



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**LOS DERECHOS DE AUTOR, PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO
INGENIOS**

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

Autora: María Emilia Flores Verdugo

Director: Doctor Paul León Altamirano

Cuenca- Ecuador

2019

ÍNDICE DE CONTENIDOS

ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	2
DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTOS.....	4
RESUMEN	5
ABSTRACT	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	9
DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	9
1.1 REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ECUADOR.-	9
1.2. ANÁLISIS: ADQUISICIÓN Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR. (ARTÍCULO 101 CÓDIGO INGENIOS).-	12
1.3. ANÁLISIS: DE LOS DERECHOS DE AUTOR. (ARTÍCULO 102 CÓDIGO INGENIOS).-	15
CAPÍTULO II	19
CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR	19
2.1. ANÁLISIS ÍNTEGRO DE LOS DERECHOS MORALES: ARTÍCULOS 118 Y 119 CÓDIGO INGENIOS, EN RELACIÓN A LO QUE ESTUVO DISPUESTO EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.-	19
2.2. ANÁLISIS ÍNTEGRO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES. (ARTÍCULOS 120 CÓDIGO INGENIOS) EN RELACIÓN A LO QUE ESTUVO DISPUESTO EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.-	28
2.3. ANÁLISIS ÍNTEGRO DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN EQUITATIVA. (ARTÍCULO 121 CÓDIGO INGENIOS).-	34
CAPÍTULO III	38
LOS DERECHOS DE AUTOR, PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO INGENIOS	38
CONCLUSIONES	45
BIBLIOGRAFÍA:.....	54

DEDICATORIA

Este logro lo dedico a Dios, a mi madre Priscila, a mi abuela Gladys, a mi hermano Israel y a mi ángel del cielo Lastenia.

AGRADECIMIENTOS

A Dios por su infinito amor, gracias a él, hoy puedo convertirme en lo que siempre soñé.

A mi madre Priscila por su compañía, ella sin duda alguna, ha sido el pilar fundamental de mi vida; este logro también es suyo.

A mi hermano Israel, por estar junto a mí, mientras cumplo mis sueños; su compañía ha sido muy importante para mí.

A mi abuela Gladys, a quien le dedico este triunfo; su amor y apoyo incondicional me han acompañado a lo largo de este camino.

A mi bisabuela Lastenia (+), quien estoy segura me sonrío y abraza desde el cielo, orgullosa de mi.

A mis tíos, tías, primos, primas y familiares por su apoyo y cariño.

A mi director, Doctor Paul León por su guía y apoyo durante la elaboración de este proyecto; para mí, ha sido un honor aprender de él.

A la Universidad del Azuay, por ser mi alma mater y por la excelente formación académica que me ha brindado a lo largo de mi carrera.

RESUMEN

La presente investigación encuentra su fundamento en los cambios que han surgido con respecto a los derechos de autor con la entrada en vigencia del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación en adelante Código Ingenios; y cómo esto ha causado que ciertos artículos del Título II de los Derechos de Autor y Derechos Conexos, la Sección IV del Contenido del Derecho de Autor en lo referente a los derechos morales y patrimoniales y, sobre todo el derecho a la remuneración equitativa no se encuentren regulados correctamente, no guarden armonía con la naturaleza propia de estos derechos y que consecuentemente, sea necesaria una reforma expresa de este título.

ABSTRACT

This research was based on the changes in copyright with the entry into force of the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation known as the Ingenios Code. It analyzed how this has caused that certain articles of Title II of Copyright and Related Rights, Section IV of the Content of Copyright in respect of moral and economic rights and the right to fair remuneration were not regulated properly. These do not keep harmony with the nature of these rights and, consequently, need an express reform of this title.



A handwritten signature in blue ink, located in the bottom right corner, which reads 'Ing. Paúl Arpi'.

Translated by

Ing. Paúl Arpi

INTRODUCCIÓN

El Código Ingenios, sin duda, ha traído consigo cambios importantes en materia de propiedad intelectual, tras su entrada en vigencia en el año 2016.

Los derechos de autor regulan la relación que surge entre el autor y su obra, pero, además, la relación entre estos con la sociedad. A partir de esto, nacen dos tipos de derechos concebidos en conjunto pero cada uno de ellos con características propias y específicas estos son los derechos morales y patrimoniales.

El Código Ingenios (2016) señala en su artículo 118 las características de los derechos morales y enumera cuáles lo constituyen. Sin embargo, en el inciso final de este artículo, hace referencia a que algunos derechos tienen el carácter de imprescriptibles, pero otros, cumplido su plazo de protección no son exigibles frente a terceros, lo que sin duda alguna no es correcto pues se tratan de derechos que no debería tener ningún tipo de limitación para su protección.

Con respecto a los derechos patrimoniales, el Código Ingenios (2016) expresamente incorpora el derecho a la remuneración equitativa, que se reconoce a favor del autor de forma irrenunciable, cuando una de las características de los derechos patrimoniales a diferencia de los derechos morales es que son renunciables, lo que sin lugar a duda, demuestra que la regulación que se ha dado es anti técnica y contraria a su naturaleza propia. Además, es evidente que el artículo 121 del Código Ingenios no prevé los diferentes casos que podrían darse en la práctica.

De esta manera, este trabajo partirá de un análisis del Título II de los Derechos de Autor y Derechos Conexos y la Sección IV del Contenido del Derecho de Autor en lo relativo a los derechos morales y patrimoniales; esto en comparación a lo que estuvo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual. Asimismo, tratará a profundidad el derecho a la

remuneración equitativa.

El análisis se realizará con la finalidad de establecer los errores y problemas prácticos que actualmente existen en el Código Ingenios y determinará que artículos requieren de una reforma expresa.

Finalmente, se propondrá un proyecto de reforma al Código Ingenios en lo relativo a los derechos de autor, para que guarde armonía con la naturaleza propia de estos derechos y para que exista una correcta regulación.

CAPÍTULO I

DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

1.1 REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL ECUADOR.-

El presente capítulo partirá de un análisis de los principales cuerpos normativos y Convenios Internacionales que regulan los derechos de autor en el Ecuador. Posteriormente, tratará el ámbito de protección de estos derechos y concluirá con un análisis íntegro de las disposiciones normativas previstas en la ley de la materia; esto, en concordancia con el criterio de ciertos autores y lo previsto en los diferentes Convenios Internacionales ratificados por nuestro país.

Para empezar, la propiedad intelectual y por tanto, los derechos de autor se encuentran regulados y protegidos por varios cuerpos normativos en el Ecuador, como por ejemplo: la Constitución de la República del Ecuador (artículo No. 22 y No. 322), el Código Civil Ecuatoriano (artículo No. 601) y, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación- Código Ingenios- (Título II: *De los Derechos de Autor y Derechos Conexos*).

La Constitución de la República del Ecuador (2008), norma de directa e inmediata aplicación, expresamente reconoce la propiedad intelectual de acuerdo a las condiciones que señala la ley de la materia y, en su artículo No. 22, consagra como un derecho a favor de los autores de obras artísticas, científicas o literarias la protección de los derechos que surgen de sus creaciones:

“Art. 22.- Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a

beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008: 27).

Es decir, la propiedad intelectual en el Ecuador está reconocida como una rama del derecho autónoma, con características propias y específicas y, cuya finalidad es la protección de todas las creaciones intelectuales del hombre. Esta protección, no solamente se da a través del reconocimiento por parte del Estado sino además, a través de una serie de mecanismos y procedimientos específicos que se encuentran establecidos en la ley, para evitar todo tipo de vulneración y menoscabo por parte de la sociedad a las creaciones que han sido producto del intelecto humano.

El Código Civil Ecuatoriano por su parte, prevé que las creaciones que son fruto del ingenio y talento del hombre pertenecerán a sus autores, pero la propiedad que surge a favor de ellos, es diferente a la propiedad en materia civil y consecuentemente se rige por leyes especiales, concretamente por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, Código Ingenios, Artículo 601: “las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se registrará por leyes especiales” (Código Civil Ecuatoriano, 2005:32).

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código Ingenios), es el cuerpo normativo que específicamente regula los derechos de autor en el Ecuador, a partir del Título II que se denomina: *De los Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Dentro de este Título, se regulan temas relativos al reconocimiento de estos derechos, su adquisición y ejercicio, las obras susceptibles de protección, quienes son titulares y, el contenido del derecho de autor en lo referente a los

derechos morales y patrimoniales, entre otros. Algunos de estos, son objeto de estudio del presente trabajo de titulación.

El Código Ingenios entró en vigencia tras ser publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 899, el 09 de diciembre de 2016, derogando así la antigua Ley de Propiedad Intelectual que estuvo vigente desde el año 1998 y que regulaba anteriormente esta área del derecho.

Con respecto al organismo competente en materia de derechos intelectuales, de acuerdo al Código Ingenios (2016), es el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales SENADI que se creó mediante el Decreto Ejecutivo No. 356 del 3 de abril de 2018 y es el sucesor del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI. El SENADI es la institución competente para ejercer todas las facultades destinadas a la protección y tutela de los derechos intelectuales; así como también, ejercer facultades de control para el cumplimiento de todas las disposiciones previstas en el Código Ingenios.

Asimismo, los derechos de autor, se encuentran regulados y protegidos por varios Convenios Internacionales que han sido ratificados por el Ecuador como lo son entre otros: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual -OMPI- (1967), el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886) y, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, CAN relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (1993).

Por otra parte, es importante también hacer referencia al ámbito de protección de los derechos de autor; el Código Ingenios (2016) consagra los diferentes plazos de protección de las obras y, dispone como regla general que los derechos patrimoniales duran toda la vida del autor y 70 años después de su muerte; es decir, existen dos fases

de protección: la primera que se generará mientras el autor viva; la segunda, que comenzará desde su fallecimiento. Esto a diferencia de lo que dispone el Convenio de Berna respecto del plazo de protección para los países miembros, que es, toda la vida del autor y 50 años después. Asimismo, la Comunidad Andina de Naciones CAN señala en la Decisión 351 que la duración de la protección de los derechos, no podrá ser menor a 50 años después de la muerte del autor; no obstante, el Ecuador no contraría lo dispuesto en los mencionados convenios internacionales, otorga un mayor plazo de protección de estos derechos, después de la muerte de sus autores, en base al Art. 7 numeral sexto del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que señala: “los países de la Unión tienen la facultad de conceder plazos de protección más extensos que los previstos en los párrafos precedentes”. (Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886:5).

En cuanto a los derechos morales, por su naturaleza, estos son imprescriptibles. Sin embargo y, pese a que el propio Código Ingenios en el artículo 118 reitera su característica de imprescriptibilidad, en el último inciso del mencionado artículo se limita la protección de ciertos derechos morales en el tiempo; lo que sin duda alguna, no es correcto, existe una evidente contradicción, trayendo consigo problemas prácticos como se analizará y verá más adelante.

1.2. ANÁLISIS: ADQUISICIÓN Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AUTOR. (ARTÍCULO 101 CÓDIGO INGENIOS).-

En primer lugar, es importante definir qué se entiende por derechos de autor; Pascual Barberán Molina en su libro Manual Práctico de Propiedad Intelectual señala lo siguiente: Normalmente llamamos derechos de autor a aquel derecho que tiene el autor sobre las obras literarias, artísticas y científicas originadas fruto de su creación y

que le otorga una serie de derechos de carácter moral y patrimonial (Barberán, 2010: 17).

Por su parte, Marco Rodríguez Ruíz los define como la rama del derecho que tiene por objeto regular los derechos subjetivos que surgen a favor del autor por las creaciones que son producto de su actividad intelectual (Ruíz, 2007).

Dicho de otra manera, el objeto de protección de estos derechos, recae sobre las creaciones que son producto del talento, ingenio y capacidad creativa del hombre y, consecuentemente regula los derechos que surgen a favor de este; es decir, su finalidad es proteger al autor a través de su obra.

El Título II del Código Ingenios que se denomina: *De los Derechos de autor y derechos conexos* y, específicamente el Capítulo II, se refiere al ejercicio y adquisición de los derechos de autor; para esto, no es necesario el cumplimiento de condición, requisito, ni formalidad alguna, su nacimiento no depende de ello, basta su sola creación para que gocen de la protección por parte del Estado, así lo dispone el artículo 101 del Código Ingenios que señala: “Adquisición y ejercicio de los derechos de autor.- La adquisición y ejercicio de los derechos de autor y de los derechos conexos no están sometidos a registro o depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna...”(Código Ingenios, 2016:24).

Fue precisamente el Convenio de Berna que en su primera revisión (Berlín 1908), eliminó la condición relativa al cumplimiento de formalidades. De esta manera, en el Ecuador, para la adquisición y ejercicio de los derechos de autor, no se requieren requisitos formales de ningún tipo, la creación es el único requisito que exige la ley para la protección de la obra. Asimismo, lo dispone la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor

y Derechos Conexos (1993) que en su parte pertinente señala que los derechos de autor no estarán subordinados al cumplimiento de formalidad alguna.

Pese a que la ley no exige el registro de las obras en materia de derechos de autor pues no adopta la condición del registro para el nacimiento de los derechos, esto no le impide al creador intelectual de una obra, registrar su derecho. Por ejemplo, en el caso de nuestro país, que acuda al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales SENADI y registre obras literarias, artísticas, programas de ordenador, fonogramas, etc., a través del formulario que se encuentra en la página web de la institución.

En este caso, la finalidad del registro es meramente declarativa, reconoce la existencia de un derecho más no es constitutiva del mismo, así lo señala la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (1993) que es vinculante para el Ecuador. Además, tiene una finalidad probatoria en virtud de que constituye una presunción a favor de quien realizó el registro.

La regulación del Código Ingenios respecto de la protección de los derechos de autor, es muy similar a lo dispuesto en el artículo quinto de la antigua Ley de Propiedad Intelectual, pero, no hace referencia únicamente a su protección sino también a la adquisición y ejercicio.

El segundo inciso del artículo 101 del Código Ingenios (2016), en términos generales sostiene que los derechos de autor, son independientes de la propiedad del objeto al que está incorporada la obra o creación. Es decir, si el día de mañana una persona escribe un libro o pinta un cuadro, la finalidad de los derechos de autor será proteger esa obra por el solo hecho de su creación y además, en virtud de esto, regularán los derechos que surjan de esta; pero si alguien compra ese libro o la pintura, esa persona tendrá sobre la creación, un derecho de propiedad (de tipo civil) con ciertas limitaciones y, en ese caso

evidentemente, los derechos tanto morales como patrimoniales que tenga el autor respecto de su obra, serán completamente independiente de la propiedad en materia civil, que sin duda, tiene otro tipo de regulación.

Al respecto, Antequera Parilli sostiene que el derecho de autor se ejerce sobre la creación intelectual como tal, es decir, la obras; mientras que, el derecho de propiedad tiene como objeto el soporte material que la contiene; que el derecho de autor se adquiere por el solo hecho de la creación, no por las formas tradicionales por las cuales se adquiere la propiedad (Antequera Parilli, 2007).

La regulación que se da hoy en día en el Código Ingenios, es muy similar a lo que establecía la antigua Ley de Propiedad Intelectual en su artículo sexto. Sin embargo, no señala que los derechos de autor también son independientes, compatibles y acumulables con los derechos de propiedad industrial que podían generarse sobre las obras y los otros derechos de propiedad intelectual reconocidos por la ley, por ejemplo las obtenciones vegetales (Ley de Propiedad Intelectual, 1998).

1.3.ANÁLISIS: DE LOS DERECHOS DE AUTOR. (ARTÍCULO 102 CÓDIGO INGENIOS).-

El Capítulo III del Código Ingenios denominado *De los Derechos de Autor*, parte de los preceptos generales de estos derechos y señala en su artículo 102 desde qué momento surge la protección de las obras.

En primer lugar, Delia Lipszyc señala que: “el objeto de protección del derecho de autor es la obra. Para el derecho de autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible...” (Lipszyc, 2000: 61). Lo que se protege precisamente es la obra como tal, ahí radica el objeto de protección de estos derechos.

Del mismo modo, el artículo 102 del Código Ingenios manifiesta lo siguiente: “ de los derechos de autor.- Los derechos de autor nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra...” (Código Ingenios, 2016:24). Es decir, creada la obra, esta automáticamente goza de la protección por parte del Estado y le otorga a su autor, la titularidad de los derechos que surgen de esa creación: los derechos morales y patrimoniales.

Brevemente, debido a que esto se analizará más adelante, los derechos morales son aquellos que no tienen un contenido económico, sino más bien, están ligados estrechamente con la personalidad del autor; por su parte, los derechos patrimoniales son aquellos que le permiten tener a su autor, réditos económicos a través de la explotación de sus obras.

Ahora bien, en virtud de lo que establece la propia norma, el Código Ingenios no exige ningún requisito adicional para su protección, como lo son que la obra sea original, novedosa o registrada; basta su sola creación para que gocen de la protección por parte del Estado y de todos los mecanismos y procedimientos tendientes a evitar todo tipo de vulneración por parte de la sociedad.

Si la ley exigiera la novedad para que una obra sea original y goce de protección, muchas creaciones no estarían protegidas por el régimen de derechos de autor (Arosemena, 2011). Además de que, la novedad no puede estar presente en materia de derechos de autor, debido a que no busca un progreso técnico, sino más bien un progreso cultural. Por tanto, el principio que consagra la legislación ecuatoriana es de la protección desde el momento de la creación, recogido por el Convenio de Berna y por la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (1993).

La protección sin duda, no puede depender del valor que la obra pueda tener así como tampoco de su destino o mérito, así lo dispone el inciso segundo del artículo 102 del Código Ingenios que señala : “ La protección de los derechos de autor se otorga sin consideración del género, mérito, finalidad, destino o modo de expresión de la obra...”. (Código Ingenios, 2016:24).

De igual manera, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (1993), sostiene que las obras del ingenio serán protegidas cualquiera que sea su género o forma de expresión y sin considerar el mérito ni su destino.

Para ilustrar lo mencionado anteriormente, la protección de una obra jamás podría depender de su mérito, si fuera así, cuáles serían los criterios en virtud de los cuales se podría considerar que una obra goza o no de la protección por parte del Estado; si la protección estuviera limitada por aquello, se caería en la subjetividad.

La finalidad que tendrá la obra, tampoco es un factor del cual dependa la protección de los derechos de autor: “la obra se encuentra protegida con independencia de que este destinada a un fin cultural o utilitario. Esta cuestión interesa particularmente en materia de obras de arte o ciencia aplicada al comercio o a la industria” (Lipszyc, 2000: 67).

A lo que se refiere precisamente es que la protección que se le otorgará a la obra no dependerá de si esta tiene por ejemplo una finalidad comercial, industrial, etc.; más bien, esto es irrelevante pues independientemente de cual sea el destino de la obra, esta quedará protegida y tutelada por la ley.

Por último, los derechos de autor no protegen las ideas sino la manera a través de la cual estas se encuentran plasmadas o incorporadas en las obras, así lo prevé el artículo 102 del Código Ingenios (2016) y, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de

Naciones relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (1993); explicado de otra manera, es evidente que la sociedad puede hacer uso de las ideas libremente y puede hacerlo en cualquier momento, debido a que si esto no fuera así, el derecho de autor sería absoluto y consecuentemente se convertiría en un obstáculo para el desarrollo cultural de la sociedad (Arosemena, 2011).

En este sentido, frente al hecho de que las ideas como tal no son protegidas por los derechos de autor, sino la forma por medio de la cual son descritas, al respecto cabe la interrogante de cómo distinguir la una de la otra, es decir, la idea de su forma o manera de expresión; lo que sin duda, podría causar conflictos al momento de su análisis.

Mayor confusión causa lo señalado en el mismo Art. 102 que en su parte pertinente señala: “sin embargo, si una idea sólo tiene una forma única de expresión, dicha forma no quedará sujeta a protección”. (Código Ingenios, 2016:24).

Finalmente, son varios los cuerpos normativos y Tratados Internacionales que reconocen, protegen y tutelan la propiedad intelectual y los derechos de autor en el Ecuador. Sin embargo, es el Código Ingenios el que los regula y protege de manera específica, y es este, la base de la investigación y análisis de este trabajo de titulación.

De igual forma, lo que prevé el Código Ingenios respecto a la adquisición, ejercicio y protección de estos derechos, es correcto y de acuerdo a lo que disponen los diferentes Tratados y Convenios Internacionales; si la propia ley exigiría requisitos y formalidades adicionales para poder proteger las obras y permitir que sus creadores puedan obtener y ejercitar los derechos que surjan de ellas, significaría que el ser humano ya no crearía tanto como lo hace ahora y consecuentemente, los derechos de autor ya no podrían ser considerados como instrumentos para el desarrollo de la sociedad.

CAPÍTULO II

CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

En este capítulo se realizará un análisis íntegro de los artículos 118, 119 y 120 relativos a los derechos morales y patrimoniales previstos en el Código Ingenios, esto, en relación con lo que estuvo dispuesto en el artículo 18 y 20 de la antigua Ley de Propiedad Intelectual. De igual manera, se revisará el artículo 121 del mencionado cuerpo legal, referente al nuevo derecho patrimonial que se incorpora: 'derecho a la remuneración equitativa'.

Este estudio previo tiene como finalidad identificar con claridad cuáles son los artículos que requieren de una reforma expresa.

2.1. ANÁLISIS ÍNTEGRO DE LOS DERECHOS MORALES: ARTÍCULOS 118 Y 119 CÓDIGO INGENIOS, EN RELACIÓN A LO QUE ESTUVO DISPUESTO EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.-

Para empezar, el Código Ingenios (2016) dentro del Título II: *De los Derechos de Autor y Derechos Conexos*, prevé todo lo referente a los derechos morales específicamente en la Sección IV: Contenido del Derecho de Autor, párrafo primero: De los derechos morales.

Del contenido del derecho de autor, se señala que:

... Está integrado por facultades exclusivas que conforman el contenido de la materia: las personales – que componen el derecho moral- permiten la tutela de la personalidad del autor en relación con su obra, y las pecuniarias – posibilitan que el autor efectúe la explotación económica de su obra o, como es lo habitual, que se autorice a otros a realizarla y participe en ella... (Lipszyc, 2000: 152).

A lo que se refiere, precisamente, es que a partir del contenido del derecho de autor, nacen dos tipos de derechos concebidos en conjunto, pero cada uno de ellos con características propias y específicas, estos son: los derechos morales y patrimoniales.

Los derechos morales fueron incorporados en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886); la característica fundamental de estos es que no tienen una connotación económica y, lo que buscan precisamente es proteger la personalidad del autor, su finalidad es esa, generar una protección a esa vinculación extremadamente íntima que va a surgir entre el autor y su obra. Por tanto, el derecho moral no protege a toda persona sino únicamente al autor a través del producto de su creación.

Tomando en cuenta el análisis normativo, el artículo 118 del Código Ingenios (2016) en primer lugar, enumera las características de los derechos morales del autor y, señala que estos son: irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles; de igual manera, la antigua Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 18 referente a los derechos molares, así los considera.

Analizando brevemente cada una de las características; la primera, esta es, que son irrenunciables se refiere a que por mandato legal, no es posible ni permitido renunciar a los derechos prescritos por la norma: Art. 11.- “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, **y que no esté prohibida su renuncia**” (Código Civil Ecuatoriano, 2005:32). De esta manera, en caso de renuncia, a través de cláusulas contractuales, estas serán nulas: es nula cualquier cláusula contractual por la que el autor se obliga a la renuncia o al ejercicio de las facultades morales (Antequera Parilli, 2001).

Son derechos inalienables por cuanto la creación intelectual del autor no podrá ser objeto de ningún negocio jurídico y, por tanto, no pueden pasarse o cederse a otra persona en virtud de que se trata, como se dijo anteriormente de una obra que se encuentra ligada directamente con la creación, creatividad, ingenio del autor; al respecto Flavio Arosemena Burbano en su libro *Derecho de Autor para Autores y Empresarios* señala que:

...En consecuencia, un documento en el que el autor transfiera derechos morales a favor de otra persona, natural o jurídica, aunque lo haga con libre consentimiento y reciba una retribución muy beneficiosa, no tiene valor alguno desde el punto de vista legal. (Arosemena, 2011:30).

Hablar de que los derechos morales son inembargables, significa que por su naturaleza no pueden ser objeto de gravámenes o limitaciones; y, finalmente, la imprescriptibilidad se refiere a que estos derechos no se pierden por el transcurso del tiempo, es decir, son perpetuos; asimismo, no se pierden por ser embargados o ejercidos (Arosemena, 2011).

Por otra parte, el artículo 118 del Código Ingenios, señala qué derechos son morales y señala textualmente: De los derechos morales.- Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor:

1. Conservar la obra inédita o divulgarla;
2. Reivindicar la paternidad de su obra en cualquier momento, y exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada cuando lo permita el uso normal de la obra;

3. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor; y,

4. Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte se encuentre en posesión o sea de propiedad de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda... (Código Ingenios, 2016:27).

Con respecto al primer derecho moral (conservar la obra inédita o divulgarla); se trata precisamente del derecho y la facultad que tiene el autor de hacer pública o no su obra, es decir, conocida por todos o, mantenerla inédita. Al respecto Lipszyc señala que:

...poner la obra en conocimiento de otras personas, por sí solo, no equivale a divulgación; requiere del conocimiento del autor, de un público, de un número de personas *indeterminadas que permita considerar que la obra ha salido del círculo privado del autor* (Lipszyc en Pazmiño Ycaza; 2014: 98).

Además, es el derecho a la divulgación el que hace posible el ejercicio de los derechos patrimoniales, en virtud de que, si no hay divulgación de una obra, tampoco habrá derechos económicos reconocidos a favor de su autor. Asimismo, el momento que el autor decida hacer pública su obra y divulgarla, será él mismo quien decidirá la manera y la forma en la que lo hace (Villacreses, 2007). Finalmente, se trata de un derecho que prescribe cumplido su plazo de protección, así lo dispone el propio Código Ingenios en el inciso segundo del artículo 118.

En virtud del segundo derecho moral (reivindicar la paternidad de la obra), el autor tiene la facultad de exigir que se reconozca su calidad (de autor) frente a terceros; sobre esto se sostiene que: "...el derecho de paternidad es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra". (Lipszyc en Pazmiño Ycaza; 2014: 98).

Este derecho conjuntamente con el derecho a la divulgación hacen posible el ejercicio de los derechos patrimoniales.

De igual manera, este derecho le faculta al autor intelectual de una obra para exigir que cada vez que alguien utilice su creación intelectual, mencionen su nombre o seudónimo o, en su defecto lo excluyan.

Al respecto, Ernesto Rengifo en su libro *Propiedad intelectual: el moderno derecho de autor*, señala que el autor tendrá el derecho de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento y, en especial para que se indique su nombre o seudónimo (Rengifo García, 1996:119).

En cuanto al derecho al anonimato y a utilizar un seudónimo, se trata justamente de un derecho que le permite a su autor no dar a conocer cuál es su verdadero nombre y, consecuentemente presentarse a la sociedad a través del anonimato o utilizando seudónimos o sobrenombres. De esta manera, el autor será el único que podrá dar a conocer su verdadero nombre; sin embargo, la divulgación de su obra con un seudónimo, no significa que renuncie a la autoría de esta, ni a los derechos que surgen por su creación intelectual.

Este derecho de conformidad con lo que prevé el inciso segundo del artículo 118 del Código Ingenios, es imprescriptible y, por tanto, su protección no está limitada en el tiempo.

El derecho a la integridad de la obra, tercer derecho moral que consagra el Código Ingenios, se refiere puntualmente a la facultad y potestad que tiene el autor para oponerse a que su obra se modifique, altere, mutile o deforme de alguna manera. Al respecto Bernate Ochoa y García Troncoso (2011) señalan que es la facultad que tiene el autor de impedir cualquier deformación, mutilación o alteración de la obra sin que exista

la expresa autorización del titular, incluyendo aquellas que atenten contra el honor del autor.

En este caso el problema radica en que se trata de conceptos indeterminados y de un asunto subjetivo así lo señala Flavio Arosemena Burbano (2011) en su libro *Derecho de Autor para Autores y Empresarios*: “...se trata, sin embargo, de un asunto subjetivo y de muy difícil análisis ¿en qué circunstancias puede concluirse que la modificación de una obra ha afectado a la reputación del autor?...” (34). En virtud de lo que dispone el último inciso del artículo 118 del Código Ingenios, que se trata de un derecho que prescribe cumplido su plazo de protección.

En cuanto al último derecho moral, el Código Ingenios señala al respecto que:

... 4. Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte se encuentre en posesión o sea de propiedad de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.

Este último derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al legítimo poseedor o propietario, a quien se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.... (Código Ingenios, 2016:27).

En otras palabras, a través del acceso al ejemplar único lo que se pretende es el ejercicio del derecho a la divulgación u otro derecho que le corresponda al autor, cuando la obra se encuentre en poder o sea de propiedad de un tercero. El autor Antonio Pazmiño Ycaza (2014) señala en su libro *La Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana* lo siguiente: “...no se trata de una confiscación del soporte material. Si no se trata de un simple préstamo que haga el dueño del soporte al autor, debería haber una indemnización a favor del dueño del soporte” (101); es decir, el legítimo poseedor tiene derecho a que se paguen las indemnizaciones por daños y perjuicios que se hayan ocasionado.

No obstante, para ejemplificar: una persona escribe una novela y vende la obra a otra persona, pero a su vez vende el respaldo original de esa misma creación a una editorial, la que distribuye públicamente la novela; si el autor de la obra, después de unos años quiere recuperar el ejemplar único, ya no podría hacerlo en virtud de que la obra ya fue divulgada.

Por otra parte, para que el autor logre tener nuevamente contacto con ese ejemplar único, no debe implicar el desplazamiento de la obra, sino más bien, tiene que dar las posibilidades al legítimo poseedor de esa creación para poder acceder a esta.

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 18, también señalaba qué derechos son morales y consagraba lo mismo que prevé el Código Ingenios; la única diferencia es que se incluía además, que la violación de estos derechos, dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios (Ley de Propiedad Intelectual, 1998).

El Código Ingenios (2016) en el inciso final de artículo 118, señala que algunos derechos morales tienen el carácter de imprescriptibles, es decir, son perpetuos pero otros cumplido su plazo de protección no son exigibles frente a terceros, Artículo 118:

De los derechos morales.- Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor: ...Los mencionados derechos morales en los numerales 2 y 4 tendrán el carácter de imprescriptibles. Una vez cumplido el plazo de protección de las obras, los derechos contemplados en los numerales 1 y 3, no serán exigibles frente a terceros. (Código Ingenios, 2016:27).

Para aclarar, los derechos morales previstos en los numerales segundo (posibilidad de reivindicar la paternidad de la obra) y cuarto (acceder al ejemplar único o raro de la obra) son perpetuos. Sin embargo, los derechos contemplados en los numerales

primero (conservar la obra inédita o divulgarla) y tercero (oponerse a toda mutilación o deformación, etc.), no serán exigibles frente a terceros cumplido su plazo de protección; lo que representa un cambio extremadamente grande que se ha dado en el Código Ingenios en relación a lo que establecía la antigua Ley de Propiedad Intelectual.

Analizando el cambio que existe hoy en día en relación a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual, mencionado en el párrafo anterior; primeramente, es importante señalar que el derecho a la integridad previsto en el artículo 18 numeral c), era permanente: “... A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos mencionados en los literales a) y c) corresponderá, sin límite de tiempo, a sus causahabientes...” (Ley de Propiedad Intelectual, 1998:8).

Ahora, de acuerdo a lo que dispone el Código Ingenios en el inciso final del artículo 118, ciertos derechos, ya no puede ser oponible después de que se haya terminado el tiempo de protección de la ley, es decir, después de muerto el autor y transcurrido 70 años, se puede dar mutilaciones, transformaciones, deformaciones, modificaciones o algún tipo de alteración de la obra: “...Una vez cumplido el plazo de protección de las obras, los derechos contemplados en los numerales 1 y 3, no serán exigibles frente a terceros”. (Código Ingenios, 2016:27).

Esto evidentemente genera preocupación para los autores respecto de la protección que se le dará su obra, en virtud de que si se da la posibilidad de que por ejemplo se altere o se modifique una obra sin la autorización de su autor después de cumplido su plazo de protección, se estará atentando y afectando directamente al espíritu y la esencia de la obra, al cambiar aquello que se plasmó en la creación; precisamente, porque representa la esencia y personalidad de su autor.

Esta regulación sin duda alguna, no es correcta pues se trata de derechos que no debería tener ningún tipo de limitación para su protección, esto en virtud de que los derechos morales por su naturaleza son perpetuos y no prescriben a diferencia de los derechos patrimoniales que son temporales y cuya protección se encuentra limitada en el tiempo.

Además, cabe señalar que la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, -CAN- relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (1993) dispone en el último inciso del artículo 11, lo siguiente: “Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra” (Comunidad Andina de Naciones, 1993:5).

Entonces, el Código Ingenios no solamente deja en absoluta indefensión a los autores al permitir que terceros puedan deformar sus obras después de cierto tiempo, sino además, contraría lo dispuesto en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, CAN que busca que sea el propio Estado o en su defecto las instituciones designadas, quienes defiendan derechos morales tan importantes del autor.

Por otra parte, es el propio Código Ingenios el que prevé como una de las características de los derechos morales la imprescriptibilidad pero, al mismo tiempo en su inciso final se contradice. Consecuentemente, no está justificada de ninguna manera la razón por la cual estos derechos prescriben.

El derecho moral a conservar la obra inédita o divulgarla, es otro derecho que de conformidad a lo que prevé el Código Ingenios, prescribe cumplido su plazo de protección; no obstante, en este caso en particular se podría decir que sí existe un

fundamento lógico y jurídico de fondo que lo respalda, por ejemplo: razones de interés público, el fomento a la educación y la cultura, etc.

El artículo 119 *ibídem*, por su parte señala lo siguiente: “Derechos de los causahabientes.- A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus causahabientes por el plazo de duración de los derechos patrimoniales, conforme las disposiciones aplicables en cada tipo de obra o prestación” (Código Ingenios, 2016:27). Es decir, fallecido el autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus sucesores 70 años después de su muerte.

2.2. ANÁLISIS ÍNTEGRO DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES. (ARTÍCULOS 120 CÓDIGO INGENIOS) EN RELACIÓN A LO QUE ESTUVO DISPUESTO EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.-

Los derechos patrimoniales se encuentran reconocidos a partir del Art. 120 del Código Ingenios, específicamente dentro del Título II: *De los Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Sección IV: *Contenido del Derecho de Autor*, párrafo segundo: *De los derechos patrimoniales*.

Flavio Arosemena Burbano (2011) en su libro *Derecho de Autor para Autores y Empresarios* define a los derechos patrimoniales como la facultad exclusiva del autor para autorizar cualquier forma de explotación sobre su obra; dicho de otra manera, son aquellos derechos que tienen una connotación de índole económica y, en virtud de los cuales, se busca que los autores tengan la posibilidad de generar un rédito oneroso por sus creaciones intelectuales.

Las características principales de estos derechos brevemente son las siguientes: tienen una connotación económica, se tratan de derechos que por su naturaleza son

renunciables (se puede renunciar a los beneficios económicos de una obra en virtud de que su renuncia no está prohibida), a diferencia de los derechos morales que son inembargables, los derechos patrimoniales si pueden ser objeto de gravámenes y, finalmente, no son imprescriptibles sino más bien prescriben en 70 años después de la muerte de sus autores.

Entrando con el análisis normativo, el artículo 120 del Código Ingenios, señala textualmente lo siguiente:

DERECHOS EXCLUSIVOS.- Se reconoce a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos exclusivos sobre una obra:

1. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.
3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.
4. La importación de copias hechas sin autorización del titular, de las personas mencionadas en el artículo 126 o la Ley.
5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
6. La puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público pueda acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (Código Ingenios, 2016:27).

El primer derecho patrimonial que se reconoce a favor del autor o de sus derechohabientes a su muerte, es el derecho a la reproducción de la obra. El Código Ingenios en su artículo 122 respecto de este derecho señala lo siguiente:

REPRODUCCIÓN DE UNA OBRA.- Se entiende por reproducción la fijación de la

obra en un medio que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse” (Código Ingenios, 2016).

La definición que prevé el Código Ingenios es muy similar a lo que dispone por su parte el artículo 14 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

Precisamente a lo que se refiere este derecho es al cumplimiento del principio de fijación; es decir, una obra se ha reproducido cuando se encuentre fijada en un soporte material. Lo que se busca a través del cumplimiento de este principio, es que se pueda obtener copias de toda la obra o de una parte de ella, la obtención podrá realizarse por medios conocidos o por conocerse.

Antonio Pazmiño Ycaza (2014) en su libro *La Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana* sostiene que este derecho (reproducción) puede ser analizado desde dos puntos de vista: el objeto que se reproduce y el modo en que lo reproducen. El primero se refiere por ejemplo a manuscritos de obras literarias o interpretación de obras dramáticas y, el segundo a la parte mecánica que se debe ejecutar para reproducir la obra por ejemplo grabando, copiado, etc.

En virtud del derecho a la comunicación pública, el autor de una creación intelectual tiene la facultad de autorizar la comunicación de su obra al público en general.

El artículo 123 del Código Ingenios al respecto señala que la comunicación pública es el acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente decidan, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares (Código Ingenios, 2016).

Ahora bien, este derecho se puede ejercer ya sea en un acto en el cual se agrupen varias personas en un mismo lugar o, por ejemplo a través de un lugar en el cual varias

personas tengan acceso a la obra (a través de una red). Las personas podrán además, tener acceso a la obra en cualquier momento y desde cualquier lugar.

De acuerdo a lo que dispone el Código Ingenios, este derecho no implica la previa distribución de la obra.

El Código Ingenios en su artículo 124 señala lo siguiente: “DISTRIBUCIÓN DE LA OBRA: “Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra, en un soporte material, mediante venta u otra transferencia de la propiedad, arrendamiento o alquiler...”. (Código Ingenios, 2016:28).

A través del derecho de distribución de la obra, el autor intelectual de ella, podrá poner a disposición del público el original o las copias de su obra; esta puesta a disposición, podrá darse mediante: la venta, el arrendamiento o alquiler. En este derecho también es indispensable el cumplimiento del principio de fijación material.

Por arrendamiento o alquiler se entiende la puesta a disposición del original o copias de la obra por un tiempo limitado a cambio de una retribución económica, excepto la puesta a disposición con fines de exposición. Por ejemplo: el autor de una pintura presta su creación para la exposición en una galería, pero sin que exista a cambio el pago de un precio o, cuando las consultas se realicen *in situ* (en el mismo lugar), como por ejemplo las que se realizan en bibliotecas.

También se excluyen los casos en los cuales el arrendamiento no es el objeto principal del contrato como cuando se trata del alquiler de una construcción realizada por un arquitecto quien no puede oponerse a que se arriende esta.

Ahora bien, el artículo 125 del Código Ingenios (2016) prevé el agotamiento del derecho de distribución y señala en términos generales que se agota con la primera venta, una vez que el titular de la obra la ha introducido lícitamente en un territorio, es decir, enajenada la obra por primera vez, el autor no podrá oponerse a ventas futuras y

consecuentemente pierde su derecho de autorizar la distribución de la obra; el fundamento de este derecho radica en la libre circulación de las obras y los intercambios culturales. Sin embargo, no se agota para impedir el arrendamiento ilegítimo de los ejemplares vendidos.

Es importante señalar finalmente, que la antigua Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 20, incluía dentro de este derecho, el préstamo público, particular que hoy en día no prevé el Código Ingenios. Este prevé respecto del derecho a la Importación, lo siguiente, ART 126:

IMPORTACIÓN DE OBRAS SIN AUTORIZACIÓN.- El derecho de importación confiere al titular la facultad de prohibir la introducción en el territorio ecuatoriano de copias de la obra hechas sin autorización del titular. Este derecho podrá ejercerse tanto para suspender el ingreso de dichas copias en puertos y fronteras, como para obtener el retiro o suspender la circulación de los ejemplares que ya hubieren ingresado... (Código Ingenios, 2016:28).

Por tanto, este derecho podrá ejercérselo tanto para suspender por aduanas el ingreso de obras (medida en frontera) como para retirarlos del comercio (tutela administrativa), excepto el caso de que se trate de una importación en cantidades mínimas como equipaje del viajero por ejemplo.

El derecho a la transformación es un derecho patrimonial en virtud del cual se pueden realizar modificaciones a la obra siempre y cuando se respete y tutele el derecho a la integridad. Es decir, se trata de la facultad exclusiva del autor para autorizar modificaciones a su obra original por parte de terceros.

El derecho a la integridad como se analizó anteriormente es un derecho moral del autor (facultad extra patrimonial); mientras que, el derecho de transformación es

esencialmente una facultad patrimonial (Rengifo García, 1996). Por ejemplo cuando las obras literarias pasan a convertirse en obras audiovisuales; en este caso, indispensablemente se requiere de autorización del autor.

El último derecho patrimonial que consagra el Código Ingenios es la puesta a disposición del público de las obras, de tal forma que se pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elijan.

Al respecto cabe indicar que el propio Código Ingenios dentro de la comunicación pública de las obras ya incluye este derecho; de esta manera, no se trata de un derecho patrimonial independiente sino está subsumido en el anterior. Sin embargo, si revisamos la normativa pertinente, (artículo 120), se puede evidenciar que todos los derechos patrimoniales se encuentran enumerados, y en artículos posteriores regulados. Lo raro resulta que el último derecho patrimonial (numeral 6) al que me he referido, no aparece de forma explícita en ninguna parte del Código. Parecería ser que el Legislador hizo referencia a este derecho, pero al mismo tiempo olvidó regularlo.

Más bien, se debió incluir en el artículo 120, como último derecho patrimonial el derecho a la reventa de obras plásticas, regulado en el artículo 158 del Código Ingenios.

En conclusión, si bien la regulación que da el Código Ingenios es muy similar a lo que estuvo dispuesto en la antigua ley de Propiedad Intelectual, evidentemente hay cambio en el derecho de importación, la puesta a disposición del público de las obras, la falta de regulación del derecho patrimonial a la reventa y, sobre todo el nuevo derecho patrimonial que se incluye, el derecho a la remuneración equitativa.

2.3. ANÁLISIS ÍNTEGRO DEL DERECHO A LA REMUNERACIÓN EQUITATIVA. (ARTÍCULO 121 CÓDIGO INGENIOS).-

El derecho a la remuneración equitativa es el nuevo derecho patrimonial que consagra el Código Ingenios, ahora bien ¿es correcta la regulación que se le da?

En primer lugar, se trata por mandato legal de un derecho irrenunciable que se reconoce a favor del autor de una obra; sin embargo, como se vio anteriormente, una de las características propias de los derechos patrimoniales es que pueden renunciarse en virtud de que la renuncia no se encuentra prohibida, consecuentemente no guarda armonía con la naturaleza propia de estos derechos.

En segundo lugar, definir cuando la remuneración es equitativa o no, podría convertirse en tema muy complejo y de difícil consideración. Además, qué sucede si existe más de un autor, cómo se determinaría el porcentaje justo para cada uno de ellos respecto de las ganancias producidas por su creación. Por tanto, al ser un término que resulta complicado definirlo en la práctica, trae consigo problemas al momento de su aplicación.

Flavio Arosemena Burbano (2018) en su artículo *“Nueva Ley de Propiedad Intelectual cambia Reglas para Empresas y Emprendimientos”*, señala que no siempre es fácil determinar cuál es el monto percibido por la explotación de una obra, ya que dicha explotación en muchísimos casos es indirecta, por ejemplo ¿cómo se determina cuál ha sido la explotación de una página web? Cabe mencionar además, que los creadores de un *software* no gozan de este derecho irrenunciable, así lo dispone el propio Código Ingenios.

En tercer lugar, la redacción de la norma es confusa y carente de la técnica jurídica; comienza haciendo referencia y explicando el derecho a la remuneración equitativa, pero en la parte final de la norma, ya se refiere también al derecho de recibir

una compensación por reventa de obras plásticas; en consecuencia, termina mezclando ambos derechos.

En cuarto lugar, el derecho de remuneración equitativa, es de gestión colectiva obligatoria de acuerdo a lo que prevé la norma, en virtud de lo mencionado anteriormente, estas últimas, tienen la obligación de ejercer su función recaudadora con responsabilidad y, de conformidad a lo que dispone la ley; no obstante, esto no significa que el propio autor, no pueda ejercer este derecho de manera directa.

En tal virtud, este derecho, no deberían ser: 'de gestión colectiva obligatoria', sino más bien, el autor debería tener la posibilidad de decidir si afiliarse a una sociedad de gestión colectiva y, consecuentemente percibir su derecho a través de ella en el caso de que le resulte más cómodo, o en su defecto si las circunstancias del caso lo ameritan, realizarlo de manera directa.

Ahora bien, ¿qué son las Sociedades de Gestión Colectiva? Se trata de personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, se encuentran previstas en el artículo 238 y siguientes del Código Ingenios; antes, se encontraban al amparo de lo dispuesto en la Ley de Propiedad Intelectual. Están conformadas por autores y titulares de derechos de autor y conexos; su función específica es defender los derechos morales y, administrar los derechos patrimoniales del autor así como también sus derechos conexos.

Las Sociedades de Gestión Colectiva que operan en el Ecuador, son las siguientes:

1. SAYCE: Sociedades de Autores y Compositores del Ecuador.
2. SOPROFÓN: Sociedad de Productores de Fonogramas.
3. EGEDA: Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales del Ecuador.

4. SARIME: Sociedad de Artistas Intérpretes y Músicos Ejecutantes del Ecuador.
5. UNIARTE: La Unión de Artistas Audiovisuales del Ecuador.

En quinto lugar, el derecho a la remuneración equitativa, genera un desincentivo terrible para el autor. A lo que me refiero precisamente es que por ejemplo: en las compañías en las que los trabajadores están constantemente creando, lo que sucede es que los empleadores, efectivamente reconocen este 40%, pero a su vez, como una “forma de compensación”, bajan la remuneración, quitan comisiones, etc.

Finalmente, es evidente que la regulación que da el Código Ingenios a los derechos morales es contraria a su naturaleza propia; esto, en virtud de que existen derechos morales que no debería tener ningún tipo de limitación para su protección; quizás algunos de ellos, en el fondo tiene el sustento jurídico que justificaría el porqué de su regulación; sin embargo otros, han sido limitados en su protección sin razón alguna, inclusive, contrariando lo previsto en importantes Tratados Internacionales ratificados por el Ecuador.

En cuanto a los derechos patrimoniales, el artículo 120, hace referencia y cita un último derecho: “la puesta a disposición del público de las obras, de tal forma que se pueda acceder a ellas desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elijan” (Código Ingenios, 2016:27). Sin embargo, no se lo explica en ninguna parte del Código con posterioridad; además, no se incluye un último derecho patrimonial importante: el derecho a la reventa de obras plásticas previsto en el artículo 158 del mismo cuerpo normativo.

Por otra parte, no cabe duda de que el artículo 121, relativo al nuevo derecho patrimonial que se incorpora (derecho a la remuneración equitativa), no prevé los

diferentes casos que podrían darse en la práctica, además, su regulación es anti técnica, confusa, carente de técnica jurídica y, contraria a la naturaleza propia de estos derechos.

De esta manera, si bien existen artículos que se encuentran debidamente regulados, por ejemplo, los artículos referentes al ejercicio y adquisición de los derechos morales, los cuales, podrían no reformarse en el fondo sino más bien enriquecerse de mayor fundamento jurídico; existen otros artículos, que necesariamente requieren de una reforma expresa, puntualmente :

- ✓ El inciso final del artículo 118 en lo referente al plazo de protección de ciertos derechos morales.
- ✓ El artículo 120, en el sentido de que se debería incluir el derecho a la reventa como un último derecho patrimonial. A más de proponer, que se elimine el último derecho patrimonial por ya incluirse en la comunicación pública de las obras o, en su defecto se incluya un artículo como en los demás casos, que lo explique.
- ✓ El artículo 121, para que exista una regulación lógica del derecho a la remuneración equitativa, que permita su aplicación de acuerdo a las circunstancias que podrían darse en la práctica, que guarde armonía con su naturaleza propia y sobretodo que sea convertida en un derecho, que incentive a los autores a crear en vez de desincentivarlos.

CAPÍTULO III

LOS DERECHOS DE AUTOR, PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO INGENIOS

En este capítulo se realizará una propuesta de reforma al Código Ingenios en lo relativo a la Sección IV: Contenido del Derecho de Autor.

Esta propuesta no reformará todos los artículos de la sección en referencia, pues algunos de ellos se encuentran regulados correctamente (artículos 101, 102, 119).

Por tanto, estos últimos, únicamente se explicarán con mayor claridad y de manera más amplia para su mejor comprensión y aplicación.

La reforma se centrará en el artículo 118: derechos morales, artículo 120: derechos patrimoniales y, artículo 121: derecho a la remuneración equitativa.

La finalidad de esta propuesta será, crear una normativa que guarde armonía con el contexto internacional y la técnica intelectual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

REPÚBLICA DEL ECUADOR

EL PLENO DE LA ASAMBLEA

CONSIDERANDO:

Que, el Artículo 322 de la Constitución de la República del Ecuador, señala que:

“Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley. Se prohíbe toda forma de apropiación de conocimientos colectivos, en el ámbito de las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales. Se prohíbe también la

apropiación sobre los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad”.

Que, el Artículo 22 de la Constitución de la República consagra el derecho de las personas a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o, artísticas de su autoría.

Que, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación - Código Ingenios- entró en vigencia tras ser publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 899 el 09 de diciembre de 2016 y, trajo consigo cambios significativos e importantes en materia de derechos de autor.

Que, con la entrada en vigencia del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación - Código Ingenios-, los artículos 118 y 120 de la Sección IV del Contenido del Derecho de Autor: derechos morales y patrimoniales y, el artículo 121 relativo a la derecho a la remuneración equitativa, no se encuentran regulados conforme lo previsto en la Constitución de la República del Ecuador y los diferentes Tratados Internacionales; consecuentemente, acarrear problemas prácticos al momento de su aplicación.

Que, en razón de lo mencionado anteriormente y considerando que, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación - Código Ingenios- prevé un régimen jurídico que no guarda armonía con la naturaleza propia de los derechos de autor y que, algunos artículos de la Sección IV del Contenido del Derecho de Autor relativos a los derechos morales y patrimoniales no guardan armonía con disposiciones de la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, es necesaria una reforma expresa de ciertos artículos para que exista correspondencia con las leyes del Ecuador.

La Asamblea Nacional, en ejercicio de su facultad prevista en el artículo 120 numeral 6 de la Constitución de la República, expide las siguientes reformas al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación:

Artículo 1.- Se reforma el artículo 101 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el cual en adelante dirá:

“Artículo 101.- Protección y ejercicio de los derechos de autor.- El derecho de autor comprende las facultades morales y patrimoniales.

Los derechos de autor nacen y se protegen automáticamente por la sola creación de la obra; su protección y tutela no dependerá de su valor, así como tampoco de su destino, mérito o finalidad.

El ejercicio de los derechos comprendidos en este título no está limitado a registro ni cumplimiento de solemnidad alguna. La finalidad del registro es meramente declarativa, reconoce la existencia de un derecho más no es constitutiva del mismo.

Se encuentra protegida la forma por medio de la cual, las ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos son explicados; sin embargo, si una idea sólo tiene una forma única de expresión, dicha forma no quedará sujeta a protección, así como tampoco están protegidas esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.

Los derechos de autor son independientes del objeto material en el cual está incorporada la obra, de los derechos de propiedad industrial y, obtenciones vegetales”.

Artículo 2.- Se deroga el artículo 102 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Artículo 3.- Se agrega antes del último inciso del artículo 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, un párrafo que en adelante dirá:

“Artículo 118.- Derechos morales.-

La violación de los derechos morales, facultará a su autor, al ejercicio de las acciones correspondientes contempladas por la ley”.

Artículo 4.- Se reforma el último inciso del artículo 118 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el cual en adelante dirá:

“Artículo 118.- Derechos morales.-

El ejercicio de los derechos completados en los numerales 2, 3 y 4 corresponderán una vez fallecido el autor, a sus sucesores sin límite de tiempo.

El derecho contemplado en el numeral 1, será limitado y, podrá ser ejercido por los sucesores del autor, durante setenta años después de su muerte”.

Artículo 5.- Se agrega en el artículo 119 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación un último inciso, el cual en adelante dirá:

“Artículo 119.- Derechos de los causahabientes.-

Es decir, fallecido el autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderán a sus sucesores setenta años después de su muerte”.

Artículo 6.- Se deroga el numeral 6 del artículo 120 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación.

Artículo 7.- Se incluye en el artículo 120 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, un último derecho patrimonial (numeral 6):

“Art.120.- Derechos Patrimoniales.-

6.- Reventa de obras plásticas”.

Artículo 8.- Se incluye un último inciso en el artículo 120 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el cual en adelante dirá:

“Art.120.- Derechos Patrimoniales.-

La explotación de la obra sin la autorización de su autor, faculta al titular de los derechos de autor a ejercer las acciones correspondientes, con las limitaciones que señala la ley”.

Artículo 9.- Se reforma el artículo 121 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, el cual en adelante dirá:

“Art. 121.- Derecho de remuneración equitativa.- Se reconocen a favor del autor, salvo renuncia expresa, el derecho a la remuneración equitativa como compensación de ciertos usos o formas de explotación de su obra que se encuentran previstos específicamente en este Código.

El autor percibirá a través de un pago único, un porcentaje por la explotación de su obra; porcentaje que se determinará, por la libre negociación entre las partes. Para el cálculo del valor correspondiente, se deberá estar a lo que dispone el respectivo Reglamento a este Código y, su Instructivo.

En caso de no existir acuerdo entre las partes, el porcentaje de explotación, se determinará por lo previsto en el respectivo Reglamento y su Instructivo.

Los derechos de remuneración equitativa podrán ser recaudados a través de sociedades de gestión colectiva o directamente por el propio autor, de acuerdo a las circunstancias”.

En conclusión, en este proyecto de reforma al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación - Código Ingenios-, he propuesto lo siguiente:

- ✓ Derogar el artículo 102 e incluir en el artículo 101, todo lo relativo al ejercicio y adquisición de los derechos de autor.
- ✓ Incluir en el artículo 118, un nuevo inciso luego de la enumeración de los derechos morales, que se refiera a la posibilidad de los autores de ejercer las acciones que correspondan, para los casos en los cuales, se vulneren sus derechos.
- ✓ Reformar el último inciso del artículo 118, en el sentido de que al fallecimiento de los autores, el derecho oponerse a que una obra sea mutilada o modificada por un tercero sin autorización alguna, no prescriba cumplido su plazo de protección.
- ✓ Incluir al final del artículo 119, un último inciso que aclare que fallecido el autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus sucesores setenta años después de su muerte.
- ✓ Derogar el último derecho patrimonial del artículo 120: la puesta a disposición del público de las obras y, en su lugar incluir como último derecho patrimonial: el derecho a la reventa de obras plásticas.

✓ Reformar el artículo 121 en el sentido de que:

1. Se reconozca el derecho de remuneración equitativa, salvo renuncia expresa del autor;
2. Si no hay renuncia expresa, el porcentaje por esa explotación, se determinará por el acuerdo entre las partes;
3. En caso de no existir un acuerdo entre las partes, ese porcentaje se determinará (luego de realizar un estudio financiero) por lo que prevé el respectivo Reglamento al Código y su Instructivo.

CONCLUSIONES

Una vez finalizado el presente trabajo de investigación, se concluye lo siguiente:

- 1. La entrada en vigencia del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (Código Ingenios), trajo consigo cambios importantes y significativos en materia de derechos de autor.-**

Indiscutiblemente con la entrada en vigencia del Código, se dio un cambio trascendental en materia de derechos de autor, en virtud de que:

- ✓ La redacción de la mayoría de normas es confusa y carente de la técnica jurídica.
- ✓ Existen varios errores graves que deben analizarse y reformarse a lo largo de toda la redacción de la normativa; sin embargo, por motivos de extensión, no pueden ser objeto de este proyecto de estudio.
- ✓ Existen derechos morales extremadamente importantes que sin justificación ni fundamento jurídico alguno, cumplido su plazo de protección no son exigibles frente a terceros.
- ✓ Existen derechos patrimoniales que se encuentran enumerados en el artículo 121 del Código Ingenios; sin embargo, no se encuentran regulados ni desarrollados explícitamente en ninguna parte de Código, específicamente el último derecho patrimonial: la puesta a disposición del público de sus obras. Por su parte, existen otros derechos patrimoniales que se encuentran regulados en artículos posteriores, pero no incluidos dentro del listado de estos derechos; por ejemplo: el derecho de recibir una compensación por reventa de obras plásticas.
- ✓ El derecho a la remuneración equitativa (nuevo derecho que se incorpora), no se encuentra regulado con claridad, lo que genera problemas serios en la práctica;

más aún si no existe un Reglamento todavía que de alguna manera lo explique de mejor manera.

- ✓ La nueva regulación que se le ha dado a estos derechos, ha generado un desincentivo terrible para las personas que se encuentran creando constantemente, pues el fin que persigue este Código es eminentemente social y, lo que busca es que por principios constitucionales, la Propiedad Intelectual sea compartida por todos. Es decir, en pro del Buen vivir se busca la socialización de esta rama del derecho; enfoque completamente equivocado.

2. Lo que prevé el Código Ingenios respecto la adquisición y ejercicio de estos derechos es correcto y, de acuerdo a lo que disponen los diferentes Tratados y Convenios Internacionales.

Es importante señalar que del análisis realizado, se puede concluir que existen artículos que se encuentran regulados correctamente como por ejemplo el 101 y 102, que guardan armonía con lo previsto en diferentes Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Ecuador; pues como se dijo anteriormente, si la propia ley exigiría requisitos y formalidades adicionales para poder proteger las obras y permitir que sus creadores puedan obtener y ejercitar los derechos que surjan de las mismas, significaría que el ser humano ya no crearía tanto como lo hace ahora y consecuentemente, los derechos de autor ya no podrían ser considerados como instrumentos para el desarrollo de la sociedad.

Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, he realizado una propuesta que detallada y explica en un solo artículo de manera más amplia, lo relativo al ejercicio y adquisición de estos derechos; manteniendo todo aquello que se encuentra regulado

correctamente, pues considero que no es necesaria una reforma expresa de fondo como tal.

Finalmente, considero que si existe un particular el cual requiere de consideración y que me gustaría dejarlo sentado; puntualmente el tema de las ideas y su protección. La norma no puede limitar o dejar desprotegidas aquellas ideas que no puedan expresarse por más de una forma, los mecanismos y las leyes tradicionales de protección no puede converger dentro del mandato legislativo, como freno a la innovación y progreso social pues de hecho que existirán ideas que únicamente podrán plasmarse mediante una sola forma de expresión ya sea tradicional o inclusive diferente; en consecuencia, debería existir un replanteamiento sobre el tema para que no exista una falta de protección de ideas por no cumplir con el típico establecido en la norma, como requisito sine qua non.

3. Es indispensable una reforma expresa al inciso final del artículo 118 del Código Ingenios referente a los derechos morales.-

De acuerdo a lo previsto en el Código Ingenios, son dos los derechos morales que no podrán ser oponibles a terceros, una vez cumplido su plazo de protección: conservar la obra inédita o divulgarla y, oponerse a toda deformación, alteración, modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o la reputación de su autor.

Desde mi punto de vista, el hecho de que una vez cumplido el plazo de protección, el Estado pueda por ejemplo divulgar las obras, no me causa mucho ruido ni asombro; quizás, lo que se buscó a través de su limitación, es fomentar el derecho al acceso a la educación y la cultura. Lo ideal sería que este derecho no prescriba, pero si se pondera el interés público sobre el interés privado y particular, podría hacerlo.

Por el contrario, lo que si me sorprende, me llama la atención y, sin duda alguna me preocupa es que transcurrido cierto tiempo, se pueda modificar el corazón de una obra

por parte de terceros, sin autorización alguna. El hecho de modificar una obra sin el consentimiento de quienes ejercerían las facultades morales a nombre de su antecesor, es delicado, absurdo y contrario a la esencia y naturaleza de estos derechos. Cabe mencionar además, que la regulación dada por el Código es contraria a la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones –CAN-; en la cual, se evidencia la intención del Legislador Andino: que a través del Estado o instituciones especiales, se de una protección especial al derecho a la integridad de las obras.

En consecuencia, me cuestiono de qué sirve que el propio Código Ingenios reitere que los derechos morales son: irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles si una vez fallecido el autor y, transcurridos 70 años, sus sucesores no podrán ejercer derechos extremadamente importantes; generando un contrasentido.

Evidentemente, esto genera preocupación para los autores respecto de la protección que se le va a dar a su obra después de su muerte. En consecuencia, no se estaría cumpliendo con la finalidad propia de los derechos de autor: proteger y garantizar todo aquello que ha sido fruto del intelecto humano.

El capítulo III de este trabajo de titulación, propone una reforma al último inciso del artículo 118 del Código Ingenios, en el sentido de que al fallecimiento de los autores, derechos tan importantes como oponerse a que una obra sea mutilada o modificada por un tercero sin autorización alguna, ya no prescriba en un tiempo determinado sino más bien, permita que quienes ejerzan estos derechos a nombre del creador de una obra, continúen velando por el corazón y la esencia de ésta, precisamente por plasmar la personalidad de su autor.

El derecho a la divulgación de las obras, no se ha tocado en la propuesta, pues considero que existe un fundamento lógico y jurídico que lo respalda.

Finalmente, he colocado un nuevo inciso luego de la enumeración de los derechos morales, que se refiera a la posibilidad de los autores de ejercer las acciones que correspondan, para los casos en los cuales, se vulneren los derechos que les corresponden y, he incluido en el artículo 119 un último inciso que aclare que fallecido el autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus sucesores setenta años después de su muerte.

4. Es indispensable una reforma al artículo 120 del Código Ingenios referente a los derechos patrimoniales.-

Mi propuesta de reforma al artículo 120 del Código Ingenios es pequeña y puntual, pues únicamente:

- ✓ Deroga el último derecho patrimonial: la puesta a disposición del público de las obras y,
- ✓ En su lugar incluye como último derecho patrimonial: el derecho a la reventa de obras plásticas.

En mi opinión, es indispensable derogarlo pues no se trata de un derecho patrimonial independiente como tal; el propio Código, ya lo incluye dentro de la comunicación pública de las obras (numeral 2). De esta manera, en mi propuesta, ya no existiría el problema al que me he referido anteriormente: el legislador hizo referencia a este derecho en el artículo 120, pero al mismo tiempo olvidó desarrollarlo en artículos posteriores.

Finalmente, incluí como el último derecho patrimonial: la reventa de obras plásticas; en consecuencia, ya guardaría armonía con el artículo 158 del mismo cuerpo legal, que lo regula de manera explícita.

5. Es indispensable una reforma expresa al artículo 121 del Código Ingenios: derecho a la remuneración equitativa.-

El artículo 121, prescribe que la remuneración equitativa es un derecho irrenunciable que se reconoce a favor del autor, para percibir una remuneración por la explotación de su obra; sin embargo, una de las características propias de los derechos patrimoniales es que pueden renunciarse, en virtud de que la renuncia no se encuentra prohibida. En consecuencia, ¿por qué el autor no puede renunciar a la misma? ¿Qué sucede si decide donar su creación? Sin duda alguna, el Código debería darle al tema patrimonial un trato diferente.

Por otra parte, la redacción de la norma, es confusa y carente de la técnica jurídica; comienza haciendo referencia y explicando el derecho a la remuneración equitativa, pero en la parte final de la disposición normativa, ya se refiere también al derecho de recibir una compensación por reventa de obras plásticas. Quizás, la ubicación que le da el Código a este derecho es incorrecta; lo mejor hubiera sido incluirlo en el artículo 114, en el que ya se explica, que el autor percibirá el 40% sobre la explotación.

Considero además, que se podría decir inclusive que no se trata de un nuevo derecho patrimonial que incorpora el Código Ingenios; más bien, se trataría en términos generales, del derecho mismo a la explotación de la obras. A lo que me refiero precisamente es que si una persona cede cualquier derecho patrimonial sobre su creación, nace la obligación (como una consecuencia jurídica de la decisión de ceder), de que se le reconozca mínimo el 40% sobre la explotación de esa obra.

Ahora bien, con respecto a ese 40%, ¿cómo se lo estableció?, ¿en base de qué?, ¿cuál es la justificación lógica para que sea 40% y no 30% o 50%?; considero que la

cuantificación que se le ha dado a este derecho es antojadiza, sin fundamento jurídico, sin estudios económicos de por medio que reflejen lo que realmente sucede en la práctica.

También me cuestiono: cómo se aplica ese 40% desde un punto de vista económico: ¿sobre los ingresos totales?, ¿sobre la utilidad bruta?, ¿sobre la utilidad neta?; el Código Ingenios no explica, ni da pauta alguna de cómo hacerlo. Evidentemente, esto genera un verdadero problema, más aún si todavía no contamos con un Reglamento que de alguna manera lo aclare.

El tema de una compensación equitativa al autor es lógica, la intención del Código de reconocer ese derecho es buena; pero para ello, se debió analizar todo un contexto no solo jurídico sino además económico para poder crear una norma útil, que sea aplicable, que sirva.

Finalmente, este derecho, no deberían ser: 'de gestión colectiva obligatoria', sino más bien, el autor debería tener la posibilidad de decidir si afiliarse a una sociedad de gestión colectiva y, consecuentemente percibir su derecho a través de ella (si le resulta más cómodo), o en su defecto si las circunstancias del caso lo ameritan, realizarlo de manera directa. Es decir, en algunos casos tendrá mucho sentido la existencia de estas sociedad, por ejemplo: aquellos casos en las que resultará imposible que los propios autores persigan el destino de sus obras por todo el mundo; pero en otros casos, es lógico que sea el propio autor quien de manera directa realice la recaudación de la remuneración (obras creadas en las instituciones de educación superior).

En virtud de lo señalado anteriormente, el capítulo III de este trabajo de titulación, propone una propuesta de reforma al artículo 121 del Código Ingenios, en el sentido:

- Que se reconozca a favor del autor (salvo renuncia expresa), el derecho de remuneración equitativa como compensación de ciertos usos o formas de la explotación de su obra.
- Que en caso de que no exista renuncia expresa a este derecho, el autor perciba a través de un pago único, un porcentaje por la explotación de su obra; porcentaje que se determinará, por la libre negociación entre las partes.

Una vez negociado el porcentaje que percibirá el autor por esa explotación, el siguiente paso será determinar sobre qué fuente calcular ese porcentaje:

- ✓ Ingresos totales o,
- ✓ Utilidad bruta o,
- ✓ Utilidad neta.

Aquí, el aporte de los economistas jugará un papel muy importante, pues serían ellos quienes realizarían los estudios financieros pertinentes y, concluirían en un Reglamento y su Instructivo (que se deberá crear) sobre que fuente calcular y que formula aplicar, dependiendo del tipo de obra, su valor u otras variables que se podrían analizar.

Es decir, la modalidad sería la siguiente:

1. Las partes negocian libremente el porcentaje que le corresponderá al autor como compensación de la explotación de su obra,
 2. Acuden al Reglamento y determinan sobre que fuente calcular ese porcentaje,
 3. Aplican la fórmula y calculan el valor.
- En caso de que no exista renuncia expresa a este derecho y tampoco sea posible llegar a un acuerdo entre las partes, los economistas sean quienes nuevamente en base de un estudio financiero o en base de la construcción de un modelo

económico, concluyan en un Reglamento y su Instructivo (que se deberá crear) el porcentaje de explotación más óptimo para ambas partes y, la fuente (ingresos totales, utilidad bruta o, utilidad neta) sobre la cual se calculará, el derecho que percibirá el autor a través de un pago único.

En este supuesto, de igual manera, deberán considerar el tipo de obra y su valor, entre otras variables que puedan analizarse, pues no será lo mismo establecer un porcentaje de explotación sobre una creación evaluada en millones de dólares que en una que no representa ni la mitad de ese valor.

El estudio deberá además, estar enfocado y direccionado a establecer un porcentaje y, una forma de cálculo que no desincentive ni a las empresas a invertir ni a los autores a crear. Es sumamente importante este trabajo conjunto, pues en este caso, la fijación del porcentaje no sería antojadiza sino más bien respaldada por estudios que reflejen la realidad.

En conclusión, la última posibilidad sería la siguiente:

1. Las partes acuden al Reglamento y determinan el porcentaje que le corresponderá al autor, como compensación de ciertos usos o formas de la explotación de su obra,
 2. Determinan sobre qué fuente calcular ese porcentaje,
 3. Aplican la fórmula y calculan el valor.
- Finalmente, este derecho no será de gestión colectiva obligatoria, sino también facultará al autor para percibir su derecho de manera directa si le resulta más cómodo y factible.

BIBLIOGRAFÍA:

- Arosemena Burbano. F (2011). *Derecho de Autor para Autores y Empresarios*. . Quito, Ecuador: Empresdane gráficas.
- Barberán Molina, P. (2010). *Manual práctico de propiedad intelectual*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Bernate Ochoa, F., & García Troncoso. M. (2011). *Derecho de Autor y Protección Penal del derecho de autor*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Lipszyc. D. (2000). *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, Argentina: Zavalía.
- Fernández Delpech, H. (2011). *Manual de los derechos de autor*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Pazmiño Ycaza, A. (2014). *La Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana comentada y en concordancia con la normativa Comunitaria Andina, los Convenios Internacionales y la jurisprudencia comparada*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Rengifo García, E. (1996). *Propiedad Intelectual: El moderno derecho de autor*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial 87 Ltda.
- Villacreces Francisco (2007). *Propiedad Intelectual*. Loja, Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.

CUERPOS NORMATIVOS:

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito, Ecuador: Asamblea Constituyente.
- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. (2016). Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.

- Código Civil Ecuatoriano. (2005). Quito, Ecuador: Congreso Nacional.
- Ley de Propiedad Intelectual. (2006). Quito, Ecuador: Congreso Nacional.

SITIOS WEB:

- Antequera Parilli. R. (2007). *El Derecho de Autor. Naturaleza Jurídica*. Obtenido de: <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=5>.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. (1886). Obtenido de: https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=283698.
- Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, CAN relativa al Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (1993). Obtenido de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/can/can010es.pdf>.
- Rodríguez Ruíz, M. (2007). *Los nuevos desafíos de los derechos de autor en Ecuador*. Obtenido de: [http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/214/1/SM/\(-Rodríguez-Los Los nuevos desafíos de los derecho de autor en Ecuador.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/214/1/SM/(-Rodríguez-Los%20nuevos%20desafíos%20de%20los%20derechos%20de%20autor%20en%20Ecuador.pdf).