



UNIVERSIDAD DEL AZUAY
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
Escuela de Derecho

Trabajo de Graduación: Obras creadas para terceros por encargo y bajo relación de dependencia laboral en Ecuador.

Previo a la obtención del título de Abogada de los tribunales de la República del Ecuador

Autor(a): Rossana Ollague Guzmán

Director: Dr. Rodrigo Andrés Cordero

Cuenca, Ecuador

2011

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi gran amigo, amado e inigualable padre. Que aunque ya no esté conmigo siempre me guió y fue mi mayor inspiración.

Rossana

AGRADECIMIENTOS

Deseo agradecer especialmente a Dios que me ha dado la fuerza y la paciencia para culminar este trabajo.

A mi amado esposo e hijos por todo el amor y sacrificio que han hecho.

A mi querida madre y hermanas, que de una u otra forma me han apoyado.

A mis colaboradores, a mi Director de Tesis, y a las diferentes Instituciones Públicas y Privadas que han aportado con sus conocimientos y material para hacer posible esta investigación.

Rossana

INDICE DE CONTENIDOS

Introducción	1
Capitulo I	5
Introducción	5
1.1. Evolución Histórica del Derecho de Autor	5
1.2. Caracterización Conceptual Referencial del Derecho de Autor	9
Conclusiones	11
Capitulo II	12
Introducción	12
Caracterización Gnoseológica del Derecho Moral	
2.1.1. Facultades del Derecho Moral del Autor	15
a) Derecho a Reivindicar la Paternidad de la Obra	15
b) Derecho a Divulgar la Obra	17
c) Oponerse a toda Deformación, Mutilación, Alteración o Modificación de la Obra	18
d) El Derecho de Acceso a Ejemplar Raro o Único de la obra.....	19
2.2. Contenido del Derecho Patrimonial	20
2.2.1. Facultades del Derecho Patrimonial.....	21
Conclusiones	34
Capitulo III	35
Introducción	35
3.1. La Transmisión del Derecho de Autor en su Vertiente Patrimonial	35
a) La Cesión del Derecho de Autor.....	37
b) Licencias o Autorizaciones de Usos.....	41
Conclusiones.....	45
Capítulo IV.....	46
Introducción.....	46
4.1. Quienes Tienen Capacidad de Crear Obras	46

a) Las Obras Creadas Por Encargo y La Titularidad No Exclusiva del Derecho de Autor a Favor del Comitente	46
b) Las Obras Creadas Bajo Relación de Dependencia Laboral	48
c) Autoría y Titularidad del Derecho de Autor en estas Obras.....	49
d) La Situación del Derecho Moral en las Obras Creadas para Terceros	52
e) Análisis del Caso Practico de Una Obra Creada Por Encargo : La Tutela Administrativa del Caso del Sol de la Tolita	53
Conclusiones y Recomendaciones.....	56

RESUMEN

Con el propósito de proteger el Derecho de Propiedad intelectual de las obras creadas para terceros por encargo y bajo relación de dependencia laboral, se desarrolló la presente investigación. Una de las dificultades que actualmente afectan el Derecho ecuatoriano es la escasa normatividad del Derecho de Propiedad Intelectual. Una deficiencia que limita la adopción de una posición jurídica consiste en las imprecisiones en el sistema de normatividad propuesto para proteger las obras creadas para terceros.

En correspondencia con la situación expuesta anteriormente, esta investigación aborda como problema científico la falta de normatividad que regule el derecho de autor de las obras creadas para terceros por encargo y bajo relación de dependencia. Con el propósito de responder al problema científico, se formula como objetivo determinar la calidad de autor y titular para el uso de los derechos que les corresponden. De esta manera, la novedad científica se fundamenta en una nueva concepción contextualizada de los Derechos de Autor.

ABSTRACT

This investigation was developed in order to protect the copyright of work created for third parties; by commission and under a work relationship. One of the difficulties that currently affect Ecuadorian Law is the scarcity of copyright regulations. One deficiency that limits the adoption of a consistent legal position consists of the ambiguities in the regulatory system proposed to protect work created for third parties.

In relation to the situation previously mentioned, this investigation tackles, as a scientific problem, the lack of standards that regulate copyright of work created for third parties by commission and under a work relationship. In order to resolve this scientific problem, the objective of this investigation is to determine the quality of the author and titular for the use of the copyrights that correspond to them. In this way, the scientific solution is based on a new contextualized conception of Copyrights.



A handwritten signature in blue ink, consisting of stylized initials and a surname, located below the stamp.

INTRODUCCIÓN

Las obras creadas para terceras personas, son un caso especial, ya que se denomina autor a quien crea la obra. A pesar de esto existen obras que son creadas para terceros: por encargo y bajo dependencia laboral, en estos casos uno se cuestiona quien tiene realmente la autoría, quien es el dueño, hasta qué punto se crea una obra sin que el empleador dirija, esto limita tomar una decisión respecto a quien debiera tener la titularidad de los derechos.

La creación de una obra debe conservar su originalidad y el autor puede ejercer el derecho de oponerse si ha sido deformada, mutilada, alterada etc., más aún si perjudica su honor y reputación; al respecto la Decisión 351 dispone que el autor tiene la prerrogativa de: “Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor”.

Para realizar un estudio sobre este importante tema, es necesario conocer los antecedentes del Derecho de Autor y su evolución, por ese motivo en el presente informe de tesis doctoral hago una breve referencia histórica, con la finalidad de entender su papel a lo largo del tiempo. Los importantes cambios que se han dado en las últimas décadas, han dado paso a todo tipo de desafíos en el mercado mundial sobre todo en el área Intelectual.

Se hace un análisis también, del sistema jurídico ecuatoriano en relación a los Derechos de Autor. El Estado a través de la Ley de Propiedad Intelectual vigente, trata de resolver el problema de la titularidad de las obras creadas por encargo o bajo relación de subordinación jurídica laboral, asignando los derechos patrimoniales al comitente y al empleador, en su orden, con ciertas restricciones, no obstante que afectan incluso el ejercicio de los derechos morales (en las obras creadas por autores trabajadores).

En los últimos años se ha buscado perfeccionar y proteger los derechos de autor, es así que en los ordenamientos jurídicos que siguen la tradición jurídica latina y aquellos que siguen la anglosajona, se mantiene una discusión en cuanto a la

importancia de la autoría y titularidad de las obras realizadas bajo relación de trabajo. En el Ecuador por la competitividad de la Industria y el Comercio en el mercado Internacional, se reformó el anterior Art. 37 de la Ley de Derechos de Autor, enunciando que el empleador o patrono del autor asalariado debía explotar con limitaciones la obra y a sabiendas del autor, sin restricción a la remuneración.

Actualmente en el Ecuador aparentemente se ha resuelto el problema con el texto del Art. 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, no se han realizado mayores estudios sobre esta situación legal, creando una confusión en cuanto al ejercicio de las facultades que se derivan del Derecho de Autor, por ello es indispensable profundizar en el estudio de este tema que muchos desconocen, motivo suficiente para garantizar su originalidad.

La Investigación del Derecho de Autor Ecuatoriano en las obras creadas para terceros, sin duda constituirá un aporte de gran importancia en el campo legal, jurídico y social, ya que no existe un mayor conocimiento del tema; a esto se suma los cambios que se están dando en la producción de obras como: la industria de la cultura, editoras discográficas, productoras cinematográficas, etc., por lo que se da la interrogante de si el Derecho de Autor como marco regulatorio subsistirá, en especial los derechos patrimoniales y morales.

Por ello y a pesar de los Organismos encargados de tutelar estos derechos que se han esforzado en su protección, que no debemos ser meros espectadores frente a los abusos que se pueden presentar en las obras bajo relación laboral o en los contratos de obra por encargo.

Los derechos de autor, son un tema de interés, por lo que es de conocimiento restringido, esto da a lugar a que se cometan infracciones en el derecho moral del titular de una obra, de ahí la importancia a la contribución académica tanto en el campo judicial como social.

En el ámbito profesional es necesario que se pueda identificar la situación de los derechos, hasta donde se limita ya sea como titular ordinario o derivado, en estos tipos de contratos laborales, sobre todo en el ejercicio de sus facultades morales y patrimoniales.

La dimensión temática, se refiere esencialmente a la regulación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de las obras creadas para terceros en cuanto a la autoría y la titularidad de las obras realizadas bajo relación de dependencia y el ejercicio de los derechos patrimoniales y morales en las obras realizadas por autores asalariados, estudiar sobre las transmisiones de los derechos, analizar la situación normativa nacional e internacional, amparar con nuevas propuestas a los autores laborales, a una justa remuneración y evitar la violación y abusos en cuanto a los derechos morales.

Los objetivos alcanzados son:

- Definir las obras creadas para terceros.
- Determinar la Autoría y Titularidad bajo relación de trabajo y por encargo.
- Analizar el ejercicio de los derechos morales de los autores asalariados y los derechos patrimoniales.
- Plantear cuales deben ser los mecanismos de protección de los derechos morales.
- Explicar bajo en qué circunstancias se produce la cesión de derechos y sus limitaciones.
- Desarrollar la importancia sobre la titularidad por el tipo de obra.
- Señalar las diferentes doctrinas internacionales con referencia a la titularidad y autoría.
- Buscar soluciones a la normativa de propiedad intelectual con respecto al derecho de autor por obra laboral y encargo.

La hipótesis es: si la normativa vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, resuelve eficazmente las situaciones que se puedan presentar en relación con la autoría y titularidad de las creaciones realizadas por encargo y bajo relación de dependencia laboral o si es insuficiente frente a los problemas que se pueden originar en realidad.

La investigación es aplicada, bibliográfica, y estudia una situación específica. Los métodos utilizados en la investigación son los siguientes:

- Histórico – Lógico: para la redacción de los antecedentes históricos.
- Análisis – Síntesis, Abstracción-concreción: para la caracterización de los Derechos morales y patrimoniales, y de la trasmisión del Derecho de Autor en su vertiente patrimonial.
- Hipotético – Deductivo: para la redacción de la hipótesis de investigación y su posterior comprobación.
- Método deductivo: a través del cual se redactaron los capítulos II y III, apoyándose en la técnica del embudo, la misma que permite ir desde lo más general hasta lo más particular.
- Dialéctico: para revelar las contradicciones en la normativa de derechos de autor, de las obras creadas para terceros.

El resultado de la Investigación es proponer una Reforma al Artículo 16 de la Ley de Propiedad Intelectual, por considerarse incompleta.

CAPITULO I: El derecho de autor

Introducción

En este capítulo se analizan las principales tendencias del Derecho de Autor desde la Antigüedad. Mediante la utilización de los métodos histórico lógico, de análisis-síntesis y de inducción deducción, se abordan los aspectos más significativos del desarrollo del Derecho de Autor en Ecuador y en el mundo, el origen y evolución de las normas empleadas en su protección, así como sus características esenciales.

Se realiza la caracterización gnoseológica del Derecho de Autor, el cual constituye el objeto de investigación abordado en esta tesis. Asimismo, se fundamentan los aspectos de las actividades vinculadas a él y se hace especial énfasis en la situación local por representar esta el campo de investigación. Se destacan sus aspectos positivos y se exponen las principales limitaciones.

1.1. Evolución histórica del Derecho de Autor.

El hombre por naturaleza siempre ha tenido la capacidad de crear; sin embargo es el desarrollo de la tecnología la que marca la regulación de las normas para la protección de tales creaciones. Así podemos remontarnos en los tiempos Romanos, donde se piensa hubo cierta reglamentación relacionada con la creación humana, ya que algunos investigadores ponen en duda la existencia de esta en particular y que sólo mediante normas generales se daba una protección a los autores

Según Mabel Goldstein, los antecedentes del Derecho de Autor (en adelante se podrá referir también a esta materia con las siglas DA) se puede remontar a

Cicerón que manifiesta en su obra *Los Tópicos*, a la "... cosa incorpórea como algo diferenciable de otras cosas o bienes jurídicos"¹. Indica la autora que este fue el paso previo para dar un reconocimiento al DA y tener su propia identidad. En Grecia y Roma se habían dictado algunas normas y en el Lejano Oriente se daban técnicas de reproducción.

Indudablemente el origen del Derecho de Autor se da con la invención de la imprenta en el siglo XV, gracias a Gutemberg. Con este invento se da un giro en la historia y la tecnología, el desarrollo industrial marca el inicio del DA, pues se creó una gran demanda de libros que con su reproducción dieron origen al desarrollo económico a más de aportar con el conocimiento social.

El estatuto de la Reina Ana, considerado como la primera ley en esta materia, fue promulgado por el Parlamento Británico ("Cámara de los Comunes"), el 10 de abril de 1710 y reconocía los derechos de editores y autores. Concede el privilegio a la empresa editora de producir y distribuir las copias de las obras por un tiempo, que luego se les acreditaba a los autores, quienes podían asignar a otro editor, evitando así los monopolios; además, concede al autor la titularidad sobre el derecho de copia o reproducción de sus obras, no obstante los libros debían estar registrados para ejercer cualquier acción en contra del infractor.

Con este estatuto, se suprime el sistema del privilegio real que amparó a los editores y libreros en el siglo XV, asegurando al autor la protección de su trabajo intelectual; además dio la concesión del derecho al copyright de manera perpetua. A raíz de esta legislación se promulgan otras normas similares, en Inglaterra la Ley de Grabadores de 1735, la Dramatic Copyright Acta de 1833, la Protección de Obras Artísticas de 1862 y la de Protección de Obras Musicales de 1882.

El derecho de autor se reconoció en Francia antes de la Revolución, pues Luis XV dictó seis decretos sobre la impresión y edición. En 1791 durante la Revolución el

¹ Goldstein Mabel, "Derecho de Autor", La Rocca. Buenos Aires – Argentina, 1995.

decreto de ejecución y reproducción y en 1793 sobre el derecho exclusivo de reproducción a los autores (literarios, artísticos o musicales), los dos últimos decretos después de la revolución se abolieron.

Los países Latinoamericanos también siguieron con este ejemplo como Chile 1834, Perú 1849, México 1871 y Argentina 1879. En Estados Unidos en 1787, también se promulga la protección del derecho de autor. En la legislación norteamericana los derechos económicos tienen mayor prioridad que los derechos personales, basados en los principios anglosajones del common law.

En 1889 se firmó el tratado de Montevideo para la Protección de Obras Literarias y Artísticas basados en el Convenio de Berna, que sucedió a otros acuerdos bilaterales pero con poco fundamento, por eso la necesidad de este convenio para asegurar el reconocimiento y protección de los derechos relacionados con la materia.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) creada en 1967, es la administradora del Convenio de Berna, que ha sido revisado en repetidas ocasiones a través de los años en Berlín 1908, Roma 1928, Bruselas 1948, Estocolmo 1967 y la última 1971 en París que opta sin ningún cambio a la de Estocolmo y que aún sigue en vigencia. Actualmente a la Convención de Berna se han adherido países Latinoamericanos incluyendo al Ecuador desde 1991, en búsqueda de la consolidación de un sistema internacional de protección del derecho de autor.

La Ley de Propiedad Intelectual de Ecuador fue promulgada el 19 de mayo de 1998 (Ley n.83) en el Registro Oficial No 320, es la que garantiza y protege las creaciones intelectuales.

“El Ecuador se adhirió a la Organización Mundial del Comercio OMC y ratificó el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el

Comercio ADPIC”². El régimen normativo de nuestra Ley y se encuentra adecuado a las Decisiones Comunitarias de la Integración Regional Andina, estas son las Decisiones 351, que establece el Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos; la Decisión 486, que establece el régimen común en materia de propiedad industrial; y, la Decisión 345, que regula el régimen común en materia de obtenciones vegetales.

En el ámbito del derecho internacional , en el Ecuador están vigentes tratados y convenios internacionales y según los datos recopilados de los apuntes del Dr. Argudo (2004) tenemos los siguientes: “El Convenio de Berna para la protección de Obras Literarias y Artísticas, la Convención de Roma sobre la protección de los Artistas; Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, la Convención Universal sobre Derechos de Autor, la Convención Interamericana sobre Derechos de Autor, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el Tratado de la OMPI, sobre Derecho de Autor (WTC), Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), el Convenio de París (CP) para la Protección de la Propiedad Industrial, la Unión Internacional para las Obtenciones Vegetales (UPOV).

En el Continente Americano se han celebrado los siguientes Convenios:

- Convenio de Montevideo 1889
- Convenio de México 1902
- Convenio de Río de Janeiro 1906
- Convención de Buenos Aires 1910
- Convención Bolivariana 1911
- Convención de la Habana 1928
- Convención de Washington 1948
- Convención Universal de Derechos de Autor 1952

² Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Registro Oficial. 320 (ley nº 83) 19 de Mayo de 1998.

- Convenio Internacional para la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión.
- Convenio para la Protección de Productores y Fonogramas
- Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales”³.

En los últimos años más países se han unido al Convenio de Berna y otros Tratados Internacionales se han celebrado, para enfrentar el gran reto de la competitividad de la industria y comercio en el mercado internacional. Como respuesta al autor que exige que sus obras sean protegidas, evitando posibles delitos y violaciones futuras sobre sus derechos.

1.2. Caracterización conceptual-referencial del Derecho de Autor.

Algunos estudiosos y teóricos del derecho Continental asimilan el derecho de autor, sobre todo en su vertiente moral o personal con los Derechos Humanos, por la fuerte unión que existe entre el ser humano con su creación; otros ponen énfasis en el carácter patrimonial del derecho de autor, que le permite explotar su obra y obtener beneficios económicos derivados de esa utilización. No obstante para dar una concepción del derecho de autor es necesario entender sobre estas dos vertientes antes mencionadas que son las facultades y derechos asignados al autor.

Para el profesor Esteban Argudo (2004 Apuntes de clases), el derecho de autor “Es la rama jurídica que asigna derechos subjetivos de índole personal y patrimonial, a los creadores de las obras que presentan rasgos de individualidad en su forma de expresión”. Argudo habla de derechos subjetivos, que se traducen en facultades o prerrogativas, que permiten a los autores mantener el control de sus obras mientras estas se mantengan en el dominio privado y no se transfieran en su contenido patrimonial a terceros, puesto que en su vertiente moral o personal,

³ Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, Registro Oficial. 320 (ley nº 83) 19 de Mayo de 1998.

los derechos asignados al autor son absolutos, inalienables, irrenunciables e intransferibles.

Como existe un vínculo entre la persona que ha creado y su producto, el derecho en esta materia protege esa creación intelectual en la que el ser humano pone su sello personal y propio, como un aporte a la sociedad

Alfredo Vega Jaramillo (2003), cita al autor Fernando Zapata López, quien define al derecho de autor así: “El derecho de autor es una especie dentro de la institución de la propiedad intelectual, en virtud de la cual se otorga protección a las creaciones materializadas en los géneros literarios y artísticos. Tiene por objeto las producciones o manifestaciones del espíritu expresadas de manera que puedan ser percibidas, y nace con la obra sin que para ello se requiera formalidad alguna.”

Tres tratadistas internacionales, Santiago Larraguibel Zavala (1979) con respecto a la ley chilena (art.1) : “ La ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión y los derechos conexos que ella determine”⁴, Manuel Muñoz, cita al profesor Gama Cerqueira que dice; “El derecho de autor recae directa e inmediatamente sobre su creación sujetándola de modo completo y exclusivo al poder de su voluntad”⁵, Alfredo Vega Jaramillo “ Tal como lo ha indicado la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI, la expresión de derecho de autor se emplea en dos sentidos, el primero es el significado básico y normalmente aceptado, que abarca únicamente la protección de los derechos sobre las obras literarias y artísticas. El otro significado abarca también la protección de los derechos denominados conexos, expresión que comprende los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión,

⁴ Zavala Larraguibel Santiago, “Derecho de Autor y Propiedad Industrial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 1979

⁵ Muñoz Pachón Manuel, “Manual de Derechos de Autor”, TEMIS S.A., Bogotá – Colombia, 1988.

respectivamente, fuera de los derechos de autor sobre las obras literarias y artísticas”⁶.

En cuanto a estas definiciones, el derecho de autor se va extendiendo al mencionar a los derechos conexos, reconocidos en varios países como el nuestro que están incorporados en la Ley de Propiedad Intelectual.

Como última definición atribuyó al derecho de autor como parte de la propiedad intelectual, ya que estas creaciones nacen del ser humano, que por medio de esta institución se le concede protección al producto en sus diferentes manifestaciones, creados por su ingenio y que son plasmados en un soporte material.

CONCLUSIONES

Para la determinación de los antecedentes del Derecho de Autor, se utilizó el método histórico-lógico. Este procedimiento permitió realizar una caracterización gnoseológica de tal Derecho.

La fundamentación teórica del Derecho de Autor, brindó la posibilidad de reconocer la interacción dialéctica que debe existir lograr su protección.

⁶ Vega Jaramillo Alfredo, “Manual de Derechos de Autor”, Instituto Distrital de Cultura y Turismo, Centro Regional Para El Derecho Del Libro En América Latina y El Caribe (CERLAC), Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2003 pág. 17-23.

Capítulo II: Contenido del Derecho De Autor: El Derecho Moral y el Derecho Patrimonial.

INTRODUCCION

En este capítulo se realiza un análisis pormenorizado del diagnóstico de la situación actual del Derecho de Autor en Ecuador, y se fundamenta el modelo teórico para el perfeccionamiento de la propuesta.

Los postulados teóricos la fundamentación gnoseológica expresada en el primer capítulo y la valoración crítica del diagnóstico de la situación actual del Derecho de Autor, constituyen los presupuestos para la fundamentación teórica de la propuesta.

2.1. Caracterización gnoseológica del Derecho Moral

El derecho autor es un derecho protector, desde el momento en que se crea la obra el autor adquiere beneficios y facultades que le permiten ejercer esas garantías, facultades que están comprendidas por los derechos personales o morales y los derechos pecuniarios o patrimoniales.

Los derechos morales están vinculados con la personalidad del autor ya que sus ideas, sus pensamientos los expresa en una obra literaria o artística, son protegidas en su total integridad, mientras que el derecho patrimonial es de carácter pecuniario, tiene que ver con la explotación de la obra.

El derecho moral es una facultad del derecho de autor, no tiene ningún valor económico y protege la personalidad e integridad de la obra como tal; naciendo un vínculo que no puede ser violado bajo ningún concepto, es la garantía del derecho moral.

Varios autores definen al derecho personal, así el Dr. Esteban Argudo (1999) se refiere al derecho moral como: “Aquel que no le reporta beneficio económico al autor, pero si un gran poder de control sobre su obra, aún cuando el autor ya no sea el titular de los derechos de contenido económico.

El derecho moral es la primera y principal facultad que merece la tutela del derecho de autor”.¹

Catarina Rebello, dice: “El reconocimiento del derecho moral como un componente esencial del derecho de autores, por lo tanto, una consecuencia lógica del hecho indiscutible de que el derecho de autor es un derecho natural, o sea, inherente a la naturaleza del hombre. No es una casualidad si la Declaración Universal de los Derechos del Hombre lo incluye...artículo27, apartado2.”² .

El espíritu artístico del hombre en su deseo de crear obras de diferente índole supeditada a su imaginación; a través de sus vivencias y experiencias que le dan la característica personal y la protección del derecho moral que es inseparable del autor; Marco Proaño Maya (1993) en su libro de Derecho de Autor manifiesta que el derecho moral ha recibido diferentes denominaciones tales como “Derechos Personales” (Stolfi), “Derechos Extrapatrimoniales”(Bibiloni), “Derecho de Paternidad Intelectual” (Piola Caselli), “Derecho al Respeto” (Juristas Franceses)”, con estas acotaciones se puede decir que el derecho moral también es el derecho creador, experimental, espiritual y natural del hombre que se convierte en autor e inventor intelectual.

¹Breviario de Derecho de Autor: Autoría y Titularidad de las obras Creadas por Terceros. Argudo Carpio Esteban. Universidad de los Andes, Mérida 1999.

² Rebello Catarina, El Derecho Moral en el Mundo Contemporáneo, X Congreso Internacional sobre la Protección de los derechos Intelectuales (del autor, artista y el productor) Quito, 1995, pag.22.

En las diferentes legislaciones se reconoce al derecho moral como parte fundamental para la reivindicación de la paternidad de la obra, de su integridad y autenticidad, en el caso del Convenio de Berna que forma parte de nuestra legislación interna, al igual que la Ley de Propiedad Intelectual.

Como características del derecho moral se dice que es irrenunciable, inembargable, inalienable e imprescriptible, el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador en concordancia con la Decisión Andina 351 en el Art. 11 establece que: *“El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable”*.

Se le considera inalienable por lo misma razón que no es de carácter pecuniario, es imposible enajenarlos por su naturaleza o por disposición legal; el autor mantiene sus facultades personales.

Es inembargable porque no tiene existencia física, el derecho moral es parte de la personalidad del autor, en tal caso si su economía es inestable y precaria se podría embargar los derechos patrimoniales de su creación, como lo manifiesta Fernando Fuentes: *“El embargo es una medida del Derecho Procesal Civil que se divide según el momento de ejecución en Ejecutivo y Preventivo. a) Ejecutivo: retención de los bienes del deudor, para que con ellos o su venta se cumpla la obligación a favor del acreedor. b) Preventivo: como medida cautelar durante el proceso, se realiza antes de la sentencia definitivamente firme, se pierde los derechos de propiedad (usar, gozar y disponer) sobre el bien del demandado para el cumplimiento de la sentencia o asegurar los resultados del proceso, el autor a mas de las características anteriores del derecho moral incluye la perpetuidad”*.³

Es Irrenunciable, el autor no puede renunciar a este derecho que le brinda protección justamente para evitar que se violen las facultades que le concede el derecho moral como la paternidad de la obra, la sociedad debe conocer al verdadero creador intelectual y no a terceros que se lleven créditos ajenos, este es un posible abuso que muchas veces se da.

³ Fuentes Fernando, Breviario del Derecho de Autor, Universidad de los Andes. Mérida, 1999.

Es Imprescriptible, porque es perpetuo no tiene un tiempo límite, pues dura por toda la vida del autor a diferencia de los bienes muebles e inmuebles.

2.1.1. Facultades del Derecho Moral del Autor.

El autor como garantía de protección de su obra puede ejercer las facultades que el derecho moral le otorga al momento en que la materializa.

Diferentes cuerpos normativos internacionales lo reconocen y defienden, debido a que tratan principalmente sobre el derecho de paternidad (Convenio de Berna art.6, Decisión Andina 351, Art. 11),

En nuestra legislación ecuatoriana se dispone como facultades del derecho de autor los siguientes:

- a. El Derecho a Reivindicar la paternidad
- b. El Derecho de Divulgar la obra;
- c. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra;
- d. El Derecho de acceso al ejemplar raro o único de la obra.

a. Derecho a Reivindicar la Paternidad de la Obra.-

El autor tiene la facultad de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento o cuando se siente perjudicado al ser omitido su nombre.

Tiene la opción de publicar su obra bajo un seudónimo o dejarlo en el anonimato, esta decisión es única y exclusiva del creador.

El autor Marco Proaño Maya sostiene que en: "... *Legislaciones Nacionales, Tratados, Convenios Internacionales se da la presunción de autoría, es autor quien aparezca su nombre en la obra*"⁴ .

Mencionar el nombre del autor es un derecho para hacerse conocer como el único creador de su obra artística, si desea usar el seudónimo y así como lo manifiesta el autor antes mencionado es otra forma de reconocer la paternidad; cuando el autor adopta un seudónimo no está renunciando a su verdadero nombre, ya que sólo elige una manera diferente de revelar su personalidad y que por lo general se trata de un autor conocido, el Art. 15 del tratado de la OMPI regula sobre las normas anónimas y seudónimas, coincidiendo con el autor citado.

El anónimo es lo contrario, si no desea que se le relacione con la obra tiene derecho a ocultar su verdadero nombre y seudónimo, el Tratado de la OMPI en el Art.15 regula sobre las obras anónimas y seudónimas en lo que se refiere a las obras cinematográficas y concede al editor en las obras literarias como representante del autor para defender y hacer valer sus derechos.

El Convenio de Berna, en cuanto a las obras anónimas o seudónimas en las que se desconoce totalmente a su autor, señala que el editor de la obra será su representante y podrá ejercer los derechos del mismo hasta que decida revelar su identidad, de la misma forma hace relación el Art. 17 de nuestra ley de Propiedad Intelectual.

El derecho de paternidad es el derecho principal del autor, basados en la doctrina y aunque la ley no lo exprese de esa forma; se entiende que es así, en el Art.18 lit. a) dispone: "... *Reivindicar la paternidad de su obra.*" de igual manera lo hace la Decisión 351 en su Art.11 lit. b) y el Convenio de Berna en su Art.6 bis 1.

⁴ Proaño Maya Marco, Derecho de Autor: Un Derecho Universal, capítulo V pág. 84-85, 1993.

b.- El Derecho a Divulgar la Obra.-

Sólo el autor decide cuando dar a conocer al público su obra, o si desea mantenerla inédita, es decir reservarla para sí.

Una vez que considera su obra terminada puede divulgarla según la naturaleza de su creación por diferentes maneras ya sea mediante la representación, edición, difusión etc. El Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana define el significado de difusión como: *“El acto de hacer accesible por primera vez la obra al público, con el consentimiento del autor, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse”*.

La Decisión 351 art.11, lit a) señala que el autor tiene la facultad de: “Conservar la obra inédita o divulgarla”, en el Ecuador también se reconoce este derecho moral en el art. 18 de la Ley de Propiedad Intelectual lit. b) que expresa además ciertos casos de divulgación de la obra en el Art. 29 “Es titular de un programa de ordenador el productor, esto es la persona natural o jurídica...., dicho titular está además legitimado para ejercer en nombre propio los derechos morales sobre la obra incluyendo la facultad para decidir sobre su divulgación”.

Asimismo el Art. 35 de la referida ley dispone que: *“En las obras audiovisuales, se considera titular al productor cuyo nombre aparezca en la obra”*, se incluye además la facultad de decidir sobre la divulgación.

Otros casos se dan a favor del patrono o comitente (Art. 49 Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana), en las obras de artes plásticas y otras obras, el adquirente de un objeto material es quien tiene el derecho de exponer públicamente la obra de arte (Art. 37 de la ley antes mencionada).

En los contratos de edición la ley de Propiedad Intelectual establece que el autor y sus derechohabientes ceden al editor el derecho de publicar y distribuir la obra según lo pactado por su propia cuenta y riesgo, se prohíbe además al editor publicar los ejemplares en mayor cantidad de lo pactado, de lo contrario se puede exigir el pago a más de ejercer sanciones e indemnizaciones.

A fin de que se dé el derecho de divulgación, debe existir el consentimiento del autor, de lo contrario nadie puede dar a conocer la obra de su autoría.

c.- Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra.-

La creación de una obra debe conservar su originalidad y el autor puede ejercer el derecho de oponerse si ha sido deformada, mutilada, alterada etc., más aún si perjudica su honor y reputación, así lo expresa el Art. 18 de Ley de Propiedad Intelectual y no limita el tiempo a su causahabientes; al respecto la Decisión 351 dispone que el autor tiene la prerrogativa de: *“Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor”*.

El autor citado Marco Proaño Maya nos da un ejemplo de lo mencionado al señalar que: *“En 1970, el escritor Miguel Angel Asturias, impidió la exhibición del film “El señor Presidente” dirigido por Marcos Madares, por haber deformado groseramente su novela en la que se basaba la obra cinematográfica”*⁵. Este derecho está protegido y contemplado en el Convenio de Berna en el que el autor de igual manera puede oponerse a cualquier atentado que cause perjuicio o daño a la integridad del autor.

Según algunos doctrinarios, las modificaciones que en su obra hagan los autores porque consideren que se deba corregir o aclarar, pero de ninguna manera cambiar

⁵ Proaño Maya Marco, El Derecho de Autor Un Derecho Universal, Capítulo V págs.87-88 y 89. 1993.

su forma original, puede hacerse indemnizando a terceros si es que la obra ya ha sido divulgada.

Nuevamente el Dr. Proaño señala que en algunas legislaciones existen excepciones en cuanto se refiere a las obras arquitectónicas en las que si pueden realizarse cambios durante una construcción o luego de terminarla, esto sin autorización o consentimiento del mismo autor, contrario a lo señalado en nuestra Ley de Propiedad Intelectual que en su Art. 36 establece que: “ *El autor de las obras de arquitectura podrá oponerse a las modificaciones que alteren estética o funcionalmente su obra*”, de la misma forma expresa en el referido artículo que para cualquier modificación es necesaria la autorización del autor.

d) El derecho de acceso al ejemplar raro o único de la obra.-

El derecho de acceso al ejemplar raro o único de la obra es otra facultad del derecho moral consagrado en la legislación ecuatoriana. En total concordancia con lo señalado en la Decisión 351 se dispone que: “*Las legislaciones internas de los países miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral*”.

Esta facultad consiste en que el autor pueda acceder a una obra única que esté en posesión de un tercero, para poder ejercer ciertos derechos sobre obras tales como pinturas o colecciones particulares, siempre que no exista otra forma de percibirlas por ejemplo a través de una fotografía con el fin de divulgarla, al igual que para ejercer el derecho de integridad y el de explotación.

El Dr. Esteban Argudo Carpio sostiene que: “*El derecho de acceso a la obra debe realizarse en la forma más conveniente para el poseedor y no procederá cuando existiere otros ejemplares de acceso público*”.⁶

En nuestra legislación no consta el derecho de retracto o arrepentimiento como en otras legislaciones nacionales, sin embargo es importante a manera de referencia

⁶ Argudo Carpio Esteban, Apuntes en clases Universidad Católica de Quito, 2004.

anotar que el derecho de retracto es la facultad que el autor tiene para retirar su obra del mercado si así lo creyere conveniente aún cuando el derecho de explotación ya no le pertenezca y lo haya cedido a un tercero realizando una justa indemnización.

2.2. Contenido del Derecho Patrimonial:

Conjuntamente con los derechos morales encontramos a los derechos patrimoniales que a diferencia de los anteriores tienen un carácter económico o pecuniario al ser utilizado por el autor o cuando autoriza a un tercero para explotar su obra. Estos derechos han sido reconocidos en las diferentes doctrinas jurídicas como la latina y la anglosajona, así la Ley de Propiedad Intelectual en los arts. 19 y 20 se refieren al derecho exclusivo de explotar la obra de la que goza el autor y la facultad de autorizar, realizar o prohibir su explotación.

El Dr. Marco Proaño Maya (1993) nos señala las características del derecho patrimonial mencionando, que son: *“derechos exclusivos del autor ya que se transmiten a los herederos sólo a su muerte y transferidos a terceras personas, temporal tiene limitación de tiempo para el autor durante su vida y para los herederos 50 años después de la muerte del autor”*⁷. La protección que implican los derechos patrimoniales se encuentra establecida en el Convenio de Berna, asimismo en el Art. 80 de nuestra ley se dispone que el derecho patrimonial dura toda la vida del autor y 70 años después de su muerte, independientemente del origen de la obra.

Como características de los derechos patrimoniales el Dr. Esteban Argudo en sus apuntes de clase señala que son **exclusivos** ya que no están sujetos a mas limitaciones que las establecidas en la ley, **disponibles** debido a que los contratos se presumen onerosos, **renunciables** en la medida que lo permiten las legislaciones nacionales, **embargables** en cuanto a los frutos provenientes de la

⁷ Proaño Maya Marco, El Derecho de Autor, Un Derecho Universal Capitulo V, 1993 pág. 95.

explotación o soportes físicos de la obra, **temporales y divisibles debido a** que se puede fraccionar la validez espacial o temporal de la autorización.

Al derecho patrimonial también se le aplican algunos principios como varios tratadistas indican, entre ellos Alfredo Vega Jaramillo, quien manifiesta que uno de los principios del Derecho de Autor es la *“independencia que se da entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material que contiene la obra”*⁸, a este principio se refiere de la misma manera Delia Lipzyk al mencionar lo siguiente: *“.....cuando la obra se encuentra incorporada en un soporte o soportes materiales el mencionado principio se complementa con el de la independencia entre el derecho de autor y la propiedad del objeto material”*⁹, es decir cuando se adquiere el soporte material de la obra, no está cediendo ninguno de los derechos morales ni patrimoniales.

Reconocido este principio en el art.37 de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, nuevamente Alfredo Vega (2003) afirma que es un derecho **restrictivo**, reconoce sólo los derechos cedidos, es “intuitio Personae” el autor puede tomar todas las acciones pertinentes para hacer valer sus derechos.

Considero que el derecho patrimonial es un derecho muy amplio en cuanto a su explotación, al autor se le atribuye no sólo el poder manejar las diferentes formas de explotar su obra, porque aún cediendo uno de sus derechos tiene el poder de decisión que es inviolable por el simple hecho de ser su creador.

2.2.1. Facultades del Derecho Patrimonial.

Estas facultades de las que goza el autor que pueden permitir o prohibir al uso del derecho patrimonial, están previamente reconocidos en el art. 13 de la Decisión 351

⁸ Jaramillo Vega Alfredo, “Manual del Derecho de Autor”, Instituto Distrital de Cultura y Turismo, Centro Regional Para El Fomento Del Libro En América Latina Y El Caribe, Dirección Nacional De Derecho De Autor, 2003 pág. 52.

⁹ Lipzy Delia, 3er. Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Montevideo 1997 Tercera Plenaria: Nuevas Tendencias en la Protección del Derecho de Autor.

de 1993, de igual manera estas facultades se enumeran en la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana en el art.20. Estos derechos reconocidos en nuestro país y en otras legislaciones nacionales enfrentan el reto del crecimiento del mercado internacional, así nuestra ley señala las siguientes facultades del derecho pecuniario:

- 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, los sonidos o las imágenes;
- c. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d. La importación ;y ,
- e. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

I. El Derecho de Reproducción.

La facultad de reproducción se produce al momento en que se da la fijación material de una obra mediante las diferentes formas de comunicación y la adquisición de copia o copias, así nos da a entender el Art.21 de Ley de Propiedad Intelectual cuando expresa “ La reproducción consiste en la fijación de la obra en cualquier medio conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo, de modo que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de todo o parte de ella” definen a este derecho el art.14 de la Decisión 351, y la Convención de Berna art.9 .

Se puede realizar la fijación de las copias en un soporte material que pueden ser ; a través de dibujos, fotografías, libros, folletos, discos duros, diskettes, cds, u otros medios electrónicos, audiovisuales, etc.

La reproducción de una obra se obtiene a través de las diversas formas que brinda la tecnología, que en la actualidad son innumerables por su rápido avance, entre

ellos tenemos la cinematográfica, sonora, audiovisuales, impresiones de fotocopias, microfilms etc.

El autor puede autorizar o prohibir la publicación o multiplicación de su obra de todo o parte de ella, puede dar el consentimiento a través de diferentes modos de autorización ya sea mediante una “licencia de reproducción, cesión del derecho de reproducción o por medio de una transferencia a terceros”¹⁰ manifestando de esa manera el Dr. Esteban Argudo.

El otorgamiento de una licencia no implica que se pueda ejercer todos los derechos de una obra ya que el autor puede limitar su uso o explotación, de lo contrario constituye una violación legal, ya que una obra no se la puede adaptar a una modalidad diferente a la establecida en el contrato.

El autor , los artistas, intérpretes o ejecutantes, así como los productores de fonogramas por la reproducción de la obra por copia privada tiene el derecho al pago de una remuneración compensatoria, tal como lo establece la Ley de Propiedad Intelectual en el Art.105 “ La copia privada de obras fijadas en fonogramas o video gramas, así como la reproducción reprográfica de obras literarias impresas estará sujeta a una remuneración compensatoria” en el caso de las obras literarias la remuneración corresponde a los autores y editores.

En todo caso sin la autorización previa del autor no se puede realizar el derecho de reproducción; en ninguna de sus formas.

II El derecho de comunicación pública.

¹⁰ Argudo Carpio Esteban, Apuntes de Clases Universida Católica, Quito, 2004.

La comunicación pública se da cuando un grupo de personas llega a tener conocimiento total o parcial de una obra, de una manera diferente a la que se distribuye por ejemplares.

Delia Lipzyc tiene una concepción muy parecida al que define nuestra Ley de Propiedad Intelectual en el art. 22 “ 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”, la autora que es citada por Alfredo Vega Jaramillo define como comunicación pública “ todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a toda la obra o parte de ella, en su forma original o transformado por medios que no consisten en la distribución de ejemplares”¹¹

Existen diferentes maneras de transmitir la obra mediante la comunicación pública con la simple autorización del autor o del titular o titulares del derecho y la de sus herederos, acorde a las nuevas tendencias de la época y espacio como puede ocurrir en un evento musical en sitios públicos o las transmisiones de programas de radiodifusión directa o indirectamente.

La Comunicación pública tiene sus diversas formas de realizarse, ante un grupo de personas que están dispuestas a tener acceso a una obra de diferente género como nos da un ejemplo el Dr. Esteban Argudo: “Una obra escrita se declama, una obra dramática se representa, una obra musical se interpreta y ejecuta, una obra plástica se exhibe, una obra audiovisual se proyecta o se radiodifunde”¹²

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual Art. 22 en concordancia con la Decisión 351 Art 15, enumera las diferentes formas en que se produce una comunicación pública;

¹¹ Vega Jaramillo Alfredo, “Manual de Derecho de Autor”, Instituto Distrital de Cultura y Turismo, Centro Regional Para El Fomento del Libro en América Latina y El Caribe, Dirección Nacional de Derecho de Autor 2003 pág. 54.

¹² Argudo Carpio Esteban, “Apuntes en clases” Universidad Católica, Quito, 2004.

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

Estas representaciones se realizan frente a un grupo de personas que son el público y a través de las diferentes formas de manifestar una obra de manera directa y en vivo.

El Convenio de Berna regula en el Art.18 sobre las obras dramáticas y dramático musicales y musicales gozaran del derecho exclusivo de autorizar:

- i) “La representación y la ejecución pública de sus obras, comprendidas por todos los medios o procedimientos.
- ii) La transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras”.

De la misma forma en toda representación o ejecución debe haber la autorización del autor.

- b) “La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y las demás obras audiovisuales”.

Esta forma de comunicación pública es vía directa, prevalece el principio de independencia por lo que la autorización del autor no confiere la totalidad de su uso.

Nuestra ley exige el cumplimiento de un convenio previo celebrado entre los autores o artistas intérpretes o con las sociedades de gestión colectiva correspondiente para su explotación y pago de los derechos de exhibición que a

ellos corresponde, así lo disponen los Arts. 77 y 78 respecto a las obras audiovisuales de la ley en referencia.

- c) “La radiodifusión o comunicación al público de cualquier obra para cualquier medio que sirva para difundir, sin hilo, los signos, los sonidos o las imágenes, o la representación digital de éstas, sea o no simultánea”.

El Art.7 de la legislación ecuatoriana define la palabra radiodifusión “Comunicación al público por transmisión inalámbrica. La radiodifusión incluye la realizada por satélite desde la inyección de la señal, tanto en la etapa ascendente como descendente de la transmisión, hasta que el programa contenido en la señal se ponga al alcance del público”, al respecto el Convenio de Berna art 11 bis. También hace referencia a la radiodifusión.

La comunicación pública a través de la radiodifusión se realiza por medio de la radio cuando las ondas electromagnéticas se propagan por el aire y se capta la señal, también se transmite por medio de la televisión, cuando la transmisión es más completa, es decir no sólo se oye si no que también se observan las imágenes.

- d) “La transmisión al público de obras por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono”.

Es un servicio diferente al de radiodifusión, ya que se lo realiza por medio de la utilización de cable, Alfredo Vega en su obra “Manual de Derecho de Autor”, habla de la obtención de este servicio por medio de un contrato con el distribuidor.

- e) “La retransmisión de la obra radiodifundida por radio, televisión o cualquier otro medio, con o sin hilo, cuando se efectúe por una entidad distinta de la origen”.

Que significa retransmitir en vivo una información, programa u otro evento de gran importancia, que se recepta de una fuente distinta, el Art.7 en el glosario de la ley define a la retransmisión como la: “Remisión de una señal o de un programa recibido de otra fuente, efectuada por difusión de signos, sonidos o imágenes, ya sea difusión inalámbrica, o través de cable, hilo, fibra óptica o cualquier otro procedimiento conocido o por conocerse”.

- f) “La emisión, transmisión o captación, en lugar accesible al público, mediante cualquier instrumento idóneo de la obra radiodifundida”;

Nuestra Ley de Propiedad Intelectual en el mismo Art.7, define emisión como la: “Difusión a distancia de sonidos, imágenes o de ambos por cualquier medio conocido o por conocerse, con o sin la utilización de satélites, para su recepción por el público. Comprende también la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación”.

- g) “La presentación y exposición pública”:

Las representaciones que pueden ser en el ámbito humano dentro del campo musical, teatral, literario, una recitación etc.

La exposición pública de una obra, pintura, dibujos, artes plásticas, fotografías.

- h) “El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando estas incorporen o constituyen obras protegidas”;

Art.7 LPI Base de Datos: “Compilación de obras, hechos o datos en forma impresa, en una unidad de almacenamiento de ordenador o de cualquier otra forma”.

- i) “En fin, la difusión por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos, las imágenes de su representación, u otras formas de expresión de las obras”;

El público tiene una infinidad de métodos para acceder a una obra, esto gracias al avance de la tecnología tal como lo indiqué anteriormente, porque así como el autor pretende dar a conocer su creatividad por cualquier medio, el público a cambio selecciona la obra de su preferencia para tener acceso a ella, que de igual manera es protegida por la ley.

III La distribución Pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.

Esta facultad patrimonial permite al autor decidir en cualquier momento cuando el público puede acceder de los ejemplares o copias de su obra original mediante su distribución a través de los diferentes medios como la venta, el arrendamiento, el préstamo público u otra forma.

Ricardo Antequera (www.letrealia.com) nos da un concepto más amplio “Si se mira al derecho de distribución como un derecho general de **puesta a disposición pública** de los ejemplares que contienen la obra, que quiere decir que comprende tanto a aquellos medios que transfieran la propiedad de dicho ejemplar (la venta y la donación), como a los que solamente traspasan la posesión de la misma, tal es el caso del alquiler y del préstamo”.¹³

Pero existe preocupación por parte de los doctrinarios al decir que el concepto de distribución tiene 2 partes o dos formas diferentes de interpretar ya que el autor puede autorizarla o no, en cuanto a los ejemplares de la obra original pierde el control de la distribución de las copias, es así como expresa el autor Santiago

¹³ Pag. Web www.letrealia.com/135/ensayo 01.htm.

Shuster “ Entre el amplio concepto de derecho general de distribución y el restringido de la primera distribución de copias, la diferencia fundamental consiste en que el derecho general concede al autor o al titular del derecho una facultad de control permanente respecto de los cambios de posesión o de dominio de los ejemplares, autorizando o prohibiendo , en cambio el segundo dicha facultad , otorgado con similar amplitud se extingue en la primera venta del ejemplar respectivo”.¹⁴

Sin embargo el autor con respecto a la distribución de su obra puede o no autorizarla, en un principio tiene el dominio de la obra original y el derecho a la explotación no lo pierde cuando se produce la primera venta pasa a tener otro dueño , pero sólo del soporte que adquirió , luego podrán realizarse otras reventas, pero el único titular seguirá siendo el autor o los derechohabientes , así nuevamente Shuster manifiesta “ Cuando un autor nunca ha autorizado la venta del ejemplar no ha salido de su patrimonio y no hay traslación del dominio, no puede realizarse acto de disposición respecto de los ejemplares por principios generales de derecho, y cuando se origina la primera venta u otros sucesivos, el comprador tendrá derecho al uso privado del soporte y no habrá cambiado en el ámbito de las explotaciones del ejemplar”.

El Dr. Esteban Argudo (2004): “ El derecho de distribución se agota en la primera venta(...) pero no afecta el derecho exclusivo para autorizar o prohibir el arrendamiento y préstamo público de los ejemplares vendidos.... El arrendamiento transfiere temporalmente la posesión del ejemplar de la obra y con beneficio económico.

El préstamo público sin fines de lucro procede a través de establecimientos accesibles al público”.¹⁵

¹⁴ Shuster Santiago, “El Derecho de Distribución”, X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor) págs. 92-99-106-107.

¹⁵ Argudo Carpio Esteban, “Apuntes de Clases”, Universidad Católica, Quito.

Sin embargo algunos consideran que al ceder el uso temporal de la obra se puede crear un problema ya que se está cediendo la explotación de la posesión del soporte, originando una forma distinta de distribución de la que autorizó el autor.

Continuando con la opinión de algunos doctrinarios como Shuster (op. cit), en la que este tipo de problema se podría presentar de la misma forma con el arrendamiento ya que se transfiere temporalmente la posesión del ejemplar de la copia dando lugar a que terceros la exploten, a pesar de que no es perpetuo y lucrativo, esta modalidad ha sido aceptada por varios países europeos y los de la Comunidad Andina a través de la Decisión 351 , no obstante con la figura de préstamo de ejemplares o copias que se realizan sin fines de lucro no es totalmente aceptado en algunos países, esto a pesar de haber sido reconocido legalmente en Europa (Comunidad Europea) ,sólo las que tiene que ver con las instituciones públicas o las que tienen que ver con la educación, es decir que no son remuneradas.

Nuestra legislación en el Art.23 en lo referente a la distribución señala: “ ...el titular de los derechos de autor tiene la facultad de poner a disposición del público el original o copias de la obra mediante , venta, arrendamiento, préstamo público o cualquier otra forma”, el mismo Artículo nos da un concepto de las diferentes modalidades de la distribución: “Se entiende por arrendamiento la puesta a disposición de los originales y copias de una obra para su uso por tiempo limitado y con un beneficio económico o comercial directo o indirecto. Quedan excluidas del concepto de alquiler, para los fines de esta norma la puesta a disposición con fines de exposición y las que se realice para consulta in situ, Se entiende por préstamo la puesta o disposición de los originales y copias de una obra a través de establecimiento accesibles al público para su uso por un por tiempo limitado sin beneficio económico o comercial directo o indirecto, El derecho de distribución mediante venta se agota con la primera venta y únicamente respecto de las sucesivas reventas dentro del país, pero no afecta el derecho exclusivo para autorizar o prohibirle arrendamiento o préstamo público de los ejemplares vendidos”.

Hace una referencia a las obras de arquitectura y de arte aplicada “ no puede oponerse a que el propietario arriende la obra o construcción”. La Decisión 351 art3 y 13 lit. c da un concepto de distribución y las modalidades para hacerla efectiva, el Convenio Berna (CB) trata como disposición especial sobre las obras cinematográficas su distribución , la facultad de autorizar o no de los autores. (Art. 14 bis) y el Tratado de la OMPI en el Art 7, regula sobre el derecho de alquiler en lo que se refiere a los programas de ordenador, obras cinematográficas y las obras incorporadas en fonogramas, tal como lo establezca la legislación nacional de los contratantes. La facultad de distribución que es el medio para hacer circular una obra, debe ir acompañado de una justa protección para evitar otra forma de abuso y perjudicar al autor a la vez que no afecte a la sociedad.

IV. La importación.

El autor o el titular del derecho de autor tiene la facultad de impedir que circule su obra en un territorio diferente al que dio la autorización para que se realice su explotación, pudiendo sacar del mercado los ejemplares que ya entraron en circulación, al respecto la Ley de Propiedad Intelectual en el Art 24. expresa: “El derecho de importación confiere al titular de los derechos de autor la facultad de prohibir la introducción en el territorio ecuatoriano, incluyendo la transmisión analógica y digital, del original o copias de obras protegidas, sin perjuicio de obtener igual prohibición respecto de las obras ilícitas. Este derecho podrá ejercerse tanto para suspender el ingreso original y copias en fronteras, como para obtener el retiro o suspender la circulación de los ejemplares que ya hubieren ingresado. Este derecho no afectará los ejemplares que formen parte del equipaje personal”.

La Decisión 351 en su Art. 13 d) de igual manera prohíbe la importación de copias sin autorización del titular del derecho.

Ricardo Antequera (www.letralia.com) habla de una ley que es contraria al derecho de reproducción porque se trata de ejemplares no autorizados, por lo tanto se consideran ilícitos, sea que se haya concedido o no el derecho de importación, a su vez, sobre nuestra norma opina que es una restricción en cuanto al territorio, ya

que los ejemplares no pueden circular a un tercer país diferente a los que realizaron el contrato.

El ingreso de una obra original o ejemplares a un territorio autorizado, debe ser respaldado en su totalidad y ha sido concebido como refuerzo para el autor o titular de los derechos que a través de las licencia autoriza la circulación en un determinado territorio, y así evitar que transiten obras ilícitas o que se produzca la piratería, este derecho es aplicable sólo para quienes realizan la actividad de explotación de la obra mediante la importación.

V. La Traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Es la facultad que tiene el autor de autorizar otras obras derivadas de la original que se pueden explotar sin perjuicio, tales como:

- La traducción
- Adaptación
- Arreglo
- Resúmenes
- Recopilación u otra transformación.

La transformación que sufra la obra original no debe atentar contra su esencia, caso contrario el autor puede hacer efectivo la facultad moral de integridad.

El Convenio de Berna en los Arts.8 y 12 regula sobre la autorización de los autores para la transformación de sus obras, esto mientras tenga derecho sobre la obra original, así mismo gozará del derecho exclusivo de autorizar o prohibir las

adaptaciones, arreglo u otra transformación de la obra, el Art.12 del Tratado de la OMPI también dispone sobre el tema de autorizar la traducción de la obra.

El autor Marco Proaño (1993) nos da la siguiente definición con respecto al tema:

“Adaptación: Cambio del género literario de una obra, como adaptar una novela al teatro, o un argumento cinematográfico a una novela.

Arreglos y Variaciones: Implican cambios externos en la forma de una obra, por ejemplo una obra teatral en la que se hacen cambios para adecuarla a la lectura para niños o una obra musical escrita para la ejecución de piano.

Compendios: Deben entenderse como la simplificación de la obra original.

Versificación: Transformar en verso una obra escrita en prosa.

Reducción en prosa: Poner en prosa una obra escrita en verso.”¹⁶

La creación intelectual de una obra es tan amplia que se puede adaptar a cualquier género, siendo igual una obra maestra, intelectual, pero para acceder a cualquier cambio o modificación, el autor debe estar de acuerdo, sin que sea perjudicado moralmente.

El Droit de Suite.

Este derecho está reconocido en nuestra ley en el Art. 38 y comprende a las obras plásticas, manuscritos originales del escritor o compositor, a pesar que Ricardo Antequera dice que: “... no todas la legislaciones nacionales incluyen a los escritos”¹⁷. Nuestra ley en el Art. antes mencionado contempla la venta y reventa de las obras, en las que el autor o sus herederos pueden participar con el 5% de la venta de estas obras.

¹⁶ Proaño Marco, El Derecho de Autor, : Un Derecho Universal, cap. V 1993 pág. 104.

¹⁷ Pág. Web. www.Letralia.com/135/ ensayo 01.htm.

Es una forma de hacer justicia al autor, ya que con el tiempo el valor de sus obras puede ser invaluable, sobre todo cuando alcanza la fama o tal vez se encuentre en una situación efímera, puede darse el caso de que terceras personas posean la obra o ejemplares, aprovechándose económicamente si deciden venderla o ponerla en subasta.

Otras normativas como el Convenio de Berna en el Art. 14 ter., regula la figura del droit de suite, la Decisión 351 en su Art. 16 de la Legislación Ecuatoriana dispone que: “Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tiene el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte.” El droit de suite es una modalidad que sólo se realiza con la venta del original siempre que se encuentre en propiedad de un tercero.

CONCLUSIONES

La fundamentación teórica del Derecho de Autor dirigida a su perfeccionamiento en Ecuador, permitió enriquecer los sistemas de procedimientos metodológicos propuestos para el desarrollo en el país.

Asimismo, se profundizó en la comunicación pública. Además, se establecieron los indicadores para medir o evaluar el nivel de perfeccionamiento de la protección a la propiedad Intelectual.

CAPITULO III: La Transmisión del Derecho de Autor en su Vertiente Patrimonial.

Introducción

En este capítulo se realiza un análisis pormenorizado de la transmisión del Derecho de Autor en su vertiente Patrimonial, y se fundamenta el modelo teórico para el perfeccionamiento de la propuesta.

Los postulados teóricos la fundamentación gnoseológica expresada en el primer capítulo y la valoración crítica del diagnóstico de la situación actual del Derecho de Autor, constituyen los presupuestos para el análisis que se presenta a continuación.

3.1. La Transmisión del Derecho de Autor en su Vertiente Patrimonial.

El autor de una obra es el titular de los derechos morales y patrimoniales esa ha sido la regla general, pero se puede presentar ciertos casos ya que en las distintas leyes sean nacionales o los diferentes convenios y tratados internacionales se regulan las transmisiones y la titularidad de la propiedad de los derechos de autor, la Decisión 351 capítulo IX (de la transmisión y cesión de derechos) art. 30 sobre las cesiones y licencias permite a la regulaciones de las legislaciones internas de cada país resolver, el Convenio de Berna art. 14 sobre las obras cinematográficas en cuanto a la titularidad inicial.

Los derechos morales son inalienables y pertenecen durante toda la vida al autor, no son transferibles, sólo a su muerte los herederos y legatarios adquieren este derecho, a diferencia de los derechos patrimoniales que se pueden transferir para su explotación de acuerdo a las diferentes normas legales nacionales (art.29 y 30

de la Decisión 351 de 1993) que pueden ser por acto inter vivos o por causa de muerte.

La transferencia por causa de muerte en nuestra Ley de Propiedad Intelectual art. 42 “se transmiten a los herederos y legatarios conforme a las disposiciones del código civil”, por acto inter vivos pueden ser convencional, pleno derecho, por presunción de cesión.

Manuel Pachón Muñoz (1988) “El derecho de autor es transferible, lo que puede ser cedido por el autor a título gratuito u oneroso limitándose, según lo dispone el art.77 Ley de Derecho de Autor (Colombia), a los modos de utilización previstos entre las partes, eje: si se transfiere para que se edite , no comprende el derecho de traducirlo o adaptarlo a la pantalla”

Nuestra ley de Propiedad Intelectual art.27 “La transferencia deberá especificar las modalidades que comprende, de manera que la cesión de reproducción no implica la del derecho de comunicación pública ni viceversa, a menos que se contemple expresamente.

La enajenación del soporte material no implica cesión o autorización alguna respecto del derecho de autor sobre la obra que incorpora” hace una referencia al derecho patrimonial como un derecho transferible a cualquier título, especificando que se puede realizar total o parcialmente, considera valido la transferencia de este derecho en obras futuras en un tiempo límite de 5 años, sin embargo en el art. 45 segundo párrafo de la misma ley permite la explotación de dos derechos cuando se produce de manera natural del contrato o implique la necesidad de hacerlo.

La transmisión de los derechos patrimoniales se puede realizar de 2 maneras, mediante la cesión o por medio de las licencias según la voluntad del autor o titular del derecho de autor, transfiriendo total o parcialmente sus derechos dejando que

un tercero sea el titular de los derechos patrimoniales o simplemente autorizando su uso sin perder su titularidad.

Pero existe también la posibilidad de que autores empleados no tengan los derechos de titularidad, siendo los empleadores los titulares del derecho patrimonial (el autor siempre será el titular de los derechos morales), de la misma manera varios países han dictado preceptos para estos casos que no convencen algunos tratadistas por considerarlo una violación al derecho de autor.

a. La Cesión del Derecho de Autor

Siempre se ha considerado al autor creador de una obra como el titular de los derechos de autor, en algunas legislaciones nacionales se regula la cesión de los derechos patrimoniales a terceros que lo pueden hacer mediante una venta a cambio de una remuneración de acuerdo a lo pactado o por mortis causa, en nuestra legislación en la sección VI de la Ley de Propiedad Intelectual estipula sobre la transmisión y transferencia de derecho.

Se entiende por cesión, cuando el autor o titular de los derechos puede ceder uno o todos los derechos a un tercero ya sea autorizando o prohibiendo el ejercicio de uno o varios derechos, en cuyo caso pasa a ser el nuevo titular de los derechos producto de la cesión que puede ser: cesión convencional, cesión de pleno derecho, presunción de cesión y cesión por causa de muerte.

El derecho de autor en su vertiente patrimonial puede transferirse a un tercero para ser explotada en sus diferentes modalidades, con ciertas limitaciones que considere necesarias, es decir puede considerar ceder uno de sus derechos más no otros, o su totalidad, que en este caso el cesionario sería el nuevo titular del derecho de autor.

La cesión del derecho puede ser a título gratuito u oneroso esto por acto inter vivos, o por mortis causa.

I. Cesión Convencional

Si el autor desea transferir a otro el derecho de explotación de su obra mediante un contrato, debe hacerlo por escrito contemplando los modos de explotación, las condiciones en que debe hacerlo a cambio de una remuneración, es un contrato a título oneroso, el art 44 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador respecto a los contratos en general deben ser por escrito y son onerosos, estipulando el tiempo siendo renovables, puede ser a título gratuito como en los casos de las donaciones.

Alfredo Vega Jaramillo (2003) señala “Del contrato de cesión surgen derechos y obligaciones para ambas partes contratantes, es un contrato bilateral” indica que en caso de no haber voluntad expresa de las partes contratantes, el contrato se presume oneroso favorable al cedente.

En los contratos de edición art 50 Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana, tanto el autor como los herederos ceden al editor el derecho de publicación y distribución de una obra por cuenta y riesgo propio.

En este tipo de contratos se especifica las condiciones pactadas de explotación, el tiempo y el territorio.

En las obras póstumas nuestra normativa en el art. 47, para los casos de obras creadas bajo relación de dependencia, se considera nula la cesión de los derechos patrimoniales, salvo que se determinen en el contrato y que el plazo no sea mayor a cinco años.

A pesar de que las leyes nacionales e internacionales tratan de proteger los intereses del autor, La presión de los empresarios, disqueras, editores etc., por la alta competencia que existe entre ellos y la gran disponibilidad de artistas en las diferentes áreas de la creatividad, la poca demanda y la poca importancia del público cuando pierde interés, no existe una justa equidad de condición al celebrar un contrato, perjudicándolo, sobre todo en los

contratos de edición. Pero la incasable búsqueda de justicia en las diferentes normativas continua, tal como opina Delia Lipzyc (1997).

II. Cesión de Pleno Derecho y Presunción de Cesión

Se denomina cesión de pleno derecho, cuando es la ley quien establece o determina al titular de una obra, es considerada como titularidad derivada, no se admite prueba en contrario.

En los arts. 34 y 35 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana en las obras audiovisuales, la ley considera titular al productor, sea persona natural o jurídica.

En la presunción de cesión a diferencia de la cesión de pleno derecho se admite prueba en contrario ya que la titularidad se presume, la ley ecuatoriana antes referida, en el art 16, expresa que la titularidad le corresponde al empleador, en el caso de las obras bajo relación de dependencia laboral y en las obras por encargo limita la titularidad que se le concede al comitente, ya que el autor puede explotar la misma obra pero no a la forma expresa del contrato, siempre y cuando no exista competencia desleal, el art 29 de la misma ley expresa: “ Es titular de un programa de ordenador, el productor esto es la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y responsabilidad de la realización de la obra.

Se considerara titular, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre conste en la obra o sus copias de la forma usual”.

Se ha criticado esta forma de transmisión en la ley venezolana por considerarla como una transmisión automática según la llama la Ab. Adela Barreto, cuando se han creado obras bajo dependencia laboral y por encargo, art. 59 de la ley de ese país “ Presume que el autor ha cedido sus derechos , de manera absoluta y por toda su duración , a su patrono, cuando la obra ha sido realizada bajo relación de trabajo y por encargo, se presume el autor ha cedido sus derechos, también de forma absoluta y por

toda su duración a quien le ha encargado la obra, al comitente” pero de la misma manera al criticar esta clase de cesión y que muchas veces los autores desconocen esta situación, son perjudicados, por ello la importancia de celebrar las condiciones por escrito aceptando o no el autor la voluntad de ceder sus derechos mediante lo que la ley llama un pacto expreso, tal como dice la autora.

Delia Lipzyc (1997) habla al respecto de esta presunción “...comprende los derechos a favor del productor salvo pacto en contrario; el de reproducción, de distribución, comunicación pública, traducción en la forma prevista en el contrato” asegura que los países que siguen la tradición jurídica latina se basan en la presunción de cesión de derechos para no perjudicar al productor de una obra (que puede ser en la obras cinematográficas) en cuanto sea posible la explotación de obra que obviamente admite prueba en contrario.

Por ello el nombre de presunción porque simplemente supone quien es el titular de una obra, el art. 16 de nuestra legislación que mencione anteriormente es materia de esta investigación, por considerarse incompleta ya que a partir de esta norma se han originado una serie de controversias al momento de favorecer al autor y al verdadero titular de estas obras.

III. Cesión por Causa de Muerte.

La ley ecuatoriana al igual que la ley española y francesa establecen que la transferencia por cesión mortis causa se transmiten los derechos de autor a los herederos y legatarios conforme a las disposiciones del derecho común, art. 42 “Los derechos de autor se transmiten a los herederos y legatarios conforme a las disposiciones del código civil” el art. 43 expresa que será necesario la cuota mayoritaria de los herederos que estén de acuerdo para explotar cualquier explotación. La Decisión 351, art.30 dispone que las diversas formas de cesión o licencias, se deben regir mediante las legislaciones internas de cada país.

Si el autor en vida ha cedido mediante la enajenación de los derechos patrimoniales, en este caso los herederos lo que pueden hacer es velar por el buen uso o explotación de la obra, ya que el derecho moral no se

transmite y se conservan justamente para honrar el buen nombre y la integridad del creador.

Delia Lipzyc (1997) señala “Los sucesores mortis causa reciben los derechos patrimoniales que el autor no ha transferido por acto inter vivos, pueden ejercer las facultades negativas o defensivas del derecho moral y el derecho de divulgación de la obras póstumas.

Los titulares derivados son usualmente denominados derechohabientes o causahabientes del autor”.

Los herederos o legatarios pueden suceder todo o en parte los derechos patrimoniales o puede ser que no sucedan en nada si es que el autor cedió antes de su muerte todos los derechos, en este caso solo sucederán los derechos morales ya que son los únicos derechos que no están sujetos a enajenación y los que suceden reconocen integridad de la obra.

La sucesión por mortis causa se realiza mediante la sucesión testada en caso de que exista testamento o por sucesión intestada si es que no existe testamento a título universal o singular.

b. Licencias o Autorizaciones de Usos.

Como forma de amparar al titular del derecho de autor, se puede autorizar a un tercero a que ejerza el uso de la obra mediante las licencias, sin que pierda la titularidad.

El Dr. Esteban Argudo (2004) “Generalmente durante un plazo específico y con un fin específico, ej.: El autor de una novela puede conceder una licencia a un editor para que reproduzca y distribuya ejemplares de su obra y al mismo tiempo, puede conceder una licencia a un productor cinematográfico para que realice una película basada en la novela”.

Nuestra ley de Propiedad Intelectual en el art.7 define las licencias como una autorización o permiso, la Decisión 351 reconoce las licencias en los arts. 30 y 31.

Las licencias de uso en realidad es una protección para el titular del derecho, porque a diferencia de las otras transmisiones en las licencias no se ceden la titularidad, limitando la explotación. Esta autorización que ha sido reconocida por las diferentes legislaciones incluyendo la nuestra al igual que las otras formas de transferir, otros países solo reconocen las licencias, por considerar a las anteriores perjudicial para el autor titular o terceros titulares.

El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) define a las licencias: “... se entiende que el titular del derecho de autor conserva la propiedad pero autoriza a un tercero a realizar determinados actos protegidos en virtud de sus derechos patrimoniales, por lo general, durante un plazo específico y con una finalidad concreta. A diferencia de la cesión la licencia no atribuye por lo general el derecho de autorizar a terceros a realizar actos amparados mediante el derechos patrimonial.”

Esta concesión se puede realizar a través de las licencias exclusivas y no exclusivas.

I. Licencias Exclusivas.

Sin perder la titularidad el autor o titular del derecho, acuerda en que no concederá a otro los actos que se pactan al otorgar a un tercero la licencia exclusiva, de esta manera el IEPI nos da una definición “Las licencias pueden ser exclusiva en el sentido de que el titular del derecho de autor conviene en que no otorgará autorización a tercero alguno para los actos objeto de licencia “. El titular se compromete con el tercero al que autorizó y que otros no podrán explotar por tener la exclusividad que le fue otorgada por medio de esta clase de licencia.

Art. 65 de nuestra ley sobre los contratos fonográficos, el autor, su representante, editor o la sociedad de gestión colectiva, autorizan al productor de fonogramas a realizar los actos correspondientes para la producción de la obra musical. Para que el productor tenga el uso exclusivo de la producción, el autor o titular deben celebrar un contrato de licencia exclusiva.

Se pueden otorgar licencias exclusivas a un editor, a un productor cinematográfico. En el caso del editor, el autor de una obra escrita puede autorizar para que publique y distribuya dentro de un determinado territorio, a un plazo fijo, por la cantidad fijada para las ediciones, autorización que sólo él tiene.

Puede suceder que una sola entidad (persona jurídica) tenga la autorización para la producción de un obra como el caso de los productores cinematográficos o audiovisuales, conceden licencias exclusivas la administración colectiva, autores y otros titulares para que la entidad actúe en representación de ellos para evitar perjuicios.

Alfredo Vega Jaramillo (2003), en los contratos de representación “Por medio de este contrato el autor de una obra dramática, dramático musical, coreográfica o de cualquier género similar, autoriza a un empresario para hacerla representar en público a cambio de una remuneración (art. 139, Ley 23 de 1982) Colombia”.

Delia Lipszyc en su libro Derechos de Autor y Derechos Conexos hace una referencia de las legislaciones francesa y española, limitan las cesiones por medio de las licencias, aceptando la “cesión en exclusiva” sin perder la titularidad de sus derechos a la vez limita el monopolio de explotación.

Nuestra ley para los contratos de radiodifusión art.75 el titular de los derechos autoriza la transmisión de la obra a un organismo de radiodifusión, sin embargo el art. 76 estipula que por ningún motivo puede volverla a emitir ni explotarla públicamente, salvo pacto en contrario. Por ello al otorgar las licencias se pacta el tiempo de explotación, evitando el abuso.

II. Licencias No Exclusivas.

A diferencia de las licencias exclusivas, el titular del derecho de autor autoriza a otros a que realicen los actos que otorgó dentro y fuera de un territorio.

No existe exclusividad alguna, porque varias personas o entidades pueden utilizar la obra, el art. 48 de la Ley ecuatoriana expresa que: “El titular de los derechos de autor puede igualmente conceder a terceros licencias de uso no exclusivas e intransferibles. La adquisición de copias de obras que se comercializan junto con la licencia correspondiente, implicará el consentimiento del adquirente a los términos de tales licencias”.

Son intransferibles ya que el licenciado no puede transferir la explotación a otro, sólo el titular puede otorgar o autorizar a varias personas que considere necesarias para su uso correspondiente.

Un ejemplo puede ser que Microsoft licencia a millones de usuarios para el uso de sus programas, o en el caso de autorizar a varias editoras para la edición de una obra escrita.

Alfredo Vega Jaramillo (2003) “Es posible que el titular del derecho licencie de manera independiente el uso de la obra a los diferentes medios de comunicarla al público, evento en el cual coexistirán diferentes contratos de autorización”, esto en caso de contratos de representación.

Es natural que al autorizar el uso de una obra deba existir varios licenciarios, en el contrato de licencias no exclusivas se estipula el tiempo y el espacio que puede ser dentro o fuera de un territorio en los términos establecidos, tanto la licencia exclusiva como la no exclusiva permiten que el autor o titular del derecho no pierdan su condición.

Para algunas legislaciones es la solución a los posibles abusos que se presentan por las otras formas de transferir los derechos, alegando que al final constituye un despojo de la titularidad del derecho de explotación de una manera disfrazada, presentándose con más frecuencia en las cesiones de presunción de derecho, sin que el titular tenga la oportuna decisión de ceder o no sus derechos, por la desigual condición que existe frente a otras personas naturales o jurídicas como las editoras, productoras en sus diferentes géneros, más aún en los casos de obras por encargo y bajo relación laboral, opinión que comparto con la Ab. Adela Barreto. (www.objectual.com)

La explotación del derecho patrimonial permite acceso a una obra, sea cultural, literaria o artística, utilidad aprovecharán el autor o titular cedente, el cesionario y el público.

En el Ecuador la ley de Propiedad Intelectual no tiene una regulación específica sobre las licencias, el art. 48 hace una referencia a las licencias no exclusivas, y en nuestro país por medio de los contratos de licencias de usos el autor puede autorizar a un tercero buscando las mejores condiciones, sin que exista un daño económico o moral, y lo más importante, el no perder la condición de la titularidad.

Conclusiones

La caracterización de la Transmisión del Derecho de Autor en su vertiente patrimonial, permitió enriquecer los sistemas de procedimientos propuestos para la protección del Derecho de Autor.

IV CAPÍTULO: Las Obras Creadas Para Terceros.

Introducción

En este capítulo se realiza una caracterización de la propiedad intelectual en las obras creadas para terceros.

4.1. Quienes tienen la capacidad de crear obras

Solo las personas naturales tienen la capacidad de crear obras, y con la creación nace el derecho de autor inmerso de facultades, beneficios y protección en ejercicio de los derechos morales y patrimoniales.

Existen obras que son realizadas por encargo o en virtud de una relación de trabajo, la doctrina y la legislación la plantean y regulan siendo importante determinar la calidad de autor y titular para el uso de los derechos que les corresponden.

a. Las Obras Creadas por Encargo y la titularidad No Exclusiva del Derecho de Autor a Favor del Comitente.

Se denominan obras por encargo aquellas que se encomiendan al autor la realización de una obra mediante un contrato a cambio de una remuneración.

En este tipo de contratos no existe una subordinación laboral como la que hay con el autor asalariado, pero tienen un mismo fin que es la realización de una obra por iniciativa de un tercero, ejemplos de estas obras nos da Alfredo Vega Jaramillo (2003) “como modalidad muy frecuente (...) son los libros de textos escolares, proyectos arquitectónicos, los argumentos para obras cinematográficas y audiovisuales etc.”

En la doctrina se da una contraposición cuando al definir estas obras se habla de una obra futura, el Dr. Argudo (2004) habla sobre la “ejecución de una obra en el futuro” mientras que la tratadista Alejandra Castro Bonilla (www.informatica-juridico.com) opina: “ (...) no se debe confundir la obra encargada con una obra

futura , cuyo contenido aun no se conoce” , en el glosario de nuestra ley de propiedad intelectual, al igual que en la Decisión 351, no existe una definición de obras futuras, lo que si debe quedar muy claro es que no debemos confundir obras futuras con obras póstumas que son aquellas realizadas por el autor , que no han sido publicadas en vida , obras que a su fallecimiento quedan refundidas, y se pueden considerar como nuevas , sabemos que dentro del derecho de autor las obras son las creaciones intelectuales con caracteres de originalidad , la palabra futuro según el diccionario Océano Practico define como “ adj. Y s. Que está por venir (...) tiempo verbal con el cual se expresa una acción que ha de realizarse en un tiempo que aún está por llegar”, al celebrar un contrato sea escrito o verbal, las partes pueden señalar o indicar el plazo de la entrega, en lo personal creo que las obras futuras pueden ser aquellas que se desconocen porque aun no existen, ni siquiera el mismo autor sabe que obras creara más adelante.

Cuando el comitente encarga un trabajo, puede suceder que de ciertas indicaciones a pesar que el autor tiene la libertad de realizar la obra, por ello existe la interrogante ¿Sera el comisionado el autor, o es un simple ejecutor? Tanto la ley ecuatoriana, como el glosario de la OMPI y la Decisión 351 definen al autor como “ La persona que crea una obra” , entonces que sucede cuando dos personas naturales aportan con su creatividad , nuestra ley en el art 16 no establece esta posibilidad , se entiende que la titularidad pertenece al comitente, un ejemplo si un arquitecto hizo el bosquejo de un diseño , (si bien nuestra legislación no establece la materialización de una obra para su protección, es necesario para efectos probatorios) y el dibujante ejecuta el bosquejo, es lógico que el autor sea el arquitecto, pero si ambos son creadores de un mismo diseño con características de originalidad se puede entender que ambos son los autores de la misma obra, lo que sería una coautoría, así no lo establece el artículo mencionado , pero se podría deducir por la misma definición de autor que establece la ley, sería bueno considerar esta posibilidad en la práctica.

En cuanto a la titularidad la Decisión 351 “ Calidad del titular de derechos reconocidos” en la misma Decisión art. 10 “ Las personas naturales o jurídicas pueden ejercer la titularidad originaria o derivada de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras por encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario” , la ley ecuatoriana en el art.11 en lo que respecta a la titularidad se acoge a la revisión hecha por el Convenio de Berna, Acta de Paris 1971, “se determina la titularidad según la ley del país de origen” el

titular adquiere derechos, solo las personas naturales pueden crear obras, por lo tanto son titulares originarios, las personas jurídicas pueden adquirir la titularidad derivada por el simple hecho de que carecen de capacidad para crear, la titularidad originaria que adquiere el autor comprende los derechos morales y patrimoniales, estos últimos son susceptibles de transmisión a terceros (personas naturales o jurídicas), el Ecuador en el art.16 segundo párrafo otorga la titularidad no exclusiva a favor del comitente, el autor puede explotar la obra en forma diferente a lo estipulado en el contrato, de la misma forma el art. 49 sobre los medios de difusión de una obra por encargo, establece que el autor o comisionado puede publicar pero por medios diferentes a lo previsto en el encargo, esto para que no se origine la competencia desleal.

El autor tiene la facultad de hacer valer sus derechos morales en cualquier momento cuando se ha violado un derecho en su contra, mientras que de los patrimoniales puede usar o disponer sin perjuicio a terceros, en este caso al comitente al otorgarle la ley la titularidad no exclusiva, en la práctica puede originar conflictos en las partes si no se llegare a especificar en un contrato los modos de explotación de estos derechos.

Alejandra Castro Bonilla “El contrato debe interpretarse de forma restrictiva pues el comitente solo puede hacer con la obra lo que allí conste. El contrato traslada la propiedad material de la obra pero su explotación debe ser previamente acordada y bajo ninguna circunstancia puede presumirse la misma, situación que hace necesario la existencia de contratos expresos y claros”. (www.informatica-juridica.com)

Reitero una vez más que al igual que la autora en este tipo de obras deba existir un contrato que a mas de estipularse los modos de explotación, también incluyan y especifiquen las características de la obra, el tiempo, el lugar donde se realizara la obra encargada etc.

b. Las Obras Creadas Bajo Relación de Dependencia Laboral.

En las obras creadas bajo relación de dependencia laboral, el empleador es quien contrata a un empleado denominado autor que presta sus servicios laborales para

la realización de una obra a cambio de un salario, existiendo en esta relación de trabajo la subordinación jurídica.

En nuestra ley así como en la Decisión 351 no se define a las obras bajo relación de dependencia laboral.

c. Autoría y Titularidad del Derecho de Autor en estas Obras.

La autoría de una obra le corresponde a quien la ha creado, por lo tanto la titularidad del derecho de autor le corresponde, pero no siempre es así, más aun cuando son obras por autores asalariados. Varias opiniones han tratado de resolver el problema para determinar si es no autor el empleado asalariado, y para eso primero hablare de la autoría.

Muchos piensan que el empleado es un simple ejecutor de la obra por el hecho de estar subordinado a las ordenes , exigencias y reglas del empleador siendo el resultado lo que se espera, en este caso sería el empleador el autor , sin embargo se piensa que la creación como el acto del ingenio personal le pertenece al empleado la autoría de lo contrario porque el empleador lo contrataría, no habría necesidad si él fuera el autor , para dar explicación de ciertas situaciones que suelen presentarse el Dr. Argudo (1999) refiriéndose a la obra Brevario del Derecho de Autor, presenta a varias opiniones de las cuales voy a resumir, en cuanto a la subordinación del empleado es quien debe obediencia al empleador, hasta cierto punto disminuyen su capacidad ingeniosa, si el empleado no aporta nada, cumpliendo al pie de la letra de lo que pide el patrono, entonces es un simple ejecutor, pero si tiene cierta libertad en la ejecución de la obra, entonces sería el trabajador el autor, también se refiere a Ulrich (Argudo, 1999) “Tiene los mismos derechos el autor que crea por impulso de otras personas como el que crea por su propia iniciativa” , porque no pensar que el empleado contratado pueda ser también autor, si de la misma forma que el patrono creo la obra, el con su ingenio y capacidad haya aportado para la realización de la misma, de todas maneras el empleador sabe que no puede contratar a alguien que no tenga conocimiento de lo que hace, por supuesto descartando esa posibilidad en el caso de que el empleado sea un simple ejecutor de la obra.

Como mencione antes la titularidad otorga derechos, Bonilla (ídem) respecto al tema expresa lo siguiente “La condición de autor es un acto natural que goza de la

protección jurídica del derecho de autor, la titularidad es una atribución de derechos, ya que no siempre se le otorga al mismo que creo”.

La titularidad derivada, puede recaer sobre personas naturales o jurídicas, para recordar la titularidad originaria pertenece al autor que comprende los derechos morales que son innegociables e irrenunciables, aunque ya no sea el titular de los derechos patrimoniales porque a diferencia de aquellos estos se pueden transferir a un tercero, casos en los que se otorga la titularidad derivada.

Varios países se respaldan en dos doctrinas que tratan sobre la titularidad:

1.- La Tradición Jurídica Latina , considera que el autor asalariado será el titular de los derechos , por ello tendrá la titularidad originaria , por el simple hecho de haber creado la obra, persona física, protege a las obras desde el inicio de su creación , sin la necesidad de que se fijen en un soporte material, atribuye los derechos originarios del autor a terceros, en casos de excepción, pertenecen a esta doctrina los países latinos, Continental Europeo (España, Italia, Alemania, Francia, Colombia , Chile, Ecuador etc.)

2.- La Tradición Jurídica Anglosajona (Copyright), otorga a personas que no son creadores de una obra la titularidad originaria, sean naturales o jurídicas, mediante la ficción jurídica e incluso los derechos morales, salvo pacto contrario., tienen un alcance de protección más amplia, a más de las obras artísticas y literarias incluyen las grabaciones de sonido, programas de cable y radiodifusión etc., (Inglaterra, Canadá, EE.UU., India, Ghana, etc.).

La Organización Mundial de la Propiedad Mundial, en un proyecto (OMPI CE/ MPC/I 2-I) celebrado el 11 de agosto de 1989, en el art. 37 atribuye los derechos patrimoniales originarios para el autor en la TJL y para el empleado en la TJA, referencia tomada del libro Derechos de Autor Derechos Conexos de Delia Lipzsysc , a su vez se refiere a Antequera Parilli, y habla de una confusión entre autoría y titularidad, y titularidad originaria y derivada. Pienso que la confusión de la que habla Antequera , podría suceder en cuanto se refiere a la tradición jurídica anglosajona al otorgar la titularidad originaria al patrono, como por ejemplo en los programas de ordenador que no solo les atribuye la titularidad originaria sino que además les concede su autoría, comentado por Asensio y citado por Castro Bonilla (ídem).

En el caso del trabajador asalariado frente al empleador en nuestro país , me remito a la única norma que regula este tema el art.16 primer párrafo “Salvo pacto 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” la ley a través de la presunción otorga la titularidad derivada al empleador, mientras que el empleado aunque este subordinado jurídicamente es el titular originario siempre que sea el creador de la obra denominado autor asalariado, con respecto al ejercicio de los derechos morales analizare más adelante.

Es común que las obras realizadas para terceros se den en el campo periodístico, en las obras cinematográficas , audiovisuales, traducciones, programas de ordenador , diseños arquitectónicos etc., aunque el empleado este subordinado jurídicamente a su trabajo, recibiendo un salario por ello será titular originario siendo el creador de la obra, si fuere el caso de que este mismo empleado se encuentra fuera de las horas de trabajo y está creando un proyecto o programa referente a un mismo tema que el desarrollado en la empresa para la que trabaja, como por ejemplo en software un programa contable pero con técnicas diferentes a la utilizada en la empresa, tendrá todos los derechos que le corresponden como autor, de lo contrario estaría cometiendo una infracción dando lugar a la competencia desleal, de igual manera se regirá al art 16 para las obras creadas para la Administración Pública , sea el Municipio, el Consejo Provincial, la Prefectura o cualquier otra Institución Pública considerada empleador , tendrán la titularidad que les otorga la ley , el Estado siempre tendrá la titularidad para ejercer la explotación de la obra (tomando en cuenta que el estado jamás renuncia a sus derechos) pero el que es autor será considerado como tal , ejerciendo sus derechos morales, a pesar que no hay una disposición expresa son criterios fundamentados por diversos casos que se han dado en la práctica y que han sido resueltos por el IEPI, basados en el art.16 .

Ahora bien, la ley mediante la presunción otorga la titularidad al empleado y el ejercicio de los derechos morales, muchos se preguntan porque la norma 16 reemplazo al anterior art. 37 como Ulrich, citado por el Dr. Esteban Argudo (1999), quien expreso “ (...) constaba que el patrono debe utilizar exclusivamente la obra, solamente en la dimensión conocida por el autor en el momento de la creación de la obra y sin restricción a la remuneración definida por la ley de manera general”, al pensar el autor que la anterior regulación era más generosa, y que ahora hemos

traspasado los esquemas tradicionales de la doctrina jurídica latina, ahora bien todos hablan de la nueva era de la tecnología de los medios de difusión, reproducción etc., es decir todo este cambio que se está dando, se debe a la evolución constante dentro del mercado mundial de las artes y la cultura, y por supuesto nuestro país en vías del desarrollo, como miembro del Convenio de Berna, se adhirió a la OMC (Organización Mundial del Comercio) lo que significo la ratificación de la ADPIC (Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) creado con los siguientes propósitos:

Con el fin de dar medidas y procedimientos de protección a los derechos intelectuales que a su vez no interfieran en el comercio, mantener relaciones de apoyo con otras organizaciones internacionales, dar los mismos derechos a los países miembros, que a sus propios nacionales en su legislación interna, dar el trato al resto de los estados miembros de la nación más favorecida en lo que se refiere a inmunidades, privilegios, ventajas, con ciertas excepciones etc., esta protección de los derechos de autor van acorde con los establecidos en el Convenio de Berna, datos tomados del X Congreso Internacional sobre la protección de los Derechos Intelectuales del autor, el artista y el producto (Véase Acuerdo ADPIC).

d. La Situación del Derecho Moral en las Obras Creadas para Terceros.

En Colombia la Ley 23 de 1982, regula las obras por encargo y establece que el autor conserva los derechos de reivindicar su paternidad y oponerse a cualquier deformación mutilación o modificación que puede perjudicar la honra del autor, así lo expresa Alfredo Vega (2003), a su vez Alejandra Bonilla (ídem) expresa "El autor conserva el derecho moral, en cuanto al nombre y la paternidad de la obra. Por eso debe preverse en el contrato cláusulas sobre evicción (en caso de plagios) o de responsabilidad por incumplimiento de las directrices que se indiquen al autor para que la obra se ajuste a las expectativas de quien encarga la obra".

El art. 16 de la ley ecuatoriana, en las obras por encargo le otorga al comitente la titularidad no exclusiva de los derechos patrimoniales, pero en caso del comisionado quien puede explotar la misma obra de forma distinta a lo estipulado, siempre tendrá la titularidad originaria de los derechos morales por el simple hecho de ser creador, no varía la facultad de ser titular de estos derechos y ejercerlos, por lo mismo que en el art 18 de la Ley de Propiedad Intelectual nacional y el art. 11 de la Decisión 351 establecen que los derechos morales son innegociables,

irrenunciables e intransferibles. Las obras bajo dependencia laboral, el mismo art. 16 en su primer párrafo , que por presunción atribuye la titularidad al empleador, faculta el ejercicio de los derechos morales a favor de este, si bien como mencione antes, los derechos extra patrimoniales no son susceptibles de negociar, cabe aclarar que la ley no le otorga su titularidad, se admite el ejercicio de estos en casos de que el empleador pueda divulgar la obra, esto porque puede suceder que el autor asalariado quiera permanecer la obra inédita y no permita su publicación, otro caso puede ser que el empleador pueda hacer valer los derechos de autor a favor del empleado cuando existe perjuicio en su contra por la modificación o mutilación de la obra, o en casos de piratería, en los programas de ordenador se considera titular al productor sea persona natural o jurídica, en nuestro país el art 29 lo establece salvo pacto contrario, cuyo nombre conste en la obra o en sus copias, pero además el titular puede ejercer los derechos morales de la obra, al final de esta disposición regula que tanto el autor como el productor pueden modificar lo establecido por mutuo acuerdo. Si bien lo que pretende la ley es amparar al empleador como al empleado, en la práctica lo más acertado sería que al momento de celebrar un contrato de obras bajo dependencia laboral, es que las partes estipulen que derechos morales puede ejercer el empleado para beneficio de ambos, para evitar un ejercicio excesivo por parte del empleador y en este caso si podría estar violando los derechos morales, derechos que son protegidos y amparados por el derecho de autor, la misma constitución ecuatoriana en el art 22 no solo ampara al autor en su creatividad, también a los beneficios de los derechos morales y patrimoniales que le corresponda.

e. Análisis del Caso Practico de una Obra Creada por Encargo: La Tutela Administrativa en el caso del Sol de la Tolita.

El conflicto que se ha dado en la práctica de obras creadas para terceros, se debe a una fotografía tomada a la escultura de oro denominada “Sol de la Tolita” que se encuentra en el Museo del Banco Central del Ecuador, este caso tuvo lugar en la ciudad de Quito el 22 de junio del año 2000, con resolución el 22 de junio del 2001 No- 011.

El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI , organismo encargado de ejercer la tutela administrativa de los derechos sobre la propiedad intelectual

art.332, por medio de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, Derechos Conexos art.333, presenta tutela administrativa y demanda una compensación por violación de los derechos de propiedad intelectual del señor Galo Valencia Reyes quien es fotógrafo de profesión, en contra de la empresa CD MARKET MUSICA & Promociones, por haber publicado la venta de unos Cd de música folklórica , en cuya portada se utilizo la fotografía que había tomado a dicha escultura , alegando que él es su autor , obra que había sido realizada a petición del Banco Central del Ecuador para unos catálogos del Museo Nacional , editado por ellos.

Primero hay que determinar la calidad de titular de las partes que intervienen en este caso, nuevamente nos referimos que autor es la persona natural que realiza la creación intelectual, la titularidad es la calidad de las personas naturales o jurídicas ,que tienen derecho sobre una cosa, otorgada por la ley o por cualquier otra forma de transmisión.

Las obras son creaciones que tienen por características la originalidad, individualidad (creatividad), las fotografías son protegidas por el derecho de autor como obras, por tener características de originalidad en su forma de expresión, art 8 de nuestra ley “ Obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía”, reconocidas también por el art.4 Decisión 351, a pesar que en nuestro país no se define a las obras fotográficas, pero hay que distinguir a la obra fotográfica de la mera fotografía , art 41 de nuestra ley hace esta diferencia, me remito también a lo que el Ab. Santiago Cevallos Mena, Experto Legal en Propiedad Legal del IEPI, comento en una entrevista, sobre un trabajo de investigación que realizo sobre las obras fotográficas, “Obra Fotográfica

Existe creatividad humana, que con la ayuda de instrumentos mecánicos-digitales- se fijan imágenes cuyo resultado tiene originalidad. La Mera Fotografía Son entendidas como fijaciones sin movimiento, o reproducciones de estas obtenidas mediante equipos fotográficos o por procedimientos análogos, pero tiene el carácter de obras o creaciones intelectuales, de acuerdo con la clásica definición de obra”.

La fotografía objeto de discusión, presento características de iluminación y reflejos producidos, sobre fondo negro en contraste con el brillo del oro, el Sr. Reyes se atribuye la autoría de la obra, alegando que fue él quien la tomo por encargo, el art.306 de la ley se permite en la demanda presumir la titularidad y probar la autoría por medio de la declaración juramentada la misma que se debe incluir, presento además un certificado extendido por la persona que es la encargada del Fondo Editorial del Banco Central del Ecuador confirmando que efectivamente el Sr. Reyes es el autor de la obra fotográfica , con estas pruebas entonces se confirma la autoría del demandante, por lo tanto el Banco Central es el titular derivado de la obra encargada, basados en el art.16 de la Ley de Propiedad Intelectual.

El autor de la obra en ejercicio de sus derechos, que al no existir un contrato que compruebe la autorización de su uso , se probo mediante factura que contenía la descripción de la publicación de las fotos, estaban destinadas para un catalogo art. 49 de la referida ley “ La persona natural o jurídica , que hubiere encargado artículos periodísticos, trabajos, fotografías , gráficos u otras formas de publicación a través de periódicos, revistas u otros medios de difusión pública, tiene l derecho de publicar dichas obras por el medio de difusión previsto en el encargo, así como de autorizar o prohibir la utilización de la obra por medios similares o equivalentes a los de su publicación original. Queda salvo los derechos de explotación del autor en medios de difusión diferentes, que no entrañen competencia con la publicación original”.

Al ser la foto publicada por parte de quien no ha tenido nada que ver con la obra encargada, y comprobar por medio de un peritaje que efectivamente es la foto tomada por el demandante , autor de la misma , puede pedir que se prohíba la publicación de la obra por cualquier otro medio al no existir una autorización de su parte art.341 de la ley, quien en ejercicio de sus facultades como titular originario de los derechos morales, a su vez puede autorizar o no la explotación de la obra por medio diferente al del comitente.

Creo firmemente que sería mejor la celebración de un contrato, en el que se estipulen los modos de explotación de la obra encargada, evitando así que se originen conflictos e incluso de una utilización excesiva, que por falta de este

tuvieron que remitirse a las pruebas para saber que se trataba de una obra por encargo.

Conclusiones

- Existe un elevado número de obras creadas para terceros.
- En las obras creadas por encargo existen estudios muy generalizados.
- Las doctrinas en las que se basan las diferentes legislaciones , como son la tradición jurídica latina y la anglosajona aparentemente dan una solución al conflicto que en la práctica se genera.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las siguientes son las recomendaciones que puedo emitir una vez concluida la investigación:

- Las obras creadas para terceros en la práctica son muy comunes, se presentan en la vida cotidiana de un empleado asalariado o comisionado, los problemas que surgen al momento de crear una obra, a muchos tratadistas le ha llevado incluso a la confusión de la autoría cuando se presentan casos en los que determinan si son autores o simple ejecutores, según el grado de aporte intelectual en una obra, el mismo Convenio de Berna se abstiene de definir a la persona considerada como autor, las diferentes doctrinas y legislaciones, incluyendo la nuestra en el art.7 la definen. En lo que respecta a la titularidad, la Decisión 351 en el art.10 deja a las diferentes legislaciones nacionales establecer la calidad de titular, pero nuestra ley en una sola disposición art. 16 regula las obras creadas para terceros, que en dos párrafos de manera general trata sobre la titularidad del derecho patrimonial.
- En las obras creadas por encargo existen estudios muy generalizados, de igual manera cuando se trata de obras bajo relación de dependencia laboral, que en nuestro país sobre estas obras giran en torno a esta única norma antes mencionada.
- Las doctrinas en las que se basan las diferentes legislaciones, como son la tradición jurídica latina y la anglosajona aparentemente dan una solución al conflicto que en la práctica se genera, los países anglosajones tienen una orientación comercial, vela mas por la posibilidad de negociar las obras, al punto que admite la titularidad originaria al empleador e incluso otorga la calidad de autor mediante una ficción jurídica, en la tradición continental, se otorga la titularidad originaria al autor de la obra que es la persona física o natural , las personas jurídicas son titulares derivados, las obras para estar protegidas por el derecho de autor no es necesario que estén fijados sobre

un soporte material como condición, a diferencia de la angloamericana, pero al admitir la adquisición originaria en favor del empleador, muchos tratadistas inclinados por la tradición jurídica latina lo rechazan al decir que se le otorga un ejercicio extensivo de los derechos de autor, la tutela que actualmente se da a estos derechos en el campo intelectual se fundamenta en el desarrollo tecnológico que ha generado nuevas creaciones, la importancia económica que han alcanzado con el transcurso del tiempo, se considera que los países que fomenten el desarrollo intelectual y creativo, serán más competitivos, sin embargo ¿Cómo se realmente alcanzar este desarrollo en el ámbito cultural y artístico sin que la explotación de ellos signifique una violación de los derechos de autor?

- El art.16 en el segundo párrafo concede el “ejercicio” del derecho moral al empleador, no le otorga la titularidad de este derecho orientado mas a hacer valer derechos del autor cuando la obra es deformada, mutilada, pirateada etc., o ejercer el derecho de publicar, divulgar la obra, por otra parte el hecho de que se asigne la titularidad del derecho patrimonial no exclusiva en las obras creadas por encargo, si no existe un contrato celebrado por escrito, que especifique los modos de explotación, la autorización expresa por parte del autor para usar y disponer, o la cesión o transferencia de estos derechos si las partes a si lo convienen, si es posible las características de la obra a realizarse, a mas de otras condiciones importantes que sean consideradas a su favor , puede generar conflictos y reclamos de derechos.
- Es necesario que la ley reconozca y brinde protección a los creadores y autores, si bien la normativa internacional a través de organismos como la OMPI, convenios y tratados celebrados como la Convención de Roma, la Decisión 351, El Convenio de Berna entre otros, han regulado los derechos de propiedad intelectual, sin embargo algunos han dejado que las leyes nacionales regulen la titularidad en este tipo de obras, nuestros legisladores en el art.16 con el afán de ser una norma progresista, motivados por la evolución del mercado cultural, artístico y literario, por la adhesión del Ecuador a la OMC y la ratificación del ADPIC, atribuyen incluso el ejercicio del derecho moral al empleador, si bien es necesario el desarrollo no podemos de ninguna manera permitir que terceros sean personas naturales

o jurídicas en un futuro tengan el monopolio de la explotación e incluso la calidad de autor.

- En la práctica suelen presentarse conflictos entre el empleador y autor asalariado, la norma vigente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es insuficiente al momento de resolver los problemas en las obras por encargo cuando se habla del autor, que sucede cuando ambas partes aportan con sus conocimientos, creaciones, diseños etc., el art.16 no establece esa posibilidad de la existencia de una coautoría que parte de la doctrina, se deduce la autoría que podría ser para ambos porque la misma ley dice que es autor quien crea una obra, ¿Porque no establecer esta posibilidad, de la misma forma que se entiende que la titularidad le pertenece al empleador?, que se establezca la necesidad de celebrar un contrato por escrito, donde se estipule formas de explotación de la obra para que los patronos o empleadores no se atribuyan modos excesivos en cuanto a esta facultad del derecho patrimonial y a su vez evitar la competencia desleal definido en el art.284 de la LPI.
- En el “ejercicio” del derecho moral que la ley otorga al empleador, es imprescindible que se especifiquen estos derechos, y a su vez evitar llegar al punto de una atribución que origine la violación de los derechos morales. Actualmente se tiene conocimiento de que se van a plantear reformas para el art. 16 en el tema de las obras por encargo, de ser a su vez espero sea lo mas optimo para la protección tanto para los autores asalariados o independientes, ver la importancia como mencione anteriormente de la celebración de un contrato escrito con todas las condiciones necesarias, tomando siempre en cuenta que la protección que se da en el derecho de autor es justamente para el creador intelectual, protección que brinda la misma Constitución del Ecuador en el art.22, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos que ha sido aprobada por la Asamblea General de la ONU(1948).
- Lo más importante es que el art.16 con la recomendación de una reforma para brindar una adecuada protección, no quede en una simple propuesta, a la vez motivar la creatividad de las personas, que siga vivo el deseo del ser humano de manifestarse a través del arte y las letras, ya que el derecho de

autor es muy amplio, porque una sociedad sin cultura es una sociedad apagada.

BIBLIOGRAFÍA

- Argudo, Esteban, Apuntes de Clases, “Derechos de Autor”, Pontificia Universidad Católica de Quito, 2004.
- Argudo, Esteban, et al “Brevario de Derecho de Autor”: Autoría y Titularidad de las obras Creadas por Terceros . Argudo Carpio Esteban . Universidad de los Andes, Mérida 1994.
- Constitución Política del Ecuador. 2008
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, 1986 (revisado por última vez en París en 1971-Acta de París y Convenio de Berna)
- Diccionario Océano Práctico. Diccionario de la Lengua Española, Océano
- Decisión 351 de la Comunidad Andina, 1993
- Folleto de Principios básicos del Derecho de Autor. Los derechos conexos, publicación de la OMPI, No. 909 (S)
- Goldstein Mabel, “ Derecho de Autor”, La Rocca. Buenos Aires – Argentina, 1995.
- Jaramillo Vega Alfredo, “Manual de Derechos de Autor”, Instituto Distrital de Cultura y Turismo, Centro Regional Para El Derecho Del Libro En América Latina y El Caribe (CERLAC), Dirección Nacional de Derechos de Autor, 2003.
- Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador, R.O. 320 (ley nº 83) 19 de Mayo de 1998.
- Lipzy Delia, 3er. Congreso Iberoamericano Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, Montevideo 1997 Tercera Plenaria: Nuevas Tendencias en la Protección del Derecho de Autor.
- Maya Proaño Marco, Derecho de Autor: Un Derecho Universal, capítulo , 1993.

- Pachón Muñoz Manuel, “Manual de Derechos”, TEMIS S.A. Bogotá – Colombia, 1988.
- Pag. Web. www.informatica-jurica.com
- Pag. Web www.letralia.com/135/ensayo_01.htm.
- Pag. Web. www.objetual.com
- Rebello Catarina, El Derecho Moral en el Mundo Contemporáneo, X Congreso Internacional sobre la Protección de los derechos Intelectuales (del autor, artista y el productor) Quito, 1995 , pag.22
- Shuster Santiago, “El Derecho de Distribución”, X Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor) pag.92 .
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de autor. 1996
- Zavala Larraguibel Santiago, “Derecho de Autor y Propiedad Industrial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago – Chile, 1979