados utilizando en su fabricación especialmente software pirata.

El objetivo principal de la Ley de Washington así como el manifiesto de 36 Fiscales que representan a igual número de estados en Estados Unidos es que los fabricantes o productores de bienes que se comercialicen en dichos estados utilicen software legalmente obtenido durante el desarrollo de sus procesos productivos evitando de esa manera la presencia de prácticas anticompetitivas que potencial o realmente afecten a los competidores del mercado del referido país.

En tal sentido, cabe afirmar que esta nueva posición apunta a reprimir la competencia desleal considerando que todos los productos puestos en venta sobre los territorios de dichos Estados, deberán ser elaborados o fabricados con software o hardware que no haya sido usada ilegalmente ni usada indebidamente, entendiéndose ello cuando el uso se efectúe sin la autorización del propietario de dicha información, violando así las leyes vinculadas a derechos de autor.

En el manifiesto de los 36 Fiscales, con la finalidad de graficar la problemática que enfrentan frente a productos fabricados e ingresados a su país sin respetar la Propiedad Intelectual, mencionan los siguientes ejemplos:

- i) Un fabricante de ropa en California deberá competir con un fabricante de la India con más de US\$ 14 millones en piratería de software;
- ii) Un fabricante de papel en Washington deberá competir con un fabricante mexicano que usa US\$10 millones de dólares en piratería;
- iii) Un fabricante de autopartes en Indiana deberá enfrentar la competencia de un fabricante de China con US\$5.2 millones en piratería de software.

Los frutos de la nueva estrategia norteamericana para proteger sus mercados de la competencia desleal internacional motivada por la piratería de software y falsificación ya ha comenzado a manifestarse.

En efecto, en octubre del presente año una compañía procesadora de pescado tailandesa aceptó pagar USD 10.000 por la utilización de software ilegal, hecho que le había permitido obtener una ventaja competitiva frente a otras empresas de Massachusetts. Dicha información la hizo pública la Fiscal General de dicho Estado.

La fiscalía mencionada confirmó que la compañía tailandesa Narong Seafood Company Ltd, vendió y envió productos a Massachusetts de manera desleal, ya que utilizó software ilegalmente en su proceso de fabricación y comercialización, sin haber pagado por las licencias de software. De esta manera, según la Fiscalía violó las normas que prohíben la competencia injusta.

El caso mencionado marca un inicio de la nueva era de cómo EEUU combatirá la piratería de software desde su propio mercado, usando leyes que están destinadas a combatir prácticas de negocio desleales en contra de una compañía por obtener y utilizar software ilegal.

La Oficina de la Fiscal General de Massachusetts señaló que como resultado de no haber pagado por las licencias legítimas del software empleado al momento de la producción y comercialización software ilegal, la empresa fiscalizada pudo bajar sus costos y ganar una ventaja injusta sobre compañías locales que pagaron por los derechos correspondientes. La compañía tailandesa por ello y para evitar agravar su situación presentó un acuerdo ante la Corte Superior de Suffolk y desde su propia página web la empresa señala lo siguiente: "Hemos completado una auditoría interna de nuestros sistemas de IT para garantizar que todos nuestros sistemas son seguros y que cumplen las leyes de propiedad intelectual de Tailandia y del resto del mundo".

Bajo los términos del acuerdo ante la Corte Norteamericana, la empresa Narong Seafood Company Ltd se comprometió a no utilizar ile-

galmente programas de software asociados con la producción o manufactura de productos que entren a Massachusetts. Asimismo, también se comprometió a pagar USD 10.000 como multa.

### III. COMENTARIO

Como se desprende de la ley del Estado de Washington así como el informe de los 36 Fiscales de los Estados que representan y el primer antecedente práctico, es claro que respecto de las industrias norteamericanas de la tecnología de la información, hardware y software, han repotenciado su protección de su propiedad intelectual, porque ahora ya no sólo combatirán la piratería y/o falsificación de sus marcas y derechos de autor en los demás países a la espera de que las autoridades nacionales de cada país realicen una adecuada protección de sus derechos, sino que ahora también, velarán por los derechos de propiedad intelectual de las industrias citadas fiscalizando la entrada a su gran mercado de los productos provenientes de fábricas o comercializadoras que garanticen que en todo el proceso de fabricación y comercialización de los productos que ingresarán al mercado norteamericano se ha respetado la propiedad intelectual de las empresas de TI y software. Es decir, que en rigor todas las empresas deberán en su país utilizar software original y TI legal para que puedan acceder al mercado de EE.UU; una manera indirecta de controlar los índices de piratería y falsificación.

Valdría la pena resaltar que esta nueva posición de las autoridades norteamericanas puede ser también una buena oportunidad para los exportadores peruanos que utilizan software y hardware legal porque los productos que fabriquen y comercialicen podrán competir en ese mercado en suelo parejo, es decir, en igualdad de condiciones con aquellos que también lo hacen, eliminándose la posibilidad que existan bienes fabricados con software ilegal que saquen ventaja irregularmente en su comercialización.

Para ello será primordial disminuir drásticamente los niveles de piratería de software que manejamos como país que según la Business

software Alliance asciende a 67% (4% por encima de la media latinoamericana) y bajarlos a niveles interesantes como el 54% que es el promedio de piratería de software de vecinos como Brasil y Colombia.

Para dicha tarea, es esencial que se realicen en nuestro país acciones constantes contra los falsificadores de software como también inspecciones recurrentes a las empresas de todo tamaño para revisar si cumplen con la legislación pertinente.

Como sabemos, nuestro país tiene una adecuada normativa sobre a protección de la propiedad intelectual en general y en especial sobre a la protección del software. Los programas de ordenador se encuentran protegidos en nuestro país por la Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo N° 822 y por el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, aprobado por la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, al ser considerados como obras del ingenio humano. Su protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto. Por consiguiente, el titular de los derechos patrimoniales de un software tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir el uso y la reproducción del mismo y ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, puede utilizar, ni autorizar la utilización de una obra, o prestar su apoyo para dicha utilización si el usuario no cuenta con la autorización previa y escrita del titular del respectivo derecho, siendo en caso de incumplimiento solidariamente responsable. El propietario de un ejemplar autorizado del programa de ordenador; sólo puede realizar una copia o adaptación de dicho programa, siempre y cuando sea indispensable para la utilización del mismo, o sea con fines de archivo, es decir, para reemplazar la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daños o pérdida. La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exige la autorización del titular de los derechos, en consecuencia no es lícito el aprovechamiento de un software por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro

procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos. Es por ello que cada usuario debe contar con una licencia por cada ejemplar de software que esté usando y por cada computadora una licencia, las mismas que deben estar siempre en poder del usuario. Las autorizaciones o licencias de uso de las obras protegidas, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.

Nuestra ley de derechos de autor, asimismo indica que las licencias de uso son intransferibles, por dicho motivo es conveniente verificar los términos en que se expiden las mismas, debiendo encontrarse otorgadas las mismas a favor de la empresa usuaria.

Adicionalmente, nuestro Código Penal sanciona como delito la reproducción, comercialización y distribución de software pirata, por lo que insistimos desde la perspectiva normativa las condiciones se encuentran establecidas para que Perú sea ejemplo de protección de la propiedad intelectual.

Sin embargo, la tarea para bajar los niveles de piratería de software no son solamente acciones fiscalizadoras ni emitir normas, sino que lo primordial es convencer a los ciudadanos de que la protección de la propiedad intelectual trae beneficios múltiples, como por ejemplo entrar o mantenerse en mercados grandes y atractivos comercialmente como el norteamericano, y dicha tarea se debe hacer informando y educando a través de campañas masivas. De lo contrario, el ciudadano de a pie, seguirá percibiendo a la piratería de software como una simple falta que no hace daño ni al país ni a su empresa, lo que ha sido revelado en el Estudio Global de Piratería de Software 2011, en el cual la Business Software Alliance (BSA) señala que el 78% de los usuarios de computadoras en el Perú admiten haber adquirido software pirata, con periodicidad distinta, durante el año pasado. El citado estudio señala que el 49% de los piratas de software en Perú, afirman que adquieren software de forma

ilegal "todo el tiempo," la mayor parte del tiempo" ó "ocasionalmente", mientras que el 29% "rara vez" lo hace. El estudio también revela que 73% de los piratas de software en nuestro país son del sexo masculino entre los 25 y 34 años de edad. Otras conclusiones del citado Estudio Global de Piratería de software de la BSA señalan que los piratas de software más frecuentes tienden desproporcionalmente a ser jóvenes de sexo masculino — y tienen más que el doble de oportunidades de residir en un país emergente que de pertenecer a una economía madura (38% y 15%, respectivamente); ejecutivos de importancia admiten piratear software con más frecuencia que otros usuarios — y tienen más que el doble de oportunidades, en relación a los otros, de declarar que compran software para un computador y lo copian en otras máquinas de oficina y finalmente que globalmente, existe un sólido apoyo a los derechos y las protecciones de Propiedad Intelectual como un principio, pero existe también en la práctica una preocupante falta de incentivo para que los piratas cambien sus hábitos. Apenas el 20 por ciento de los piratas frecuentes en mercados maduros — y el 15 por ciento en mercados emergentes — afirman que el riesgo de ser descubierto es un buen motivo para no piratear software. Es pertinente señalar que dichas conclusiones son el reflejo de un estudio que abarcó 116 mercados y que incluyó una proyección con 15.000 usuarios de computadoras, en 33 países que juntos representan 82 por ciento del mercado global de computadoras.

Queda bien entendido entonces, que si nuestros exportadores a EEUU quieren mantenerse o ingresar en dicho mercado, tendrán que cumplir con utilizar software legal en su proceso productivo de lo contrario se les cerrará dicho mercado. El reto está en que como país debemos estar siempre competitivos para ganar mercados, por lo tanto, es tarea de las autoridades y de las empresas el iniciar un fortalecimiento en el cumplimiento de las normas de propiedad intelectual a fin de mantener nuestros mercados.