



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**“Los derechos de autor en la Ley de Propiedad Intelectual y su
desarrollo en los últimos años”**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales de Justicia de
la República del Ecuador**

Autora: María Lizet Oviedo Buendía

Director: Dr. Antonio Martínez Borrero

Cuenca Ecuador

2007

HOMENAJE PÓSTUMO

Con este trabajo quiero expresar de manera muy especial mis respetos y rendir tributo a quien en vida fue el Señor Doctor Hernán Coello García, maestro, profesor y director de este trabajo monográfico, el cual esta pletórico de su guía y sabiduría.

Tengo la seguridad que su deseo hubiera sido estar presente hoy entre nosotros para presenciar con gran satisfacción mi llegada a esta meta tan anhelada. Dios lo llamó y por eso no puedo dejar de recordarlo y expresar mis más sinceros sentimientos de afecto y gratitud por su apoyo y colaboración a lo largo del desarrollo de este trabajo.

Sé que sus enseñanzas y sus palabras me acompañaran el resto de mi vida.

Hasta siempre mi querido maestro.

Su alumna

Lizet

DEDICATORIA

Este trabajo con el cual culmino una de las etapas más notables de mi vida, se los dedico con mucho cariño a mis abuelos Maria Gladis y Guillermo, quienes estuvieron a mi lado brindándome apoyo incondicional en todo momento. Ellos hicieron posible ver cumplido este sueño tan ansiado.

A mi familia, quienes han sido un pilar fundamental en mi formación y desarrollo personal y profesional, pues siempre me han brindando su amor y sabios consejos y han sido un ejemplo de tenacidad y dedicación para estimularme a cumplir mis objetivos y sueños.

Y de manera muy especial a Esteban, que durante toda mi carrera universitaria y en la elaboración de este trabajo ha sido quien me ha brindado su comprensión, amor y paciencia, convirtiéndose así en el eje principal para lograr ver cumplidas mis aspiraciones personales.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar agradezco a Dios, quien me ha guiado por el camino correcto y me ha dado las fuerzas y entereza para sobrepasar cualquier obstáculo que se me presente y de su mano lograr culminar mi carrera universitaria.

De esta manera deseo expresar mis más sinceros agradecimientos al Doctor Antonio Martínez Borrero, quien con su sabiduría y excelencia académica ha colaborado en la realización de este trabajo de una manera generosa brindándome sus conocimientos y un espacio de su valioso tiempo.

Agradezco a la Universidad del Azuay, prestigiosa institución educativa; y, de manera muy especial, a todos quienes integran la Facultad de Ciencias Jurídicas, quienes han sido los protagonistas y responsables de mi formación profesional.

ÍNDICE

CONTENIDO:	Pág.
Dedicatoria.....	I
Agradecimientos.....	II
Índice de Contenidos.....	III
Resumen.....	VII
Abstract.....	VIII
 Introducción.....	 1
 CAPÍTULO I:	
INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE AUTOR.....	3
 1.1 Concepto de Derecho de Autor.....	 3
1.2 Desarrollo Histórico del Derecho de Autor.....	5
1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor.....	9
1.3.1 Derecho de la personalidad.....	9
1.3.2 Derecho de Propiedad.....	11
1.3.3 Derecho Privilegiado.....	12
1.3.4 Derecho Intelectual.....	13
1.4 Privilegios de los Derechos de Autor.....	13
1.4.1 Informalidad.....	13
1.4.2 Prevalencia.....	13
1.4.3 Responsabilidad Solidaria.....	14
1.4.4 Independencia de Utilidad Pública.....	14
1.4.5 Principios Procesales.....	15
1.4.6 Principios Internacionales.....	15
1.5 Características del Derecho de Autor.....	15
1.5.1 Protección de las ideas.....	16
1.5.2 Reconocimiento de los Derechos Conexos.....	16
1.5.3 Coexistencia de derechos	16

CAPÍTULO II:

TRATAMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR EN LA LEY DE PROPIEDAD

INTELECTUAL. 18

2.1 Objeto del Derecho de Autor..... 18

2.2 Sujetos del Derecho de Autor 21

2.2.1 Clases de Sujetos. Su tratamiento en la Ley de Propiedad Intelectual..... 21

2.2.1.1 Autor..... 21

2.2.1.2 Titular..... 22

2.2.2 Presunción de la autoría..... 22

2.2.3 Clases de Titularidad..... 23

2.2.3.1 Titularidad Originaria..... 23

2.2.3.2 Titularidad Derivada..... 24

2.2.3.3 Titularidad Individual..... 26

2.2.3.4 En obras seudónimas, anónimas, inéditas..... 26

2.2.3.5 En obras hechas bajo subordinación laboral o por encargo..... 28

2.2.4.6 En obras realizadas por incapaces relativos y absolutos..... 31

CAPÍTULO III:

FIGURAS QUE CONFORMAN EL DERECHO DE AUTOR..... 33

3.1 Contenido del Derecho de Autor 33

3.1.1 De los derechos morales. Características 35

3.1.1.1 Naturaleza Jurídica 35

3.1.1.2 Facultades que confiere el derecho moral.... 37

3.1.2 De los derechos Patrimoniales. Características... 42

3.1.2.1 Derecho de Reproducción..... 45

3.1.2.2 Derecho de comunicación pública de la obra... 47

3.1.2.3 Derecho de participación o “Droit de suite”.... 50

3.1.3 Limitaciones o excepciones a los derechos

patrimoniales.....	52
3.1.4 Duración y transmisión del derecho de autor....	60
3.1.4.1 Clases de transmisión.....	64
3.1.5 De los derechos conexos. Características.....	68

CAPÍTULO IV:

EL DELITO DE VIOLACIÓN AL DERECHO DE AUTOR EN LA NORMATIVA JURÍDICA ECUATORIANA.....

71

4.1 Régimen legal del Derecho de autor.....	71
4.1.1 Aspectos Constitucionales.....	71
4.1.2 Ley de Propiedad Intelectual y Reglamento a la ley.....	75
4.1.2.1 De los procesos de conocimiento.....	77
4.1.2.2 De las providencias preventivas y cautelares.....	82
4.1.2.3 De los delitos y las penas.....	85
4.1.3 Análisis de su aplicación en el Ecuador.....	86
4.1.3.1 Ventajas.....	86
4.1.3.2 Desventajas.....	87
4.2 Consecuencias del comercio informal.....	88
4.3 Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales.....	97

CAPÍTULO V:

RECONOCIMIENTO DE ALGUNOS CONTRATOS EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....

100

5.1 Análisis y tratamiento específico de algunos contratos.....	100
5.1.1 Contrato de Edición.....	100
5.1.1.1 Derechos que confiere el contrato de Edición al autor.....	103

5.1.1.2	Derechos que confiere el contrato de Edición al editor.....	104
5.1.1.3	Obligaciones del autor respecto del contrato...	104
5.1.1.4	Obligaciones del editor respecto del contrato...	105
5.1.1.5	Finalización del contrato de Edición.....	105
5.1.2	Contrato de Representación.....	106
5.1.2.1	Obligaciones del titular del derecho.....	107
5.1.2.2	Obligaciones del empresario (cesionario)...	108
5.1.2.3	Duración de exclusividad de representación de obras.....	108
5.1.2.4	Finalización del contrato de representación....	108
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		110
ANEXO 1.....		114
ANEXO 2.....		117
BIBLIOGRAFÍA.....		121

RESUMEN

El tema escogido para el desarrollo de mi investigación es el eje central de uno de los problemas más grandes que aquejan a nuestra sociedad en la actualidad. Debemos tener presente que el conocimiento del ser humano crece todos los días y busca encontrar respuestas a todas sus necesidades y así mejorar su calidad de vida, por este motivo es muy importante y necesario reglamentar sus expresiones intelectuales en normas que protejan ese derecho que surge de su propia naturaleza, el adelanto de la tecnología ocasiona que las ideas sean difundidas rápidamente y de esta manera existe el peligro de la fácil apropiación de las mismas despojando así los derechos absolutos que sobre ellas tiene su creador.

En todo el mundo y nuestro país no es la excepción, hay una falta de respeto total a los Derechos de Autor, de ahí los grandes índices de piratería que cada día se incrementan alarmantemente ocasionando que los autores, artistas, ejecutantes, interpretes sientan que se encuentran desprotegidos y sin las garantías suficientes para seguir realizando su trabajo, y por consiguiente decidan dejar de producir o hacerlo en otro lugar donde tengan mayores seguridades. Muchos son los fundamentos que sirven de pretexto para quienes se dedican a la comercialización de productos ilegales, siendo el más utilizado la carencia de recursos económicos que permita llevar una vida digna. Es verdad y estamos totalmente de acuerdo con el hecho de que la situación económica por la que atraviesa nuestro país y desde hace varios años atrás no es la mejor; sin embargo, esta no es justificación para violar las leyes y causar perjuicios millonarios a nuestro país.

ABSTRACT

The subject selected for the development of my investigation is the central axis of one of the biggest problems afflicting our society nowadays. We must keep in mind that human knowledge increases every day, and it is always searching for answers to all the needs of the human being in order to improve his quality of life. That is why it is very important and necessary to regulate his intellectual expressions into norms that will protect the right that arises from his own nature. The advance of technology causes ideas to be quickly spread out, creating the risk of easy appropriation, thus taking away the absolute rights of their creator.

Throughout the world -and our country is not the exception- there is a total lack of respect toward the Author's Rights. Thence the big piracy rates that are alarmingly increasing every day, causing authors, performers, and interpreters to feel unprotected and without enough warranties to continue doing their job, which many times makes them decide to stop producing or to do it in another place where they can have more securities. Many are the excuses that those who devote themselves to the sale of illegal products use as grounds for doing it, being the lack of economic resources for a dignified life the most common. It is true -and we totally agree- that the economic situation our country has been going through lately is not the best; however, this is not a justification for breaking the law causing a millionaire damage to our country.

INTRODUCCIÓN

Las invenciones u obras producto de la creación del ser humano son protegidas por la propiedad intelectual, a través de dos de sus ámbitos: los derechos de autor que comprende las obras literarias y artísticas como novelas, poemas, obras de teatro, películas entre otros; y, la propiedad industrial que abarca las patentes, modelos industriales, marcas, dibujos artísticos etc.

El derecho de autor encuentra su fundamento en la necesidad del ser humano de tener acceso al saber y sobre todo a la creciente necesidad de encontrar el conocimiento para de esta manera mejorar la calidad de vida de quienes le rodean. El autor de una obra al crearla y materializarla con su sello personal origina una íntima relación entre el y el fruto de su inspiración, la cual le da derecho de disponer de ella libremente y sin ninguna restricción.

La difusión de creaciones se realiza continuamente a través de medios de comunicación tales como la red, lo cual facilita la adquisición de las mismas por el público a nivel mundial sin ninguna dificultad, pero esto también podría traer como consecuencia poner en riesgo la observancia de los derechos de sus creadores.

El Ecuador en su calidad de miembro de la Organización Mundial del Comercio (OMC) adquirió obligaciones, a instancias de la promulgación de La Ley de Propiedad Industrial en mayo de 1998, motivo por el cual esta ley fue duramente criticada por la opinión pública y los sectores íntimamente relacionados con la propiedad intelectual ya que los mismos consideraban que eran exageradas las ventajas de las cuales gozaban las empresas multinacionales, principalmente y sobre todo del software.

Por ejemplo la campaña de la Business Software Alliance que se emprendió en contra del software pirata comercializado ilegalmente por diferentes empresas aparentando ser una propaganda de ventas de equipos de computación, fue una de las acciones que se tomaron a partir de la promulgación de la ley de propiedad intelectual. Se obtuvieron importantes resultados, pero hay que mencionar que también existieron abusos por parte de quienes a nombre de hacer respetar la ley, de

la cual aun no tenían el suficiente conocimiento, violaban otros importantes derechos, principalmente contra la propiedad.

Varios años han transcurrido desde la vigencia de los convenios internacionales en materia de derechos de autor suscritos por nuestro país y desde la promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual y, desgraciadamente no se ha podido lograr los objetivos esperados relativos, al respeto a los derechos de autor, ya que actualmente existen índices alarmantes de piratería en todos los ámbitos.

Este hecho me permite sacar una conclusión, de que sirve una ley moderna y actualizada, si las autoridades no tienen suficiente conocimiento y por ende mucho menos respeto hacia la misma, por lo tanto los derechos de los seres humanos, no sustentan su existencia en la calidad ni cantidad de normas, reglamentos o leyes que los protegen, sino en el porcentaje de conocimiento y respeto que tengamos sobre las mismas.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE AUTOR

1.1 Concepto de Derecho de Autor.

El conocimiento del ser humano aumenta cada día y busca con ansias encontrar respuestas a todas sus necesidades y así mejorar su calidad de vida, por este motivo es inminentemente necesario reglamentar sus expresiones intelectuales en normas tendentes a la protección de ese derecho emanado de su propia naturaleza, el adelanto de la tecnología ocasiona que las ideas sean difundidas con extremada rapidez y de esta manera existe el peligro de la fácil apropiación de las mismas usurpando así los derechos absolutos que sobre ellas tiene su creador.

El momento que una obra es conocida por la sociedad nace una relación distinta del íntimo vínculo que existía entre el autor y su creación hasta antes de que nadie la haya conocido, ya que ahora es posible que cualquiera tenga la oportunidad de acceder a la misma pero no por esto se elimina el derecho de exigir el reconocimiento por ser el creador de ella.

El derecho de autor protege la creación por sí misma, comunicando las ideas y pensamientos, en definitiva, recae sobre las producciones fruto de la inspiración.

En virtud de la evolución de las dos instituciones- La Unión de París creada por el Convenio de París para la protección de la Propiedad Intelectual (1883) y la Unión de Berna establecida en virtud al convenio de Berna para la protección literarias y artísticas en 1886-, actualmente el concepto de derecho de autor está inmerso en el concepto general de propiedad intelectual, y a su vez con el de propiedad industrial ya que antes dentro de éste, solo se contaban los derechos de autor, lo cual fue cambiando poco a poco con la evolución de las instituciones antes mencionadas. Para su administración se dio la creación de oficinas unificadas que después tomaron el nombre de Oficinas Internacionales, posteriormente se les dio el nombre de Oficinas Internacionales para la protección de la Propiedad Intelectual y en la actualidad se las conoce como Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

El derecho de autor protege la expresión de las ideas, no las ideas mismas.

La Ley de Derechos de Autor protege al titular de los derechos de las obras literarias y artísticas contra ellos que copian o de cualquier otra manera toman y usan la forma en la que la obra original fue expresada por el autor.¹

Analizaremos una de las definiciones dadas por la tratadista Delia Lypszyc, en la cual se tratan claramente los elementos constitutivos del derecho de autor:

*Es la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad, resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son anunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales.*²

- a. Naturaleza jurídica.-** El derecho de autor se considera como derecho objetivo, por constituir un conjunto de normas y principios propios y; por otro lado, subjetivo porque confiere a su titular una serie de prerrogativas patrimoniales y extramatrimoniales que puede hacer valer judicialmente.
- b. La titularidad del derecho.-** Que se radica en el creador.
- c. El objeto del derecho.-** Es decir, la obra que es la forma expresiva que toma la creación individualizada o autónoma.

El derecho de autor es tratado bajo dos significados generalmente, el más amplio, trata sobre los denominados derechos conexos; y el otro, es el contemplado en los Convenios Internacionales que abarca explícitamente y de manera única la protección de los derechos sobre obras literarias y artísticas. Los derechos de autor no deben verse afectados por la protección que se da a los derechos conexos, ya que

¹ Organización Mundial de Propiedad Intelectual, “Documento Seminario Nacional de la OMPI sobre derechos de autor y Derechos Conexos para diplomáticos del Ecuador”, Quito, 1997.

² LYPZYC. Delia. Derecho de autor y derechos conexos, Buenos Aires, ediciones UNESCO-CERLALC, 1993, p.11

este tratamiento conlleva una diferencia entre la concepción romana y del *common law*, que aparenta ser más terminológica que conceptual.

Los países tutelados por el *common law* tienen además del amparo sobre las obras literarias y artísticas, la protección de otros derechos usualmente contenidos en la noción de los llamados derechos conexos.

La OMPI determina que, los países pueden extender a ciertas producciones que estén protegidas por los llamados derechos conexos, la noción de obras literarias y artísticas. Es así que los derechos correspondientes dejan de ser conexos y se convierten en derechos sobre obras literarias y artísticas, es decir, derecho de autor, motivo por el cual desde ese momento se aplicaran en estricto sentido cada una de las reglas de protección a este derecho.

1.2 Desarrollo Histórico del Derecho de Autor.

Históricamente, el momento que la creación colectiva pasa a la singularización de la obra y se coloca el nombre del autor, nace el concepto de propiedad intelectual. De esta manera se ha visto que desde épocas antiguas en todas las culturas ha existido protección a las creaciones humanas. Como dice Arcadio Plazas:

“En el derecho romano no se reglamentó específicamente el derecho de autor, la protección que se le dio resultó de la aplicación de normas generales; se penalizaba a los plagarios más con un castigo de descrédito social que con una sanción jurídica. Las únicas normas particulares que se dieron sobre el derecho de autor protegían la paternidad o autoría del artista sobre su obra de arte. Pero realmente no se configuró un cuerpo normativo completo que pueda considerarse como cimiento de la legislación sobre materia”.³

³ PLAZAS. Arcadio. Consideraciones introductorias al Derecho de Autor, Bogotá, Editorial Temis, 1984, p.50

La iglesia en la mayoría de los casos era quien acogía con su protección el trabajo de los creadores ya que en la Edad Media no hubo un derecho sistematizado que amparara la autoría de los mismos.

Europa atravesaba una época muy convulsionada política y social lo cual afectaba directamente a las artes, ya que se daban constantes disturbios e invasiones que destruían poblaciones enteras. La mayoría de los artistas se inspiraban en temas religiosos, ya que los demás valores del espíritu pasaron a un segundo plano excepto la religión la cual sirvió de musa para los grandes creadores de obras. Esta situación se conservó hasta la intervención de la imprenta por Gutenberg en el año de 1445.⁴ Revelación que da nacimiento a la concepción moderna del derecho de autor en el siglo XV, y se deja atrás y casi olvidado el ciclo de los libros manuscritos, y se dio admisión a la reproducción de obras escritas en grandes volúmenes.

Esto ocasiono algunos inconvenientes como fue el hecho de que la actividad de los artesanos de imprenta, se convirtiera en un trabajo oneroso y mucho más competitivo, ya que las personas que se dedicaban a esta labor se vieron en la necesidad de abastecerse de máquinas mucho más industrializadas y con la suficiente capacidad de reproducir los grandes volúmenes de obras que eran creadas en esos momentos.

Los reyes tratando de dar una solución a este problema, concedieron algunas prerrogativas, como fue el reconocer al editor el derecho de publicación de las obras y así reglar de alguna manera la competencia, pero realmente lo que se ocasionó, en algunos casos, fue dar rienda suelta al monopolio de ciertas empresas. Más adelante se les reconoció este privilegio a los autores y a sus herederos para que publiquen directamente sus obras.

En el siglo XVIII, se dio el nacimiento de ideas individualistas debido a la influencia de pensadores de la época, de esta manera se demostró la vigencia del régimen parlamentario en reemplazo de la monarquía. De acuerdo al documento de la

⁴JESSEN. Henry. Derechos Intelectuales, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p.19

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, denominado “El ABC del Derecho de Autor”, impreso en Francia en 1982.

Con el tiempo se fueron disminuyendo poco a poco las restricciones sobre las imprentas y como resultado cayo el sistema concedido por los reyes ya que se puso en tela de juicio el sistema monopólico de impresión, y frente a esto los editores se defendieron alegando la teoría de la propiedad intelectual para defender sus prerrogativas.

Las compañías interesadas en mantener el monopolio de la impresión, protestaron duramente y se opusieron al proyecto de ley presentado ante la Cámara de los Comunes en Inglaterra en el año 1709, ya que el mismo concedía la propiedad de los libros impresos a los autores o compradores de estos, durante el plazo señalado en la ley. Proyecto que fue transformado en el denominado Estatuto de la Reina Ana (10 de abril de 1710), considerado como la primera ley de derechos de autor, la cual reconoce el *copyright* en beneficio del autor como su derecho individual de reproducir libros.

El *copyright* fue concebido como un verdadero derecho de propiedad del autor, un claro ejemplo de esto pudo observarse con la expedición de la Ley Federal de 1790 presentada por los Estados Unidos, de la misma manera bajo la forma de *copyright*, otro ejemplo, es el de Francia con los derechos de 1791 y 1793 encaminados a la protección de la representación y producción de obras literarias, artísticas y musicales, con lo cual se confirma la relevancia de este derecho.

Todo este progreso legal que permitió dar un debida protección a los derechos de autor en relación a sus creaciones, fue considerando un gran adelanto en esta materia, lo cual desencadenó un arduo trabajo legal ya que se debía regular cada punto de esta nueva disciplina que cada día tenía una importancia más relevante, es así que podríamos asegurar que en el siglo XIX la mayoría de países europeos contaban con su propia legislación sobre Derechos de autor, pero este derecho no era reconocido en la obras extranjeras sino únicamente dentro de su propio territorio.

La urgencia de que existan normas que den protección a los derechos de los autores fuera de su territorio, fue evidente con el progreso de las obras literarias y de la industria cinematográfica, es decir era clara la necesidad de normas supranacionales.

Se pudo evidenciar el uso de tratados bilaterales en primera instancia y posteriormente se optó por el empleo de convenciones multilaterales, entre ellas se destaca debido a su importancia la vigente Convención de Berna de 1886.

La práctica de contratos de transferencia de derechos sobre propiedad intelectual entre países, se optó por el creciente avance tecnológico evidenciado en el siglo XX.

La comunidad mundial promovió la celebración de algunas convenciones de gran importancia, como son, la Convención Universal de los derechos de Autor, firmada en Ginebra en 1953 y revisada en París en 1971, y la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas, Interpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y de Organismos de Radiodifusión hecha en Roma en 1961, iniciativa que tuvo su origen en el hecho de que las diferentes normativas de cada nación necesitaban su unificación a nivel internacional.

Comunidad que más adelante también se encargaría de crear y regular los Organismos llamados a poner en práctica y hacer respetar la creación de estos instrumentos legales, tal es así que el 14 de julio de 1967 se suscribió el tratado con el que se creó la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), la cual entra en vigencia en 1970.

Gracias a la celebración de varios pactos en los que se establece que la propiedad intelectual no podrá dificultar el desarrollo del comercio, en todo el mundo hoy en día se puede observar la gran influencia que la economía tiene sobre el tratamiento de la propiedad intelectual. Es decir el factor dinero juega un papel importante para el desarrollo de las distintas creaciones.

1.3 Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor.

Muchos juristas mantienen que desde el punto de vista de los principios positivistas este es un privilegio del Estado que se le otorga al autor de una obra, para que obtenga beneficios con la publicación de su creación.

Otros consideran a este como un derecho de propiedad común o dominio (derecho real), algunos lo han denominado como un derecho personalísimo ya que se encuentra íntimamente unido al sujeto un derecho implícito, como es un derecho moral que solo le atañe al autor.

En conclusión, no existe un acuerdo respecto de este tema, por lo que se hace necesario aplicar un tratamiento específico ya que sus características no pueden ser clasificadas en una u otra corriente dependiendo de la manera de pensar de los distintos juristas.

1.3.1 Derecho de la personalidad.

Teoría que sustenta sus bases en la idea de que el derecho de autor lleva implícito el derecho moral, es decir, el autor se encuentran íntimamente unido a su obra, y es a través de ésta que se origina el reflejo de la personalidad del autor, por lo tanto, se comete un verdadero atentado contra el autor, el momento que se viola este fuerte vínculo existente entre ambas partes.

Ciertos tratadistas consideran y defienden esta teoría alegando, que al ser un derecho tan inseparable de la persona solamente puede tratarse de un derecho personalísimo; y al mismo tiempo debido a que el derecho pecuniario es inherente al derecho moral, este igualmente será considerado un derecho personal del autor ya que tiene el mismo origen que se traduce en el respeto a la personalidad del autor y que, por consiguiente, se estaría violando su personalidad el momento en que alguien reproduzca una obra sin autorización del mismo.

Aunque estos argumentos tienen algo de validez, realmente carecen de sustento ya que aunque exista un vínculo muy fuerte entre el autor y su obra, no se puede concluir que sean sus facultades el objeto de su derecho.

Según Guillermo Cabanellas la tradicional denominación ha sido muy combatida en virtud de que *“al no poder existir derecho alguno sin un titular, todos son personales”*⁵

Cuando hay un vínculo entre dos personas hablamos de la existencia de un derecho personal que es el que abarca el extenso ámbito de las obligaciones y contratos además de las relaciones familiares; a diferencia del derecho real en el que prima la relación entre una cosa y una persona.

Por otro lado, Claro Solar define el derecho personal diciendo: *“Es una relación especial, entre dos personas, mediante la cual una de ellas puede exigir de la otra alguna prestación, que según el derecho común no lo debería”*.

Tomando en cuenta todo lo antes mencionado llegamos a la conclusión que el derecho de autor no cabe dentro de la definición de derecho personal, pues la relación que existe en el derecho de autor es entre el creador y su obra, más no encontramos relación entre personas. Es así que para dejar completamente claro este hecho haremos un análisis más detenido de cada una de las características del derecho personal.

En el derecho personal la relación empieza a existir desde el momento que una persona debe realizar una actividad a favor de otra persona, para que de esta manera el derecho goce de una realidad plena. Es decir existe relación de persona a persona.

A diferencia del derecho real en el que el sujeto pasivo es indefinido puesto que en respaldo de su titular, será toda la sociedad quien deberá respetar tal derecho. En el derecho personal, la persona o el sujeto pasivo que es el encargado de efectuar una prestación a favor de otra, se halla perfectamente identificado.

⁵ CABANELLAS. Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, 9na. Ed., Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L, 1976, p.662

En el derecho personal, el objeto es una obligación, pues otorga a su titular la facultad para que en su beneficio se realice una determinada prestación.

Son muchas las diferencias entre el derecho de autor y el derecho personal, es más podría decirse que no existe semejanza alguna entre estos dos derechos.

En el derecho de autor el objeto se trata de una creación de la inteligencia de su titular, es decir no se trata de hacer algo a favor de otro, si no más bien un no hacer (prestación negativa) por parte del resto de personas.

El derecho personal puede perderse por prescripción, pero jamás puede ser adquirido por medio de ella, es decir el derecho personal únicamente existe y tiene efecto en relación a la persona obligada, mientras que el derecho de autor de ninguna manera puede adquirirse ni perderse por prescripción.

1.3.2.- Derecho de propiedad.

Al derecho que tiene el dueño de una cosa para gozar, servirse y disponer de ella de acuerdo a su voluntad se lo denomina derecho de propiedad. Según el concepto de Guillermo Cabanellas, derecho de propiedad, es el que concede la facultad de usar y abusar de una cosa de la que se es dueño.

Se empieza a relacionar el derecho de autor con el de propiedad, considerándolo parte de los derechos reales, a partir del siglo XVIII. Esto se basa en que entre el autor y su obra existe una íntima relación exactamente igual a la relación que hay entre una cosa material corporal y el titular del dominio, es decir éste puede usar, gozar y disponer de la misma a su completa discreción.

La Ley del Estado de Massachussets el 17 de marzo de 1789 acogió por primera vez la teoría que aseveraba que la propiedad más representativa del ser humano es la que surge como producto de su mente. Posteriormente en Francia se da relevancia al derecho de los autores aprobando la representación pública de sus obras y el derecho de reproducción. Teoría que fue admitida durante el transcurso del siglo XIX y XX,

pero equivalentemente aparecieron corrientes inversas que llegaron a considerar al derecho de autor como un derecho sui géneris.

Louis Josserand sostiene que el derecho de autor no es más que la propiedad comúnmente denominada derecho de dominio.

No estoy de acuerdo con la manera de pensar de este tratadista ya que es verdad que el derecho de autor es una verdadera propiedad, pero este dominio es reglado por leyes distintas a las que rigen la propiedad ordinaria, es así que en el derecho de propiedad el objeto es algo tangible, hablamos de algo corporal, mientras que en el derecho de autor el objeto recae en el fruto de la inspiración del ser humano, en este caso hablamos de algo abstracto.

Además, los derechos patrimoniales de propiedad ordinaria no tienen límites en el tiempo, no así en el que el caso de los derechos de autor que son temporales. El creador de una obra ya es propietario de esta incluso antes de haberla registrado, la creación es un modo de adquirirla. En la propiedad ordinaria otros son los modos constitutivos o derivados con los que se adquiere la posesión.

Para distinguir claramente la propiedad del derecho de autor con la propiedad ordinaria haré mención de dos de las características más relevantes; por un lado, aún cuando el creador de una obra muera, los derechos de autor son perpetuos, caso contrario, el derecho de propiedad ordinaria se elimina para el propietario con su muerte, dejándoles a sus herederos o legatarios; por otro lado, los derechos morales del autor predominan sobre los derechos patrimoniales, lo cual no es considerado en la propiedad de bienes materiales.

1.3.3.- Derecho privilegiado.

Esta teoría sostiene que el derecho de autor es una prerrogativa que el Estado otorga a los creadores para que se beneficien de las rentas que sus obras generan.

El tratadista Planiol defiende esta teoría y se fundamenta en el hecho de que una vez publicada una obra, la misma pertenece a la sociedad ya que el autor para realizarla y

materializarla se ha servido de esta. Sin reconocer que la sociedad debe recompensar al autor, por ser el creador de la obra, con lo necesario para su sustento, para lo cual se le debe otorgar la disposición exclusiva de la creación.

Creer que el derecho de autor es un privilegio es bastante ilógico, ya que significaría concederle una atribución a una persona determinada de algo que también le atañe al resto; además es ilógico presumir que el resto de la sociedad tiene iguales derechos que su autor sobre una creación, mientras que si no hubiera sido por este, nunca hubiera existido la mencionada producción.

1.3.4.- Derecho intelectual.

El derecho de autor tiene características destacadamente especiales, lo que hace imposible encasillarlo dentro de la división habitual de derechos reales o derechos personales, ya que se ejercen sobre un bien inmaterial, fruto de su inspiración e intelecto, lo cual le distingue de los derechos reales que se ejercen sobre las cosas, y de los derechos personales que permiten al creador hacer valer su derecho solo frente al deudor. Basándome en lo antes mencionado, considero que ésta es la teoría más precisa para encasillar al derecho de autor.

1.4.- Principios de los Derechos de Autor.

1.4.1. Informalidad

Este principio sostiene que desde el momento mismo de la creación de una obra su autor esta protegido contra la apropiación, el uso indebido de la misma, etc..., sin que sea necesario el registro de la misma, para que esta protección surta pleno efecto. Registro que es el modo originario de obtener los derechos sobre la propiedad autoral.

1.4.2. Prevalencia

Los derechos del autor de una obra, predominan y en caso de algún conflicto prevalecerán sobre los derechos que tienen los titulares de los derechos conexos,

como son los artistas, interpretes, productores de fonogramas, los organismos de radio difusión, etc.

1.4.3. Responsabilidad solidaria.

Tomando en consideración que el creador de una obra se encuentra protegido por los derechos de autor, este principio se basa en que, en caso de que una autoridad permita la utilización, representación o divulgación de una creación sin la respectiva autorización de su creador, esta autoridad será solidariamente responsable con quien infrinja la ley y responderá por los daños que ocasione al titular.

El artículo 54 de la Decisión Andina 351 recoge claramente este principio al decir:

“Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radio difusión o prestar su apoyo para la utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable”.⁶

1.4.4. Independencia de utilidad pública.

Este principio se fundamenta en que el titular de los derechos patrimoniales otorga licencias para que una misma obra sea explotada de distintas formas, se trate de obras teatrales, cinematográficas , de radiodifusión, etc..., las cuales deberán ser tratadas con independencia de las demás, es decir cada una será distinta de otra.

Particularidades parecidas tiene el método de protección que recibe cada titular en relación a su específica contribución intelectual sobre una misma obra. Así, el autor de la obra originaria recibe la protección sobre la misma y la de la obra derivada sobre la concerniente transformación, mientras que el interprete sobre su ejecución o interpretación.

⁶ Comunidad Andina de Naciones, Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, art. 54, R.O. 366, 1995.

1.4.5. Principios procesales.

El derecho de autor deberá sujetarse a los derechos de economía procesal, igualdad de las partes ante la ley, celeridad, eficacia e imparcialidad.

1.4.6. Principios internacionales.

Los convenios internacionales, binacionales o regionales, mantiene el compromiso de respetar, los principios de protección independiente que se fundamentan en la autonomía que cada Estado posee en si mismo para reglar el régimen interno de las producciones; el de trato nacional que se fundamenta en el hecho de que cada país suscriptor de un tratado otorgara a los nacionales de otro país miembro, una protección igualmente favorable que la otorgada a sus propios nacionales en materia de derechos de autor y derechos conexos, y ,el principio de protección inmediata que se traduce en el principio de la informalidad.

1.5 Características del Derecho de Autor

Entre características más representativas que hacen de éste un derecho especial, encontramos que el registro garantiza la autenticidad de los títulos de propiedad intelectual, es declarativo pero no se lo considera como un requisito indispensable y constitutivo de este derecho. El objetivo del registro es proporcionar publicidad al derecho de los titulares y a los actos que creen cambios en lo que respecta a la transferencia de dominio.

El nombre de la persona que aparece indicado en la obra nos hace presumir que se trata del autor de la misma, sin embargo, esto no es más que una presunción, ya que el verdadero autor tiene la facultad de resistirse al registro de una obra, que otra persona intente plasmarla como creación suya.

Es importante anotar que el derecho de autor también protege a los autores de las denominadas obras derivadas, es decir, resguarda los derechos de aquellas personas que plasman su producción personal modificando una obra realizada por otro con características de originalidad. Indiscutiblemente para realizar dichas modificaciones

se requiere la autorización del autor de la obra originaria, caso contrario, se violarían los derechos del titular.

1.5.1. Protección de las ideas.

El solo hecho de pensar que las ideas pudieran ser sujetas de dominio particular sería absurdo, puesto que estas son de dominio público y el querer ponerlas bajo protección como propias sería inadmisibles. Es así que el derecho de autor protege la expresión de las ideas, no las ideas mismas.

Esta protección abarca a la forma en que una idea es concebida y posteriormente plasmada en una obra por su creador o mentalizador, y de esta manera este se convierte en el autor de la obra, de ahí que lo que recibe protección es la manera en que una idea ha sido expresada por cada persona, ya que al hacerlo imprime su sello personal fruto de su inspiración, lo que da lugar por un lado a la titularidad original del derecho que requiere la protección jurídica contra la apropiación indebida, y por otro a la apropiación pecuniaria de la cual debe ser el único beneficiario el autor de la obra.

1.5.2. Reconocimiento de los derechos conexos.

El derecho de autor también protege a los artistas, intérpretes o ejecutantes que son los titulares de los llamados derechos conexos cuando éstos aportan a la obra original con modificaciones personales, otorgando a la misma una característica original y especial la cual es expresada a través de cualquiera de estas modalidades. Los organismos de radiodifusión que se encargan de difundir la obra también son reconocidos por los derechos conexos.

1.5.3. Coexistencia de derechos.

El derecho de autor está conformado por los derechos morales que son considerados inherentes del ser humano que ha creado una obra, es decir, es considerado como una prerrogativa más no como un poder otorgado por el Estado. El momento que se crea una obra el autor manifiesta a través de ella su pensamiento y libera su

personalidad, en este caso hablamos de un derecho de personalidad que surge con el simple acto de la creación.

Los derechos patrimoniales hacen relación a la remuneración económica que el autor recibe cuando decide difundir públicamente su obra, es decir, hablamos de los beneficios pecuniarios a los que tiene derecho únicamente el creador de una obra.

Varios han sido los tratadistas que han analizado la relación existente entre los derechos morales y patrimoniales, llegando a consolidar dos teorías al respecto, la monista y la dualista.

La tratadista Delia Lipszyc sostiene que los seguidores de esta tesis no están de acuerdo en separar las características morales de las patrimoniales, ya que el derecho de autor adquiere su carácter de especial precisamente de esta unión.⁷

Esto no significa que no reconozcan la diferencia que hay entre estos dos derechos, sino que interpretan unitariamente las facultades y derechos que le atañen al autor, las cuales son consideradas sólo como derivaciones y modalidades de una única figura.

⁷ LIPSZYC. Delia. Derecho de autor y derechos conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO CERLALC, 1993, p.152.

CAPÍTULO II

TRATAMIENTO DEL DERECHO DE AUTOR EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

2.1 Objeto del Derecho de Autor.

El derecho de autor protege la expresión de las ideas las cuales han sido plasmadas en una producción material, es decir, la obra; la cual es el fruto de la inspiración de una persona, y constituye el objeto del derecho de autor.

La Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana publicada el 19 de mayo de 1998, sostiene que: “... *la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad*”.

La obra es “...*la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducirla*”.⁸

Este concepto abarca los mismos elementos que nuestra Ley de Propiedad Intelectual utiliza para definir la obra: “*Toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse*”.

De esta manera se entiende que para que una obra pueda ser sujeta de protección debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Debe ser una creación del intelecto.- Es decir manifestaciones de la inteligencia humana, como por ejemplo las de artesanos o las de intérpretes de obras coreográficas; con esto no me refiero aquellas personas que demuestran sus

⁸ LIPSZYC. Delia. Delia Lipszyc, Derecho de autor y derechos conexos, Buenos Aires, Ediciones UNESCO CERLALC, 1993, p. 35.

habilidades de manera física como es el caso de los deportistas, operadores de máquinas, etc.

Como he mencionado anteriormente las ideas no son propiedad de nadie y pueden ser utilizadas con total libertad por cualquier persona, es así que el derecho de autor no las protege como tales sino cuando han sido expresadas con un sello personal y plasmadas materialmente en producciones que pueden ser apreciadas por el resto. Caso contrario si se protegieran las ideas lo único que se lograría es poner obstáculos y límites a la facultad que tienen los seres humanos de manifestar sus creaciones.

Hay que aclarar que es ilícito utilizar los elementos que distinguen y hacen especial a una obra, ya que al hacerlo estaríamos violando los derechos absolutos que el autor de la obra tiene sobre ella.

El derecho de autor tampoco no protege la ejecución o la explotación industrial de las ideas, es decir el creador tiene la facultad de prohibir la reproducción de la obra en la cual fue plasmada su idea, pero no puede oponerse a que en la práctica esa idea sea aplicada.

Para entender esta característica daré algunos ejemplos, como es el caso de los recetarios de cocina, su autor tiene la facultad de prohibir la reproducción del libro como tal, pero no puede oponerse de ninguna manera a que los usuarios pongan en práctica las recetas y cocinen tal como es indicado por el autor en su libro. Particularidad que se respalda en la Convención de Washington suscrita en 1946, en la cual se señala que “...la expresión de obras científicas que protege la convención no comprende el aprovechamiento industrial de la idea”⁹

2.- Original.- Tiene directa relación con lo personal, es decir se basa en la expresión creativa y singularizada de una obra. Para el derecho de autor no es un requisito sine qua non lo novedoso, como lo es por ejemplo dentro del campo de la investigación, en donde la novedad del invento juega un papel fundamental.

⁹ Convención Interamericana sobre el Derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas, art. IV, Washington, 1946

Cuando hablamos de originalidad no quiero dar a entender que es eminentemente necesario que una obra este basada expresamente en ideas nuevas que nunca antes hayan sido utilizadas por nadie, sino original en el sentido de que cada obra debe tener ese toque especial y único que le identifique con su autor, es decir ese sello personal basado en la personalidad de quien la creo. Lógicamente pueden existir obras íntegramente novedosas, pero esta característica no es considerada como indispensable para que la obra sea protegida por el derecho de autor.

La originalidad es una cuestión de hecho, es decir que no puede ser apreciada de igual forma en todas las obras. El término creación dentro del derecho de autor no tiene un significado común relacionado con sacar algo de la nada y en este caso la originalidad y novedad de la obra no necesariamente tiene que ser integra.

El autor puede inspirarse en ideas antiguas que hayan sido inspiradas mucho tiempo antes y aún de esta manera la obra podrá llegar a ser original, pues nuevamente aclaramos que la obra es original aunque se la desarrolle sobre ideas ya conocidas siempre y cuando se le agregue un sello personal, de ahí que el tema de una obra puede ser conocido mucho antes de que el autor la produzca.

3. Que pueda ser plasmada en un soporte material.- Característica que encierra gran importancia ya que si el fruto de la inspiración de una persona no puede ser apreciado en un soporte material sencillamente se convierten en simples ideas que no pueden ser protegidas.

Las normas de propiedad ordinaria reglan todo lo relativo al soporte material y sólo hace parte del Derecho de autor cuando en él se perpetra gestiones que no están permitidas dentro de esta normatividad, como cuando sin autorización del titular de los derechos, el tenedor reproduce comercialmente, otorga una autoría falsa, o ejecuta otras acciones restrictivas en cuanto a su uso. El Art. 8 de la Ley Propiedad Intelectual al respecto determina que: *“Los derechos reconocidos por el presente Título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra...”*.

4. Debe pertenecer al campo literario, artístico o científico.- La creación será protegida por el Derecho de autor toda vez que se encuentre formando parte de alguno de estos campos, cualquiera sea la finalidad o destino que su creador le dé. A diferencia de aquellas creaciones cuya aplicación esta encaminada a la industria o al comercio que tendrán que ser reguladas por la propiedad industrial.

En el Derecho de autor no existe una exigencia determinada con respecto al contenido moral o ideológico, ni sobre el alcance o estimación de la obra en la literatura, arte o ciencia, entonces existe clara diferencia con la última mencionada en donde es requisito esencial que las creaciones sean novedosas, las cuales solo serán sujetas de protección si no tiene una aplicación industrial o comercial, o en caso de atentar contra las buenas costumbres.

2.2 Sujetos del Derecho de Autor.

2.2.1 Clases de sujetos. Su tratamiento en la Ley de Propiedad Intelectual.

2.2.1.1 Autor

A la persona creadora de la obra se la conoce con el nombre de autor, partiendo de lo establecido en el artículo 11 de la Ley de propiedad Intelectual, según el cual únicamente la persona natural puede ser autor de una obra.¹⁰

Basándonos en el hecho de que solo los seres humanos pueden realizar actos de creación intelectual ya que gozan de actitudes como pensar, componer, expresar etc, la titularidad originaria pertenece a la persona física que crea la obra.

Las personas jurídicas pueden ser titulares derivados de algunos derechos de autor más no pueden ser creadores de una obra. Es así que para que las personas jurídicas puedan llegar a ser titulares originarios o para que se les pueda reconocer la autoría

¹⁰ Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Ley de Propiedad Intelectual, art. 11, Quito, 2001, p.3.

de una obra, debemos acudir a las *fictio iuris* o ficciones jurídicas que son las que se encargan de los intereses de los terceros que explotan una obra.

A pesar de que dentro del sistema latino solamente una persona natural puede ser el autor de una obra, según Henry Jessen también puede serlo una persona jurídica, sea por ficción legal es decir cuando es el Estado el que aparece como autor de actos oficiales como leyes, decretos, ordenanzas, etc... o ya sea de hecho y de derecho como cuando la obra es realizada por los mismos miembros de la persona jurídica.¹¹

En el art. 7 de nuestra ley en donde se expone el significado de los términos utilizados en la Ley se detalla el concepto de autor más no el de titular de la obra. No obstante el significado de titularidad está definido así, *calidad de la persona natural o jurídica, de titular de los derechos reconocidos por el derecho de autor*, de tal manera que este significado puede suplir el vacío existente.

2.2.1.2 Titular

El titular del Derecho de autor es aquella persona sobre quien recaen los derechos y las prerrogativas reconocidas, pero con él pueden coexistir otras personas que tengan derechos patrimoniales o facultades como la defensa de los derechos morales, pero pese a esto debemos reconocer que el titular por excelencia es el autor mismo.

Una vez hecha esta aclaración, no hay lugar a confundir la expresión “autor” que es específica, con “titular del derecho” que es netamente genérica.

2.2.2 Presunción de la autoría.

Es considerado como autor o titular de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, iniciales seudónimo o cualquier otro signo que lo identifique claramente aparezca señalado en la obra como creador de la misma, esto según el art. 12 de la Ley de Propiedad Intelectual.

¹¹ JESSEN. Henry. Ob. Cit., pp. 56-57

La presunción de la autoría es de carácter legal es decir que admite prueba en contrario a diferencia de la presunción de de derecho que es inadmisibile, ya que en caso de presentarse una violación a este derecho como es el plagio o suplantación siempre se podrá reclamar la paternidad de la obra.

En las obras en las que es imposible determinar la identidad del autor, como es el caso de las obras anónimas, la ley no reconoce el derecho moral sino tan solo la defensa de éste a quien esta a cargo de dar a conocer públicamente la misma es decir quien se encarga de su publicación, esto se sustenta en el hecho de que la autoría comprende los derechos morales inherentes exclusivamente y de manera única al autor.

Un caso semejante encontramos cuando al Estado se le otorga la defensa para proteger la integridad de la obra producida por un empleado público en pleno ejercicio de sus funciones, conjuntamente con los derechos patrimoniales a los que haya lugar.

Es verdad y no cabe duda que la obra oficial tiene como titular al Estado, pero en ningún momento la ley lo reconoce como su autor, esto sucede por el hecho de que autor solo puede ser una persona natural.

2.2.3 Clases de titularidad.

Una clasificación clara sobre la titularidad del Derecho de Autor, es posible obtenerla una vez que hemos aplicado los conceptos de adquisición originaria y derivada al derecho de autor, tomando en consideración que tales conceptos son propios de los derechos subjetivos.

2.2.3.1 Titularidad originaria.

Esta clase de titularidad corresponde a la persona en la que el derecho de autor nace por primera vez, es decir, que este derecho le es otorgado por el hecho jurídico de la creación de modo originario.

La titularidad originaria atañe únicamente a las personas físicas que han creado una obra, ya que el derecho de autor nace de la creación intelectual, y esta actitud la tienen únicamente los seres humanos. Las personas jurídicas solo pueden ser titulares derivados de algunos derechos de autor, más nunca podrán ser titulares originarios por las razones ya indicadas.

Titular originario es el autor de una obra creada por primera vez, y el autor de una obra derivada será titular originario de los cambios que se hayan realizado sobre la primera, es decir, del resultado de la transformación realizada en la obra original.

Para utilizar la obra derivada se necesita la autorización tanto del titular de la misma como la del titular de la obra originaria. Esta doble autorización tiene como propósito proteger los derechos que tiene el titular originario de la obra, ya que en el caso de que se permitiera que solo el titular de obra derivada de la autorización para que la misma sea difundida o publicada, se estaría violando los derechos del titular originario, es decir de quien nació por primera vez la obra.

En países de tradición jurídica angloamericana, la calidad de autor se otorga a otras personas distintas de aquella que verdaderamente creó la obra en casos como el de obras creadas por encargo, en virtud de una relación contractual laboral, y para producciones cinematográficas, entre otros.

En cambio en países de tradición jurídica latina es absolutamente inamovible el principio que se fundamente en el hecho de que el derecho de autor únicamente puede originarse en la cabeza del ser humano que creó la obra, y las escasas excepciones a este principio son en relación a obras como las colectivas o aquellas que han sido creadas y publicadas bajo el nombre y por cuenta y riesgo de personas públicas, claro que son consideradas como anomalías.

Definitivamente la ficción jurídica que otorga la titularidad originaria a alguien distinto de aquella persona física que es el responsable de la creación de la obra, trae como consecuencia una confusión, por un lado entre lo que es autoría y titularidad y por otro lado entre la titularidad originaria y derivada.

2.2.3.2 Titularidad derivada.

En la titularidad derivada, la adquisición del derecho de autor se da por un acto de transferencia o de cesión de derechos, transmisión que puede ser por un acto entre vivos o por causa de muerte, ya sea a título oneroso o gratuito y por disposición legal. Debo aclarar que los derechos morales propios del autor no se pueden ceder ni transferir ya que son personalísimos lo cual implica que la autoría de la obra también lo sea, aclaración que nos deja ver que no todos los derechos de autor pueden ser sujetos de cesión o de transmisión.

Caso contrario se da con los derechos patrimoniales, puestos que estos si son aptos de traspaso simultáneo o posterior a otro sujeto. El momento en el que algunas de las facultades que inicialmente pertenecen al autor son transferidas a otras personas sean naturales o jurídicas, ya sea por cesión, presunción de cesión o por causa de muerte, se da la configuración de las situaciones de titularidad derivada.

Los efectos son muy parecidos tanto en la titularidad originaria como en la derivada en lo que se refiere a la transferencia de derechos patrimoniales, pero se distinguen en lo tocante al derecho moral, ya que en la titularidad originaria nace y perdura en la cabeza del autor auténtico.

Las facultades esenciales personales que constituyen el derecho moral del autor son inalienables, es decir que no son transmitidas a sus sucesores ni siquiera por causa de muerte, ya que estos únicamente están llamados a ejercer las llamadas facultades negativas, como son el derecho al reconocimiento de paternidad, el derecho al respeto, y el derecho a la divulgación de las obras póstumas.

Para la explotación de las obras se utilizan comúnmente algunos contratos a través de los cuales el autor faculta a otra persona distinta a él a utilizar la obra y así estos se constituyen en los derechos exclusivos a favor del usuario, pero no se trata de contratos de cesión ya que no transfieren la titularidad de los derechos de explotación.

Se puede adquirir la titularidad derivada de las siguientes maneras:

1. Cesión

- a) Convencional.- Dependiendo si comprende todos o algunos derechos patrimoniales del autor, la cesión puede ser total o parcial, pero algunas legislaciones limitan la cesión total con el fin de proteger al autor.
- b) Por disposición legal.- Los cesionarios son titulares a título derivado.

2. Presunción legal de cesión.

Algunas legislaciones se acogen a lo establecido en el Convenio de Berna en virtud del cual existe una presunción de legislación a favor del productor, la cual lo exonera de probar el título gracias al cual ejerce los derechos de explotación indicados cuidadosamente en la norma.

Otras legislaciones optan por constituir a favor del productor una presunción de cesión del derecho exclusivo de utilización cinematográfica; a pesar de esto, los autores están facultados para hacer valer cada uno de los derechos previstos en sus contratos, frente a terceros.

3. Transmisión “mortis causa”

A los sucesores “mortis causa” se les puede otorgar los derechos patrimoniales que el autor no haya transferido por acto entre vivos, así como están permitidos a ejercer las facultades negativas o defensivas del derecho moral y del derecho de divulgación de las obras póstumas.

2.2.3.3 Titularidad individual.

El momento que se agrupan en una sola persona todos los derechos de autor pertenecientes a una obra hablamos de titularidad individual, uno de los ejemplos más frecuentes podemos observar cuando el autor decide editar comercializar y difundir su obra por su cuenta.

2.2.3.4 En obras seudónimas, anónimas, inéditas y póstumas.

El art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que obras anónimas son aquellas que se divulgan sin mencionar la identidad del autor por su voluntad, e inéditas, son aquellas obras que han sido difundidas con el consentimiento expreso del autor o de sus derechohabientes.

Sobre las obras seudónimas nuestra ley no hace referencia, sin embargo, y basándonos en la doctrina podemos definirlas como aquellas obras en las que su autor se hace llamar con un nombre que no es el verdadero. Respecto a las obras póstumas encontramos que dentro de estas se encasillan a más de las no publicadas en virtud del autor, las que lo hubiesen sido durante ésta, si el mismo autor, a su fallecimiento, las deja refundidas, adicionadas, anotadas o corregidas de manera que merezcan reputarse como obras nuevas.

Es importante anotar que en esta clase de obras la titularidad del derecho moral le pertenece al autor, a pesar de esto, como en la mayoría de estas obras el autor no puede ejecutar sus derechos por si mismo, la ley consiente que sean ejecutados por el editor o los herederos.

Así el art. 17 de la Ley De Propiedad Intelectual establece que *“en la obra anónima, el editor cuyo nombre aparezca en la obra será considerado representante del autor y estará autorizado para ejercer y hacer valer sus derechos morales y patrimoniales, hasta que el autor revele su identidad y justifique su calidad de tal”*.

Legislaciones como la colombiana determina que en el caso de las obras seudónimas si el seudónimo no ha sido registrado o públicamente conocido, la defensa de la paternidad y de la probidad de la obra pertenece al editor, caso contrario corresponderá al autor.

En las obras no publicadas por voluntad del autor, es decir en las obras inéditas, quien ejerce la defensa de los derechos morales relativos a la paternidad de la creación y a la integridad de la obra es el propio autor.

En las obras póstumas la defensa de los derechos morales les atañe a los herederos, legatarios o causahabientes, mientras que los derechos patrimoniales les corresponde a ellos mismos o a las personas que hayan adquirido la autorización para publicarla. En el caso de que prescriba el plazo de proyección, la obra pasará a dominio público y podrá ser reproducida libremente.

La utilización de un seudónimo puede tener dos propósitos, sea identificar al autor bajo un nombre distinto del verdadero, o ya sea no revelar su identidad y mantenerlo en el anonimato. En el primer caso existen dos posibilidades, que se emplee un **seudónimo transparente** que no deje dudas de la identidad del autor, o un **seudónimo equivalente al anónimo** que no permita saber en realidad de quien se trata.

El autor de la obra seguirá siendo el titular del derecho de autor para su calidad de tal aún en los casos en que éste haya consentido a un tercero la explotación de su obra, y por lo tanto conservará la posibilidad de dar a conocer su identidad en el momento que desee y podrá ejercer todos sus derechos por sí mismo. Solo el autor tiene esta facultad ya que los derechos al anónimo y al seudónimo forman parte de su derecho moral a la paternidad de la obra.¹²

El Convenio de Berna establece que:

“Para las obras anónimas y para las obras seudónimas que no sean aquellas de las que se han hecho mención en el párrafo 1 anterior, el editor cuyo nombre aparezca estampado en la obra será considerado, sin necesidad de otras pruebas, representante del autor; con esta cualidad, estará legitimado para defender y hacer valer los derechos de aquel. La disposición del presente párrafo dejará de ser aplicable cuando el autor haya revelado su identidad y justificado su calidad de tal”.

2.2.3.5 En obras hechas bajo subordinación laboral o por encargo.

¹² Lipszyc, ob. cit, p. 135.

Podemos observar un choque entre los principios del derecho laboral y los que rigen al derecho autoral, por lo que es bastante complicado establecer la titularidad en las obras producto de una relación laboral.

En el derecho laboral, los frutos del trabajo le pertenecen al empleador en contraprestación al salario pagado, caso contrario sucede con los derechos morales que son inalienables y la cesión o licencia de los derechos patrimoniales resultan de la precisa aplicación del contrato celebrado.

En el caso de una relación laboral, el trabajador crea tal o cual obra tomando como parámetro para la creación los requerimientos del empleador y en el tiempo que éste le impone a cambio de que su trabajo sea remunerado; un claro ejemplo encontramos en los contratos de publicidad, en el campo del periodismo, planos y obras arquitectónicas, etc. En cambio es distinto el caso del autor que por su propia iniciativa y sin recibir remuneración alguna crea una o varias obras basándose únicamente en su criterio y gustos y en el tiempo que el mismo considere pertinente.

Los países de tradición jurídica latina se basan en el principio que establece que el autor de una obra es la persona física que la crea, tomando como sustento este principio es imposible otorgarle la titularidad originaria al empleador que no es el que se encarga de la creación de la obra, sino que contrata a otra persona para que lo haga a cambio de una remuneración, y así de esta manera el empleado conserva para sí el derecho moral.

En el sistema del *copyright* encontramos una gran diferencia, ya que el empleador es considerado como el autor atribuyéndosele la titularidad originaria de la obra, cuando los autores han realizado una creación siendo parte de una relación laboral, salvo pacto en contrario. Nuestra legislación se acoge a este principio, y así lo indica el primer inciso del art. 16 de la Ley de Propiedad Intelectual al establecer que:

“Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra.”

Distinción que se evidencia claramente en el Proyecto de disposiciones tipo de la OMPI para leyes en materia de derecho de autor que en su art. 37 presenta dos variantes, a) que concede originalmente los derechos patrimoniales al autor, y la variante b) que concede los derechos patrimoniales originarios al empleador.¹³

Claro está que si la creación realizada por el trabajador no forma parte de las obligaciones y funciones para las cuales fue contratado y por las cuales recibirá un salario, la titularidad de la obra le pertenecerá al trabajador.

Esta aclaración nos hace recordar el caso de algunas Universidades de Colombia que en años anteriores ¹⁴ realizaron un análisis minucioso sobre las relaciones Universidad- Industria, y así se llegó a la conclusión que si el trabajador de la universidad utiliza activos de la institución como equipos cuya utilización conlleve a una depreciación de los mismos, aunque su creación intelectual no forme parte de las obligaciones laborales encomendadas, existe coparticipación de derechos patrimoniales con la institución. Pues así se advierte en los estatutos de la Universidad Industrial de Santander, en el proyecto de estatuto de la Universidad Nacional sobre propiedad intelectual, entre otras.

Existe la posibilidad de que el creador asalariado renuncie al derecho de paternidad, el cual determina que el nombre del autor debe ser mencionado y constar en cada uno de los ejemplares de la obra. Según un estudio de la Organización Internacional del trabajo llamado “La protección de los autores e inventores a sueldo”, en el caso de que un creador asalariado renuncie a tal mención se denomina renuncia abdicatoria y traslativa cuando concede el derecho de atribuirse la autoría de la obra a una tercera persona. Para evitar malas interpretaciones o cualquier tipo de contratiempo en el futuro, si existe renuncia, ésta deberá ser establecida claramente y en el tiempo oportuno por su renunciante.

En algunos países como Alemania el asalariado puede ejercer ilimitadamente el derecho de su condición de autor, siempre que ello no se ajusta a la práctica de la

¹³ OMPI, “Proyecto de disposiciones tipo para leyes en materia de derecho de autor de la OMPI”, Documento OMPI CE/MPC/I/2-I, 1989, p.4.

¹⁴ Universidad de los Andes-Mérida 1995, Santa Fe de Bogotá, auspiciado por la OMPI, 1996

rama de actividad en que está empleado o cuando es compatible con las obligaciones que se derivan de la relación de trabajo.

En contraste con este derecho moral, el derecho a la explotación de la obra en el caso de que se la transmita de pleno derecho al patrono bajo la forma establecida en la ley, salvo pacto en contrario. Este solo podrá ejercer los usos que estén encasillados dentro del ámbito normal de sus actividades.

Entre las obras creadas por encargo y aquellas creadas bajo dependencia laboral existe una gran diferencia. En las obras realizadas por encargo existe un convenio mediante el cual se encomienda al autor la creación de una obra para que sea utilizada por el comitente en determinada forma, y, a cambio el creador recibirá un salario por ese trabajo. Al autor le atañe la titularidad originaria sobre su obra y se beneficiara de todas las atribuciones que le concede el derecho patrimonial, como el derecho moral, salvo casos expresos.

En cambio, el comitente, esta limitado a utilizarla únicamente de la manera prevista en el contrato, aún en los casos que haya sido el propio comitente quien le entrego al autor los patrones, modelos o ideas para la creación de la obra.

2.2.3.6 En obras realizadas por incapaces relativos y absolutos.

En nuestra legislación no encontramos disposiciones específicas a cerca del tratamiento que se debe dar a las obras realizadas por incapaces, es por esto que debemos acudir al derecho común y aplicar las disposiciones contempladas en el Código Civil Ecuatoriano.

El Art. 1463 del Código Civil, inciso primero señala claramente quienes son considerados incapaces absolutos, entre los que se encuentran “los dementes, los impúberes, y los sordomudos que no pueden darse entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución”.

El inciso segundo del mismo Art. 1463 señala que son también incapaces, “los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y

sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Considerando que el derecho moral es intransferible, el incapaz siempre gozará de tal derecho. Mientras que el representante del incapaz deberá exigir y velar para que se le reconozcan los derechos que le corresponde en su calidad de autor.

CAPÍTULO III

FIGURAS QUE CONFORMAN EL DERECHO DE AUTOR

3.1. Contenido del Derecho de Autor.

El derecho de autor garantiza al acreedor no solamente la posibilidad de conseguir beneficios económicos con la explotación de la obras, sino que además salvaguarda sus relaciones personales e intelectuales con la obra y con su uso.

Dietz sostiene que el derecho de autor tiene una doble función y por lo tanto esta conformado por una doble estructura, por un lado, las facultades pecuniarias integradas por el derecho patrimonial que permite al autor realizar la explotación económica de la su obra o autorizar a terceros para que lo hagan; y por otro lado, las facultades personales que forman el derecho moral consintiendo la protección de la personalidad del autor en relación con su obra.¹⁵

En el capítulo I de este trabajo ya hicimos referencia a la teoría monista y dualista sin embargo es conveniente hacer algunas aclaraciones que ayudan a complementar la doble estructura del derecho de autor.

Los seguidores de la teoría monista, sostienen que cada uno de los privilegios tanto de carácter personal como patrimonial que corresponden al creador, son manifestaciones de un derecho unitario que avalan los intereses económicos e intelectuales del autor. Es decir, esta teoría no deja de reconocer la existencia de estos dos derechos, pero se inclina por interpretar de manera unitaria todas las facultades y derechos que le atañen al autor.

¹⁵ DIETZ. El derecho de autor en la comunidad europea, Edición española, Madrid, 1983, p. 153, citado por Lipszyc, ob.cit., p.151.

Es así que Dietz afirma que esta teoría no admite una delimitación rigurosa de estos dos grupos de facultades ya que no pueden mantenerse en la práctica. En conclusión, las facultades que le concede el derecho moral al autor sirven además a sus intereses económicos, y los derechos exclusivos de explotación que se le concede, también sirven a sus intereses intelectuales.

Delia Lipszyc explica que la facultad de no consentir que se realicen modificaciones o deformaciones en la obra puede deberse ya sea al interés personal del autor de querer conservar su obra no falseada, o puede ser un interés de índole económico de manera que no se afecte la rentabilidad de su obra con las modificaciones o incluso empeoramientos que se efectúen. Al contrario, un uso económicamente gratificante de la obra a través de representaciones y reproducciones favorece a un conocimiento más amplio de la misma, así como de su autor lo cual además beneficia a sus intereses personales ya que al difundir sus ideas, aumenta su fama personal.¹⁶

La teoría dualista que sostiene una concepción muy diferente ha sido la que mayor aceptación ha tenido en muchas legislaciones, y sostiene que el conjunto de facultades que tiene el autor se dividen en dos clases de derechos: el derecho moral, que tiene un contenido netamente espiritual, y, el derecho patrimonial de carácter económico. Además señala que el derecho moral y los derechos patrimoniales no nacen al mismo tiempo, ni se extinguen juntos, característica que los distingue claramente; sin olvidar, que el autor introduce su obra al campo económico gracias al ejercicio del derecho moral de divulgación.

En definitiva esta corriente nos enseña que se trata de dos clases de derechos, que tienen diferente desarrollo jurídico y que por lo tanto podrían gozar de una regulación jurídica distinta también. Mientras para el derecho moral se aplica los postulados de la intransferibilidad e imprescriptibilidad y de la duración ilimitada, para los derechos patrimoniales se emplean los fundamentos de la transmisibilidad y de la limitación temporal.¹⁷

¹⁶ LIPSZYC. Ob. cit., p. 153.

¹⁷ LIPSZYC. Ob. cit., p. 153.

3.1.1. De los derechos morales. Características

Este derecho se refiere a los privilegios de los que goza el autor, por el hecho de ser el creador de la obra. El derecho moral se encarga de hacer reconocer la personalidad del autor como creador, de poner a conocimiento de los demás su obra, de hacerla respetar, así como también se encarga de defender su integridad tanto en fondo como en forma.¹⁸

Este derecho esta formado por facultades: *positivas*, llamadas así por que implican una toma decisión, es decir una iniciativa por parte del autor. Dentro de estas facultades esta el derecho del autor a decidir si desea dar a conocer su obra o si prefiere mantenerla íntimamente guardada, además goza del derecho de retractarse y arrepentirse en caso de cambiar de convicción y retirarla de circulación; y, facultades *negativas*, llamadas así porque conllevan una abstención por parte de los sujetos pasivos, entre las que encontramos el reconocimiento a la paternidad y el derecho a la integridad de la obra. Estas últimas son también llamadas defensivas porque a partir de la muerte del autor, y una vez que la obra es conocida públicamente, admite actuar protegiendo el derecho moral, con la finalidad de resguardar la integridad e individualidad de la obra.

En los orígenes del derecho de autor al derecho de moral se lo consideraba únicamente en el plano patrimonial, pero en la actualidad este derecho ha cobrado mucha importancia y es reconocido incluso en el campo legislativo.

3.1.1.1. Naturaleza jurídica.

La obra es considerada como una emanación de la personalidad del autor, por lo tanto, la naturaleza jurídica del derecho moral es ser un derecho de la personalidad.

¹⁸ PROAÑO MAYA. Marco. El derecho de autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana, Tesis doctoral, Quito, 1972, p. 37.

Es **absoluto** por que es *erga omnes*, lo cual otorga a su titular la facultad de enfrentar a cualquier otra persona, incluso a la persona que hubiere recibido el pleno derecho patrimonial sobre la creación.

Es **esencial**, ya que esta formado por algunos derechos que son exigibles en virtud del acto de la creación de una obra. Sin estos derechos la condición de autor carecería de sentido.

La característica de innato le es otorgado por algunos tratadistas, sin embargo no estoy de acuerdo, desde el punto de vista que no le pertenece a cualquier persona por la sola condición de tal, sino únicamente al autor por ser el autentico creador de la obra.

Es **extrapatrimonial**, pues no se puede valorar en dinero, aunque puede producir consecuencias patrimoniales.

Es **inherente**, es decir se encuentra íntimamente unido a su creador, jamás podrán separarse. Cuando muere el autor, sus facultades pasan a ser ejercidas por sus herederos o bien por quienes hubieren sido designadas para tal efecto.

Característica de la cual se desprende que el derecho moral es **inalienable** ya que en toda sesión de derechos intelectuales, el autor conserva para si el derecho moral y solo se transfiere el derecho pecuniario, y **perpetuo**, es decir que no tiene límite de duración, pues en la ley solo encontramos términos de goce en lo que se refiere al derecho pecuniario.

Los hechos de los cuales se desprende este principio de perpetuidad son:

1. ***La obra queda siempre dentro de la esfera del autor.*** La vigencia ilimitada del derecho moral se complementa perfectamente con la inalienabilidad del mismo. El autor conserva la facultad de reivindicar su derecho moral, que lógicamente se mantiene sobre todos los plazos a favor de terceros que hubiesen conocido su obra y que solo mandan en el aspecto pecuniario.
2. ***La obra constituye por si misma un algo autónomo,*** es decir que su pureza se mantiene intacta por sobre cualquier plazo que condicione el derecho pecuniario.

En el Art. 18 de la ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana se señala cuales son los derechos morales del autor e indica sus características, entre las cuales encontramos que es un derecho **irrenunciable**, pues el autor al ceder, transferir o autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales, en ningún caso puede renunciar ni ceder sus derechos morales; **inalienable**, no forma parte de la esfera económica, ni esta dentro del mundo del comercio, por lo tanto no puede intercambiarse por no tener una traducción o precio en dinero; **inembargable**, no esta incluido en el derecho general de prenda de los acreedores; e **imprescriptible**, ya que la prescripción es una manera de adquirir derechos reales o de extinguir créditos.

3.1.1.2 Facultades que confiere el derecho moral.

El sistema latino distingue dos facultades primordiales que concede el derecho moral; el derecho a conservar la integridad de la obra y el derecho a la paternidad del autor.

El Art. 18 de nuestra ley de Propiedad Intelectual señala las siguientes facultades:

a) Reivindicar la paternidad de la obra. Considerado como un derecho perpetuo por excelencia en materia de derechos de autor, ya que aún en el caso de que la obra sea de dominio público, será al creador a quien siempre se le reconocerá y le corresponderá la condición de autor de la obra.

Ni con la muerte del autor de una obra se extingue el derecho de paternidad, tampoco es transmitido a sus herederos, ya que estos se convierten en delegatarios y ejercerán las facultades para reivindicar la autoría, pero jamás pasaran a ser autores.

El art. 6 del Convenio de Berna, consagra este derecho de la siguiente manera:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de éstos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra...”

Una particularidad de este derecho es la facultad que tiene el autor de escoger la manera como quiere ser mencionado, puede ser por su propio nombre, por un seudónimo o sencillamente bajo el anonimato, es decir, el privilegio de que la obra se la identifique con su autor es considerado como un derecho más no como una obligación, por lo tanto es el propio creador quien decide en que forma se hará tal asociación, si así lo desea.

La paternidad sobre una obra concede a su titular el derecho de que su nombre o seudónimo y el título original de la obra este indicado claramente, el momento que la misma sea reproducida, arreglada, traducida o comunicada al público cualquiera sea medio.

b) Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada. Esta relacionado íntimamente con el derecho señalado en el párrafo anterior, ya que como lo indicamos es privilegio del autor decidir como quiere ser nombrado en su obra, ya sea con su propio nombre, con un seudónimo o simplemente su deseo es permanecer en el anonimato, ya que este privilegio es un derecho más no una obligación.

Seudónimo dicese de un nombre falso con que un autor oculta el suyo verdadero, aplíquese también a la obra de éste autor.¹⁹

El seudónimo es un distintivo que se lo elige voluntariamente, es alterable y lógicamente renunciable, mientras el nombre civil de las personas es el resultado de la personalidad civil, impuesto por la ley y por ende irrenunciable.²⁰

Aunque el autor decida publicar su obra bajo un seudónimo o prefiera mantenerse en el anonimato, jamás dejará de ser el creador de la misma, en todo caso en ese instante empezará a ejercer otro de sus derechos morales, pero no declinará de su derecho de paternidad. De lo mencionado definimos que este derecho se encuentra intrínsecamente unido con el derecho de paternidad de la obra.

¹⁹ Grupo Editorial Océano, Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano 1, Edición 1991, Colombia, Editorial Carvajal, 1991

²⁰ PROAÑO MAYA. Marco. Ob. cit., p. 40

Para cumplir satisfactoriamente los objetivos de nuestra investigación es importante indicar en que consiste el derecho al anonimato y el derecho a mantener la obra inédita. El primero consiste en publicar la obra sin revelar quien es el autor de la misma, ni mediante un seudónimo, y el segundo, consiste en que la obra no sea puesta a conocimiento público en general, es decir mantener la obra inédita significa no divulgarla.

El autor tiene el derecho de permanecer en el anonimato y mantener su obra inédita durante toda su vida, pues la ley considera que este derecho forma parte implícita de su intimidad.

c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor. El objetivo de este derecho es hacer respetar la esencia del fruto de la inspiración del autor el cual ha sido impreso por el mismo en su obra y conservar con exactitud la manera como el artista, intérprete o ejecutante realizó su interpretación o ejecución. El autor tiene el derecho de oponerse a cualquier modificación o deformación que se quiera hacer en su obra pues su deseo puede ser quererla conservar tal como fue concebida íntegramente. Sin embargo, esto no quiere decir que éste derecho se contraponga al el derecho patrimonial de transformar la obra con la autorización previa de su titular, es lógico que estas transformaciones se derivan de la creación original, pero es claro que a pesar de cualquier cambio, la creación originaria debe conservar su esencia.

El derecho a la integridad tiene facultad de no permitir que se realicen cambios, deformaciones o atentados contra la obra. El autor tiene derecho a que su creación en donde esta plasmado su pensamiento no sea modificado o desvirtuado, y así mismo el público tiene derecho a adquirir la obra integra tal como fue concebida por su creador.

El derecho a la integridad, el de divulgación y el de reconocimiento de la paternidad conforman el eje central del derecho moral y están contenidos en el art. 6 del Convenio de Berna, que expresa lo siguiente: *“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a*

cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.”

Aún en los casos en que el autor hubiere consentido que se realicen transformaciones en su obra, si tales actos conllevan un perjuicio a su honor o a su reputación, tiene derecho a negarse a tales cambios y tiene la facultad de solicitar el resarcimiento de los perjuicios patrimoniales y morales, es decir, que el derecho a la integridad prevalece sobre el derecho patrimonial a transformar la obra.

d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentra en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Evidentemente existe una discusión entre los términos divulgar y publicar, para lo cual he recurrido a la diferenciación que hace la Doctora Delia Lipszyc.

“Divulgación tiene un significado más amplio que publicación. La divulgación comprende toda la expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma, mientras que, por publicación en su acepción jurídica más restringida que la corriente, se entiende que es la divulgación realizada con consentimiento del autor mediante la puesta a disposición del público de ejemplares de la obra, cualquiera que sea la forma de reproducción utilizada.” ²¹

Según el art. 3 de la Decisión Andina 351, se desprende también una clara diferenciación entre estos dos términos:

Los términos Publicar y Divulgar no son sinónimos ni similares, **publicar** es poner al alcance del público la producción de ejemplares siempre que se cuente con el previo consentimiento del titular del derecho respectivo, y que la disponibilidad de ejemplares permita cubrir las necesidades del público y tomando en cuenta la naturaleza de la obra, y **divulgar** consiste en hacer que la obra sea accesible al público por cualquier medio o procedimiento.

²¹ LIPSZYC. Ob. cit., p. 161

Aún cuando se trate del creador originario, esta disposición se refiere claramente a la facultad de acceder a la obra más no de apoderarse de ella. Más adelante indicaremos que este derecho no permitirá exigir que la obra se desplace y el acceso a la misma se lo realizara en el lugar y de la manera que no origine incomodidades al poseedor, además se aclara que se indemnizara a este último siempre que se le originen daños y perjuicios.

El objetivo no es en ningún momento irse en contra de los derechos otorgados al poseedor de la obra, sino al contrario lo que se pretende es prestar las facilidades para que el derecho del autor a la divulgación de su obra se lleve a cabo de la mejor manera.

Sin embargo, nos queda la duda acerca de lo que sucedería, si una vez que el poseedor siendo comunicado de esta solicitud se negase a entregar la obra, y de ser obligado, si se estaría violando o no su derecho de propiedad.

En algunas legislaciones aunque no en la ecuatoriana se consagra y establece el derecho de arrepentimiento o retracto, del cual es indispensable hacer varias precisiones.

El derecho de arrepentimiento o retracto se basa en la facultad que tiene el autor de retirar su obra de circulación, aún en los casos que ya haya autorizado su publicación y divulgación así como suspender cualquier forma de utilización de la misma. Lógicamente que el autor tendrá la obligación de responder por todos los daños y perjuicios que se originen del incumplimiento del contrato a través del cual consintió cualquier manera de utilización.

Nos referimos a una facultad excepcional opuesta a la fuerza obligatoria de los contratos, aun mayor en medida que el autor tiene la posibilidad de no entregar la obra por encargo en ejercicio del derecho moral de divulgación.

Es verdad que esta prerrogativa nos demuestra el gran respeto que la ley profesa por la libertad del autor en relación a su creación, porque al mismo tiempo que tiene la facultad y derecho de divulgar su obra como mejor le convenga, también puede

cambiar de opinión y retirarla de circulación. Entre las legislaciones que conceden este derecho al autor están Brasil, El Salvador, Francia, Portugal sin embargo no precisan cuales podrían ser las únicas razones por las que se acepte su arrepentimiento. La mayoría mantiene un criterio más restringido al respecto y señala expresamente la índole de las razones bajo las cuales esa facultad será otorgada: exigen que la obra ya no refleje sus puntos de vista y convicciones personales y, por ello, no puede esperarse de él que siga consistiendo la explotación de la obra, o que existan y concurren graves razones de tipo moral, o que surjan causas graves o un cambio en las opiniones intelectuales o morales.

Existen varios puntos de vista sobre este derecho, pues para quienes mantienen un criterio liberal esta es una facultad discrecional del autor, para otros el ejercicio del derecho queda sujeto a la apreciación judicial de los motivos a causas indicadas con antelación.

Es conveniente señalar que este derecho tiene dos fases: el arrepentimiento que comprende la fase interna, es decir, la mental; y el retracto que abarca la fase externa, la manifestación de la voluntad del acto mismo. Es justamente por esto que su carácter personal e intransferible, está exclusivamente reservado al autor y no se transmite a sus herederos.

3.1.2 De los derechos patrimoniales. Características

Al hablar de los derechos patrimoniales nos referimos al aspecto comercial o económico de la obra, pues se distinguen de los derechos morales, ya que estos son apreciados en dinero, cesibles transferibles y renunciabiles por acto entre vivos o por causa de muerte, embargables, sujetos de expropiación, etc. Los derechos patrimoniales radican en los derechos que tiene el autor o sus causahabientes para realizar la explotación de su obra.

Los derechos patrimoniales adquieren gran fuerza con el invento de la imprenta ya que con una producción más rápida y en cantidades superiores fue factible una mayor difusión de las obras y por lo tanto se incrementaron las ventas. Sin embargo el mantenimiento y la producción generaban gastos enormes y era imposible que

sean cubiertos, motivo por el cual en algunos países se otorgaron prerrogativas a los editores que les concedía el monopolio de la explotación de algunas obras, con lo cual se beneficiaron y lograron cubrir gastos y obtener grandes ganancias. A partir de todos estos adelantos, las empresas editoras lógicamente se interesaron por los mejores y más conocidos autores y obras remunerándoles sustancialmente y originando de esta manera el surgimiento del derecho patrimonial.

El sustento de este derecho lo encontramos en la prerrogativa que tiene el ser humano de que su creación sea reconocida y apropiadamente remunerada, posibilitándole de esta manera que cuente con los recursos necesarios para cubrir los gastos de vestido, salud, educación, alimentación, vivienda, etc

La amplitud de este derecho faculta al autor a darle a su obra el modo de explotación que crea el más favorable. La mayoría de los recursos utilizados para explotar la obra están tomados en cuenta bajo la figura de ciertos contratos nominados como por ejemplo el contrato de representación, edición, etc, sin embargo existen un sinnúmero de recursos propios para la explotación encasillados bajo los esquemas de la contratación innominada.

Las limitaciones de los derechos de explotación no son más de las que se encuentran determinadas claramente en la ley; dichas limitaciones son específicas mientras que a los derechos se les reconoce un carácter genérico, es decir que mientras no haya un pronunciamiento expreso de la ley en relación a determinada limitación, el autor goza de un derecho exclusivo que le permite utilizar la obra de todos los modos posibles ya existente en el momento de la sanción de la norma o que como consecuencia del avance de la tecnología o con el apareamiento de nuevas maneras de comercializar las obras y productos culturales, surjan en el futuro.

Existe una diferencia fundamental entre los derechos patrimoniales y los morales ya que los primeros pueden ser cedidos, transferidos, renunciados parcial o totalmente, en cambio los segundos no pueden serlo en ningún caso ni bajo ninguna circunstancia.

El derecho patrimonial es totalmente independiente ya que las diversas maneras de utilización son autónomas entre ellas, es decir la autorización para fijar la producción no tiene nada que ver con la autorización para ejecutarlas, difundirlas o publicarlas y viceversa, es decir cada una tiene su propio espacio y se respetan entre si. Si el autor otorga una autorización para una forma de utilizar la obra, ésta es independiente y de ninguna manera se extiende a las demás.

El art.20 de la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana determina que:

El derecho exclusivo de explotación de la obra abarca esencialmente la facultad de realizar, autorizar o prohibir:

- a.** La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b.** La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, sonidos o las imágenes;
- c.** La distribución pública de ejemplares o copias de obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d.** La importación; y,
- e.** La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- f.** La explotación de la obra por cualquier forma, y especialmente mediante cualquiera de los actos enumerados en este artículo es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor, salvo las excepciones en esta Ley.

De todo lo mencionado definimos que el autor goza de facultades bastante amplias en lo que se refiere a la explotación de su obra, ya que la ley expresamente indica que “*especialmente tiene la facultad*” lo cual nos permite ver que además de las facultades indicadas existen otras que le atañen y de las cuales puede servirse.

Los derechos patrimoniales están conformados por las siguientes características:

1. Son derechos exclusivos del autor que puedan ser cedidos o transferidos a su voluntad y en observancia de las específicas limitaciones contempladas en la ley.
2. A diferencia de los derechos morales, estos son temporales.

3.1.2.1 Derecho de Reproducción.

El derecho de reproducción es uno de los admitidos como integrante de los derechos patrimoniales del autor. Como lo indica nuestra ley de Propiedad Intelectual, este derecho consiste en la fijación o replica de una obra en cualquier procedimiento o medio ya conocido o que pueda conocerse en el futuro, incluyendo su acopio digital, de manera temporal o definitiva, de manera que conceda su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella.

De este concepto podemos definir que los elementos principales del derecho de reproducción, son:

- a) La reproducción de una obra puede ser total o parcial.
- b) La reproducción puede basarse en la obtención de copias o ejemplares de la obra o permitir su comunicación o exhibición; en estos casos se acostumbra celebrar un contrato de compraventa civil o comercial, obviamente dependiendo de que el soporte sea manejado directamente por el autor o por su agente.
- c) La reproducción se puede hacer por cualquier medio, esto es por fotografía, computador, magnetofónica, escrita, etc. Debemos tomar en consideración que la reproducción se refiere a la obra creada y publicada, por consiguiente, a las distintas formas de publicación corresponden distintas formas de reproducción.

Existen un sinnúmero de medios para reproducir las obras literarias y artísticas como por ejemplo: fotocopiado, dibujo, fotografía, microfilmación, grabado, etc.

Varios autores consideran como un mecanismo de reproducción también a la realización de uno o varios ejemplares en tres dimensiones de una obra bidimensional y la ejecución de uno o varios ejemplares en dos dimensiones de una obra tridimensional.

Cabe aclarar que solamente en los casos de que la obra tridimensional se realizara conforme a unos planos, también habría la posibilidad de calificarla como obra derivada, ya que no hay reproducción idéntica de la obra, sino estamos hablando de una transformación.

En conclusión, la reproducción se la puede hacer efectiva a través de los siguientes mecanismos: ²²

La edición. En una acepción amplia se la conoce como reproducción, abarcando toda forma de fijación de una obra (sonora y audiovisual también), así como el resultado tangible del acto de reproducir (folletos, impresiones, libros, etc).

La reproducción mecánica. De fonogramas (son obras en forma de grabaciones sonoras) y de fijaciones audiovisuales que deben ser producidas mecánicamente incluyendo procedimientos electroacústicos y electrónicos.

La inclusión de una obra o de parte de ellas en un sistema de ordenador. Esta obra no está directamente al alcance de los seres humanos, si no solamente es posible hacer uso de ella por medio de equipos de recuperación adecuados como las pantallas, impresoras o terminales de reproducción facsimilar.

La reproducción de uno o más ejemplares tridimensionales de una obra bidimensional y la realización de uno o más ejemplares bidimensionales de una obra tridimensional. Hay reproducción aun cuando la copia se efectuó sobre un

²² Suecia, Ley relativa a los derechos sobre obras de arte plástica, art.2.

material distinto al utilizado en la producción original o utilizando una técnica distinta. Varias legislaciones sostienen que la construcción de un edificio es la forma de reproducción de las obras de arquitectura.²³

El derecho de reproducción de una obra es sin duda el medio más idóneo a través del cual el autor puede obtener el mayor beneficio económico, posiblemente es considerado como el más sobresaliente de los derechos patrimoniales del autor.

No esta por demás recordar que para implementar cualquiera de los modos de reproducción a la obra es absolutamente necesaria la autorización de su autor.

3.1.2.2 Derecho de comunicación pública de la obra. Representación

Al respecto de este derecho, el art. 22 de la Ley de Propiedad Intelectual vigente en el Ecuador, señala lo siguiente:

“Se entiende por comunicación pública todo acto en virtud del cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar y, en el momento en que individualmente decidan, puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, como en los siguientes casos:

Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento.”

A continuación enumeraremos algunas de las características más destacadas del derecho de comunicación:

a) Puede ser comunicación privada o pública: En el primer caso, cuando se realiza en un domicilio particular, en un ambiente de intimidad familiar o frente a un número reducido de invitados, en este caso el autor no desea dar a conocer su obra públicamente, mientras que en el segundo caso, la comunicación se realiza ante la presencia de varias personas, cuyo número debe considerarse como superior al del

²³ Suecia, Ley de 1919 relativa a los derechos sobre obras de arte plástica, art. 2, primer párrafo: “LA obra de arquitectura se considerará reproducida si hubiere sido copiada de otro edificio o se hubiere construido según un plano o modelo arquitectónico”.

ámbito familiar, de lo cual se puede deducir que el autor tiene toda la intención de dar a conocer su trabajo.²⁴

b) En la comunicación el público conoce la obra en vivo, diferida o transmitida es decir no hay entrega de un soporte material del producto, como si sucede el la reproducción.

c) Como en toda reproducción, en la comunicación también es absolutamente necesaria la autorización del autor de la obra, ya sea para realizar su representación en vivo como también para cuando esta se realiza a través de una película, un cassette, etc.

A nuestro criterio, es bastante impreciso denominar a este derecho como *derecho de representación*, sin tomar en cuenta que es inadmisibles que se utilice una sola definición para abarcar un sinnúmero de prestaciones distintas por su naturaleza a la de un espectáculo dramático, pese a lo mencionado algunas legislaciones lo llaman así.

Delia Lipszyc expone que hubiese sido más preciso utilizar comunicación directa para la representación o la interpretación propiamente dicha y comunicación indirecta para la audición de un disco o la proyección de un film. Además considera que el haber adoptado la palabra *representante* se debe únicamente al deseo de conservar la tradición.

Las diferentes formas de comunicación, ayudan a conocer cada uno de los mecanismos por los cuales puede hacerse efectivo este derecho, además de permitirnos comprobar que el derecho de autor abarca toda actividad que permita que la obra llegue a un público diferente de aquel al cual esta destinada la comunicación original.

Mencionar esta característica es de suma importancia porque se debe tener en cuenta que cada vez que la obra llegue a un público diferente del convenido en el contrato

²⁴ PROAÑO. Ob. Cit., p.60.

inicial, se estaría realizando una nueva comunicación y por lo tanto se requerirá que el autor de su autorización y el pago de una remuneración diferenciada. Es decir, es importante y determinante tanto para el autor como para el empresario que contrata, conocer con exactitud la cantidad de público ante el cual va a ser presentada una obra.

Las formas de comunicación pública más conocidas son las siguientes:

- a) Exposición de obras artísticas o de sus reproducciones.
- b) Representación y ejecución públicas: directas e indirectas.
- c) Proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales.
- d) Radiodifusión, comunicación pública por satélite y distribución por cable, y
- e) Comunicación pública de obras por servicios telemáticos.

Una de las diferencias más claras que existe entre el derecho de reproducción y el de comunicación es que el primero es otorgado sin más limitaciones que las establecidas expresamente en la ley, sea que estén dirigidas a un uso privado o a un uso público, mientras que el derecho de comunicación cuando no está dirigido al público en general automáticamente queda excluido del campo comercial, es decir, en este caso se evidencia claramente una limitación.

El convenio de Berna determina que el derecho a la comunicación se lleva a cabo en relación a las siguientes actividades:

1. Los autores de las obras dramáticas, dramático-musicales y musicales, tienen los derechos exclusivos de autorizar:

La representación y ejecución pública de sus obras, comprendida la representación y la ejecución pública por todos los medios en vivo, como la representación escénica de una obra originaria o de una adaptación.

La ejecución de sus obras por medios mecánicos como el fonograma o cualquier otro procedimiento.

La transmisión pública de la representación y de la ejecución, por cualquier medio.

2. Los autores de las obras literarias y artísticas, tienen también los derechos exclusivos de autorizar:

La radiodifusión, por ondas radioeléctricas, o la comunicación pública por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes.

Toda comunicación pública, con hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por un organismo diferente al que hizo la comunicación original.

La comunicación pública mediante altavoz o cualquier instrumento análogo de transmisión de signos, sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

La recitación pública de las obras literarias, por cualquier medio o procedimiento y la transmisión pública, por cualquier medio, de la recitación de sus obras.

A todas y cada una de las variedades de obras, le corresponde una forma distinta de comunicación al público.

3.1.2.1 Derecho de participación o “Droit de suite”

Su origen es Francés, fue instituido por ley de 20 de marzo de 1920. Comúnmente suelen emplearse otras denominaciones como “derecho de continuidad”, entre otras; con las que se pretende explicar el significado de **droit de suite**, nombre francés con el que se le identifica normalmente y que es el derecho de los autores o de sus derecho habientes a continuar siendo parte en el reparto de utilidades de las ventas que se realicen de sus obras, ya sea que se comercialicen en subastas públicas o con la participación de un agente comercial.

Este derecho sustenta su fundamento en tratar de no permitir que la injusticia tome fuerza y por otro lado busca afianzar el reconocimiento espiritual el cual no puede ser cedido ni renunciado.²⁵

Debido a la complicada y casi insostenible situación económica en reiteradas ocasiones los escritores se vieron obligados a vender sus obras a precios mínimos, y consecuentemente quedaban en extrema pobreza y abandonados, mientras que quienes adquirían sus obras se enriquecían cada día más a costa de ellos y por la constante elevación de los precios de las creaciones. Es por esta razón que lo que se pretende lograr por medio del droit de suite es la protección del derecho del autor a continuar percibiendo las ganancias de sus obras.

El inconveniente que ocasionaba el hecho de que los artistas plásticos solo obtengan la remuneración por la primera venta que hagan del soporte material de su obra, los hacía quedar en desventaja si en el futuro la creación se valorizaba dentro del mercado del arte ya que solo el intermediario percibía la ganancia. Razón que motivó el reconocimiento de este derecho a nivel general ya que en un inicio solo estaba dirigido a las obras de arte, pero con el transcurso del tiempo fue extendiéndose a todas las obras intelectuales.

El Convenio de Berna, define al derecho de participación como un derecho que puede ser ejercido por el autor a lo largo de toda su vida y después de su muerte

²⁵ Ibid, p.77.

otorga a sus herederos la facultad de ejercerlo y determina que será cada país miembro el que se encargue de su reglamentación.

Es así que la Decisión 351 de 1993, consagró este derecho en los siguientes términos:

“Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermediario de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentaran este derecho”.

Lamentablemente no han sido muchos los países que han acogido este derecho como parte de sus leyes,²⁶ lo cual es preocupante porque esta disposición es realmente justa y sería ideal que todas las legislaciones acaten lo dispuesto en el Convenio de Berna que beneficia a todos los autores.

Entre los países que recogen este derecho existen también ciertas divisiones, un grupo sostiene que la participación del autor debe ser sobre el precio de la reventa, por ejemplo Francia se acoge a este modo de pensar, y otro grupo conformado por Perú, Uruguay entre otros, sostienen que la participación del autor debe ser sobre la ganancia lograda y obtenida.

Haciendo un análisis de cada una de las posturas, la primera es sin dudas la más favorable para el autor, pues lo libera de probar si hubo o no ganancia y de tener que estar pendiente de todos los factores que para llegar a esa conclusión sería necesario conocerlos.

3.1.3 Limitaciones o excepciones a los derechos patrimoniales.

El autor de una obra sea científica, artística o literaria, tiene la facultad de disponer de ella es decir aprovechándose económicamente, autorizando o prohibiendo su reproducción, sin ninguna otra limitación que las establecidas en la ley. Desde el momento que una obra es comunicada adquiere un campo de acción mucho mayor

²⁶ Alemania, Argelia, Argentina, Bélgica, Brasil, Bulgaria, Costa Rica, Chile, Dinamarca, Ecuador, España, entre otros.

del que tenía en un inicio, por lo tanto la ley impone ciertas restricciones al autor para el uso y goce de sus derechos además de favorecer al público en general.

Los derechos patrimoniales están rigurosamente relacionados con estos derechos mientras que en ningún caso estas limitaciones se cuentan para los derechos morales ya que sobre estos no existen restricciones a nivel normativo.

Los conflictos surgidos entre los autores de las obras y la sociedad en general la cual pretende reproducir dichas creaciones que considera muy necesarias para que el público alcance un conocimiento general y básico, ya sean científicamente o más comúnmente un conocimiento de carácter cultural, son solucionados por estas limitaciones que se encargan de dar una solución a tales problemas.

En muchos países y en reiteradas ocasiones ha sucedido que una obra por su enorme contenido y aporte intelectual se convierte en el símbolo de una cultura o ideología es decir rebasa las características establecidas para una creación intelectual individual, y es justamente en estos casos que varias legislaciones como por ejemplo la colombiana establecen limitaciones bastante duras como la expropiación de los derechos patrimoniales de una obra, aclarando que la expresión más clara de propiedad de un autor la podemos evidenciar en la facultad de disposición.

La expropiación de la propiedad privada establecida por la Constitución y las respectivas leyes para casos de utilidad social, es una figura exacta a la que nos interesa para efectos de nuestra investigación, ya que el autor previa la expropiación de su obra tiene el derecho de que se le reconozca una justa indemnización, con la particularidad de que hayan terminado las ediciones por un término de tres años y no exista posibilidad de que el titular de la obra publique una nueva edición.²⁷

El Convenio de Berna expresa las limitaciones y excepciones al derecho de autor, y tiene la facultad de autorizar a los países miembros la introducción de las mismas en las legislaciones nacionales, tomando como consideración de importancia que la reproducción hecha sin autorización del titular, no debe atentar contra la explotación

²⁷ Colombia, Ley 23 de Derecho de Autor, art. 80, 1980.

patrimonial de la obra ni debe causar injustificadamente perjuicios a sus intereses legítimos.

En la Decisión 351 encontramos semejante disposición en la que se determina que las limitaciones y excepciones al derecho de autor se ceñirán solo y estrictamente a los casos en que no violenten la normal explotación de la obras o bien no causen perjuicio injustificadamente a los intereses del titular de los derechos.

Podemos llegar a la conclusión de que por el hecho de tratarse de un estatuto de aplicación directa, las excepciones contempladas en la Decisión Andina 351 tienen plena vigencia. Mientras que las limitaciones que tienen una doble regulación, deberán ser manejadas exclusivamente por la Decisión, ya que esta se encarga de derogar las disposiciones que le sean contrarias. En lo que se refiere a las limitaciones establecidas por la ley nacional, mantiene su vigor siempre y cuando no pugnen con el marco general contemplado en la misma norma.

El derecho de autor no se ve afectado por estas limitaciones ya que son de carácter restrictivo, por lo cual pueden ser aplicadas después de que el autor de la obra haya dado su autorización para la primera publicación, es decir, una vez que este haya ejercido su derecho moral de divulgación.

Estas limitaciones se dividen en dos grupos: Unas que son las que autorizan la utilización libre y gratuita y otras que son las que están sujetas a remuneración, más conocidas como licencias no voluntarias, se distinguen en algunos aspectos entre los cuales encontramos: su extensión, las razones generales que las motivan y el ámbito en el cual puede llevarse a cabo la utilización autorizada en la excepción.

Las de mayor *extensión* son las que establecen casos de utilización libre y gratuita, toda vez que el uso de la obra no está sujeto a la autorización del autor y es gratuito, caso contrario es lo que sucede con las licencias no voluntarias, ya que éstas son a retribución, es decir, el derecho de autor está limitado a una remuneración.

Podemos citar dos de las principales *razones generales que las motivan*: a) Un interés de orden educativo, cultural o informativo y, b) Cubrir las expectativas y el

interés público general en desarrollo de la cultura. Además algunas legislaciones han adoptado limitaciones de carácter humanitario, como lo es por ejemplo la transcripción en sistema Braille para no videntes siempre que se realicen sin fines de lucro.

En lo que se refiere al *ámbito en el cual puede llevarse a cabo la utilización autorizada en la limitación*, cabe aclarar que puede destinarse únicamente a un uso personal, un ejemplo bastante común es la copia privada para uso personal, o también destinada a un uso público.

En la sección 7.a de la ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana se habla “De las limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales del autor”, pero a pesar de ello debemos anotar que en el art. 80 que se encuentra a continuación se determina la duración de este derecho, pero en ningún momento se señala nada en particular sobre las limitaciones. Por lo tanto se considera que son dos derechos distintos y por ende deben ser tratados separadamente.

Algunas de las disposiciones que se establecen en el Parágrafo Tercero las “Excepciones”, señalaremos y delimitaremos a continuación:

a) *“Siempre que respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos, exclusivamente, los siguientes actos, los cuales no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna:*

La inclusión de una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico, figurativo o análogo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico.

*Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada;”*²⁸

En lo referente a esta disposición cabe indicar que una de las limitaciones tradicionales del derecho de autor que ha sido aceptada universalmente, es el derecho de cita.

El mismo que debe ser entendido como la mención de un breve fragmento de otra obra escrita, audiovisual o sonora, etc., por medio de la cual se refuerza aspectos relacionados con el tema que se trata. Se respeta el derecho moral del autor toda vez que se trate de obras ya divulgadas con su autorización, y además es necesario que la cita sea correcta y precisa.

Es necesario aclarar que la utilización de “la cita” puede ser solo para fines docentes o de investigación, esto se debe a que el principal objetivo que la sociedad persigue es que la educación no encuentre obstáculos en el desarrollo investigativo si no más bien todo el apoyo e impulso necesarios para sus fines.

Parágrafo tercero, de las “Excepciones”:

b) *“La ejecución de obras musicales en actos oficiales de las instituciones del Estado o ceremonias religiosas, de asistencia gratuita, siempre que los participantes en la comunicación no perciban una remuneración específica por su intervención en el acto;”*

La comunicación al público de una obra que no se había previsto en un inicio, y que su utilización fue imposible de evitar, debido a que la obra esta involucrada casualmente de una manera accesorio, es considerada como de libre utilización.

²⁸ Según el artículo 3 de la Decisión Andina 351, son los que no interfieren en la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

Parágrafo tercero, de las “Excepciones”:

c) “La reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo, difundidos por medios de comunicación social, siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor, si el artículo original lo indica, y no se haya hecho constar en origen la reserva de derechos;”

d) “La difusión por la prensa o radiodifusión con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en asambleas, reuniones públicas o debates públicos sobre asuntos de interés general;

Siempre que sea con el fin de informar sobre la actualidad, de los discursos, conferencias o alocuciones difundidas en público, se autoriza la reproducción por la prensa. En ciertas legislaciones la excepción se limita a determinados discursos dirigidos al público, como por ejemplo los pronunciados en asambleas políticas, administrativas, judiciales, los exclamados en reuniones públicas de carácter político y los emitidos en ceremonias oficiales. No podemos olvidar que para que sea lícita la publicación de una serie de discursos de un mismo autor siempre se deberá contar con la autorización del mismo.

Parágrafo tercero, de las “Excepciones”:

e) “La reproducción de las noticias del día o de hechos diversos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa, publicados por ésta o radiodifundidos, siempre que se indique su origen;”

Siempre y cuando exista la completa seguridad de que consta, la indicación de la fuente y el autor, además de que la utilización del artículo no sea objeto de reserva especial que se hubiera hecho constar de origen, se permite su reproducción, distribución y comunicación pública.

Parágrafo tercero, de las “Excepciones”:

f) “La reproducción, comunicación y distribución de las obras que se encuentren permanentemente en lugares públicos, mediante la fotografía, la pintura, el dibujo cualquier otro procedimiento audiovisual, siempre que se indique el nombre del autor de la obra original y el lugar donde se encuentra; y, que tenga por objeto estrictamente la difusión del arte, la ciencia y la cultura;”

g) “La reproducción de un solo ejemplar de una obra que se encuentra en la colección permanente de bibliotecas o archivos, con el fin exclusivo de reemplazarlo en caso necesario, siempre que dicha obra no se encuentre en el comercio;”

Se limitan a la autorización de reproducir, de manera individual un ejemplar de una obra, para conservarla o para que pueda ser sustituida en caso de pérdida, destrucción o inutilización, por lo tanto son consideradas limitaciones muy restringidas.²⁹

Resulta que esta disposición es de suma importancia para suplir la falta de obras que muchas veces eran de gran consulta y las cuales eran imposibles de ser encontradas en el mercado.

Parágrafo tercero, de las “Excepciones”:

h) “Las grabaciones efímeras que sean destruidas inmediatamente después de su radiodifusión;”

En este caso hablamos de las fijaciones de obras literarias, musicales, dramáticas, entre otras que son ejecutadas por los organismos de radiodifusión con el principal objetivo de facilitar la programación de sus difusiones y que su único destino puede ser el del propio radiodifusor, es decir que tiene que ser realizada por este y con sus propios medios, sin solicitar ayuda o servicios a otras empresas y únicamente durante las emisiones que el autor de su consentimiento.

²⁹ Ibid., art.22, literal c).

Aunque específicamente se establece que debe ser destruida inmediatamente después de la radiodifusión, el Convenio de Berna admite la posibilidad de que sea conservada en archivos oficiales pero no en la propia emisora, también sin autorización del autor, toda vez que tenga un carácter documental excepcional.³⁰

Parágrafo tercero, de las “Excepcionales”:

i) “La reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas;”

Siempre que se demuestre y se pueda justificar el fin que se persigue, ya sea para uso dentro de los procesos judiciales, o por órganos legislativos o administrativos del estado, y siempre que se indique claramente la fuente y el nombre del autor, las autoridades públicas en pleno ejercicio de sus funciones tendrán la facultad de ordenar la reproducción de obras protegidas o de fragmentos de ellas.

Parágrafo tercero, de las “Excepciones”:

j) “La parodia de una obra divulgada, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor, o del artista interprete o ejecutante, según el caso; y,”

Como utilizaciones lícitas de una obra ajena son admitidas las parodias, estas no requieren autorización anticipada del autor. El límite que tiene la parodia es el delito de la injuria, pues no debe adulterarse o tergiversarse sarcásticamente el pensamiento de alguien, imputándole significados falsos o engaños totalmente contrarios a la realidad.

³⁰ ANTEQUERA. Ricardo. Y FERREYROS Marisol. El Nuevo derecho de autor en el Perú, Perú, Editorial Monterrico S. A, 1996, p.84.

Parágrafo tercero, de las “Excepciones”:

k) “Las lecciones y conferencias dictadas en universidades, colegios, escuelas y centros de educación y capacitación en general, que podrán ser anotadas y recogidas por aquellos a quienes van dirigidas para su uso personal”.

En su gran mayoría, las excepciones encuentran su justificación en una composición equitativa de una terna de intereses concurrentes en las producciones intelectuales, estos son, los del autor, los de los explotadores empresariales de las obras y los del público en general.

3.1.4 Duración y transmisión del derecho de autor.

a) Duración

Un tiempo después de la muerte del autor se extingue el derecho patrimonial de explotación de una obra, en contraposición con el derecho moral que es perpetuo.

Como hemos mencionado anteriormente el derecho patrimonial es temporal y esto se justifica en el hecho de que el autor a lo largo de su vida se aprovecha de toda una riqueza cultural preexistente, es decir que una vez que a disfrutado en vida los derechos sobre su obra y posteriormente transmitiendo este derecho a sus generaciones más cercanas, es bastante justo que el producto de su creatividad se restituya a la sociedad por medio del patrimonio cultural común.³¹

En el Estatuto de la Reina Ana que entro en vigencia en Inglaterra en 1710, se encuentra el origen de esta limitación temporal de la protección del derecho de autor, además en este estatuto se establecía que el derecho exclusivo a publicar un libro terminaba después de un periodo de catorce años a partir de la primer publicación y en el caso de que hubiera transcurrido este periodo de tiempo y si al finalizar este plazo el autor no fallecía aún, podía obtener este derecho exclusivo nuevamente por un lapso de catorce años más, posteriormente la publicación era libre.

³¹ Ibid, p.95.

A continuación se presenta el decreto francés 13-19 de enero de 1791 que reconoce a los autores el derecho exclusivo de representación para toda su vida y por cinco años más a favor de sus herederos y derechohabientes; seguido posteriormente por el decreto 19 - 24 de julio de 1793 en el cual se extiende la tutela al derecho de reproducción de obras literarias, musicales y artísticas, y de esta manera les garantiza las facultades de distribución y venta de estas por toda su vida y por un periodo de diez años más a favor de sus herederos y derechohabientes. En 1886 el plazo post mortem auctoris fue prolongado hasta cincuenta años.

Básicamente fueron estas leyes las que lograron que poco a poco y con el tiempo las distintas legislaciones mundiales limitaran la duración del derecho patrimonial del autor. Primeramente fueron las legislaciones europeas con algunas excepciones que también se observaron en América Latina, que amparaban el principio de la tutela a perpetuidad, pero que con el transcurso del tiempo la abandonaron y limitaron el plazo de protección.

A mi criterio es un fundamento bastante aceptable, ya que la necesidad de limitar la duración del derecho patrimonial del autor, se basa en el hecho de que la obra es una realización creativa proveniente de un producto social y como tal, para su libre utilización es necesario que se reintegre a la sociedad.

Tenemos claro que existe un límite de tiempo para aquellos derechos exclusivos que se aprovecharon de la obra y favorecen al autor o a sus causahabientes, es decir, una vez que ese término caduca, y con la finalidad de que cualquier persona pueda hacer uso de la creación libre y gratuitamente, la obra pasa a formar parte del dominio público.

Ante cualquier tipo de planteamiento siempre encontraremos quienes estén a favor y quienes estén en contra, e igual cosa sucede en lo que se refiere a esta limitación. Quienes la apoyan y defienden se basan en el hecho de que el autor para formar su obra, se vale del patrimonio cultural colectivo y sostienen que en consideración a esto es justo que en determinado momento la creación pase a formar parte de este patrimonio; además plantean que después de que ha transcurrido cierto tiempo, resulta casi imposible el dar con el paradero de todos los herederos y aún más difícil

resulta conseguir que todos den la autorización para hacer uso de la obra con la prontitud que la dinámica del negocio de la difusión de obras exige.

Pero también existe quienes no están muy de acuerdo con los beneficios de esta limitación, pues mantienen que es totalmente injusto para los herederos privarlos del goce permanente de estos bienes, pues el autor dedicó mucho tiempo por consagrar todo su esfuerzo creador a la realización de sus obras, las cuales en muchas ocasiones constituyen su único patrimonio; además una vez que caducan los referidos plazos de duración del derecho, los únicos beneficiados con la utilización gratuita son los empresarios y los comerciantes que se dedican a explotar la obras, más no el público ya que en ningún momento disminuyen los precios de las obras cuando son utilizadas en dominio público.

La decisión Andina 351 y el Convenio de Berna determinan que el autor gozará de la protección del derecho patrimonial durante toda su vida y hasta cincuenta años después de la muerte, sin perjuicio de la facultad que tiene cada legislación para establecer un plazo mayor. Justamente el Ecuador en su Ley de Propiedad Intelectual en el art. 80 establece un plazo de sesenta años después de la muerte del titular del derecho.

Debido a la elevación en los promedios de vida de las personas, se ha impuesto la tendencia a aumentar el plazo por sobre el mínimo convencional de cincuenta años, ya que se considera que la duración debe cubrir el ciclo de vida de dos generaciones después de la muerte, ya que caso contrario si no ampliara el plazo post mortem del autor sus parientes directos podrían quedar excluidos de los benéficos económicos.

En la parte final del primer inciso del art.80 de nuestra ley de propiedad Intelectual se señala “Cualquiera sea el país de origen de la obra” la importancia práctica de esta frase está en que el Convenio de Berna, hace una excepción al principio de trato nacional, al determinar que a no ser que la legislación del país donde se reclama la protección disponga otra cosa “la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra”. En conclusión en el caso de no haberse implantado la frase mencionada en el art. 80 de nuestra ley, significaría que cada vez que una obra extranjera reclame su protección en el Ecuador, la autoridad competente tendría que

verificar el plazo de protección en el respectivo país de origen y entonces sería ese plazo el que se aplique a esa obra en nuestro país, lo cual significaría una pérdida de tiempo además de complicado y discriminatorio

En definitiva, en el Ecuador todas las obras nacionales o extranjeras gozan del mismo plazo de protección de setenta años luego de la muerte del autor.

Nuestra ley establece en lo que se refiere a las obras en colaboración, que el período de protección correrá desde la muerte del último coautor.

Desde la fecha del fallecimiento del autor empezara a correr el plazo de sesenta años en el caso de obras póstumas. Generalmente al inicio se acogen el plazo general, pero algunas legislaciones tratan de apresurar la divulgación de estas obras para beneficiar los intereses a la colectividad y otorgan plazos suplementarios. Los mismos que pueden ser a favor de los derechohabientes o también existen otros casos que son a favor del editor.

Si es que en el plazo de sesenta años desde la fecha de la primera publicación de la obra anónima, su autor no se ha dado a conocer, la misma pasara al dominio público. En el caso de que antes de que transcurra este plazo se revelare el nombre del autor, se estará a lo establecido en el inciso primero del art.80. Debido a que no se conoce la identidad del autor resulta muy difícil calcular el plazo de protección, y consecuentemente no es posible determinar la fecha de su muerte, por lo que la ley determina como inicio, la fecha de la primera publicación de la obra.

Si una obra colectiva se da a conocer por partes, el período de protección comenzara a correr desde la fecha de publicación del último volumen, tomo o parte.

En el art. 81 se establece que “si la titularidad de una obra corresponde a una persona jurídica desde su creación, el plazo de protección será de setenta años, contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, el que fuere ulterior.”

b) Transmisión

No podemos olvidar la división que existe entre los derechos morales y derechos patrimoniales, a cada categoría le corresponde una forma de transmisión diferente. La cuales pueden ser a título universal, por causa de muerte, a título singular, o por acto entre vivos.

Una de las grandes diferencias entre estas dos clases de transmisión radica en que los derechos de orden patrimonial son transmisibles, sea total o parcialmente, por medio de una cesión entre vivos, objeto de licencias de uso o autorizaciones para explotación de la obra otorgadas a terceros. Mientras que los derechos de carácter moral se transmiten, a veces con ciertas limitaciones en lo que se refiere a su ejercicio, a los herederos u otros causahabientes del autor. Estas facultades son inalienables por acto entre vivos.

Básicamente la transmisión implica el traspaso de la titularidad del derecho patrimonial de una persona a otra. En ocasiones se la realiza por mandato de ley como es el caso de las obras por encargo, en este caso al comitente se le otorga la titularidad del derecho patrimonial y a los autores ejecutantes se quedan con las prerrogativas de orden moral; o como sucede en la sucesión ab intestato de un titular, en la cual por disposición legal se transmite a sus herederos los derechos patrimoniales sobre la obra.

Como la transmisión involucra la titularidad del derecho patrimonial, se distingue de las licencias que el titular concede a un tercero para explotar una o algunas de las formas determinadas de utilización de la obra, conservando íntegramente el derecho en su cabeza.

3.1.4.1 Clases de transmisión:

a) La transmisión por causa de muerte.

Según el Código Civil Ecuatoriano la sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, y por lo tanto apto para la transferencia de los derechos patrimoniales del autor.

Es necesario saber a ciencia cierta quienes pueden transmitir el derecho de autor por causa de muerte, para tal efecto se deberá determinar si el titular del derecho es derivado u originario, con el objeto de saber cuales son los derechos que ostenta ya que solo aquellos podrá transmitir.

Por ejemplo, por una parte cuando fallece el autor este transmitirá la facultad de defensa del derecho moral y el ejercicio y disfrute del patrimonial, por otra parte el cesionario del derecho patrimonial o titular derivado, podrá transferir solamente el contenido económico del que es titular y, si así lo tenía confiado en vida, el ejercicio del derecho moral.³²

En el caso de que el titular de los derechos patrimoniales fallezca sin dejar testamento, las leyes de la sucesión intestada regulan el traspaso de sus derechos y por lo tanto sus herederos tendrán la posesión legal de los mismos, a título universal, hasta la partición correspondiente. La obra pasará al dominio público, en el caso del que el titular de la obra no haya tenido herederos.

Si el titular fallece dejando testamento, serán los adjudicados, titulares del derecho patrimonial, bien a título universal o bien a título singular.

En lo que se refiere al derecho patrimonial de transformación, en virtud de la transmisión mortis causa, podrán los causahabientes del autor autorizar traducciones, versiones, arreglos y cualquier otro tipo de modificación de la obra. En caso de que esta posibilidad no fuera consentida traería como consecuencia que la creación no pudiera ser conocida por medio de diferentes géneros u otros públicos, perjudicando la propia fama del autor ya fallecido. Pero considerando que existe una relación bastante estrecha entre el derecho patrimonial de transformación y el derecho moral de integridad, los herederos al ejercitar el primero deben cuidar que la adaptación, traducción o arreglo que se autorice no atente con la honradez y respeto de la obra, con el valor cultural contenido en ella, ni tampoco que atropelle con la reputación de quien en vida fue su creador.

³² Ibid, p.97.

Para solucionar los conflictos respecto a los aspectos sucesorios no contemplados en la Ley de propiedad Intelectual, deberán aplicarse las reglas generales sobre sucesión previstas en el Libro Tercero del Código Civil.

b) La transmisión por acto entre vivos

El ordenamiento jurídico ecuatoriano al igual que algunos otros, admiten únicamente la posibilidad de transmitir el derecho de autor en los casos de la muerte del titular (Sección VI, Parágrafo Primero “De la transmisión por causa de muerte”), descartando de esta manera la falsa interpretación de que las facultades de orden moral que forman parte del derecho autor, pueden ser también transferibles contractualmente, guardando la figura de la cesión o celebración de contratos de utilización, para los actos entre vivos.

Podríamos incluir la eventualidad legal de elegir entre un contrato de cesión o concesión de derechos de explotación sobre la obra, o una licencia o autorización de uso.

Considerando que el derecho de autor no establece una forma determinada de contrato para la transmisión del derecho patrimonial, el titular puede valerse de las distintas formas previstas en la legislación civil, como por ejemplo el contrato más común que es el de cesión utilizado para el trapazo de créditos y el contrato de compraventa que puede tratar sobre cosas corporales o incorporeales.

Sin ninguna duda la figura más conocida dentro del derecho de autor para la efectuar la transmisión de derechos patrimoniales, es la cesión. Son muy pocos los patrones establecidos para la aplicación de esta figura, por lo que se considera necesario complementarlos con las características siguientes:

1. La exclusión de los derechos morales: “La transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales”. Como es de conocimiento el derecho moral perdura en su creador a pesar de la cesión, por lo que éste tiene la facultad de modificar la obra, retirarla de circulación, oponerse a la

deformación o mutilación de la misma, además de poder realizar las demás prerrogativas morales.

2. La cesión no puede atentar contra el derecho de la personalidad a la creación intelectual. De ahí que no pueda ser objeto de transmisión la producción futura, salvo la producción por encargo de obras determinadas.
3. El autor debe garantizar la paternidad de la obra y responder civilmente en caso de que sea reivindicada por un tercero, como lo hace el vendedor por los juicios de evicción.
4. La cesión puede hacerse a título gratuito u oneroso, por tanto, no es requisito fundamental el precio o la remuneración al titular.
5. En la interpretación del contrato que transfiere derechos patrimoniales de autor se aplica el principio de favorabilidad para el titular de los derechos.

Puede suceder que el autor se vea afectado, con la cesión inter vivos del derecho patrimonial, ya que existe la posibilidad que con el transcurso del tiempo su obra se valore y en este caso el autor quedara fuera de los beneficios económicos que esta situación implique. Por este motivo, comúnmente se tiende a sustituir la transmisión entre vivos por licencias especiales para la explotación de determinados usos sobre la obra.

Rápidamente haremos un análisis sobre los elementos constitutivos de los contratos de transferencia del derecho patrimonial.

Objeto. Consiste en la facultad de explotar la obra de acuerdo a la modalidad, las limitaciones de tiempo y lugar, y las condiciones de remuneración contempladas en el contrato.

Sujeto. La cesión presupone la existencia de un sujeto titular del derecho y de otro, que en virtud del contrato, se convierte en titular del derecho cedido.

Características. Pese a que cada contrato esta conformado por características diferentes, en general las más sobresalientes y que se observan en casi todos, son los siguientes:

1. Del contrato de cesión surgen derechos y obligaciones para ambas partes por lo tanto se trata de un contrato bilateral, aunque se lo haya realizado a titulo gratuito ya que el cesionario siempre tendrá el deber de respetar el derecho moral sobre la obra y la obligación de abstenerse de utilizarla por ciertos modos que no han sido previamente establecidos como objeto de la transferencia, mientras que el cedente debe asegurar al cesionario el uso pacífico y tranquilo del derecho transmitido, de acuerdo a un principio de derecho común.
2. Es un contrato que debe constar por escrito.
3. Se lo puede celebrar a titulo gratuito u oneroso, pero salvo pacto en contrario se presume oneroso.
4. Puede ser parcial, es decir, restringido a un determinado modo de explotación, a una duración y a un territorio específico o limitada que comprende, sea por un tiempo determinado o bien por toda su duración, las diversas formas de utilización de la obra, pero salvo pacto en contrario la transferencia se limita a los modos de uso previstos especialmente en el contrato, y
5. Si no se ha expresado su ámbito territorial, se tiene por tal el país de su otorgamiento.

Efectos. El contrato de cesión produce los siguientes efectos:

1. La obligación del cedente de garantizar al cesionario en el goce pacífico del derecho transferido.

2. La obligación del cesionario de remunerar al cedente conforme a la Ley y el contrato, salvo en los casos en que se haya pactado expresamente la transferencia a título gratuito.
3. El derecho del cedente de autorizar o no al cesionario para la transferencia a un tercero de los derechos cedidos, salvo en los casos permitidos expresamente por la ley.
4. El derecho y la obligación del cesionario de utilizar la obra según lo modos previstos en el contrato, ya que la ausencia de explotación, además de atentar contra los intereses económicos del cedente, puede lesionar los intereses efectivos del autor.
5. El derecho del cedente a revocar la cesión.

3.1.5. De los derechos conexos. Características

La doctrina no acepta la expresión “derechos conexos” por que la considera imprecisa, sin embargo y a pesar de esto ha logrado imponerse dentro del léxico empleado en el derecho de autor.

Derechos conexos son aquellos que les son reconocidos a determinadas personas las cuales sin ser los titulares del derecho de autor como por ejemplo, los intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas³³ radiodifusores, se encargan de darlo a conocer y difundirlo por medio de varios mecanismos.

Haremos un breve análisis de la verdadera importancia que los derechos conexos revisten dentro del contexto del derecho de autor y de la manera como se encuentran regulados en nuestra ley de Propiedad Intelectual.

³³ La palabra fonograma se deriva de los vocablos griegos “phone” que significa sonido y “grámma” que quiere decir escrito. Henry Jessen señala que no se trata, como puede parecer, de un neologismo jurídico de novedosa construcción, ya que aparece en los membretes de los primeros cilindros publicados por el inventor del fonógrafo, Thomas Alva Edison, en las últimas décadas del siglo XIX.

Una de las diferencias sustanciales entre el sistema latino o continental de producción y el del *copyright* o anglosajón es el hecho de ubicar a tales prestaciones y producciones en el marco de los derechos conexos. El primero únicamente a las creaciones intelectuales con características de originalidad les reconoce la protección de autor, mientras que el segundo por medio de una *fictio iuris*, considera como obras a expresiones carentes de originalidad, como por ejemplo las grabaciones sonoras o las emisiones de radio difusión.

Es preciso aclarar que no es correcto negar la protección necesaria a estos bienes culturales o actividades técnico- empresariales que contribuyen a la divulgación de las obras literarias y artísticas, sino por el contrario se debe encarrilar la protección dentro del marco que les corresponda y según su propia regulación jurídica.

Convenios Internacionales como la Convención de Roma para la protección de artistas, intérpretes y ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión así como el Convenio de Ginebra para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, se han percatado de la importancia que revisten estos derechos para sus titulares y en general en el contexto de los derechos de autor y por lo tanto los han reconocido incluyéndolos como parte de tales convenios.

El ADPIC ³⁴ no hace suyo el texto de la Convención de Roma respecto a los derechos conexos, sino que solamente compromete a los estados que forman parte de la Organización Mundial del Comercio a observar los derechos específicos que allí se establecen en cuanto a la protección de los titulares de estos derechos.

³⁴ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Ronda Uruguay del Gatt, Marruecos, 1994, Suplemento R.O. 977-S, 1996.

CAPITULO IV

EL DELITO DE VIOLACIÓN AL DERECHO DE AUTOR EN LA NORMATIVA JURÍDICA ECUATORIANA

4.1 Régimen legal del derecho de autor

4.1.1 Aspectos Constitucionales.

Para desarrollar este tema, es conveniente hacer referencia a las palabras del doctor Juan Larrea Holguín en lo que respecta a la importancia de un sistema jurídico que se ajuste a las distintas circunstancias.

“¿Cual es la mejor casa? Para contestar esta pregunta habría que indagar previamente quien la va a habitar, que características tiene su familia, a que se dedica, y las posibilidades reales de adquirir un edificio. No existe una casa que pueda calificarse en abstracto como la mejor. Tampoco cabe decir que una Constitución supera a todas las bondades: depende del pueblo para el que se ideó, de sus virtudes y defectos, de las necesidades culturales, morales, económicas, etc y de los recursos con los que cuenta para enfrentar tales desafíos”.³⁵

Los seres humanos son diferentes uno de otro y por lo tanto sus necesidades son de variada índole, motivo por el cual cuando los pueblos de América Latina adquirieron la tendencia de imitar las Constituciones de Francia a raíz de la Revolución Francesa, a lo largo del siglo XIX, se originaron algunas ventajas como el afianzamiento del sistema republicano, presidencial y representativo pero también surgieron algunos tropiezos como el hecho de que un pueblo sea gobernado con la realidad de otro, produciéndose injusticias y desembocando en una inestabilidad social, que aún puede ser sentida en estos tiempos.

³⁵ Constitución Política de la República del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1997.”

Al igual que la mayoría de las disposiciones que fueron transmitidas de Constitución en Constitución, la protección de las creaciones intelectuales, contenida en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no fue la excepción a aquella tendencia de la que hice referencia con anterioridad.

El doctor Holguín considera que las constituciones Grancolombianas de 1821 (Cúcuta), fueron una mala copia de la constitución francesa del año III y la de 1830, que si bien es cierto no son ecuatorianas, sin embargo son consideradas como el antecedente filosófico del derecho constitucional ecuatoriano.³⁶ Estas no hacían una referencia expresa del derecho de autor pero si a sus principios, al decir de la primera.

“Todos los colombianos tienen el derecho de escribir, imprimir y publicar libremente sus pensamientos y opiniones sin necesidad de examen, revisión o censura alguna anterior a la publicación.”

Y, al mantener la segunda entre los derechos civiles, el de publicar libremente los pensamientos por medio de la prensa sin necesidad de previa censura.

Es verdad que en todas las Constituciones ecuatorianas se hace una breve referencia de los derechos de las creaciones intelectuales, pero quien convierte por primera vez al el principio de propiedad intelectual en un derecho por el cual se respeta la producción de autor, es la Constitución de 1835, al manifestar que:

“El autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento o producción por el tiempo que el concediera la ley; y sí esta exigiere su publicación se dará al inventor la indemnización correspondiente”.

Entre el concepto de propiedad industrial y el de propiedad sobre las obras literarias y artísticas existe cierta confusión, la cual se encuentra consagrada en las Constituciones de 1845 y 1878. Mientras que el derecho de propiedad de los

³⁶ PROAÑO MAYA. Marco. El derecho de Autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana, Tesis Doctoral, Quito. 1972.

descubrimientos, inventos y obras científicas, literarias y artísticas es consagrado por la Constitución de 1929.

A nuestro criterio la definición de la Constitución de 1945 es una de las más acertadas al determinar que, el Estado garantiza la propiedad de los descubrimientos, inventos y obras científicas, literarias y artísticas en los términos señalados en las leyes y, además establece que el Estado tiene la obligación de fomentar y difundir la investigación científica, las creaciones artísticas, además debe apoyar la obras que realizan las asociaciones dedicadas a fines culturales; sin embargo según el criterio del doctor Marco Proaño Maya, definitivamente la más completa es la Constitución de 1978, a la cual le califica de clara, precisa y no confusa como las anteriores, al garantizar entre los derechos personales.

“El derecho de los autores nacionales y extranjeros sobre sus creaciones literarias, artísticas y científicas, La ley regula el ejercicio de tal derecho conciliándolo con la función social inherente a la creación” (art. 28, n. 13).

En el artículo 30, inciso tercero de nuestra actual Constitución, si bien es verdad que se consagra el derecho a la propiedad intelectual al reconocerla y garantizarla en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes; sin embargo al revisar el extenso texto constitucional nos encontramos con algunas disposiciones en las que directa o indirectamente este mismo derecho también es consagrado.

En lo que se refiere a los principios fundamentales, el artículo 13 de la Constitución establece el derecho de los extranjeros a gozar de los mismos derechos que los ecuatorianos, sujetándose a las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley, es decir que, con respecto al derecho de propiedad intelectual los extranjeros gozan de de la misma protección y seguridades que los nacionales.

Sobre el mismo tema citamos el artículo 62 *ibídem*, el mismo que a nuestro criterio tiene una estrecha relación con el derecho de autor al determinar que: “El Estado promoverá y estimulara la cultura, la creación la formación artística y la investigación científica...”

Por su parte el artículo 63 del mismo cuerpo legal, se encarga de regular lo referente a la protección de la propiedad intelectual y manifiesta que:

“adoptará las medidas para que la sociedad, el sistema educativo, la empresa privada y los medios de comunicación contribuyan a incentivar la creatividad y las actividades culturales en sus diversas manifestaciones. Los intelectuales y artistas participarán, a través de sus organizaciones, en la elaboración de políticas culturales.”

Por su lado la garantía de la libertad de las actividades científicas y tecnológicas y la protección legal de sus resultados, así como el conocimiento ancestral colectivo, se encuentran plasmados en el artículo 80 del mismo cuerpo legal.

El estado al reconocer y garantizar a los pueblos indígenas, los derechos colectivos que guardan una estrecha relación con la conservación y promoción de sus prácticas de control y manejo de la biodiversidad y de su entorno natural, a la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales, a sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, entre otros, nos demuestra que no se ha olvidado de dar el suficiente resguardo a los valores y manifestaciones diversas que construyen y conforman nuestra identidad nacional, pluricultural y multiétnica.

Nuestra Constitución impone ciertas limitaciones al derecho de propiedad intelectual, entre las que podemos mencionar las disposiciones comprendidas en el artículo 23, numeral 2 que, a pesar de que menciona la prohibición de aplicar y utilizar de manera indebida material genérico humano, podemos concluir que en ningún momento se refiere a la imposibilidad de que sean creados y utilizados, siempre y cuando estas redunden en el bien común; y, el numeral 6 que expresa textualmente lo siguiente: *“La ley establecerá las restricciones al ejercicio de determinados derechos y libertades, para proteger el medio ambiente”*, dentro de los cuales lógicamente constan aquellos relacionados con la propiedad intelectual.

A partir de las palabras del doctor Juan Larrea Holguín, que citamos a continuación:

“No basta la claridad de las normas y su armónica inserción en el sistema jurídico, pues es preciso que se pongan en práctica, comenzando por el serio acatamiento de las leyes por parte de las autoridades, seguido de la disciplinada obediencia de los ciudadanos en general...”

Reiteramos el hecho de que de nada servirá contar con estupendas disposiciones y leyes plasmadas en libros y códigos, las cuales nunca se aplican o solo en casos excepcionales, sino que es necesario concienciar y aplicar toda normativa que muchas veces se encuentra abandonada y olvidada en la práctica.

4.1.2 Ley de Propiedad Intelectual y Reglamento a la Ley

La Ley de Propiedad Intelectual publicada en el Registro Oficial 320 entró en vigencia el 19 de mayo de 1998, y su Reglamento el 25 de enero de 1999, derogando, la primera, la legislación nacional vigente que se había vuelto inaplicable debido a la existencia de la Decisiones comunitarias dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a decir:

Decisión 351 sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Decisión 344 sobre Propiedad Industrial y Decisión 354 sobre Variedades Vegetales, y como respuesta a la necesidad del Ecuador de ajustarse a las exigencias impuestas por las obligaciones asumidas como miembro de la Organización Mundial del Comercio, OMC, para lo cual ratifico el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

La adhesión a la normativa internacional es de tal vigor que en la exposición de motivos con los cuales fue enviado el proyecto de ley de propiedad intelectual por parte del entonces Presidente Constitucional Interino de la República, doctor Fabián Alarcón al Honorable Congreso Nacional,³⁷ se señala que la protección de las creaciones intelectuales, la cual se encuentra consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, necesita de una normatividad que responde a los principios de universalidad y armonía internacional, absolutamente indispensables para respetar y honrar los compromisos adquiridos por el Ecuador con la Comunidad

³⁷ Ofc. N. 97- 3221- D.A.J.T.1239 de 31 de diciembre de 1997.

Internacional; para que de esta manera se logre facilitar la incorporación de avances tecnológicos a la producción y comercialización de sus bienes y servicios; fomentar la inversión y desarrollo; estimular la producción tecnológica nacional; y, uno de los puntos más importantes y sobresalientes, conseguir que se definan los derechos intelectuales.

Objetivos que únicamente podrían ser cumplidos con el apoyo de una legislación que cuente los principios y propósitos citados, que a su vez se encargue de la unificación y ordenamiento de las normas de derechos de autor, propiedad intelectual (marcas, patentes, modelos de utilidad) y variedades vegetales, además de encargarse de establecer en un cuerpo legal estructurado y completo, los procedimientos judiciales y administrativos correspondientes y adecuados.

Antes de la creación de la actual ley, se formuló un proyecto de reforma parcial que modificaba en gran parte los títulos, secciones y capítulos de distintas leyes, logrando como resultado no más que una ley inentendible y desordenada que permitió palpar la realidad y aceptar que se necesitaba una reforma total de las disposiciones referentes a la ley de Propiedad Intelectual, que hasta ese momento ignoraban los adelantos tecnológicos y científicos que exigía una nueva legislación y se encontraban dispersas en varios cuerpos legales.

Como se señala en la citada exposición de motivos de dicho proyecto, la protección de las creaciones intelectuales consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, requiere una

.....normatividad que responda a los principios de universalidad y armonización internacional, necesarios para honrar los compromisos adquiridos por el Ecuador con la Comunidad Internacional; que faciliten la incorporación de avances tecnológicos a la producción y comercialización de sus bienes y servicios; fomente la inversión en investigación y desarrollo; estimule la producción tecnológica nacional; y, sobre todo defina los derechos intelectuales.

Objetivos que pretendieron ser alcanzados con la ley, cuyas características son motivo del presente trabajo.

4.1.2.1 De los procesos de conocimiento

Durante la evolución de este trabajo he enfatizado en el desarrollo de los temas referentes a los principios y contenido del derecho de autor, por lo que consideramos pertinente que el presente análisis se enfoque en los procedimientos administrativos y judiciales determinados en la ley, con miras de asegurar el correcto desenvolvimiento y cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual y castigar con las respectivas sanciones su inobservación e incumplimiento.

En este capítulo relativo a los procesos de conocimiento se realizará un análisis de las autoridades competentes, jurisdicción, competencia y lugar de cometimiento de la infracción, trámite reconvención, prueba testimonial, prueba pericial, término para practicar pruebas, exhibición y carga de la prueba, indemnización de daños y perjuicios y la imposición de multas.

Autoridades Competentes. Para conocer y resolver las controversias que surjan sobre la materia con absoluta competencia, la ley contempla la creación de cuatro Juzgados Distritales de Propiedad Intelectual, en primera instancia y, en segunda, así como los Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual, en el mismo número.

La sala Especializada en Propiedad Intelectual de la Corte Suprema de Justicia conocerá todo lo relativo a los recursos de casación que se presenten en esta materia.

Hasta que se encuentren conformados los Órganos de control, la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que, serán los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los competentes para conocer las demandas relativas a la reparación de derechos patrimoniales y, de la misma manera serán competentes los jueces de lo penal, para conocer sobre aquellas denuncias por infracciones a los derechos de propiedad intelectual.

A pesar de que todavía en la actualidad siguen siendo los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los que conocen de los casos concernientes con la propiedad intelectual, esta materia difiere absolutamente de aquella que esta dentro de su competencia.

Sin bien han transcurrido ocho años desde que se publicó la Ley de Propiedad Intelectual, hasta la fecha no se ha dado el correcto cumplimiento a lo dispuesto por la disposición transitoria citada, ya que a pesar de que no son dependencias especializadas en el conocimiento de esta materia, continúan siendo los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los encargados de conocer las demandas sobre reparaciones patrimoniales.

Competencia. En materia de propiedad intelectual la competencia se determinara de conformidad con lo establecido en el artículo 296 de la Ley de Propiedad Intelectual y en los artículos 27, 28, 29 y 30 del Código de Procedimiento Civil, es decir:

1. El juez del lugar, donde tiene su domicilio el demandado, es el competente para conocer de las causas que contra éste se promuevan.
2. El que tiene domicilio en dos o más lugares puede ser demandado en cualquiera de ello. Pero si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de dichos domicilios exclusivamente, solo el juez de éste será competente para tales casos.
3. Además del juez del domicilio, son también competentes:
 - a) El del lugar en que deba hacerse el pago o cumplirse la obligación.
 - b) El del lugar donde se celebó el contrato, si al tiempo de la demanda esta en el presente el demandado, o su procurador general, o especial para el asunto de que se trata.
 - c) El juez al cual el demandado se haya sometido expresamente en el contrato.
 - d) El del lugar en que estuviere la cosa raíz materia del pleito.

- e) Si la cosa se hallare situada en dos o más cantones o provincias, el del lugar donde esté la casa del fundo; más, si el pleito se refiere solo a una parte del predio, el del lugar donde estuviere la parte disputada; y si ésta perteneciere a diversas jurisdicciones el demandante podrá elegir el juez de cualquiera de ellas.
- f) El del lugar donde fueron causados los daños, en las demandas sobre indemnización o reparación de éstos.
- g) El del lugar en que se hubieren administrado bienes ajenos, cuando la demanda verse sobre las cuentas de la administración.

Serán competentes también para conocer estas causas los jueces del lugar en el que se hubiera cometido la infracción.

Tomando en cuenta la materia que estamos tratando, en el caso de transmisiones por medio de un satélite, se ha establecido un tratamiento específico, en el que la ley establece que la infracción se considerara cometida tanto en el lugar que inicie dicha transmisión, así como en el que la señal se hiciera accesible al público de manera sobresaliente.

En lo que se refiere a las infracciones que son cometidas mediante redes de comunicación digital, se las considerara cometidas en el lugar en que se encuentren los sistemas informáticos señalados en el artículo 22 de la Ley de Propiedad Intelectual (sistema informático interconectado a través de redes de comunicación digital) o bien en el lugar en que la transmisión sea accesible al público de manera sobresaliente.

Trámite. Las demandas relacionadas con la propiedad intelectual serán tramitadas en juicio verbal sumario con aquellas modificaciones que se determinan en el capítulo II de la Ley de Propiedad Intelectual.

Reconvención. Se admite la reconvención conexa en los juicios de propiedad intelectual, la misma que será resuelta en sentencia, sin que por este motivo se altere

o perturbe el normal trámite que se le debe dar a la causa. Esta deberá ser planteada en la audiencia de conciliación, luego de que la demanda sea contestada. En la propia audiencia el actor tendrá la obligación de contestarla, en el caso de no hacerlo se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho.

Prueba testimonial. Si una de las partes solicitare la actuación de prueba testimonial, el juez se encargará de señalar día y hora para su recepción en audiencia oral, dentro de la cual la parte solicitante podrá realizar las preguntas que desee, teniendo la parte contraria la facultad de repreguntar.

Prueba pericial. En el caso de necesitarse peritos, se designará uno por cada parte procesal, aunque existe la posibilidad que las partes estén de acuerdo en designar un único perito. Sin contravenir el deber que tiene los peritos de presentar su informe por escrito, cualquiera de las partes tiene la facultad de solicitar al juez que el o los peritos acudan a una audiencia para que informen de manera oral respecto de las cuestiones que les formularon a las partes durante el peritaje.

Se debe mencionar que en caso de violar este mandato, los Jueces Distritales de Propiedad Intelectual responsables serán destituidos de su cargo, además de otras sanciones previstas en la Ley.

Término para practicar pruebas. Deberán ser practicadas todas las pruebas solicitadas, dentro de los treinta días siguientes a la conclusión del término respectivo, salvo en el caso de que las partes de común acuerdo soliciten una prórroga para su práctica.

Exhibición y carga de la prueba. El juez tiene la facultad de exigir a la parte contraria en el caso de que existan pruebas bajo su control o en su posesión, que éstas sean presentadas para lo cual señalara día, lugar y hora para que sean exhibidas. Si una vez le ha solicitado la parte contraria no exhibiere la o las pruebas, el juez a fin de dar solución, podrá basarse en la información suministrada por la parte que la requirió.

En el caso de que una de las partes por cualquier motivo no facilitare las informaciones, códigos de acceso o de cualquier otro modo entorpeciera la comprobación de instrumentos, equipos u otros medios considerados apropiados para almacenar reproducciones no autorizadas, estos serán presumidos como violatorios de los derechos de propiedad intelectual.

Si el juicio versa sobre violación de una patente de invención relacionada con procedimientos, la carga de la prueba sobre licitud del procedimiento utilizado para la fabricación del producto le corresponde al demandado.

Indemnización de daños y perjuicios. La indemnización comprenderá las pérdidas sufridas y el lucro cesante, ocasionadas por la infracción. Para establecer la cuantía de los ingresos no obtenidos, se tomará en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

1. Los beneficios que el titular hubiere obtenido de no haberse producido la violación.
2. Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación.
3. El precio, remuneración o regalía que el infractor hubiese tenido que pagar al titular, para la explotación lícita de los derechos violados.
4. Los gastos razonables, inclusive honorarios profesionales, incurridos por el titular con relación a la controversia.

Imposición de multas. En el caso de las sentencias condenatorias de las acciones civiles por violación de los derechos de propiedad intelectual, al contraventor se le sancionara adicionalmente con una multa de tres a cinco veces el valor total de los ejemplares de obras, interpretaciones, producciones o emisiones de radiodifusión o en su caso de las regalías que de otro modo hubiere percibido el titular de los derechos por explotación legítima de éstas u otras prestaciones de propiedad intelectual.

Según la citada disposición, las multas que se recauden serán destinadas en un tercio al IEPI, otro tercio al titular del derecho contravenido y el tercio restante será distribuido de la siguiente manera: (art. 304 Ley de Propiedad Intelectual)

- a) Presupuesto de la Función Judicial
- b) Fondo de Solidaridad, y
- c) Fomento de ciencia y Tecnología a través del IEPI.

4.1.2.2 De las providencias preventivas y cautelares.

Los derechos de propiedad intelectual pueden ser ejercidos por su titular por medio de las medidas cautelares o provisionales, las mismas que persiguen dos objetivos primordiales: no permitir que se de la infracción, es decir, impedir que a los canales comerciales se introduzcan productos infractores, incluida la entrada de productos importados luego del despacho de aduana; y, en caso de una presunta infracción, conservar la evidencia pertinente.

A fin de evitar que el presunto infractor altere la ubicación del material con el objetivo de impedir la detención del mismo, las autoridades judiciales tendrán la facultad de ordenar medidas provisionales sin previa notificación. Las mismas que serán ordenadas por el juez una vez que evoque conocimiento de la demanda, y lógicamente deberán estar acompañadas por pruebas sobre indicios precisos y concordantes que faculden presumir razonablemente la violación actual o eminente de los derechos, además de considerar que atenta la naturaleza preventiva o cautelar de la medida y la infracción de que pueda tratarse.

Las demandas que se presenten para obtener una medida cautelar, así como también las providencias correspondientes, serán consideradas como reservadas y no serán notificadas a la parte demandada sino luego de que hayan sido ejecutadas. A continuación el juez comprobara si el titular de los derechos es el peticionario, si para tal efecto no fuera posible presumir la titularidad basándose en la información

proporcionada con la demanda, será suficiente la declaración juramentada que al efecto se la incluirá en la demanda.

Cabe señalar que con la sola noticia del cometimiento de un delito en esta materia, el Fiscal podrá actuar de oficio.

Existen otros objetivos que persiguen las medidas cautelares a más de los que ya fueron indicados, entre los que podemos citar la intención de impedir que se produzca o se siga cometiendo la infracción a cualquiera de los derechos establecidos y reconocidos por la ley, impedir que las mercancías entren a los circuitos comerciales, incluso las mercancías importadas, o bien ya sea para conservar las evidencias o pruebas que guarden relación con la presunta infracción.³⁸

También podemos mencionar dentro de las medidas cautelares a las medidas en frontera, que son las que facultan al titular de los derechos para solicitar a las autoridades aduaneras que sea suspendido el despacho de aduana de productos sobre los cuales existe la sospecha que se encuentran infringiendo el derecho de autor, sin embargo y a pesar de esto, no es oculto que a las autoridades aduaneras no les interesa nada más que los productos que ingresan a nuestro país cumplan con todos los requisitos de importación, sin dar una mayor importancia al mencionado problema.

Estas medidas cautelares comprenden: a) el cese inmediato de la actividad ilícita; b) la suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, comunicación, distribución, según proceda; y, c) cualquier otra que evite la continuación de la violación de los derechos.

Existen dos clases de medidas cautelares:

a) personales como la prisión preventiva, detención arresto domiciliario, prohibición de salida, presentación ante autoridad respectiva competente

³⁸ Ley de Propiedad Intelectual, art. 308, R.O 320 de 19 de mayo de 1998.

b) reales como prohibición de enajenar, secuestro, retención, embargo, retiro de los objetos producto de la infracción, suspensión de la importación de materiales o cierre temporal de los establecimientos de expendio de los objetos materia de la infracción.

El secuestro puede ser ordenado y llevado a cabo sobre los ingresos que haya generado la actividad infractora, sobre los bienes que garanticen el pago de la indemnización, respecto de las mercancías o productos que contravengan un derecho de propiedad intelectual, respecto de los aparatos, equipos u otros medios que hayan sido utilizados para llevar a cabo la infracción, así como también, sobre los ejemplares originales que fueron empleados para realizar la reproducción o comunicación.

Cabe señalar que se ordenara que la retención sea sobre los valores debidos por concepto de explotación o remuneración.

Finalmente, la prohibición de ausentarse del país se ordenara en el caso de que el demandado no tuviere domicilio o establecimiento permanente en el Ecuador.

Respecto al procedimiento que se debe seguir para la adaptación de las medidas cautelares una vez que se tenga conocimiento de la infracción será: primeramente se abrirá una indagación previa, la misma que tendrá como antecedente una denuncia del ofendido o de una tercera persona, una investigación policial o una excitativa fiscal.

El fiscal es quien solicitara al juez que dicte las medidas cautelares, sin embargo este último será el facultado para decidir al respecto y en el caso que este de acuerdo, las medidas cautelares serán ejecutadas en su presencia, si así lo solicita el actor, el mismo que si considera necesario podrá ser asesorado por peritos o funcionarios del IEPI, cuyo dictamen en la propia diligencia constara del acta correspondiente y servirá para la ejecución.

Sin que sea necesaria una formalidad ulterior o providencia adicional, la orden que emita el juez implica la posibilidad de adoptar cualquier medida práctica que sea necesaria para la ejecución correcta de la medida cautelar, incluyendo el

descerrajamiento de seguridades, sin embargo de considerar necesario al momento de diligencia, el juez podrá ordenar ya sea de oficio o a petición verbal de parte que se lleven a cabo cualquier otra medida cautelar que sea necesaria para la protección urgente de los derechos.³⁹

Si dentro del término de quince días de ejecutadas las medidas cautelares no se a propuesto la demanda en lo principal, las mismas caducaran automáticamente. El juez competente ordenara al actor, previa solicitud del demandado, la indemnización de daños y perjuicios, en el caso de que las medidas provisionales sean revocadas o caduquen por acción u omisión. Se seguirá el mismo procedimiento en los casos en que posteriormente se establezca que no existió infracción o amenaza de infracción de un derecho de propiedad intelectual.

Es menester señalar que debe existir justificación de la necesidad de dictar estas medidas en función del daño producido y las perdidas ocasionadas por éste, es decir, que la aplicación de estas medidas es absolutamente restrictiva.

4.1.2.3 De los delitos y las penas.

La pena es sumamente indispensable como medio de represión para sobrellevar las condiciones de vida esenciales que implica convivir en comunidad, pues sin ella sería prácticamente imposible que se den las relaciones humanas en la sociedad actual, es por esto que la justificación de su existencia no se apoya en cuestiones religiosas, ni filosóficas sino que se la entiende como una necesidad.

Es necesario señalar que todas las infracciones a las cuales hacemos referencia en el capítulo correspondiente, son punibles y perseguibles de oficio; y que sin perjuicio de la distinta sanción que se imponga, se ordenará en todos los casos el embargo de los objetos que directa o indirectamente hayan servido para ejecutar el delito, cuyo secuestro podrá ser dispuesto por el juez en cualquier momento durante el sumario y obligatoriamente en el auto de apertura al plenario.

³⁹ Ibid., art. 310

Para quienes atenten contra los derechos de propiedad intelectual, así como contra los derechos de autor y derechos conexos, al cometer cualquiera de los delitos establecidos a partir del artículo 319 de la ley, será castigado con prisión de un mes a tres años, además de la imposición de una multa que varía entre doscientos cincuenta a cinco mil unidades de valor constante (UVC).

4.1.3 Análisis de su aplicación en el Ecuador.

4.1.3.1 Ventajas

Según el criterio de profesionales y empresarios en la rama de propiedad intelectual, la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana es moderna y adecuada al desarrollo tecnológico actual, pues toma en cuenta y prevé todas las modalidades de explotación de las obras sea a través de medios como el Internet, además se encarga de regular nuevas creaciones procedentes de la tecnología digital.

Podemos señalar entre los avances de mayor importancia de la ley, los siguientes: dentro de los derechos morales del autor, el derecho de éste a negarse a toda deformación, alteración, mutilación de la creación con el que se puede afectar su reputación u honor; y, dentro de los derechos reales, su derecho a realizar o prohibir la comunicación pública de la obra por cualquier medio que pueda ser utilizado para difundir las palabras, signos, sonidos o las imágenes. Un ejemplo de este derecho es la remuneración económica que se percibe por los espectáculos que se llevan a cabo en los estadios, así como también la reproducción de las obras en bares y discotecas.

La disposición contenida en el artículo 119 de la ley de Propiedad Intelectual, es considerada de gran importancia ya que contempla indemnizaciones por la explotación de una obra o producción sin que exista la cesión del derecho correspondiente o a su vez sin que se le hubiera otorgado la licencia de uso respectiva, por ejemplo esta disposición se aplicaría, en el caso de la reproducción de discos compactos los cuales son vendidos indiscriminadamente y esto a su vez pone en peligro la inversión tanto de nuestro país como la extranjera.

Lo establecido en el artículo 291 de la misma Ley, constituye un gran avance ya que las autoridades, personas naturales o jurídicas que sin la autorización respectiva consientan la reproducción de una obra, serán solidariamente responsables y deberán pagar las indemnizaciones en el caso de demandas por daños y perjuicios impuestas por él o los titulares de los derechos de autor. Esta clase de disposiciones de cierto modo restringe las atribuciones por ejemplo de aquellos organizadores de conciertos o espectáculos que muchas veces llevan a cabo sus actividades dejando de lado y olvidándose de acatar las disposiciones establecidas por la ley.

Además, abastece de recursos, acciones eficaces y sanciona los delitos contra la propiedad intelectual.

4.1.3.2. Desventajas

Después de realizar un minucioso análisis de la Ley puedo señalar que estoy perfectamente de acuerdo con el concepto de que se trata un cuerpo legal completo, actual y que se ajusta perfectamente a la realidad nacional, pero que sin embargo a mi criterio adolece de una única pero fatal desventaja, que es la falta de conocimiento de la misma por parte de la ciudadanía y en especial de las autoridades que actualmente y que casi con toda seguridad en el futuro seguirán siendo las llamadas a aplicarla.

En nuestro país podemos observar claramente las consecuencias de este desconocimiento, ya que la falta de una cultura de respeto a la propiedad intelectual es alarmante, pues la salida más fácil es alegar no conocer, e imponerse el más fuerte ante quizás alguien débil pero emprendedor, que desgraciadamente por su falta de medios será el que mayor perjuicios sufra, por la equivocada teoría de que las ideas no son un problema que le atañen al derecho.

Pensando en dar solución en parte a este conflicto, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), conjuntamente con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), creó e inició una campaña con el objeto de difundir la Ley a través de charlas seminarios y talleres para darla a conocer, además pensando en su correcta aplicación, se han emprendido proyectos de capacitación dirigido a los

titulares de derechos de autor y a las autoridades encargadas de hacerlo respetar y ponerla en práctica.

La capacitación de aproximadamente mil quinientas personas ha dado como resultado el aumento de registro de marcas, de las patentes de inventos, además de dar inicio a determinadas acciones de control preventivo con la intervención de los fiscales y el íntegro respaldo de los jueces, cuya labor de persuasión de que la ley debe ser aplicada y no dejarla abandonada y olvidada en los códigos ha resultado ser la tarea más complicada.

4.2 Consecuencias en el comercio informal.

Los comerciantes informales son aquellas personas que laboran al margen de las disposiciones legales, de la normatividad etc, y que por ende día a día realizan sus actividades evadiendo las obligaciones tributarias. En nuestro país este debe ser entendido y tratado como un grave problema social, pues las dificultades económicas combinadas con la necesidad de sobrevivir obligan cada día, a que pequeños comerciantes aumenten el listado de este oscuro sector comercial, sin que todos estos duros motivos tengan una justificación válida para su proceder.

La principal y más grave consecuencia que ha originado la inobservancia y la falta de acatamiento de la ley, es la conocida *piratería*, la cual será analizada detalladamente en el desarrollo de este punto.

Dentro del área tributaria, a la actuación irregular de los agentes económicos se la llama piratería, pues al contravenir las normas tributarias incumplen con los requisitos exigidos por nuestra legislación, especialmente con un requisito esencial como es la inscripción en el Registro Único de Contribuyentes (RUC), que constituye el nacimiento de la obligación tributaria y por lo tanto al no cumplir con esta formalidad, es imposible realizar un control constante de sus actividades económicas, y así el Estado está incapacitado de orientar sus políticas hacia estos sectores.

Con el avance tecnológico se ha logrado que cada día más y más personas tengan acceso a nuevos equipos y programas de reproducción desarrollados, pero desgraciadamente todas estas facilidades además de contribuir con el progreso de las mencionadas industrias y con las actividades relacionadas, también han dado lugar la creación e incremento desmedido de productos ilegales.

Igualmente en el área de la producción intelectual, se emplea la expresión “piratería” para hacer referencia a la utilización indiscriminada de una obra, programa de computador, video, fonograma o cualquier otro bien intelectual, sin la indispensable autorización del titular legítimo del derecho y en especial su reproducción u obtención de copias ilícitas con el fin de ofrecerlas al público.

En el Ecuador, los negocios que se dedican a la venta de productos piratas, principalmente de discos compactos, compiten deslealmente y con gran ventaja contra los negocios legales, ya que no se preocupan por realizar ningún tipo de investigación de mercado, procesos creativos, mucho menos realizan una inversión, tampoco requieren de una infraestructura adecuada para desarrollar, reproducir y comercializar los productos; además por el hecho de no cumplir con las leyes tributarias, evaden el pago de impuestos y desgraciadamente esto ocasiona que el Estado tenga que afrontar pérdidas millonarias.

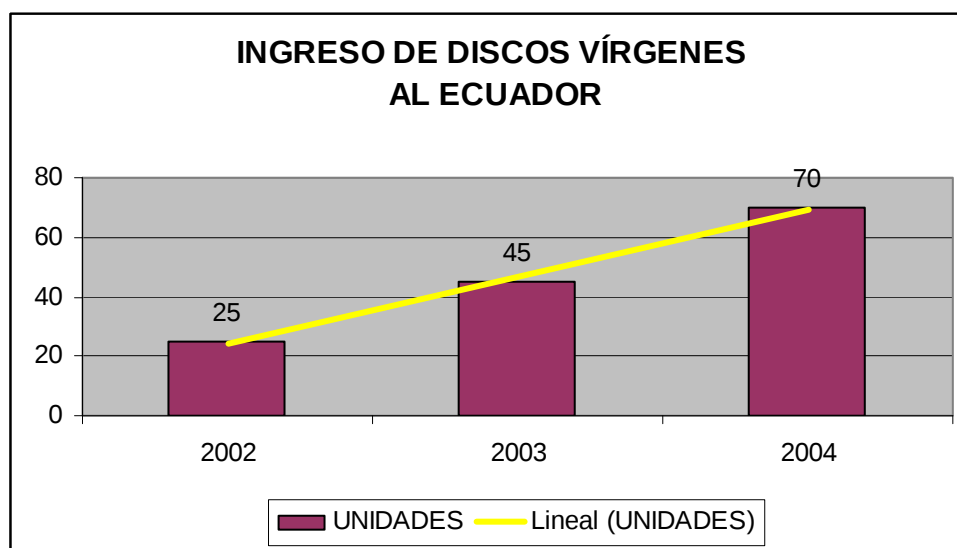
De acuerdo a investigaciones internacionales, en nuestro país el índice de piratería de discos alcanza el 90%, pues únicamente en el año 2002 fueron vendidos aproximadamente 11,5 millones de discos compactos piratas, estimándose que la evasión del impuesto al valor agregado, IVA, oscilo aproximadamente en USD 34,5 millones.

De acuerdo a datos de la Cámara de Comercio de Quito, el estado ecuatoriano pierde aproximadamente USD 20 millones por evasión de impuestos a la renta y aranceles de aduana.⁴⁰

⁴⁰ Cámara de Comercio de Quito, “La CCQ y la defensa al comercio formal”, Revista Criterios Quito, 2004, p.16

Únicamente refiriéndonos al campo musical, y basándonos en estadísticas realizadas por la industria disquera, en el Ecuador aproximadamente hay un consumo anual de un fonograma por habitante, es decir, que aproximadamente existen doce millones de fonogramas que se comercializan en el mercado y, si consideramos que en el año 2002 las ventas legales obtenidas por las compañías fonográficas establecidas en el Ecuador no superaron las cifras equivalentes de seiscientos mil copias, se entiende que se tiene como resultado, una venta ilícita de discos compactos aproximadamente de once millones cuatrocientas mil unidades.

De la misma manera, datos estadísticos demuestran que el ingreso de los discos vírgenes en los cuales se realizan las reproducciones ilegales de fonogramas, en el año 2002, alcanzaron cerca de 25 millones; en el primer semestre de 2003, ya se había alcanzado esa cifra, finalizando el año con 45 millones; el año 2004 llegaron al país más de 70 millones de discos, según los cálculos de las disqueras y distribuidoras de películas. Además, de esta cantidad de discos en blanco, aproximadamente trece millones seiscientos mil unidades son exportadas a los países vecinos.



En lo que se refiere a la evasión de impuestos ocasionada por la venta ilícita de discos, en el año 2002 debemos tomar en cuenta que en IVA la suma ascendió a USD 12'999.000 en el caso de los productores de fonogramas, USD 20'520.000 en el caso de puntos de venta y USD 1'140.000 en retención en la fuente.

El monto total que resulta de este ejercicio es de USD 34'656.000. Además si a este valor le sumamos la evasión del impuesto a la renta y de aranceles de aduana, el monto que aproximadamente nuestro país pierde cada año ha consecuencia de la violación de los derechos de propiedad intelectual es de USD 55'000.000.⁴¹

La producción de los discos piratas se la realiza en fábricas clandestinas en las cuales los piratas fonográficos tienen diversos equipos quemadores y receptores de los discos compactos industriales, los mismos que posteriormente son empacados en cajas plásticas con la contra carátula y trasladados a varias bodegas, almacenes, y centros de venta como por ejemplo las bahías de todo el país y de esta manera actúan como distribuidores. A estos lugares convertidos en centros de distribución, acuden todos los vendedores informales en busca de mercancía para venderla en las calles, en oficinas públicas y privadas, en centros de diversión, en ciudades y pueblos, centros comerciales y una infinidad de lugares en los cuales se expende contrabando.

El negocio de la piratería musical ha repercutido directamente en el empleo pues éste ha decaído alarmantemente en la cadena de creación, grabación, producción y promoción de la música. En 1990 la producción ilegal de la música fue del 10% en discos compactos y del 50% en casetes, en 1995 alcanzó el 30% y 70%, en su orden y, desgraciadamente ya en el 2002 fue del 90% en ambos casos respectivamente. Lógicamente estas cifras trajeron graves consecuencias, algunas de las cuales enumerare a continuación:

- a) Entre el año 1998 y 2002 en el Ecuador las compañías disqueras redujeron sus nóminas notablemente en un 80% y 90% y las contrataciones artísticas para grabaciones decayeron en un 95%. En éste período quedaron sin empleo alrededor de setecientas personas que trabajaban en compañías disqueras, y además aproximadamente tres mil personas que se dedicaban a la distribución y a la venta en tiendas de discos.
- b) Alrededor de ciento treinta grupos musicales y artistas dieron por terminado sus contratos con las casas disqueras en este mismo período; y, considerando

⁴¹ Datos tomados de la exposición del ingeniero Gonzalo Jiménez, Representante Legal de la empresa MTM, realizada en el taller "Antipiratería, Problemas y Soluciones", Quito, 2004.

que la grabación o producción musical acarrea contratar a personas que realicen el trabajo indirecto como arreglistas, directores, músicos, coristas, grabadores, fotógrafos entre otros, es decir un promedio de quince personas para llevar a cabo cada grabación, se estima que más de mil novecientas personas perdieron su trabajo por este motivo.

- c) Cada vez que se deja de producir y dar impulso a una grabación nacional, se pierde la oportunidad de fijar nuevas obras inéditas de los compositores ecuatorianos y de esta manera se extingue la posibilidad de que ellos puedan materializar sus creaciones en fonogramas por medio de fijaciones o grabaciones que realizan las casas disqueras. Además cada vez se aleja un poco más la posibilidad de trabajo indirecto que ejecutan las editoras musicales y los autores nacionales por carencia de grabaciones.
- d) Los artistas, intérpretes y músicos pierden su fuente de trabajo y de expresión artística, los autores también pierden sus regalías de autor por culpa de la piratería, pues esta les arrebatada de sus manos. Y sin duda una de las consecuencias más tristes y duras es ver extinguida la oportunidad para que sus nuevas obras puedan ser grabadas.

Hay que tener en cuenta que la piratería afecta la cultura musical o identidad de nuestro país, ya que cada vez que adquirimos un disco pirata, terminamos con la posibilidad de que los compositores puedan materializar su obra musical, además cada día se extingue la expresión artística de los intérpretes, músicos y arreglistas musicales.

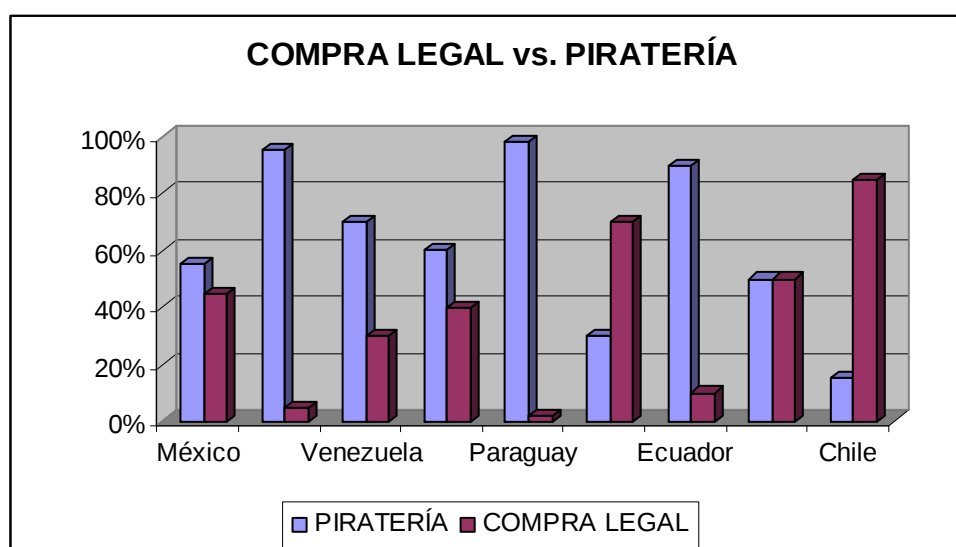
El Internet es otro enemigo silencioso de la música y de su producción, pues según estudios publicados por la revista The Economist, el 27% de estadounidenses y el 31% de europeos, bajan y descargan archivos musicales de la red de manera gratuita, es decir, sin que los propietarios de los derechos de la obra reciban la remuneración correspondiente por sus creaciones.

En el mercado mundial la venta de CD legales ha decaído alarmantemente a partir el año 2003 en un 9%, y en el año 2004 en un 10% en los Estados Unidos de América

y Europa. Lógicamente los motivos principales, causantes de estas alarmantes cifras son la descarga de música por Internet y el auge en el que esta la piratería.

En América Latina la situación se ha tornado muy grave porque la piratería se ha convertido en todo un imperio de poder y definitivamente le ha ganado la batalla a los gobiernos y a la industria legal, muy a pesar de los grandes esfuerzos realizados para evitarlo.

En el año 2002, los índices de piratería fueron alarmantes: en México representa el 55% del mercado; en Perú el 95% con lo cual la industria legal está prácticamente acabada; en Venezuela es del 70%; en Colombia del 60%; en Paraguay es del 98%, prácticamente todo es pirata; En Argentina es del 30%; en Brasil del 50%; en Ecuador del 90% y en Chile del 15% del mercado.



El índice de piratería musical es el que tiene mayor aumento en nuestro país, sin embargo, la comercialización ilegal de productos audiovisuales y obras literarias, no se queda atrás, debido a su crecimiento constante.

Basándonos en datos proporcionados por la Dra. Zelva Gonzáles, Directora General de EGEDA,⁴² el Ecuador importa aproximadamente treinta millones de discos compactos, siendo utilizados doce millones, de los cuales únicamente ochocientos

⁴² Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales.

mil son legales, y así el saldo existente de alrededor de veinte millones de discos pasa a manos de comerciantes inescrupulosos que los destinan para copias falsas e ilegales de películas.

Según los mismos datos, en el Ecuador el 100% de video clubes son piratas, puesto que cometen dos delitos: a) reproducción de obras audiovisuales sin la debida autorización de sus autores; y, b) su alquiler sin contar con las correspondientes licencias.

Por este proceder de algunas personas las cuales dejan a un lado a la ley, el Ecuador deja de percibir aproximadamente USD 50 millones al año y en estos últimos seis años se han perdido alrededor de veinte mil puestos de trabajo.

La piratería de discos, libros y películas dejó 15 mil desempleados y causó pérdidas por \$66'832.500 en el Ecuador, desde hace siete años. Además, de las 14 empresas que formaban la Cámara del Disco del Ecuador, solo tres quedan activas.⁴³

A diferencia de quienes defienden la piratería como una opción cultural barata y solución al desempleo, las empresas discográficas, cinematográficas y expertos en propiedad intelectual señalan que este negocio solo ha ocupado a 3.700 personas en todo el país. Los comerciantes se defienden diciendo que ocupan más de 15 mil en todo el territorio.

Es imposible vender los discos a \$1, como lo hacen los piratas, porque una disquera nacional gasta, entre grabación y publicidad, cerca de \$20 mil y \$30 mil. Además, la empresa paga los derechos de autor (7,56%), los derechos artísticos (del 5% al 20%), el 12% del impuesto al valor agregado (IVA) y los impuestos complementarios, de 25%.

Los sueldos y prestaciones de los empleados de las disqueras también cuentan en el precio del CD original, así como los costos que demandan la infraestructura técnica de grabación y depuración.

⁴³ Revista Blanco y Negro, de 2 de julio de 2006, "Ecuador pierde \$ 66 millones", p.2. www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm

Esteban Argudo, experto en leyes de propiedad intelectual, indica que es falsa la idea de que, acabando con la piratería, se beneficia a las transnacionales de la cultura.

“Quienes más pierden son los productores, cantantes y compositores nacionales, porque el consumidor ecuatoriano prefiere el producto más barato al de calidad. Por eso, cuando los grupos musicales nacionales intentaron sacar discos de entre \$3 y \$5 para luchar contra la ilegalidad, perdieron, pues el comprador eligió el cantante internacional de a dólar”, indica el experto.⁴⁴

Si bien no contamos con cifras estadísticas en lo que se refiere a la piratería de libros, según el representante de LIBRESA esta actividad ilícita se presenta de dos formas: a) comerciantes legales que introducen material pirata al país y lo reproducen a través de librerías legalmente establecidas; y, b) comerciantes que importan un determinado número de ejemplares especialmente de aquellos que son muy demandados en el mercado y reproducen un número superior para comercializarlo a menor valor que los originales.

También es considerada piratería aquella situación de que los autores que ya tienen un compromiso con un editor determinado, dan autorización a otro que su obra sea reproducida en menor valor. Este acto ilícito se lo practica rara vez, es decir, no es tan común como las otras actividades piratas.

Otra actividad muy común en la que se comete el delito de piratería es la llamada reprografía, que se basa en sacar foto copias de los libros, textos o documentos cuyo autor los ha reconocido como suyos. Es una realidad que vivimos y según una investigación de mercado realizada por la sociedad de gestión AEDRA⁴⁵, esta ilegalidad cuyos resultados son alarmantes, se observa normalmente en las Universidades y centros de estudios.

Muchos se preguntaran por que se produce la piratería, pues ha esto respondemos que la razón principal es el enorme beneficio económico que representa el sacar

⁴⁴ Revista Blanco y Negro, 2 de Julio de 2006, “Ecuador Pierde \$ 66 millones”, p.2.
www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm

⁴⁵ Asociación ecuatoriana de derechos reprograficos del Autor

copias ilegales de películas, música, libros etc, ya que normalmente el precio de esos bienes superan con mucho al costo de reproducirlos ilícitamente. Entonces aquel margen de ganancia se convierte en el incentivo principal para la piratería, especialmente cuando no se requiere de gran tecnología o los equipos para su reproducción son baratos y de fácil utilización.

En conclusión, y a decir del doctor Marco Proaño Maya, la piratería fonográfica y videográfica, se ha convertido en una perniciosa realidad universal, a la que la sociedad y los órganos de poder público deben enfrentar con seriedad y valentía.⁴⁶

Para hacer frente a este grave problema social, es indispensable contar con una estructura jurídico-administrativa capaz de resolverse, sin escatimar esfuerzos ni evadir obligaciones, que cuente con una estructura organizacional, dinámica en su actuar y permanente en el paso del tiempo, con acciones conjuntas capaz defender intereses comunes y con leyes rígidas que sean conocidas por la ciudadanía y especialmente por los jueces y magistrados y respaldados por la práctica forense.

Es muy racional pensar que si la aparición de nuevas y evolucionadas tecnologías dio lugar al desarrollo de la piratería, debería ser la misma técnica la que ofrezca mecanismos para combatirla. Entonces es una realidad que autores, interpretes, productores de fonogramas, cinematográficos, autoridades judiciales y gobiernos, deben convocar acciones conjuntas y encaminadas a salvaguardar los derechos de los creadores intelectuales no solamente de los del presente sino también de los del futuro.

⁴⁶ PROAÑO MAYA. Marco. “Los Derechos de Propiedad Intelectual: Un Derecho de la Postmodernidad”, Revista Ruptura, Quito, 2002, pp. 313-328

4.1.3 Tratados, Convenios y Acuerdos Internacionales ¿Cuáles deben mantenerse?

Los principales instrumentos internacionales sobre protección de los derechos de Autor de los cuales forma parte el Ecuador son los siguientes:

1. Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.
2. Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).
3. Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT).
4. Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (WPPT)
5. Decisión Andina 351 sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Sin quitarle importancia a ninguno de ellos, concentrare mi análisis en la Decisión 351 de la Comunidad Andina y en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, ya que por tratarse de normas comunitarias y, por consiguiente, íntimamente relacionadas con la realidad de nuestro país.

La Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, se implantó en el ordenamiento jurídico Subregional el 21 de diciembre de 1993, cuando se publicó en el órgano oficial de la Comunidad Andina.

El régimen sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, materia de la Decisión 351, forma parte del derecho comunitario de la subregion aplicable en todos los países miembros, con predominio sobre las legislaciones nacionales cuyas normas serían imposibles de ser aplicadas en el caso de que estuvieran en contradicción con este instrumento.⁴⁷

⁴⁷ Ibid., pp. 313-328.

La normas fundamentales del Derecho de Propiedad Intelectual están contenidas en la Decisión 351, siendo las primordiales, la efectiva protección a los autores y a los titulares de los derechos conexos, normas claras respecto de las obras objeto de protección con sus límites, excepcionales, transmisiones y cesión de sus derechos, la gestión colectiva de los mismos, los procedimientos y las penas dentro del debido proceso. Ha tenido gran aplicación y aceptación en la toma de decisiones del Tribunal Andino de Justicia, lo que nos permite ver que ha brindado gran firmeza y seguridad a los conflictos en derecho sobre Propiedad Intelectual en el área andina.

El doctor Marco Proaño Maya opina que se trata de una legislación moderna, sistemática, que trasciende a las legislaciones nacionales, que tiene gran importancia incluso a tal nivel de poder ser complementaria, ya que en caso de existir vacíos en la legislación nacional bien puede ser invocada y satisfacer cualquier duda existente. En pocas palabras se ha constituido como un instrumento de gran importancia del derecho comunitario.

La propiedad intelectual por primera vez forma parte de un acuerdo sobre el comercio internacional, esto se dio gracias a la iniciativa de los países desarrollados, que con el transcurso del tiempo se dieron cuenta que la carencia de una protección adecuada de tales derechos, o al contrario una protección excesiva de los mismos, generaba conflictos y grandes obstáculos al comercio internacional.

Los países miembros de este acuerdo tienen la obligación de incorporar en sus legislaciones internas las disposiciones que aseguren los estándares mínimos de protección de los derechos de propiedad intelectual y su efectiva observancia.

La obligación principal que se establece para todos los países miembros reside en agregar en sus propias legislaciones y de acuerdo con su respectivo sistema jurídico, mecanismos procesales que faculten castigar las actuaciones de terceros que violen los derechos de propiedad intelectual. Las acciones que se establezcan para tal efecto deberán estar encaminadas a evitar que se cometa la infracción, o en el caso de

que ya haya sido producida, se deberá concluir, así como también se busca adoptar medidas de retractación de nuevas infracciones.⁴⁸

Además debemos señalar que el ADPIC constituye un marco multilateral de normas y disciplinas, que velan por la protección, seguridad y defensa de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Años antes de que el ADPIC entre en vigencia, los lineamientos para la protección de los Derechos de Autor fueron dados básicamente por el Convenio de Berna, en lo que se refiere a los Derechos Conexos, por el Convenio de Roma y en ambos casos por convenios complementarios dirigidos a vigorizar los derechos, las obligaciones y los deberes establecidos con anterioridad.

Este Acuerdo no intenta el establecimiento de una normatividad nueva, sino que se basa en los instrumentos internacionales ya vigentes y básicamente en el Convenio de Berna.

Los niveles de producción que nuestro país tiene en materia de derechos intelectuales, son más que suficientes y bastantes satisfactorios, incluso en ciertas áreas nuestra legislación nacional interna supera las disposiciones del ADPIC, por esta razón, consideramos desarrollar y fortalecer aún más estos derechos, porque como lo dije anteriormente nuestra Ley de Propiedad Intelectual es considerada como el marco adecuado para la protección de los derechos de autor y es más bien su desconocimiento el que nos perjudica.

⁴⁸ METKE. Ricardo. “La protección sobre derechos de propiedad Intelectual en el marco del ADPIC”, Exposición presentada en el Seminario de la OMPI sobre Propiedad Intelectual, Quito, 2002.

CAPÍTULO V

RECONOCIMIENTO DE ALGUNOS CONTRATOS EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

5.1 Análisis y tratamiento específico de algunos contratos.

5.1.1 Contrato de Edición. (Anexo 1)

Definición. La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 50 manifiesta que el contrato de edición es: *“aquel por el cual el autor o sus derechohabientes ceden a otra personal llamada editor el derecho de publicar y distribuir la obra por su propia cuenta y riesgo, en las condiciones pactadas”*.

La edición en sentido amplio, se refiere a cualquier tipo de reproducción de una obra, por medios gráficos, sonoros-visuales, disquetes, películas, etc. En sentido restringido se refiere a la reproducción de obras por medios gráficos.

Nuestra ley lo reglamenta de manera restringida, pues la reproducción por un medio sonoro o audiovisual por ejemplo, esta reglada en el contrato de inclusión fonográfica o también podemos citar el de la obra cinematográfica.

En algunas legislaciones también se lo reconoce como derecho de reproducción.

Sujetos. Los sujetos de este contrato son:

El titular, es el autor que tiene la facultad de conceder el derecho de reproducción de su obra, pero también pueden serlo sus herederos o cesionarios en los respectivos casos.

Editor, es la persona natural o jurídica que por su cuenta y riesgo se encarga de la reproducción, distribución y venta de la obra para que esta llegue a manos del público.

Objeto. Específicamente se trata de la reproducción de la obra, su comercialización y la obtención del fruto de sus ventas. Cuando los gastos de la edición de la obra están a cargo del titular, el contrato será de arrendamiento de servicios, de obra u otra naturaleza, es decir, que los riesgos y costos económicos es el elemento indispensable en este contrato.

Características. El contrato de edición observa las siguientes características:

1. **Bilateral o sinalagmático:** Pues ambas partes asumen obligaciones recíprocas; el titular entrega una o varias obras determinadas las cuales son susceptibles de representación gráfica al editor, y éste a su vez será el encargado de la reproducción, distribución y venta al público.
2. **Consensual:** No se requiere de formalidad alguna para que surjan obligaciones entre las partes. El deber de entregar la obra al editor para que se lleve a cabo la impresión, publicidad, distribución y venta no tiene ninguna relación con la etapa de perfeccionamiento del contrato, sino más bien con la etapa de cumplimiento del mismo.
3. **Conmutativo:** Ya que las prestaciones de las partes son ciertas, ya que el autor se obliga a entregar la obra a el editor y éste se obliga a imprimirla, Especialmente lo es para el titular cuando la regalía radica en un precio fijo; y es aleatorio para el editor cuando se establece dependiendo del número de ejemplares que se han vendido al público.
4. **Principal:** las obligaciones surgen de este contrato subsisten por sí mismas, no son garantía ni depende del cumplimiento de otras.
5. **Oneroso:** tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes.

Contenido. El contrato a más de detallar claramente la identificación de las partes de la obra, deberá especificar lo siguiente:

El plazo para iniciar y terminar la edición. En nuestra ley no se señalan plazos específicos, sino únicamente se utiliza la expresión “plazo para terminación.” Pero es muy importante mencionar que en el artículo 56 de la Ley de Propiedad Intelectual se señala que este contrato terminará, cualquiera sea el plazo estipulado, al agotarse la edición.

Por ejemplo, en la legislación colombiana, se establece, para el inicio de la edición, si es la primera edición, serán los dos meses siguientes a la entrega de los originales: en el caso de que exista la autorización de realizar varias ediciones, el plazo será contado desde la fecha en que se terminen en el mercado los ejemplares de la edición anterior. Se señala que para la terminación del mismo, el plazo será el absolutamente necesario, de acuerdo a las condiciones previstas ya en el contrato.

Si la obra es inédita o no. En el caso de que el autor hubiere celebrado contrato de edición sobre la misma obra con anterioridad, o si ésta ya hubiere sido publicada con su autorización o conocimiento tiempo atrás, el autor esta en la obligación de poner en conocimiento del editor estas circunstancias, antes de que se lleve a cabo la celebración del contrato. Si el omite estos hechos, responderá por los daños y perjuicios que se ocasionen (art. 51 Ley de Propiedad Intelectual).

Publicar la obra con abreviaturas. Sin la correspondiente autorización del autor el editor no podrá publicar la obra con abreviaturas, adiciones, supresiones o cualquier otra modificación. (art.52 Ley de Propiedad Intelectual).

Si expira el término antes de la total venta de los ejemplares. Si el contrato de edición es de plazo fijo para su terminación y al expirar si el editor aún tiene ejemplares no vendidos de la obra, el autor podrá comprarlos a precio de costo más el diez por ciento. Este derecho podrá ejercitarse dentro de los treinta días contados a partir de la expiración del plazo, transcurridos los cuales el editor podrá continuar vendiéndolos en las mismas condiciones. (art.55 Ley de Propiedad Intelectual)

El número de ejemplares de que debe constar cada edición. Esta prohibido al editor publicar un mayor número de ejemplares que aquel convenido con el autor, y si lo hiciere, el autor podrá exigir el pago por el mayor número de ejemplares efectivamente editados, sin perjuicio de las sanciones e indemnizaciones a que hubiere lugar. (art.59 Ley de Propiedad Intelectual).

La regalía que percibiere el autor. Es muy importante que quede absolutamente claro el monto que recibirá el autor por su obra, luego de que el editor la haya difundido.

Accesoriamente, deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

1. *La constancia expresa de que por el hecho de celebrarse un contrato de edición no se transfiere el derecho de autor, ni tampoco significa que existe la autorización para reproducir la obra por otros medios no previstos en el contrato.*
2. *La exacta determinación de cómo se editara la obra, separada o conjuntamente, tratándose de varias obras de un mismo titular, y*
3. *Establecer si el editor queda o no facultado para explotar la obra y comercializarla en otro país, aunque este requisito no esta expresado en la ley, es necesario tomarlo muy en cuenta, para establecer claramente el alcance del contrato de edición.*

5.1.1.1 Derechos que confiere el contrato al autor

a) Derechos morales. En primer lugar por la calidad de autor, esta implícito el respeto a su derecho moral inalienable, que va estrechamente unido con el derecho de paternidad sobre la obra, de manera que el Art. 58 de la ley de Propiedad Intelectual determina: “Toda persona que publique una obra esta obligada a consignar en lugar visible..... a) titulo de la obra y nombre del autor o su seudónimo....”.

En segundo lugar está el derecho al respeto y a la integridad de la obra, pues el editor no está facultado a publicarla con adiciones, supresiones u otro tipo de cambios o modificaciones, sin la autorización escrita o expresa del autor, es decir, que éste último podrá realizar cualquier perfeccionamiento que considere necesario antes que la obra entre a prensa. Si el autor toma la decisión de realizar estos cambios posteriormente o si estos son realmente tan significativos que ocasionan que la impresión sea mucho mas costosa, entonces él deberá hacerse cargo y responderle al editor por esos valores extras.

El autor tendrá el derecho de preferencia para hacer las actualizaciones, cuando sean obras que deben ser actualizadas por envíos periódicos, salvo en el caso de que hubiere acuerdo en contrario. El editor tiene la facultad de contratar a otra persona que tenga la capacidad de hacerlo correctamente si el autor no aceptare hacerlo, pero en este caso se indicará así en la correspondiente edición.

b) Derechos Patrimoniales. Además, tiene derecho a que el contrato se formalice por escrito; a que la edición se lleve a cabo únicamente el territorio y el idioma expresamente acordado en el contrato; también a que se elaboren solo el número de ejemplares autorizados; a que el editor cumpla con cada una de las actividades pactadas, en el plazo previsto en un principio; y a acordar la forma de distribución de los ejemplares y los que se reserven al autor, a la crítica y a la promoción de la obra.

5.1.1.2 Derechos que confiere el contrato al editor. Entre sus facultades y derechos están, fijar el precio que tendrán los ejemplares de la edición para su venta, siempre que el contrato no establezca lo contrario; en caso de incumplimiento por parte del titular, ya sea en lo que se refiere al plazo o a las condiciones de entrega, tendrá derecho a resolver el contrato; también podrá vender a manera de saldo la edición una vez que ha transcurrido un plazo considerable y aceptable desde que fueron puestos por primera vez los ejemplares en circulación, lógicamente para esto deberá notificar previamente al autor, quien dentro de un período establecido tendrá prioridad para comprarlos.

5.1.1.3 Obligaciones del autor respecto del contrato. Entre las dos obligaciones principales están: Entregar la obra dentro del plazo convenido en un principio y en

debida forma para que se pueda llevar a cabo su reproducción; corregir las pruebas de la tira, salvo que se haya pactado otra cosa; una de las principales obligaciones del autor será, garantizar la autoría y la originalidad de la obra.

5.1.1.4 Obligaciones del editor respecto del contrato. Se derivan de los derechos del autor, sin embargo, es conveniente que enumere algunas específicas contenidas en el artículo 60 de la Ley de Propiedad Intelectual.

- a) Diagramar el texto de acuerdo con los requisitos pactados.
- b) Someter las pruebas de la tira al autor.
- c) Distribuir los ejemplares de la obra en el plazo y condiciones convenidas
- d) Hacer el depósito legal de la obra.
- e) Señalar en un lugar visible en todos los ejemplares, la mención de reserva, con indicación del nombre del titular de los derechos de autor, y si el caso lo amerita las siglas de la sociedad de gestión que lo representa.
- f) Pagar al autor la remuneración convenida y, cuando esta sea proporcional a los producidos por la venta, efectuar la oportuna liquidación de cuyo contenido le rendirá cuentas.

5.1.1.5 Finalización del contrato de edición. Nuestra Ley no establece específicamente las causas para la finalización de este contrato, sin embargo podemos concluir que son las siguientes:

- a) Por terminación del plazo convenido
- b) Por acuerdo de las partes, siguiendo lo preceptuado por la legislación contractual.

- c) Por resolución del contrato en caso de incumplimiento de alguna de las partes.
- d) Por quiebra del editor, solo cuando no se hubiere iniciado la impresión de la obra.
- e) Por agotamiento de la edición.

5.1.2 Contrato de representación (Anexo 2)

Definición.

Los contratos de representación son aquellos por los cuales el titular de los derechos sobre una creación intelectual cede o autoriza a una persona natural o jurídica el derecho de representar la obra en las condiciones pactadas.⁴⁹

Una de las maneras más antiguas de explotación de las obras, es la representación, especialmente la representación escénica, que es considerada como interpretación de una obra a un determinado grupo de auditores o espectadores en presencia de los mismos, por medio de la escenificación, recitación, canto o danza.⁵⁰

Características. Entre las principales características de esta modalidad de contrato tenemos:

En lo que se refiere al tiempo de celebración, este puede ser determinado o puede establecerse por un número determinado de representaciones o ejecuciones públicas. Las disposiciones relativas a este contrato, serán aplicables a otras modalidades de comunicación pública.

En cuanto a la participación económica del autor, esta puede ser fijada de dos maneras: según lo que las partes convengan en el contrato; o conforme a la tarifa

⁴⁹ Ley d Propiedad Intelectual, art. 69, “De los contratos de representación”.

⁵⁰ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ginebra 1980.

pública al efecto por la respectiva sociedad de gestión. En el caso de que no hubiere sido pactada contractualmente, le pertenecerá como mínimo, el veinte por ciento del valor total de las entradas vendidas para la función de estreno y, el diez por ciento de las entradas que se vendan para cada función. (art.70 Ley de Propiedad Intelectual)

Si por cualquier motivo al autor no le fuese entregada esta participación, tendrá derecho de presentarse ante la autoridad y solicitarle que suspenda las representaciones o el fruto de las entradas vendidas hasta el momento. Muy aparte de lograr recuperar los valores que le corresponden el objetivo principal en este caso será resolver el contrato y retirar su obra de las manos del empresario; además tendrá derecho de ejercer todas las demás acciones legales que le atañan y que considere necesarias.

Esta modalidad de contratación permite llevar a cabo una cesión de derechos patrimoniales o a su vez otorgar una licencia de uso de la obra, por lo tanto, a este contrato le son aplicables las disposiciones generales relativas a la transmisión de los derechos, así como también aquellas sobre la explotación de la obra por terceros.

Considero que no esta por demás recordar que es la cesión, a pesar de que ya fue tratada en el capítulo relativo a la transmisión de los derechos patrimoniales; pues comencemos señalando que aquella se limita a él o a los derechos cedidos, al tiempo y al ámbito territorial acordados; en cambio la licencia de uso no transfiere derecho alguno, sino únicamente se limita a autorizar su uso.

La ley de Propiedad Intelectual establece claramente en su artículo 74, que los funcionarios públicos competentes no podrán permitir audiciones sin la presentación de la autorización de los titulares de las obras.

5.1.2.1 Obligaciones del titular del derecho. Objeto de la cesión o licencia:

- a) Cuando sea necesario para los fines de la representación o ejecución, estará obligado a otorgar un ejemplar de la obra cedida, lo cual no se da cuando la comunicación se lleva a cabo a través de soportes que están disponibles en el comercio, como por ejemplo en el caso de discos y audio casetes.

- b) Asegurar al empresario el goce pacífico de su derecho, como corresponde en general a cualquier clase de cesión o licencia.

5.1.2.2 Obligaciones del empresario (cesionario). Entre las obligaciones más sobresalientes que se derivan de la celebración de esta clase de contrato, señalamos las siguientes:

- a) Representar o comunicar la obra cuando corresponde. En este caso se debe tener en cuenta que en el momento que el autor transfiere los derechos sobre su obra, lo hace con el conocimiento absoluto de toda la publicidad y difusión de la que va ser objeto, de manera que cuando estas actividades no se efectúan de la manera prevista, el autor se ve gravemente perjudicado tanto material como moralmente. Por este motivo, el autor esta en todo su derecho de hacer cumplir lo convenido y exigir al cesionario que cumpla con las representaciones o ejecuciones de su obra.
- b) Entregar al autor la remuneración convenida.
- c) Poner a conocimiento del autor o de su representante del contenido de la representación o ejecución, mediante la presentación del programa impreso.

5.1.2.3 Duración de exclusividad de representación de obras. En el caso de no existir estipulación contractual previa, se presume que el empresario adquiere el derecho exclusivo para la representación de la obra durante seis meses a partir de su estreno y, sin exclusividad por seis meses más. (art.72 de la Ley de Propiedad Intelectual)

5.1.2.4 Finalización del contrato. Además de las causas comunes para la terminación de los contratos, mencionaré las siguientes:

- a) Por cumplimiento del contrato, al efectuarse el número de representaciones o ejecuciones acordadas.

- b) Por el vencimiento de un plazo tácito, entendido como aquel que opera cuando ya no existe la concurrencia del público.
- c) Por el cumplimiento del plazo estipulado en el contrato.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Después del análisis e investigación que he realizado sobre el tema motivo de esta monografía, he llegado a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- La ley de Propiedad Intelectual publicada en el R.O 320, de 19 de mayo de 1998, fue producto de la necesidad del Ecuador de adaptar su legislación en materia de propiedad intelectual a las exigencias que demandaba ser parte de la Organización Mundial del Comercio.
- En el contexto de la ley podemos apreciar un importante avance en lo que se refiere al concepto de obra, pues ya no se la considera únicamente como una extensión de la personalidad del autor, sino que, de conformidad con el artículo 7, se la consagra como: *“Toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”*.
- La existencia de géneros creativos nuevos como por ejemplo el software y las bases de datos electrónicas, son reconocidos, así como también debido al desarrollo tecnológico en el campo digital, se reconoce el uso de obras por medio del Internet. Sin embargo no debemos olvidar que a pesar de esta protección, el empleo de programas de ordenador sin licencia en vez de disminuir o por lo menos limitarse se acrecentado de manera alarmante. Esto nos permite sacar como conclusión que el problema no centra tanto en la falta de disposiciones legales, sino más bien en la falta de respeto que existe a los derechos de autor.
- Respecto a las creaciones mencionadas en el numeral precedente, al ADPIC las equipara a obras, nuestra Ley las considera como tales en toda su extensión.
- Pues si bien es verdad que el autor es la persona que realiza la creación intelectual fruto de su inspiración, no estrictamente es quien ejercerá los

derechos que de ello se deriva. Debemos tener en cuenta que la titularidad es un concepto jurídico, el cual puede ser reconocido a personas naturales o jurídicas.

- El derecho de paternidad y de divulgación son reconocidos como derechos morales, siempre que esté en peligro la imagen o prestigio del autor. El Derecho de Autor es considerado como una responsabilidad de autor frente a la sociedad.
- En materia contractual, y bajo la denominación de contratos de explotación de las obras, se regulan los contratos de edición, de inclusión fotográfica, de radiodifusión, de las obras audiovisuales y los contratos públicos.
- En lo que se refiere a los derechos patrimoniales, la Ley se ha encargado de incluir conceptos actualizados como sucede respecto al derecho exclusivo de reproducción, derecho de comunicación pública de la obra y el derecho de distribución del original o copias de la obra por medio de la venta u otra transferencia de propiedad.
- Si bien es verdad que con el fin de proteger la titularidad de los Derechos de Propiedad Intelectual, se ha reformado el aspecto procesal, podemos concluir que esta protección es solamente parcial, ya que la falta de conocimiento de la Ley por parte de quienes tiene el deber de aplicarla y velar por su cumplimiento, se ha convertido en el mayor obstáculo para que esta reforma surta el efecto deseado, además de la carencia de organismos especializados en temas relativos a los delitos contra la Propiedad Intelectual, como por ejemplo los Juzgados y Tribunales establecidos por la ley para estos temas, sobre los cuales aun no hay fecha exacta para su creación.
- El hecho de que los llamados a conocer las demandas y recursos de casación planteados en los casos de violación de los derechos de Propiedad Intelectual sean los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y, en última instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, no

ha hecho más que complicar y entorpecer el desarrollo de los respectivos procesos, que por su propia naturaleza deben ser conocidos por estos Organismos.

- Luego del análisis y desarrollo de este trabajo he podido confirmar una vez más que en nuestro país no es necesario crear más leyes de las que ya existen, por que con eso no se lograría más que originar una mayor confusión; en lo que se debe enfatizar es impulsar la educación en valores y principios que vayan más allá del simple acatamiento de las normas legales por las sanciones que éstas conllevan.
- Una clara muestra de lo antes mencionado, es el desmedido incremento de la piratería fonográfica, audiovisual y de obras escritas, que ha encontrado en todo el mundo y en gran porcentaje en nuestro país, el espacio indicado para contravenir y violar los Derechos de Propiedad Intelectual y por ende de Autor y Conexos, a vista y paciencia de las autoridades sin que ni ellos ni nadie puedan frenar estos abusos. Entonces una vez más, nos debemos preguntar: ¿De que sirve una ley moderna, y completa, si no existe la voluntad para aplicarla?
- Quizás una de las partes más sobresalientes de la esencia del ser humano son las creaciones intelectuales, las cuales ya es hora que sean consideradas como tales. En todo el mundo y desgraciadamente nuestro país no es la excepción, hay una falta de respeto total a los Derechos de Autor, de ahí los grandes índices de piratería que cada día se incrementan alarmantemente ocasionando que los autores, artistas, ejecutantes, interpretes sientan que se encuentran desprotegidos y sin las garantías suficientes para seguir realizando su trabajo y por consiguiente decidan dejar de producir o hacerlo en otro lugar donde tengan mayores seguridades. Muchos son los fundamentos que sirven de pretexto para quienes se dedican a la comercialización de productos ilegales, siendo el mas utilizado la carencia de recursos de económicos que permita llevar una vida digna. Es verdad y estamos totalmente de acuerdo con el hecho de que la situación económica por la que atraviesa nuestro país y

desde hace varios años atrás no es la mejor, sin embargo esta no es justificación para violar las leyes y causar grandes perjuicios a nuestro país.

- Por la tanto y como resultado de mi larga investigación, puedo concluir que lo que realmente necesita nuestro país es que se emprenda campañas en escuelas, colegios, universidades etc para fomentar el conocimiento y respeto a un derecho tan importante como lo es el Derecho de Autor. Quiero insistir que únicamente a través de una educación en valores y principios y creando un compromiso de cumplimiento a la ley podremos contrarrestar las grandes plagas, que cada día causan tantos perjuicios a los derechos del ser humano.

ANEXO 1



31 JUL. 2007

002227

CONTRATO DE EDICIÓN

Conste por el presente instrumento el contrato de edición que se suscribe al tenor de las cláusulas que siguen.

PRIMERA.- CONTRATANTES

Intervienen en la celebración de este contrato, por una parte la señorita AINARA HERRERA CELAYA, de nacionalidad española, DNI 78899489-J, con domicilio en Máximo Aguirre n° 28, 6° Izq. 48011, Bilbao, España, teléfono 94 4419125, por sus propios derechos, a quien en adelante se la podrá llamar simplemente LA AUTORA, sin perjuicio de identificarla por su nombre; y, por otra parte, LIBRESA S.A., con domicilio en Murgeón Oe 3-10, entre Jorge Juan y Ulloa de la ciudad de Quito, Ecuador, debidamente representada por su Presidente, señor Fausto A. Coba E., CI. 17178372-0, a quien se podrá llamar simplemente EL EDITOR.

FR.
-47-

SEGUNDA.- TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE AUTOR

LA AUTORA garantiza que le corresponde la propiedad intelectual de los textos e ilustraciones de la obra denominada NANA DE LUNA; que es titular exclusiva y sin limitaciones de sus derechos; que la misma es inédita y que no tiene obligación alguna con otro editor que impida a LIBRESA realizar esta edición.

TERCERA.- AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR

EL EDITOR debe incluir la obra antes mencionada en su fondo editorial por el hecho de haber sido declarada finalista en el Concurso Internacional de Literatura Infantil «LIBRESA-Julio C. Coba, 2007», convocado por LIBRESA, porque así lo establecen sus bases.

De todos modos, por el presente instrumento, LA AUTORA autoriza, en forma expresa, la publicación sin límites, en español, de la obra mencionada y cede íntegramente sus derechos a favor de LIBRESA S.A., en los términos establecidos en las cláusulas de este contrato.

27

El EDITOR tendrá el control total de la publicación, comprendidos su impresión, encuadernación, embellecimiento o presentación, previa autorización de LA AUTORA, así como de las condiciones de venta en su primera edición y siguientes reimpresiones.

CUARTA.- DERECHOS DE AUTOR

El EDITOR pagará a LA AUTORA por sus derechos, el diez por ciento sobre el precio de venta al público, en dólares estadounidenses, sobre el número de ejemplares vendidos, para lo cual efectuará liquidaciones de venta semestrales, que se cortarán al 30 de junio y al 31 de diciembre de cada año, y pagará el valor correspondiente dentro de los 30 días siguientes a la fecha de cierre de la liquidación.

Si la obra se publica durante el último trimestre del año calendario, la primera liquidación se cortará al 30 de junio del año siguiente.



002227
31 JUL. 2007

QUINTA.- REPRESENTACIÓN

El EDITOR, en virtud de este contrato, representará a LA AUTORA para la traducción de la obra a idiomas extranjeros o para su publicación por parte de terceros dentro o fuera del país; los derechos que se obtengan por estas ediciones se distribuirán así: el setenta y cinco por ciento para LA AUTORA, y el veinticinco por ciento para el EDITOR, deducidos los impuestos que se pudieran ocasionar. Las partes se obligan a comunicarse cualquier propuesta que reciban al respecto, a fin de aceptarla o rechazarla de común acuerdo.

SEXTA.- CONTRATO EXCLUSIVO DE EDICIÓN

Se precisa que este contrato se refiere, exclusivamente, a la edición y que no incluye otras formas de utilización de la obra, las que podrán ser objeto de otros contratos expresos, si así lo deciden las partes.

SÉPTIMA.- PRUEBAS

El EDITOR entregará a LA AUTORA, si ésta expresamente así lo desea, los juegos de pruebas destinados a corregir el texto, antes de proceder a la impresión; LA AUTORA deberá devolver tales pruebas revisadas y con los cambios del caso dentro de los treinta días de que hayan recibido los juegos de pruebas. Si LA AUTORA renuncia a efectuar la corrección o demora más allá del plazo señalado, el EDITOR quedará libre de toda responsabilidad en caso de que la corrección de pruebas que se realice por cuenta suya no fueren satisfactorias para LA AUTORA.

Si EL EDITOR se ve en la necesidad de introducir modificaciones o supresiones en el texto de la obra a editarse, LA AUTORA deberá, previamente, aprobar tales modificaciones o supresiones; si demoran más de quince días, se entenderá que las han aprobado.

OCTAVA.- REIMPRESIONES DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO

Durante la vigencia de este contrato, EL EDITOR podrá realizar cuantas reimpresiones lo decida, de acuerdo a las condiciones del mercado. La primera edición saldrá a la venta a más tardar dentro de los doce meses siguientes a la fecha de celebración de este contrato.

A fin de certificar el número de ejemplares editados en cada impresión, EL EDITOR se compromete a hacer constar la tirada en la página de créditos legales de cada libro impreso; y a remitir a LA AUTORA una certificación independiente del impresor, en la que se deje constancia del número de ejemplares efectivamente impresos y entregados a la editorial.

NOVENA.- DURACIÓN DEL CONTRATO

Las partes convienen en que el presente contrato tendrá una duración inicial de cinco años. Vencido este plazo y habiendo satisfacción entre las partes, se procederá a una renovación automática por un periodo similar.

Si estuviera por extinguirse el plazo inicial previsto para este contrato y LA AUTORA tuviera interés en que concluya el acuerdo, notificará del particular al EDITOR, por escrito, con una antelación no menor a noventa días. En este caso, se deja abierta la posibilidad de que EL EDITOR tenga una opción preferente para suscribir un nuevo acuerdo con LA



31 JUL. 2007

002227

AUTORA, respecto de la misma obra, siempre que se igualen los términos y condiciones que ella pudiera convenir con terceros.

DÉCIMA.- EJEMPLARES GRATUITOS, DESCUENTOS:

EL EDITOR proporcionará a LA AUTORA veinticinco ejemplares gratuitos de cada impresión de la obra; si la AUTORA requiere mayor número de ejemplares, EL EDITOR se obliga a venderlos con el descuento de mayorista.

EL EDITOR podrá destinar el diez por ciento de cada tirada de la obra a promoción y publicidad.

EL EDITOR podrá saldar los ejemplares que se consideren invendibles y comunicará el particular a LA AUTORA, quien tendrá derecho a adquirir ejemplares, al precio de saldo. En ninguno de los supuestos de esta cláusula, la AUTORA percibirá regalías.

UNDÉCIMA.-

Las partes señalan su domicilio en la ciudad de Quito, Ecuador, a cuyos jueces competentes y al trámite de la litis por la vía verbal sumaria se someten, para el caso del litigio.

Para constancia de lo cual, firman en Bilbao en junio de 2007 y en Quito el 16 de julio de 2007.

FAUSTO A. COBA E.
EL EDITOR
CI. 170178372-0

AINARA HERRERA CELAYA
LA AUTORA
DNI 78899489-J

REGISTRO

En virtud de la solicitud presentada. N° de trámite 000042 de fecha 31 de julio del año 2007, de conformidad con el Art. 9 literal b) del Reglamento a la Ley de Propiedad Intelectual, expreso que el contrato que antecede, queda registrado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, IEPI, bajo el número 002227.

Quito, a 06 de agosto del año 2007



Abg. María Gabriela Mancayo
DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR
Y DERECHOS CONEXOS DEL IEPI(ENCARGADA)

ELM.

ANEXO 2

CONTRATO DE REPRESENTACIÓN DE ESPECTÁCULOS

Por medio del presente documento se llega a un acuerdo de trabajo entre el cliente **CÁMARA DE COMERCIO QUITO S.A.**, quien de aquí en adelante se llamara **EL CONTRATANTE** y **ARENA PRODUCCIONES** con domicilio comercial en Azcúnaga 274 y Brasil, (Quito) representada en este acto por Alberto Fortuny, quien de aquí en adelante se denominará **EL REPRESENTANTE**, para convenir y pactar lo siguiente:

1. LAS PRESENTACIONES

EL REPRESENTANTE pondrá a disposición de **EL CONTRATANTE** los servicios de la artista **Arena**, quien de aquí en adelante se denominará **LA ARTISTA**, para la realización de presentación con fines de lucro, a celebrarse en **QUITO**, según lo especifica el siguiente ITINERARIO:

FECHA: Viernes 11 de febrero del 2005
CIUDAD: Quito
HORA:
LUGAR: Cenexpo

LA PRESENTACIÓN tiene una duración de **SESENTA MINUTOS** (60 min.) y no podrán ser fraccionadas(s) ni cambiadas de escenario. En caso e que esto ocurriera, cada presentación será considerada independientemente y **EL CONTRATANTE** se compromete a pagar por anticipado el monto equivalente a una presentación completa, el cual aparece estipulado en este contrato.

LA ARTISTA no esta en la obligación de conceder tiempo compensatorio, si el horario estipulado para presentación se ve afectado por: agentes naturales (lluvias, inundaciones, etc.), problemas técnicos (fallas eléctricas, etc.) o eventos previos (discursos, conferencias, premiaciones, etc.).

EL CONTRATANTE no puede pautar la presentación de **LA ARTISTA** en lugares con antecedentes delictivos, de prostitución o consumo y tráfico de drogas.

2. TARIFA POR PRESENTACIÓN

La tarifa por presentación de **EL ARTISTA** es de \$ 2.000,00 (dos mil dólares) cualquier presentación adicional o futura estará sujeta a la tarifa a ser negociada entre las partes.

EL CONTRATANTE se compromete a pagar la suma de \$ 2.000,00 (dos mil dólares) mas **I.V.A** correspondiente a la(s) presentación(es) anteriormente mencionada(s) en el ITINERARIO, completamente libre de impuestos, ya sea

nacional, estatal, municipal, asociaciones de músicos, sindicatos, agencias a instituciones públicas o privadas, de acuerdo con los siguientes términos.

50% \$ 1.000,00 a la firma del contrato (depósito) **Cta. Cte # 6169619 Banco de Guayaquil ARENA PRODUCCIONES.**

50% \$ 1000,00 más I.V.A. a ser cancelado una hora antes del show pautado en este contrato.

IMPORTANTE: El depósito es la única garantía que confirmaría fecha separada. De no recibirse en un término no mayor de cinco días posteriores a la fecha de la firma de este documento, el contrato queda automáticamente cancelado. Así mismo, el incumplimiento en los términos de pago aquí expresados, en la forma y fecha especificadas, dará por cancelado este contrato. En tales circunstancias, EL REPRESENTANTE tendrá el derecho a retener el depósito sin medición alguna entre partes.

3. PUBLICIDAD DEL EVENTO

EL CONTRATANTE no podrá publicar el evento hasta que el depósito haya sido recibido conforme en las oficinas de EL REPRESENTANTE. EL CONTRATANTE no podrá vincular la presentación de LA ARTISTA con ningún producto de consumo o servicio sin el expreso conocimiento de EL REPRESENTANTE.

En caso de existir algún anuncio donde se publique conjuntamente todos los participantes del evento, LA ARTISTA no podrá aparecer en menor dimensión que el(los) otro(s) participantes.

EL REPRESENTANTE debe aprobar por escrito toda entrevista hecha a LA ARTISTA a publicarse por radio, televisión, periódico o revista. EL CONTRATANTE suministrará un itinerario de toda entrevista a realizarse dos días antes de la llegada del artista a la ciudad donde se presentará el espectáculo.

Al firmar este contrato, EL CONTRATANTE se compromete a cumplir con todo lo establecido en el mismo. El incumplimiento de cualquiera de las cláusulas aquí expresadas dará por cancelado este contrato. En tales Circunstancias. EL REPRESENTANTE tendrá el derecho a retener el depósito sin medición alguna entre las partes.

Este contrato solo es válido para las presentaciones especificadas en LA CLÁUSULA # 1. (LAS PRESENTACIONES) no representa exclusividad alguna de LA ARTISTA con EL CONTRATANTE.

4. CHEQUEO DE SONIDO

El contratante tiene la obligación de poner a disposición de la artista un sonido de excelente calidad, el mismo que deberá ser calculado de acuerdo a la capacidad del local donde se realizará el show, a por lo menos un byte por persona de capacidad de dicho local.

Así mismo, **EL CONTRATANTE** tiene la obligación de poner a disposición de la artista iluminación multicolor sobre el escenario para poder ofrecer un espectáculo de primera calidad (por lo menos 10 par 1000 y 8 par 600) y un micrófono inalámbrico.

El local donde se realice el espectáculo deberá contar con un escenario completamente estable, cuyas dimensiones mínimas deberán ser: 5 metros x 8 metros y estar a por lo menos 2 metros de altura de los asistentes a dicho espectáculo.

Todos los gastos relacionados con sonido, amplificación e iluminación, así como los gastos de arriendo de local, adecuación, etc. Son de cuenta del **EL CONTRATANTE**.

Si por fallas técnicas o daños en los equipos la artista no puede continuar o concluir el show, deberá esperar 15 minutos. Si en este tiempo no han sido superadas dichas fallas técnicas o daños de los equipos la artista dará por terminado el show, y por tanto se entenderá que este contrato ha sido cumplido por la artista.

El chequeo de sonido debe realizarse cuatro horas antes del concierto. Los técnicos de luces sonido, deben estar disponibles para el ensayo del grupo, sin costo adicional para **LA ARTISTA**

El chequeo de sonido debe realizarse cuatro horas antes del concierto. Los técnicos de luces sonido, deben estar disponibles para el ensayo del grupo, sin costo adicional para **LA ARTISTA**.

5. EL CONTRATO

EL CONTRATANTE no puede agregar o alterar las cláusulas de este contrato. Cualquier cambio o alteración debe hacerse con autorización escrita de **EL REPRESENTANTE**, en un plazo no menor de quince días antes de la fecha correspondiente a la primera presentación. Cualquier cambio sin la aprobación de **EL REPRESENTANTE** anula el contrato.

6. SEGURIDAD

En todo momento, durante la estadía de **LA ARTISTA** en la ciudad de la presentación **EL CONTRATANTE** debe garantizar la seguridad de **LA ARTISTA**, así como de su personal y de los equipos que la acompañan.

En escenario, **LA ARTISTA** debe contar con los siguientes suministros: Doce botellas pequeñas de agua mineral sin gas. Así mismo, la escalera de acceso de **LA ARTISTA**, y personal al escenario debe estar ubicada en el lugar que permita la comunicación fácil y segura hacia los camerinos preferiblemente en la parte posterior-central del escenario).

El escenario debe estar libre de cualquier persona ajena a **LA ARTISTA** y contar con todas las condiciones aquí expuestas veinte minutos antes de la presentación.

7. ARBITRAJE

Las partes convienen que cualquier controversia o diferencia que surja con ocasión de las relaciones derivadas del presente contrato, se someterán en principio al Tribunal de Arbitraje con asiento en la ciudad de Quito, república de Ecuador, y se sujetarán a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación

por medio de un Tribunal Arbitral designado de acuerdo con las normas de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

Además, las partes convienen que el Tribunal Arbitral pueda dictar cualquier medida preventiva o precautelar, para garantizar las obligaciones que se exijan. Para la ejecución de las medidas cautelares el Tribunal Arbitral, esta facultado a solicitar de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento.- Las partes además y solo en el supuesto de surgir controversias que no se puedan solucionar en los Tribunales de Mediación, se someterán a la justicia ordinaria, vale decir, a los jueces competentes de esta ciudad de Quito, lugar donde se celebra este contrato.

Quedando de acuerdo las partes interesadas con respecto a todos los puntos estipulados firman por duplicado.

REPRESENTANTE

CONTRATANTE

**Alberto Fortuny
PRESIDENTE**

CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO S.A.

REFERENCIAS

1. Bibliografía:

- FERNÁNDEZ SHAW, Félix. Difusión Internacional de los programas audiovisuales: Cinematografía, fonogramas, videogramas, radio y televisión. / Madrid 1era edición 1980.
- PROAÑO MAYA, Marco. Derecho de Autor con referencia especial a la legislación ecuatoriana / Fray Jodoco Ricke. Quito. 1era edición 1972
- AMIAMA, Manuel. Notas de Derecho Constitucional, Santo Domingo, Editorial Tiempo S.A. 1995
- ANTEQUERA, Ricardo. FERREYROS, Marisol. El nuevo Derecho de Autor en el Perú, Perú Editorial Monterrico S.A. 1996
- BRACAMONTE, Guillermo. Derechos de autor y derechos conexos en los países del Acuerdo de Cartagena, Lima, 1994
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual, 9na. Edición Tomo I, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1976
- PACHÓN MUÑOZ, Manuel. Manual de Derechos de autor, Bogotá, Editorial Temis, 1988
- PLAZAS, Arcadio. Consideraciones introductorias al Derecho de autor, Bogotá, Editorial Temis, 1984

2. Revistas y otras publicaciones:

- Facultad de Jurisprudencia PUCE, Revista Ruptura, Quito, 2000
- Revista de Derecho Mercantil, No. 6, Bogotá, Editorial Temis, 1985

3. Fuentes Normativas:

- Corporación de estudios y publicaciones, Constitución Política de la República, Quito, 2001
- Código Civil Ecuatoriano
- Normativa sobre Propiedad Intelectual, 1era edición, Quito- Ecuador, Febrero 2003
- Corporación de estudios y publicaciones, Régimen de Propiedad Intelectual, Quito, 2007
- Ley de Derechos de Autor, Colombia, 1980
- Código de Procedimiento Civil

4. Direcciones de Internet:

- Revista Blanco y Negro, periodismo de investigación. Revista Judicial. “La piratería deja en la calle a 15 mil personas y produce pérdidas millonarias”. Quito julio 2 de 2005. <http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm> [Consulta 14 de agosto de 2007]
- Revista Blanco y Negro, periodismo de investigación. Revista Judicial. “Ecuador pierde \$66 millones”. Quito julio 2 de 2005. <http://www.hoy.com.ec/Suplemen/blan352/byn.htm> [Consulta 14 de agosto de 2007]
- Copyright; Análisis de los Derechos de Autor desde la Perspectiva Social, Un debate sobre los derechos de autor desde la perspectiva social ecuatoriana, Claroscuro. http://www.claroscuro.org/index.php?option=com_content&task=view&id=21&Itemid=1 [Consulta 25 de septiembre de 2007]
- Revista Judicial. La piratería de software. <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Autor.11.htm> [Consulta 23 de mayo de 2007]

- Ventas Oficiales vs. Piratería. Recuadro 2. Mundo Diners. <http://www.dinediciones.com/diners/254/desplegar.php?id=126>. [Consulta 26 de julio de 2007]
- Piratería acaba con Blockbuster en Ecuador. Stilo, noticias dot.com <http://www2.noticiasdot.com/stilo/contenido/noticias/2004/0304/0403/noticias-stilo-040304/noticias-stilo-040304-2.htm>. [Consulta 5 de Julio y 17 de Julio de 2007]
- La piratería deja pérdidas de \$ 11 millones en 2003. DINERO, diario de negocios. http://www.hoy.com.ec/NotiDinero.asp?row_id=180754
- La MPA y EGEDA anuncian la creación de una Alianza Regional Latino Americana de productores audiovisuales. 6 de noviembre de 2006 <http://www.egeda.ec> [Consulta 10 de septiembre de 2007]
- <http://www.iepi.ec> [Consulta 11 de septiembre de 2007]
- Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® (CD-ROM) 2005. © 1993-2004 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
- Sistema Integrado de Legislación Ecuatoriana (CD-ROM). SILEC PRO LEXIS V.4.21. [Consulta 18 de abril de 2007]