

Por favor agregar a la carpeta del estudiante. J.V. 7/2018/04/15

**Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.
Francisco Salazar E14-125 y Mallorca
Quito**

Quito, 10 de abril de 2018

Doctor
Gonzalo Vaca Dueñas
Secretario de la Facultad de Jurisprudencia
Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Ciudad

Ref. Oficio Nro. 269-SJG-2018 / Tesis Sr. Luis Alfredo García Paredes

De mi consideración:

En respuesta al pedido formulado mediante Oficio Nro. 269-SJG-2018 referente a la tesis previa a la obtención del título de abogado, titulada **“LA OBSERVANCIA DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA LEGISLACION ECUATORIANA. ANALISIS CON REFERENCIA ESPECIAL AL AMBITO DE LOS DERECHOS DE AUTOR”**, elaborada por el señor **LUIS ALFREDO GARCIA PAREDES**, en mi condición de profesor informante designado por el señor Decano, tengo a bien participarle lo siguiente:

No cabe duda que el tema es relevante desde el punto de vista teórico y práctico. Sin embargo, habría sido deseable un enfoque más específico que se viera reflejado en la referencia especial aludida en el título, en las materias tratadas, así como en las conclusiones. La amplitud con la que se lo ha formulado explicaría la abundancia de aspectos generales de la propiedad intelectual que evidencian sus contenidos, en desmedro de cuestiones más puntuales del Derecho de Autor que, a mi juicio, debieron incluirse.

Sus aspectos formales se ajustan a las normas metodológicas de la Universidad, por lo que no admiten observaciones.

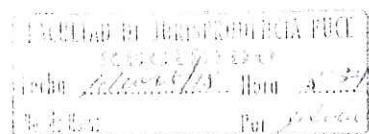
Las fuentes consultadas van a tono con la disponibilidad de nuestro medio.

Como en todo trabajo de investigación, existen ciertas apreciaciones personales del alumno con las que no coincido totalmente, lo que no impide debatirlas a la hora de su defensa.

Salvo un mejor criterio, se lo califica con la nota de 9/10.

Atentamente,

Manuel Fernández de Córdoba V.
Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.



Quito, D.M. a 19 de marzo de 2018

*Seo: Por favor apruebe a la
carpetas del estudiante
R.R.M. 2018/03/19*

Doctor
Gonzalo Vaca
SECRETARIO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE
Presente.-

De mi consideración:

El trabajo de disertación denominado "La observancia de los derechos de propiedad intelectual en la legislación ecuatoriana, análisis con referencia especial al ámbito del derecho de autor", realizado por el señor Luis Alfredo García Paredes, presenta una descripción del actual régimen de observancia de los derechos intelectuales.

En primer lugar me referiré al aspecto formal, es así que durante la lectura y revisión del trabajo es observable la licencia que toma el estudiante al decir que las normas legales "estipulan", cuando aquello es incorrecto, puesto que la estipulación es propia únicamente de los contratos.

En lo que se refiere al fondo del trabajo, la tesina representa un ejercicio principalmente descriptivo de la observancia de los derechos intelectuales; no obstante a lo largo de la tesis no se logra identificar de manera clara y explícita el problema jurídico que el estudiante pretende abordar.

Si bien es importante mantener un adecuado desarrollo teórico, no es menos cierto que se debe identificar y profundizar de manera adecuada en el problema jurídico objeto de estudio. El propósito de los trabajos de disertación consiste tener una hipótesis y buscar probarla a través de una postura sustentada en la doctrina y la jurisprudencia, situación que no ocurre en el trabajo en cuestión, lo que se evidencia de forma clara al leer las conclusiones y recomendaciones planteadas, las mismas que resultan obvias y poco desarrolladas.

Por las razones expuestas, luego de haber revisado la disertación previa a la obtención del título de abogado "La observancia de los derechos de propiedad intelectual en la legislación ecuatoriana, análisis con referencia especial al ámbito del derecho de autor", realizado por el señor Luis Alfredo García Paredes, cúpleme indicar que la califico con un puntaje de 7/10.

Atentamente,



Ramiro Rodríguez Medina, MSc
Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE

RECEBIDO
19/03/2018
12

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO**

**La Observancia de los derechos de propiedad intelectual en la
legislación ecuatoriana. Análisis con referencia especial al
ámbito de los derechos de autor.**

LUIS ALFREDO GARCÍA PAREDES

DIRECTOR: DR. ESTEBAN JOSÉ ARGUDO CARPIO

Quito, 2018.

Dedicatoria

Dedico esta disertación a mi familia, mi apoyo constante e incondicional.

Agradecimientos

Agradezco a Dios por las bendiciones, fuerza y sabiduría,

A mi familia, por ser mi ejemplo y mi fortaleza.

A mis amigos, quienes acompañaron mi paso por la universidad, largas jornadas de estudios, proyectos y conversaciones incesables.

A Esteban Argudo Carpio, director de esta disertación, por la comprensión, apoyo y consejo.

A la PUCE, mi alma mater, en la cual pase gratos momentos de mi vida estudiantil y en donde entendí que hay que ser más para servir mejor.

Resumen

En la legislación ecuatoriana, el veintiséis de diciembre del año dos mil dieciséis, se introdujo una nueva figura legal desarrollada dentro del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, también conocido como Código Ingenios. Esta figura pretende proteger los derechos de autor; sin embargo, debe ser analizado en forma y fondo, en base a la doctrina y estándares internacionales, de manera que se pueda concluir si su aplicación responde al espíritu de la norma.

El problema surge al no existir una normativa desarrollada que permita una aplicación técnica en virtud del principio de legalidad. Por lo cual nace la hipótesis de la presente disertación: El ejercicio de la observancia negativa, permite evadir el cumplimiento de los derechos de autor, dentro de la legislación Ecuatoriana.

Para poder llegar a determinar si la hipótesis se cumple o no, la presente disertación realiza un análisis general de los derechos de autor, permitiendo un panorama amplio y suficiente para el entendimiento de lo que se desarrolla en el segundo capítulo, el cual es el contenido de la observancia dentro de la propiedad intelectual para que en un ejercicio interpretativo se pueda analizar a la observancia negativa.

Además, se concluye haciendo un complemento con criterios impartidos por autoridades del órgano técnico que está destinado a aplicar la norma en cuestión.

Abstract

In the Ecuadorian legislation, a new legal figure was introduced on December twenty-sixth of the year two thousand and sixteen, which was developed within the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, also known as “Código Ingenios”. This figure aims to protect copyright; however, its form and basis must be analyzed based on doctrinal and international standards, so that it can be concluded if its application responds to the spirit of the norm.

The problem arises because there is no developed regulation that allows a technical application under the principle of legality. therefore, the hypothesis of the present dissertation is: The exercise of negative observance, allows evading the fulfillment of copyright, within the Ecuadorian legislation.

In order to determine if the hypothesis is fulfilled or not, the present dissertation makes a general analysis of copyright, allowing a broad and sufficient panorama for the understanding of what is developed in the second chapter, which is the content of the observance within the intellectual property, so that the negative observance can be analyzed in an interpretative exercise.

In addition, the conclusion is reached by complementing the analysis with criteria provided by authorities of the technical institution that is intended to apply the rule in question.

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO I: DERECHOS DE AUTOR.....	8
1.1 Antecedentes históricos.	8
1.2 Contenido de los derechos de autor.	13
Derechos Morales.....	14
Derecho de Divulgación	14
Derecho de Paternidad.....	15
Derecho de integridad.....	15
Derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra	16
Derechos Patrimoniales	16
Independencia de los derechos	16
Limitaciones:	16
Los derechos patrimoniales establecidos en el Código Ingenios.....	17
1.3 Limitaciones y excepciones respecto de los derechos	19
Vigencia del derecho patrimonial de autor.....	19
1.4 La obra como objeto del derecho de autor.	20
Características.....	20
Titularidad, ejercicio y cesión del derecho de autor	21
1.5 Protección de los derechos conexos.	22
Artistas intérpretes y ejecutantes	23
Productores de Fonogramas (grabaciones sonoras).....	23
Organismos de radiodifusión.....	23
Duración de la protección de los Derechos Conexos.-	24
CAPITULO II: OBSERVANCIA EN LOS DERECHOS DE AUTOR.	24
2.1. Definición	24
2.2 Fundamentación Doctrinaria.-	26
2.3 La observancia en los instrumentos internacionales	30
2.5 La Observancia en la Legislación Ecuatoriana.	40

2.6 Precedentes jurisprudenciales de la utilización de la observancia como garantía de los derechos de autor.....	62
La observancia del derecho de marcas en la jurisprudencia.....	62
La observancia dentro de criterios sobre Patentes.....	65
La observancia en materia de derechos de autor.....	66
CAPITULO III: LA OBSERVANCIA NEGATIVA.....	68
3.1 Legislación Ecuatoriana.....	68
3.2 Análisis de la figura legal.....	71
3.3 Crítica a los parámetros de interpretación.....	76
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	81
Conclusiones.....	81
Recomendaciones.....	83
Bibliografía.....	84
Anexos.....	88

INTRODUCCIÓN:

La presente disertación tiene por objetivo analizar la naturaleza de la observancia negativa y las consecuencias de su aplicación respecto a los derechos de autor. Partiendo del planteamiento del problema, el cual es, que dentro de la legislación ecuatoriana se ha implementado en el Código de Ingenios la figura de la observancia negativa que sugiere una protección de los derechos de autor. Sin embargo, esta plantea un modelo con el cual se puede evadir el cumplimiento de los derechos de autor, al permitir previo visto bueno de la autoridad a realizar actos contrarios al respeto de los mismos. Teniendo por hipótesis: El ejercicio de la observancia negativa, permite evadir el cumplimiento de los derechos de autor, dentro de la legislación ecuatoriana.

Para el ejercicio académico del análisis de esta hipótesis se realizará un estudio dividido en tres capítulos, dentro del primero se hará referencia a los derechos de autor, delimitando el ámbito de estudio e identificando las particularidades propias de los derechos de autor, iniciando con un análisis histórico, para poder analizar el contenido de los mismos, sus limitaciones y excepciones, los derechos conexos y demás particulares de esta división de los derechos de propiedad inmaterial. En el segundo capítulo se analiza la observancia partiendo desde su definición y fundamentos doctrinarios, para poder analizar cómo se ha positivizado la misma en los instrumentos internacionales y la legislación ecuatoriana, con una referencia jurisprudencial vista desde una triple perspectiva de marcas, patentes y derechos de autor.

Con los antecedentes referidos, en el tercer capítulo se analizará la observancia negativa, desde su concepción legal, análisis de la norma y referencia en los criterios de aplicación de esta desde la autoridad técnica pertinente, permitiendo concluir desde un estudio profundo sobre si la observancia negativa es o no un mecanismo de evasión del cumplimiento de los derechos de autor.

CAPÍTULO I: DERECHOS DE AUTOR

1.1 Antecedentes históricos.

Es inevitable que para desarrollar este tema se deba partir de los antecedentes de los derechos de autor, para lo cual es necesario remontarse varios siglos atrás en la historia. En la transición de la edad media hacia los tiempos modernos en Europa, nuevas invenciones aparecían y posteriormente se iban perfeccionando gracias a los medios de comunicación.

Con la invención de la imprenta realizada por Gutenberg¹ en el siglo XV, se tuvo un mayor alcance de personas, el cual abrió puertas a nuevos fenómenos dentro de la sociedad y uno en específico: el de poder difundir información, obras literarias, entre otros. Entonces, posterior a realizar la reproducción de las obras, más un método de difusión sencillo, se marcó un fenómeno sin precedente trascendiendo áreas geográficas pese a las dificultades que esto representaba para la época. Así, se inicia un mercado que se vería influenciado posteriormente por la economía de escala², el cual podía ser potencialmente susceptible a falsificaciones. Un ejemplo es precisamente el de Gutenberg con su vinculación con la imprenta y después de imprimir su biblia, John Fust se dirigió a Paris con el fin de comercializar este bien a ciertos académicos, sin embargo, no fue bien recibido ya que fue acusado de haber hecho un pacto con el demonio, por lo cual debió huir de la Santa Inquisición porque no encontraron explicación lógica del por qué poseía tal cantidad de ejemplares (Zavalía, 2015).

No pasó mucho tiempo hasta que se tornó común la práctica de las reimpressiones, esto tuvo como resultado el rechazo por parte de los autores de las obras y por lo tanto, las autoridades se veían presionadas a tomar alguna decisión que evite estas prácticas. Este antecedente histórico permite situarnos en el origen de un fenómeno que perduraría hasta la actualidad, que es la piratería y la pugna contra ella. Éste se puede tomar como un primer símbolo de la aparición o reconocimiento de los derechos de autor, debido a

¹ Orfebre alemán, en aquel entonces Sacro Imperio Romano Germánico, nació en Maguncia en los años de 1400. Fue reconocido por la impresión de su Biblia, la cual constaba tan solo de cuarenta y dos líneas.

² La economía de escala se refiere al poder que tiene una empresa cuando alcanza un nivel óptimo de producción para ir produciendo más a menor costo, es decir, a medida que la producción en una empresa crece, sus costos por unidad producida se reducen.

que estos generaban un perjuicio económico y el desconocimiento de la autoría de las obras (Ulrich, 1997, pág. 8).

Existió un monopolio de concesión a los impresores de determinadas ciudades respecto a ciertas obras que se denominada “privilegio”, contaba con algunas características que limitaba la impresión y tenía una duración específicas por quien lo autorizaba en la época. El privilegio era un primer intento de protección de los derechos de autor, esta concesión solo se refería a la impresión y no a la protección total de la obra. Frente a esto, el Papa Alejandro VI publicó una Bula³ en el siglo XVI emitiendo su criterio contrario a la existencia de la licencia de impresiones (Pool, 1983). El primer antecedente que se encuentra sobre los “privilegios” se concedió en la República de Venecia, sobre la obra *‘Rerum venetarum ab urbe condita opus’*, de Marcu Antonius Cocciu. (Armstrong, 1990, pág. 3)

Inglaterra inicia dando un beneficio a los autores, estableciendo la exclusividad sobre sus obras para reproducirlas como un derecho del autor y poniendo fin a un largo monopolio que había adquirido arbitrariamente la Compañía de Impresores en 1557. El Estatuto de la Reina Ana de 1709, promulgado en 1710 suprimió por completo este monopolio al atribuir al autor el derecho único de imprimir o de disponer de los ejemplares de una obra. El nombre completo de este estatuto es “*An Act for the Encouragement of Learning, by vesting the Copies of Printed Books in the Authors or purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned*”⁴. Este hecho marca un primer antecedente de los derechos de autor (Bently, 2003, pág. 135).

En 1789, en torno a la Revolución Francesa, los privilegios que ya existían se vieron fortalecidos en torno a los Decretos de 1791⁵ y 1793⁶, los cuales reconocieron a los autores la facultad de poder prohibir la reproducción de todas sus obras. Se dio un paso

³ Una Bula es un documento sellado en el material plomo el cual versa sobre asuntos políticos y religiosos. Para que sea pontificio o papal debe ir autenticado con el sello del mismo.

⁴ Traducción: ley para estimular el aprendizaje, mediante la autorización de las copias de libros impresos a los autores o investigadores de tales copias, durante el tiempo mencionado, este otorgaba el derecho al autor sobre su obra.

⁵ El 13 de enero de 1791 se promulgó en Francia el primer texto que consagraba el derecho de representación del autor sobre su obra dramática, basado en las reivindicaciones propugnadas por Beaumarchais, fundador en 1787 de la Sociedad de Autores Dramáticos.

⁶ El decreto surge efectos en el sentido que logra que la soberanía absoluta del monarca de derecho divino se transmita a la Nación, a la que sustituye al mismo tiempo la del creador-demiurgo, investido a su vez de un “derecho inviolable y sagrado”.

que genera un precedente al considerar que la propiedad de un autor es la más sagrada y personal de todas las propiedades, lo que logró la elaboración futura por la vía jurisprudencial de aquello que en la actualidad se conoce como Derecho Moral que inició en 1814 (López, 2017).

En ese orden cronológico, aparece después la **Convención de París 1883**, que es reconocida por desarrollar el primer instrumento internacional de protección a la propiedad industrial. Este instrumento se sustenta principalmente en tres principios:

1) El de trato nacional en el que se toma en cuenta la protección de la propiedad industrial sobre los Estados Contratantes, los mismos que deberán proteger además de los nacionales, de la misma forma, a las invenciones extranjeras.

2) El de prioridad que, en relación con las patentes y marcas, se fundamenta en que, con la primera solicitud de patente de invención o de registro de la marca presentándola en uno o más de los Estados Contratantes dentro de un plazo determinado, podrán solicitarla en cualquiera de los demás Estados y serán consideradas presentadas el mismo día de la primera solicitud.

3) En este convenio existen también algunas normas comunes a las que todos se deben regir:

a) **Patentes:** Son concedidas en diferentes Estados, son independientes entre sí y su concesión no las obliga en los demás de conceder otra patente. La misma no podrá ser denegada, anulada o caducada en un Estado por el hecho de haber sido denegada, anulada o caducada en otro Estado contratante. El inventor siempre será mencionado en la patente.

b) **Marcas:** Se rigen por el derecho interno de los Estados contratantes, es por ello que no se podrá rechazar ninguna solicitud de registro de una marca presentada, tampoco invalidar su registro. Una vez que se obtiene este registro se considera automáticamente una marca independiente de las marcas en el Estado contratante. Cuando la marca fue debidamente registrada en su país de origen deberá ser admitida para su correcto depósito y protegida como todas las demás.⁷

⁷ Adoptado en 1883, el Convenio de París fue revisado en Bruselas (1900), en Washington (1911), en La Haya (1925), en Londres (1934), en Lisboa (1958) y en Estocolmo (1967), y, finalmente, fue enmendado en 1979.

- c) **Modelos industriales:** deben estar protegidos en todos los Estados contratantes y no se podrá denegar la protección sustentando que no fueron fabricados en aquel Estado.
- d) **Nombres Comerciales:** serán objeto de protección en todos los Estados Contratantes sin necesidad de su depósito o registro.
- e) **Competencia desleal:** Se asegurarán todos los Estados Contratantes de brindar una protección eficaz contra la competencia desleal (Paris, 1883).

La protección a los derechos de autor tomaba fuerza hasta llegar al **Convenio de Berna en 1886**, mismo que busca asegurar la protección a las obras literarias y artísticas y los derechos de quienes con esfuerzo las crearon. Su origen se da en tres principios básicos, los mismos que se dividen de esta manera:

1. Las obras que se originen en uno de los Estados contratantes serán objeto de protección en todos los Estados adheridos al Convenio por el Principio de Trato Nacional.
2. No existirá subordinación al cumplimiento de formalidades para la protección por el Principio de Protección Automática.
3. Existe independencia de protección en el país de origen de la obra por el Principio de Independencia de la Protección, tomando en cuenta que si en un Estado se mantiene un plazo más largo de protección que el mínimo del convenio y llega a cesar la protección de la obra en el país de origen, la protección se podría negar en cuanto la hayan negado en su país de origen (Cassanas, 1886).

Entre las condiciones mínimas de protección brindadas por el Convenio de Berna a las obras, existen:

- a) La protección tendrá un alcance para todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión.
- b) Tomando en cuenta algunas limitaciones, reservas y excepciones permitidas, algunos de los derechos se deberán reconocer como derechos exclusivos de autorización.
 - Derecho a realizar adaptaciones y arreglos
 - Derecho a traducir
 - Derecho a representar y ejecutar en publico
 - Derecho a transmitir las en público
 - Derecho de radiodifundir

- Derecho de realizar una reproducción (OMPI, 2017).

Este convenio prevé la protección de los Derechos Morales, resaltando a la paternidad de las obras y evita con ello cualquier modificación que afectare en su esencia a la misma.

- c) Con respecto a la duración, se debe basar en el principio general que otorga protección por un plazo de 50 años posteriores a la muerte del autor. Pero en el caso de obras anónimas y seudónimas, el plazo caducará 50 años después de que la obra haya sido accesible al público. Las obras de arte aplicadas y obras fotográficas tienen un plazo de 25 años contados desde la realización de la obra (López, 2017).

Este Convenio estipula también las excepciones en materia de derechos económicos y en los casos en que las obras protegidas puedan ser utilizadas sin autorización del propietario del derecho y sin dar ningún tipo de compensación; esto es lo que se conoce como Libre Utilización (Berna, 1886).

En el mismo, en 1891, sale a la luz de la protección de la propiedad intelectual, el Arreglo de Madrid relativo al **Registro Internacional de Marcas**⁸. Este sistema permite que exista protección para las marcas en distintos países mediante la obtención de un registro internacional que será correctamente solicitado por cualquier persona física o jurídica que tenga vinculación estableciendo su domicilio y nacionalidad (Madrid, 1891).

En el año 1893 se crean las Oficinas Internacionales Reunidas para la Protección de la Propiedad Intelectual, conocidas como BIRPI, después de una fusión de las secretarías encargadas de la administración de los convenios de Berna y París. Con el paso de los años y con este primer hito, las BIRPI se convierten en la mundialmente reconocida OMPI o Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁹. Los dos objetivos principales de este convenio son: fomentar la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo y asegurar la cooperación administrativa entre las uniones que entienden en materia de propiedad intelectual y que han sido establecidas por los tratados de la OMPI.

⁸ Adoptado en 1891, revisado en Bruselas (1900), en Washington (1911), en La Haya (1925), en Londres (1934), en Niza (1957) y en Estocolmo (1967), y enmendado en 1979;

⁹ El Convenio de la OMPI, el instrumento constitutivo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), fue firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, entró en vigor en 1970 y fue enmendado en 1979.

Este Convenio, además, busca complementarse con la creación de reglas y normas para el cumplimiento y observancia de los derechos de propiedad intelectual y el complemento con todos los tratados internacionales referentes a este ámbito. Asimismo, busca brindar asistencia técnica y jurídica a los Estados, además de actividades de normalización y clasificación internacional en lo que respecta a la documentación relativa a patentes, marcas, dibujos y modelos industriales.

Se podrá adscribir a la OMPI cualquier Estado que pertenezca a las Naciones Unidas, que sean parte del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o ser invitado por la Asamblea General de la OMPI. Esta conferencia está conformada por los Estados miembros y sus funciones tienen competencia para aprobar modificaciones al convenio, designar al Director General y examinar y aprobar los informes del Director General y las actividades del comité.

La Sede de la Organización se encuentra en Ginebra (Suiza). La Organización tiene oficinas de enlace en Río de Janeiro (Brasil), Tokio (Japón), Singapur (Singapur) y ante las Naciones Unidas, en Nueva York (Estados Unidos de América). La Organización goza de las prerrogativas e inmunidades otorgadas a los organismos internacionales y a sus funcionarios, necesarias para alcanzar sus objetivos y ejercer sus funciones y, a estos efectos, ha concertado un acuerdo de sede con la Confederación Suiza. (OMPI, Sitio oficial de la OMPI, 1967).

1.2 Contenido de los derechos de autor.

Definiciones. -

A lo largo de los años han existido varias definiciones sobre el derecho de autor, su importancia y aplicación. Es así que entre las más completas se puede partir del sitio oficial de la OMPI, en un documento en el cual se explica que, dentro de la terminología jurídica, los derechos de autor son aquellos que describen los derechos de los creadores sobre toda obra ya sea esta literaria o artística y que van desde libros, música, pintura, escultura, películas hasta los programas informáticos, etc. (OMPI, Sitio Oficial de la OMPI, Derechos de Autor, 2017).

Al definir a los Derechos de Autor, se debe aclarar que son una especie dentro de la Propiedad Intelectual que comprende también a la Propiedad Industrial, destinados a la

protección de las obras expresadas a través de distintos géneros, manifestadas desde el espíritu y expresadas de manera que puedan ser apreciadas. Las facultades que otorga esta rama jurídica nacen con la obra como tal sin que exista de antemano una formalidad.¹⁰

Para Fernando Bondía, los derechos de autor constituyen uno de los principales derechos de propiedad intelectual, cuyo objetivo es dar solución a una serie de conflictos de intereses que nacen entre los autores de las creaciones intelectuales, los editores y demás intermediarios que las distribuyen y el público que las consume (Bondía, 1988).

Así, llegamos a los derechos adquiridos del autor por el mero hecho de ser el creador de una obra original, los dividimos en dos grupos: Derechos Morales y Patrimoniales.

Derechos Morales.- Son aquellos que protegen la personalidad del autor en completa relación con su obra como tal y además le brinda una serie de facultades destinadas a este fin¹¹ (Lipszyc, 1993). Los derechos morales emanan de la personalidad del autor y se encuentran amparados como derechos humanos en el art. 27¹² de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que en la Decisión 351 de 1993, art 11; en los que se aclara que son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. Recordando siempre que al ser inalienables los mismos son inembargables, expropiables y perpetuos a pesar de que en algunos Estados su límite varíe en el tiempo. Dentro de esta clasificación tenemos, y como los expone el denominado “Código Ingenios” en su sección IV: **Art 118.-** Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor (Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación, 2016)

Derecho de Divulgación: Reconocido también como derecho de ineditud, faculta a todo autor a decidir si dará a conocer su obra, en qué forma lo hará o si la misma se

¹⁰ ZAPATA LÓPEZ, Fernando. El Derecho de Autor y la Marca. La Propiedad Inmaterial, Revista del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual. Universidad Externado de Colombia. Número 2. Primer Semestre 2001. p.10

¹¹ Memoria del VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (Del Autor, el artista y el productor).

¹² Art. 27.- 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

mantendrá reservada en su totalidad o una parte. El mismo está contemplado en el art 118 numeral 1 del Código Ingenios donde se recalca que se deberá “1. Conservar la obra inédita o divulgarla” (Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación, 2016). Esta facultad recae en su aspecto más importante sobre el autor, pero tomándose en cuenta que deberá haber una comunicación oportuna y pública sobre el contenido y descripción de la obra. Se ejerce respecto de cada una de las posibles formas de explotación de la obra, por lo que el divulgar mediante la representación teatral una obra dramática, por ejemplo, mantiene incólume el derecho de darla a conocer mediante la edición gráfica, o de otra manera.

Derecho de Paternidad: Este derecho permite reivindicar la paternidad de una obra a través del tiempo y que la misma sea reconocida a su autor como creador de ésta. El numeral 2 del art 118 del Código Ingenios recalca que se debe: “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” (Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación, 2016). En este caso el autor tiene la decisión de escoger cómo ser reconocido, por lo que se incluye al ser anónimo o seudónimo. Este derecho busca siempre que la condición de autor no sea sobrepasada al no ser mencionado o que sea mal utilizado su nombre sobre su obra. De igual manera, el derecho de paternidad se materializa en la facultad de defender la autoría de la obra cuando ella es impugnada. (Artículo 6 bis, numeral 1, del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 1886; Decisión 351 de 1993) (Jaramillo, 2010).

Derecho de integridad: Llamado también derecho al respeto, con base en el cual el autor puede oponerse a toda deformación, mutilación o modificación de la obra, que atente contra el decoro de la misma, la demerite o perjudique el honor o la reputación del autor. Este derecho se fundamenta en el respeto que se debe a la personalidad del autor como creador de la obra, en cuya expresión creativa se refleja o plasma esa personalidad. El número 3 del art 118 es mucho más claro y explica que podrá: “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” (Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación, 2016). El derecho de integridad

comprende también a las condiciones técnicas en que se efectúa la explotación económica, cualquiera sea el medio empleado, por lo que el editor, el empresario, el productor o quien realice la explotación de la obra, debe hacerlo asegurando que se resguarde el derecho moral del autor¹³ (Jaramillo, 2010)¹⁴.

Derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra: El numeral 4 del art 118 sobre derechos morales se extiende y explica 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” evitando que exista incomodidad o genere dificultades al autor para que su obra sea correctamente divulgada (Jaramillo, 2010)

Derechos Patrimoniales: son aquellas facultades exclusivas que recaen sobre el autor y le permiten tener control de los actos de explotación de su creación, puede que el autor la explote directamente o autorice a terceros para realizarlo y reciba un rédito del uso de su obra. El Código Ingenios en su art 120 establece que “Se reconoce a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos exclusivos sobre una obra” (Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación, 2016).

Los derechos patrimoniales son oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor (Jaramillo, 2010)

Para su aplicación existen diferentes principios aplicables:

Independencia de los derechos: Radica en que los diferentes derechos exclusivos del autor respecto de las utilidades económicas de sus obras son independientes los unos de los otros. Si se llegase a ceder el derecho de reproducción de una obra esto no significa que se ceda el derecho de reproducirlo por cualquier medio o procedimiento que no sea el especificado y acordado con el autor.

Limitaciones: Son específicas y taxativas en el sistema legal latino o continental, lo contrario del anglosajón, donde son enunciativas.

¹³ (Convenio de Berna, artículo 6 bis; Decisión 351 de 1993.

¹⁴ Decisión 351 de 1993.

Los derechos patrimoniales establecidos en el Código Ingenios, se encuentran enunciados en el artículo 120 (Código de Ingenios, 2016), estos son:

1. **La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento:** Recae en el titular de la obra y busca impedir que terceros realicen copias sin una autorización específica, también busca que al momento de la reproducción se vele por la originalidad de la obra.
2. **La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes:** De acuerdo al numeral 2 del art 120 que establece “2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes” (Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación, 2016) en general busca que el titular del derecho autorice la interpretación, dependiendo de la obra, sin que deje de tener la esencia original y siempre innovando debido a los avances tecnológicos.
3. **La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler:** Al reconocer a la distribución como un ámbito de disposición de una obra dirigida al público mediante un soporte material en la que la transferencia de la propiedad sea mediante la venta, alquiler o arriendo nos permite entender que no solo debemos reconocer el derecho de consentimiento del autor sino con todo lo que representa cada una de ellas; es así que al venderlas por el titular de la obra o con su autorización, el derecho se agotará con la primera venta sin poder controlar sus posteriores ventas, si se lo realiza mediante el alquiler de la misma lo estará haciendo por un tiempo determinado con un beneficio económico directo o indirecto, pero si en su defecto la obra es prestada, la disposición al público será por un tiempo totalmente determinado pero sin un beneficio económico ya que este préstamo se lo realizará a cabo a través de establecimientos que sean totalmente accesibles al público. (Fontanills, 2012)

4. **La importación de copias hechas sin autorización del titular:** Esto se refiere al derecho que tiene el titular sobre su obra, en el sentido que, está facultado para prohibir que se ponga en el mercado dentro del territorio ecuatoriano copias de la obra la cual fue reproducida sin ninguna autorización, esto se podrá ejercer tanto con la autoridad aduanera, para suspender el proceso de importación, como con la autoridad pertinente al sacar de circulación del mercado.

5. **La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra:** Para traducir o adaptar una obra protegida por derecho de autor es también necesaria la autorización del titular de los derechos. En el numeral 5 del art 120 del Código Ingenios se explica que de la misma forma “5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra” (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, 2016) se reconoce como un derecho exclusivo del autor sobre su obra. Se entiende por traducción a la expresión de una obra en otro idioma que el de la versión original. Por adaptación se entiende, generalmente, la modificación de una obra a los fines de crear otra, por ejemplo, la adaptación cinematográfica de una novela, o la modificación de una obra para utilizarla con otros fines como es el caso dela adaptación de un libro de texto originalmente escrito para estudiantes universitarios para que pueda ser utilizado por estudiantes de menor grado (OMPI, Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos, 2016).

6. **La puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija:** Esto se lo debe interpretar a la luz de lo establecido en el artículo 124 del Código de Ingenios, en el cual se detalla que la puesta a disposición es la distribución, tanto las originales como copias autorizadas de la obra en soportes materiales mediante venta u otra transferencia de la propiedad, arrendamiento o alquiler. (CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN, 2016)

1.3 Limitaciones y excepciones respecto de los derechos

Existen diversos tipos de limitaciones y excepciones al derecho patrimonial en la protección de derecho de autor.

En primer lugar, determinadas categorías de obras están excluidas de la protección por derecho de autor. En algunos países, las obras no gozan de protección si no están fijadas en un formato tangible mientras que en otros países, no son susceptibles de protección por derecho de autor los textos de leyes y las decisiones administrativas. En segundo lugar, determinados actos de explotación, que por lo general exigen la autorización del titular de los derechos, pueden efectuarse en las circunstancias que se contemplen en la Ley, sin dicha autorización. Existen dos tipos básicos de limitaciones y excepciones dentro de esa categoría: a) la libre utilización, es decir, la no obligación de compensar al titular de los derechos por el uso de su obra sin haber pedido autorización; y b) las licencias no voluntarias (u obligatorias), que exigen compensación al titular de los derechos por la explotación no autorizada (OMPI, Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos, 2016).

En el artículo 212 del Código Ingenios, se encuentra el catálogo de limitaciones y excepciones al derecho patrimonial del autor, en total treinta y dos, que también se extiende a los derechos conexos, que corresponde a aquellas que se pueden calificar como casos de libre utilización de las obras y prestaciones protegidas, que son más amplias que aquellas contempladas en el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, en atención a razones que se sustentan en el interés público, tales como el derecho de acceso a la información, la educación, los usos oficiales, usos de grupos vulnerables y otras semejantes. De igual manera, se encuentra una sección destinada a las licencias obligatorias, en los casos contemplados en el artículo 217 del referido Código Ingenios.

Vigencia del derecho patrimonial de autor

La protección por derecho de autor no tiene una vigencia indefinida. En las leyes de derecho de autor se establece un plazo que generalmente es toda la vida del autor y un período posterior a su muerte, durante el cual los derechos patrimoniales del titular están vigentes y pueden explotarse. Dicho plazo se inicia con la creación de la obra y como se

contempla en algunas legislaciones nacionales, en cuanto se haya hecho accesible al público de alguna forma o en otras, cuando quede plasmada o "fijada" en formato tangible. Por lo general, la protección sigue surtiendo efecto durante cierto tiempo una vez fallecido el autor, según se determine en la legislación nacional. La finalidad de esa disposición es velar por que los herederos del autor puedan beneficiarse económicamente de la explotación de la obra, incluso después de la muerte de este último. En algunos países, los derechos morales siguen vigentes a perpetuidad, una vez vencido el plazo de los derechos patrimoniales.

El Convenio de Berna señala que el plazo de protección se extiende, por lo general, durante la vida del autor y durante un mínimo de 50 años contados a partir de su muerte. En las legislaciones de varios países se observa la tendencia a ampliar el plazo del derecho de autor, otorgándole una vigencia de 70 años contados a partir de la fecha de fallecimiento del autor. En el Convenio de Berna y en muchas leyes nacionales se establecen asimismo plazos de protección en lo que respecta a las obras anónimas, póstumas y cinematográficas, respecto de las cuales no es posible fijar la vigencia en función de la vida de un autor individual. Las obras que dejan de estar sujetas a la protección por derecho de autor pasan a formar parte del dominio público. (OMPI, Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos, 2016).

1.4 La obra como objeto del derecho de autor.

El objeto principal y protegido dentro de los derechos de autor es la obra, que según la doctrina predominante y el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, se refiere a "toda creación intelectual original expresada en forma reproducible" (OMPI G. d., 2017). El Convenio de Berna en su artículo 2 enuncia cuáles son las obras protegidas con ejemplos de las mismas. En la Decisión 351 de la Comunidad Andina, se define a la obra como: "Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma".

Características:

- La originalidad es el aspecto más importante ya que le da un punto de partida a la individualidad porque la distinguen de cualquier obra de su mismo género.

- Debe ser susceptible de exteriorizar su contenido, creativa y concreta.
- Protege todas las creaciones formales y no las ideas contenidas dentro de la misma.
- La protección de este derecho nace con la creación y no necesita formalidades para que sea reconocido y protegido.
- Es reconocido con total independencia del género (literario, artístico o científico), Forma de expresión (escrita, audiovisual, sonora), destino (divulgada o no).

Las obras se dividen en dos grandes grupos:

- **La obra originaria** es la creada en primer lugar, que no tiene relación de dependencia con otra preexistente.
- **La obra derivada** es la que se basa en una obra preexistente contando con la autorización del autor de aquella como traducciones, adaptaciones, arreglos y otras.

Obras derivadas protegidas (Art. 9 LPI):

- Traducciones y adaptaciones
- Revisiones, actualizaciones y anotaciones
- Los resúmenes y extractos
- Los arreglos musicales
- Las demás transformaciones de una obra literaria o artística

Existen también obras individuales que, como su nombre lo dice, son creadas por una sola persona; y obras complejas en las que intervienen varias personas. Éstas pueden ser en colaboración cuando en la creación contribuyen varias personas y aportan para un fin común, mientras que las obras colectivas se producen, divulgan bajo la responsabilidad de una persona y es casi imposible reconocer el aporte de todos los autores ya que su trabajo es en conjunto.

Titularidad, ejercicio y cesión del derecho de autor

Por lo general, se entiende que el titular del derecho de autor sobre una obra es, por lo menos en los primeros tiempos, el creador de la obra, es decir, el autor. Sin embargo, ese no es siempre el caso. En el artículo 14 del Convenio de Berna (Berna, 1886) se estipulan normas para la determinación de la titularidad inicial de los derechos sobre las

obras cinematográficas. En las legislaciones de ciertos países se estipula también que, si una obra ha sido creada por un autor empleado a los fines de crear dicha obra, será el empleador y no el autor el titular del derecho sobre la misma. No obstante, como ya se ha observado, en general los derechos morales se atribuyen al individuo que es autor de la obra, sea quien sea el titular de los derechos patrimoniales sobre la misma (OMPI, Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos, 2016)

Sobre el traspaso de un derecho de propiedad intelectual, se puede especificar que el titular de los derechos patrimoniales cede, autoriza o prohíbe los actos contemplados por uno o varios de los derechos en virtud de ser el autor de una obra. En algunos países no se considera legal la cesión del derecho de autor y sólo se permiten las licencias. Por concesión de licencias se entiende que el titular del derecho de autor conserva la propiedad, pero autoriza a un tercero a realizar determinados actos protegidos por sus derechos patrimoniales, por lo general, durante un plazo específico y con una finalidad concreta. Por ejemplo, el autor de una novela puede conceder una licencia a un editor para realizar y distribuir ejemplares de su obra y además puede conceder una licencia a un productor cinematográfico a fin de realizar una película basada en su novela.

1.5 Protección de los derechos conexos.

La finalidad de los derechos conexos, también conocidos como derechos afines, es proteger los intereses legales de determinadas personas y entidades jurídicas que contribuyen a la interpretación o ejecución, la grabación o la puesta a disposición del público de obras; o que hayan producido objetos que, aunque no se consideren obras en virtud de los sistemas de derecho de autor de todos los países, contengan suficiente capacidad técnica y organizativa para merecer la concesión de un derecho de propiedad que se asimile al derecho de autor. En la normativa de derechos conexos se parte de que las obras resultantes de las actividades de esas personas y entidades merecen ser objeto de protección por sí mismas por cuanto guardan relación con la protección de obras protegidas por derecho de autor. Ahora bien, en algunas legislaciones se deja claro que el ejercicio de los derechos conexos no debe afectar en modo alguno a la protección del derecho de autor. Hasta la fecha se han venido otorgando derechos conexos a tres categorías de beneficiarios:

Artistas intérpretes y ejecutantes: se reconocen ya que su intervención creativa es necesaria para dar vida, por ejemplo, a las obras musicales, dramáticas y coreográficas, así como a las películas y, porque tienen un interés justificable en la protección jurídica de sus interpretaciones individuales. (OMPI, Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos, 2016)

Productores de Fonogramas (grabaciones sonoras): ya que sus recursos creativos, financieros y de organización son necesarios para que los sonidos grabados sean puestos a disposición del público en forma de fonogramas comerciales y porque tienen un interés legítimo en contar con los recursos jurídicos que les permitan entablar demandas contra las utilidades no autorizadas, ya sean éstas la fabricación y distribución de copias no autorizadas –piratería- o la emisión o comunicación al público no autorizadas de sus fonogramas. (OMPI, Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos, 2016)

Organismos de radiodifusión: se reconocen debido a su función de poner a través de sus emisiones radiodifundidas, a disposición del público las obras y prestaciones que las contienen, debido a un interés justificado que tienen en controlar la transmisión y retransmisión de sus emisiones. (OMPI, Secretaría Oficial de la OMPI, Nociones básicas del derecho de autor y Derechos Conexos, 2015).

La primera respuesta internacional organizada a la necesidad de protección jurídica para las tres categorías de beneficiarios de derechos conexos fue la Convención de Roma de 1961, o más específicamente, la "Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión". La Convención de Roma fue un intento por establecer una regulación internacional en un ámbito en el que existían pocas leyes nacionales en ese momento.

Desde la aprobación de la Convención de Roma en 1961, gran número de Estados ha legislado en cuestiones relativas a la Convención y varios Estados sobrepasan los niveles mínimos de protección establecidos por la Convención, que sigue siendo un referente que aún sirve de sustento para el desarrollo de las legislaciones que procuran la protección de los derechos conexos. Por ejemplo, la Unión Europea ha exigido que todos sus Estados miembros se adhieran a la Convención y fue la base para la inclusión de

disposiciones sobre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en el Acuerdo sobre los ADPIC, incluso si los niveles de protección no son los mismos (OMPI, Secretaría Oficial de la OMPI, Nociones básicas del derecho de autor y Derechos Conexos, 2015)

Duración de la protección de los Derechos Conexos. -

En la Convención de Roma se contempla un plazo de protección de los derechos conexos de 20 años contados a partir del final del año en que: a) se haya realizado la grabación, en el caso de las grabaciones sonoras y las interpretaciones y ejecuciones incluidas en las grabaciones sonoras; b) se haya realizado la interpretación o ejecución, en el caso de interpretaciones y ejecuciones no incorporadas en grabaciones sonoras; o c) se haya realizado la emisión. En el Acuerdo sobre los ADPIC se estipula que los derechos de los organismos de radiodifusión también quedarán protegidos durante 20 años contados a partir de la fecha en que se haya realizado la emisión. Ahora bien, en el Acuerdo sobre los ADPIC y en el WPPT (Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas), se estipula que los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes y los productores de grabaciones sonoras gozarán de un plazo de protección de 50 años contados a partir de la fecha de fijación de la interpretación o ejecución. Cuando el Tratado de Beijing sobre interpretación y ejecuciones audio visuales, entre en vigor cuando al menos 30 países lo ratifiquen, mismo que conferirá asimismo un plazo de protección de 50 años. (OMPI, Convención de Roma sobre las protección de los aristas interpretes o ejecutantes..., 1961)

En la Decisión 352 de la Comunidad Andina, el plazo de protección para las tres categorías de titulares de los derechos conexos, se fija en cincuenta años; y, en el Código Ingenios, este plazo se amplía a setenta años.

CAPITULO II: OBSERVANCIA EN LOS DERECHOS DE AUTOR.

2.1. Definición

Con los antecedentes que han sido señalados a manera de referencia anteriormente, es posible adentrarse en el tema propio de estudio, el cual toma como punto de partida la observancia, y para ello se procede a definirla. Dentro de

la legislación ecuatoriana se desarrolla a la observancia como aquella por medio de la cual “Se establecen medidas judiciales y administrativas para asegurar la protección de los derechos intelectuales, así como para garantizar el comercio, la competencia y el legítimo uso de productos o materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual” (Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación, 2016). Es importante resaltar frente a este concepto los tres elementos que aborda: el comercio, la competencia y el legítimo uso. En otras palabras, se busca evitar que se vean vulnerados los derechos de autor y la propiedad industrial que surge sobre la propiedad inmaterial según sea su naturaleza.

Para poder entender mejor a este concepto se debe hablar del legítimo uso, que es una doctrina que ha sido utilizada con el fin de resguardar el material protegido por los derechos de autor. Ante esto, las cortes norteamericanas de justicia han planteado cuatro criterios para delimitar el uso justo, los cuales son:

- 1. El propósito y el carácter del uso:** en diferentes ocasiones se ha sabido diferenciar el fin que persigue el uso de la obra, es decir, por temas comerciales o por educativos, en los cuales se ha flexibilizado por el propósito del mismo.
- 2. La naturaleza de la obra protegida:** dentro de este punto se hace referencia a la fundamentación de la obra protegida, es decir, el uso se basa en hechos reales o ficticios que justifiquen la utilización de esta.
- 3. La cantidad y la relevancia del fragmento utilizado en relación con la totalidad:** esto en relación a que si se utiliza una mayoría clara de una obra distinta no cumple con la esencia propia de estructurarse como una nueva sino de una reinvención de una anterior.
- 4. El efecto de dicho uso en el valor o en el mercado potencial de la obra:** este último es un tanto complicado de definir en razón que se refiere a la continua reinvención que le dé el autor a su obra; sin embargo, es importante el poder ponderar el porcentaje de innovación dentro de la misma, lo que permita constituir a la obra como una nueva o una

modificación de la anterior (Google, Legal department, 2017). No obstante, hoy en día con la globalización y la influencia de grandes empresas en los derechos de autor, se ha visto que, mediante el uso de la autonomía de la voluntad, se incorporan en sus políticas elementos nuevos respecto al uso de obras contenidas dentro de sus servidores, a las cuales sus usuarios deben registrarse para acceder a sus servicios. Este es el caso de empresas como: Facebook, YouTube, Instagram, Snapchat, Pinterest, Spotify entre otras.

Un fenómeno interesante sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual es que es una figura legal que ha sido codificada y referida en diversos convenios internacionales, los cuales a su vez han sido adecuados en las legislaciones nacionales, sin embargo, en ellos no se la define, sino que se hace referencia a ella.

La Real Academia de la Lengua Española define a la observancia como el “Cumplimiento exacto y puntual de lo que se manda ejecutar, como una ley, un estatuto o una regla”, (RAE, 2017) en concordancia con otro contenido dentro de esta misma definición, se hace referencia a su origen: “En el antiguo derecho aragonés, práctica, uso o costumbre recogida y autorizada con fuerza de ley por compilación oficial”. (RAE, 2017). Es por esto que se puede deducir de lo expuesto dentro de este punto que la observancia es el cumplimiento real de lo establecido en la ley y los tratados internacionales en relación al respeto de los derechos de autor y sus derechos conexos.

2.2 Fundamentación Doctrinaria. -

Para fundamentar la doctrina en cuanto a la observancia de los Derechos de Autor, se partirá desde la obligación adquirida por los Estados que son miembros de la Organización Mundial del Comercio, que surge como resultado del Acuerdo de Marrakech de 1994, en vigencia desde 1995, que contempla en uno de los acuerdos complementarios, al Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). En el Ecuador, con la expedición de la derogada Ley de Propiedad Intelectual en el año 1998, desarrollaron las obligaciones relacionadas a la observancia que se encuentra en el Acuerdo sobre los ADPIC, esto es a través de la creación de recursos y procedimientos tanto en el ámbito administrativo como judicial, con el otorgamiento de facultades y competencias a las autoridades, jueces y tribunales, a fin de hacer efectivos los derechos de Propiedad Intelectual en todas sus modalidades y

en ella lo más importante que es aplicar la observancia internacional a los ámbitos nacionales para que ningún derecho sea vulnerado, como lo explica el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, determinando la importancia al complementar las Leyes Internacionales y Nacionales para poder brindar la protección necesaria a los autores dentro del territorio ecuatoriano (IEPI, 2017)¹⁵.

Para la OMPI, que es un organismo técnico de asistencia en materia de propiedad intelectual y que funciona dentro del sistema de las Naciones Unidas, fue de suma importancia crear un medio en el que de manera continua se tenga un acceso a material jurisprudencial relacionado con la observancia de la propiedad intelectual y los derechos de autor. Ante la constante preocupación a nivel global, todos los Estados miembros solicitan al Comité Asesor sobre Observancia (ACE), que se realicen estudios referentes a la correcta aplicación de las leyes velando por la observancia de los derechos de autor. Así se informa, que un panel de expertos se reunieron en el vigésimo octavo periodo de sesiones de la OMPI en Ginebra, para tratar los temas relativos a la observancia y la importancia de la necesidad de velar por la transparencia, a través del intercambio de información y coordinación adecuada de todos los Estados, como un pilar en la lucha para la aplicación correcta de las leyes sobre derechos de autor y propiedad intelectual (OMPI A. G., 2002).

En el marco de la antes referida reunión, se propuso abiertamente considerar la elaboración de prácticas óptimas en el ámbito de la observancia que sea de aplicación internacional para todos los Estados miembros. Este hecho fue criticado por el Abogado Peter Gustav Olson, miembro del Comité Permanente sobre Derecho de Marcas de la OMPI, quien supo explicar que, a pesar de las opiniones divergentes sobre la importancia de la observancia en esta materia, se debe tomar en cuenta que las solicitudes de estudio para el Comité Asesor sobre Observancia son de vital coordinación sobre todo para los

¹⁵ Lectura del artículo: “Los Derechos de Autor y su observancia dentro de la Propiedad Intelectual en relación a la Ley Orgánica de Comunicación y a la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado.”
https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/7_estudio_derechos_de_autor_frente_la_ley_org_comunicaci%C3%B3n_y_la_lorcpm.pdf

organismos públicos y privados que los solicitan, siendo un punto clave en la lucha de la aplicación de leyes de propiedad intelectual.¹⁶

Para Horacio Rangel Ortiz en su libro “La observancia de los derechos de propiedad intelectual”, la observancia tiene como base el demostrar la utilidad de la ley, su valor, la razón de su adopción, la forma en que será interpretada y la aplicación a cada caso en específico, dejando de lado la idea de que la observancia es una cuestión de suerte, ya que muchas veces es lo último en lo que se vela. La aplicación de la observancia como tal se basa en medidas de frontera que dependen de la ley en cada Estado miembro y del hecho como tal. En este texto se explica que la observancia recae sobre todos los derechos que involucra la Propiedad Intelectual y los Derechos de Autor y se busca que se reconozca a la observancia como aquellos derechos derivados de un país, efectivos para que los posibles derechos vulnerados se rijan a la ley internacional y estatal de acuerdo a su vigencia (Ortiz, 2011).

En el tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, la observancia fue uno de los puntos principales a ser abordado, determinado que, al buscar el cumplimiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a través de la observancia se persigue garantizar la aplicación de objetivos del proceso de integración, mediante la verificación del comportamiento respecto a los compromisos que asumen todos los países miembros de los acuerdos internacionales que versan sobre la observancia, su importancia y correcta aplicación (OMPI, Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de america latina, 2004).

Dentro de las opiniones creadas bajo el marco de la observancia, la delegación de Dinamarca de abogados y técnicos de la OMPI determinaron que la misma es una verdadera cuestión a ser aplicada como una ley independiente, puesto que busca fortalecer las actividades legales de su aplicación y las mismas fortalecen actividades dentro de un estado y a nivel internacional, ya que es un tema a ser tratado de forma conjunta sin olvidar que lo ideal es que la observancia se centre entre el comité asesor y los llamados a aplicar las leyes de Propiedad Intelectual en cada Estado miembro y eso

¹⁶ Página 22 del Acta de la ASAMBLEA GENERAL DE LA OMPI Vigésimo octavo período de sesiones (13o extraordinario) Ginebra, 23 de septiembre a 1 de octubre de 2002. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_28/wo_ga_28_7.pdf

hará que se garantice la continuidad para realizar los objetivos de un estudio al momento de aplicar las leyes de derechos de autor (OMPI A. G., 2002, pág. 23) ¹⁷.

Dentro de la reunión de consulta sobre observancia, los técnicos de la OMPI reconocieron que los organismos encargados de la observancia no siempre son conscientes de la función decisiva que desempeñan al momento de aplicar la observancia dentro de los derechos de autor. Se determinó que para que un sistema de observancia sea efectivo debe ser transparente y justo, basándose en la legislación y reglamentación que buscan siempre mantener la coordinación entre las instituciones gubernamentales nacionales y locales al igual que con los titulares de los derechos u otras partes que se encuentren interesadas. Un tema de trascendencia dentro de esta opinión, en el momento de la reunión de consulta, fue que la falta de observancia crea devastadoras implicaciones económicas debido a los grandes delitos de propiedad intelectual dejados en la impunidad (OMPI, REUNIÓN DE CONSULTA SOBRE LA OBSERVANCIA, 2002).

Para la OMPI y el Comité Asesor, la importancia del conocimiento de la observancia radica en que internamente cada Estado lleve un correcto proceso en cuanto a acciones, recursos civiles o penales y consigo, la determinación de los daños y perjuicios que se generan debido a los distintos sistemas jurídicos y las maneras de reducir las costas judiciales que se crean al momento del proceso. El interés fundamental es el establecimiento de un sistema eficaz de observancia de derechos de propiedad intelectual; por otra parte, la gestión eficaz de las causas judiciales, tanto en la revisión internacional y nacional de la ley, es una base al momento de la integración de procedimientos. A la vez se busca que se simplifique al proceso, procurando la transparencia gracias a la observancia. De igual forma, para la ACE, es importante el papel que desempeña el titular del derecho vulnerado ya que mientras se reconozca a la observancia como lo principal dentro de los procesos, los mismos serán referencia dentro de la OMPI y todos sus miembros (OMPI, EXAMEN DEL COMITE ASESOR DE OBSERVANCIA SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL , 2004).

¹⁷ Página 23, punto n° 88 de la ASAMBLEA GENERAL DE LA OMPI Vigésimo octavo período de sesiones (13o extraordinario) Ginebra, 23 de septiembre a 1 de octubre de 2002. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/es/wo_ga_28/wo_ga_28_7.pdf

2.3 La observancia en los Instrumentos Internacionales

Una vez que se ha sustentado la base doctrinaria sobre la observancia, se puede ver cómo ésta se ha recogido en los instrumentos internacionales de manera que se tendrá una visión general de la importancia y trascendencia que ha tenido este principio dentro del derecho internacional.

El primer antecedente que se encuentra dentro de esta materia, aun cuando no lo hace estrictamente bajo la concepción jurídica detallada anteriormente, es del convenio internacional sobre el “Canje de Publicaciones Oficiales y Documentos Gubernamentales Entre Estados”, aprobada por la Conferencia General en su décima reunión realizada en París, el 3 de diciembre de 1958, la cual fue suscrita por el Ex Presidente Constitucional de la República del Ecuador José María Velasco Ibarra (Davalos, 2014), quien estableció “En uso de la atribución que me concede el numeral séptimo del artículo noventa y dos de la Constitución Política del Estado¹⁸, apruebo, ratifico y confirmo todos y cada uno de los artículos de la Convención sobre el Canje de Publicaciones Oficiales y Documentos Gubernamentales entre Estados, y de la Convención sobre el Canje Internacional de Publicaciones, cuyos textos los declaro Ley de la República, comprometiendo para su Observancia el Honor Nacional”. (ESTADOS, CONVENCION SOBRE EL CANJE DE PUBLICACIONES OFICIALES Y DOCUMENTOS GUBERNAMENTALES ENTRE, 1958).

Posteriormente, podemos encontrar que el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), que fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo 439, publicado en Registro Oficial 93 del 3 de agosto de 2000, durante la presidencia de Gustavo Noboa, (Davalos, 2014), que en su artículo primero hace referencia a la observancia en términos similares al mencionado anteriormente “Art. 1.- Ratificase el “Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, cuyo texto lo declara la Ley de la República y compromete para su observancia el Honor Nacional” (OMPI, 1996). Pero, el aporte importante de este tratado es en su último inciso, debido a que es un instrumento internacional ratificado y por lo tanto que obliga y actualmente se

¹⁸ Constitución política del Ecuador 1946, Sección II. Atribuciones y deberes del Presidente de la República, Artículo 92.- Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: 7. Dirigir las relaciones internacionales y las negociaciones diplomáticas de la República; celebrar tratados y ratificarlos, previa aprobación del Congreso, y canjear las ratificaciones;

encuentra vigente, el cual establece en su artículo 23¹⁹ que se tomarán las medidas necesarias para la aplicación del tratado. Además, establece que no se limitará los derechos contenidos en el convenio por formalidades, lo cual constituye también parte de la observancia y finalmente, introduce algo fundamental y es la responsabilidad del Estado de diseñar mecanismos que garanticen el accionar de los titulares de derechos en contra de los que atenten contra los mismos.

En concordancia, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), previamente ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 438 y publicado en Registro Oficial 93 del 7 de junio del 2000, se había estipulado en el primer artículo del mismo texto de compromiso de observancia al que ya se hizo referencia.

Para ver la relevancia e importancia de este principio de observancia, hay que referirse también a la manera en que se la ha recogido en distintos instrumentos internacionales. Así, en el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, en su artículo 20, recoge lo siguiente como:

Disposiciones sobre la observancia de los derechos: 1. Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. 2. Las Partes Contratantes velarán por que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora

¹⁹ “Art. 23.- Disposiciones sobre la observancia de los derechos.

1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente tratado. Declaración concertada respecto del artículo 19: La declaración concertada relativa al artículo 12 (sobre obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor también se aplica mutatis mutandis al artículo 19 (sobre obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos) del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. (El texto de la declaración concertada respecto del artículo 12 del WCT tiene la redacción siguiente: "Queda entendido que la referencia a "una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna" incluye tanto los derechos exclusivos como los derechos de remuneración. Igualmente queda entendido que las Partes Contratantes no se basarán en el presente artículo para establecer o aplicar sistemas de gestión de derechos que tuvieran el efecto de imponer formalidades que no estuvieran permitidas en virtud del Convenio de Berna o del presente Tratado, y que prohíban el libre movimiento de mercancías o impidan el ejercicio de derechos en virtud del presente Tratado.

2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación se establezcan procedimientos de observancia de los derechos que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.”

de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. (OMPI, Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, 2012).

En el referido Tratado, se encuentra que el espíritu de la observancia se mantiene; sin embargo, se introduce un nuevo elemento referente al tema de recursos ágiles para prevenir infracciones y ya se hace una referencia a los medios de disuasión de nuevas infracciones, conscientes del rápido avance de las tecnologías, producto de la globalización.

En cuanto a la observancia se manifiesta de manera repetitiva la cláusula citada anteriormente, por ejemplo, en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) adoptado el 20 de diciembre de 1996 en la ciudad de Ginebra, establece en su artículo 14:

Disposiciones sobre la observancia de los derechos 1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. 2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. (OMPI, WCT, 1996).

Como efectivamente se lo expresó y bajo un ejercicio comparativo, ambos tratados en su contenido sobre la observancia son iguales, esto se debe a que son convenios que se encuentran bajo la administración de la Organización Mundial de Propiedad intelectual.

Finalmente, para poder cerrar este tema, es importante el poder referirse al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, conocido como los ADPIC, dentro de ellos existe un capítulo entero que desarrolla de manera detallada la observancia. La observancia parte desde las obligaciones generales establecidas en el artículo 41.

Primero, se establece la adecuación legislativa de manera que permita la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora, de los derechos relativos a los protegidos y desarrollados dentro de la propiedad intelectual. Sin embargo, requiere que

los recursos sean ágiles para prevenir las infracciones, con efectos disuasivos para futuros presuntos infractores. Estos recursos deberán crearse evitando vulnerar otros derechos de los ciudadanos como la creación de obstáculos al comercio legítimo, de manera que se prevea salvaguardias contra su abuso.

Como segundo las medidas deberán ser justas y equitativas, por lo cual los mecanismos no deberán ser complicados o gravosos, de manera que no comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios. Tercero, se expone como requisito que las soluciones que se realicen en ejercicio de este principio deberán ser motivadas y preferentemente por escrito, a los cuales deberán tener acceso por lo menos las partes involucradas, dentro de períodos razonables y sin retrasos injustificados. Se incorpora además como garantía de las partes que el impulso procesal de las pruebas le corresponde a las partes, por lo que la decisión deberá versar sobre ellas.

En cuanto a lo que se refiere a resoluciones justas y equitativas, esto se desarrolla dentro del artículo 43, ahí se hace referencia a que la observancia debe vigilar el cumplimiento de todos los derechos contenidos dentro del acuerdo de los ADPIC. La observancia bajo estos parámetros no solamente implica la protección a los titulares de derechos, sino también a quienes presuntamente los violenten, ya que, al ser denunciados o demandados, ellos deberán recibir un escrito de manera oportuna y motivada de la reclamación. Para efectos de la defensa, ésta deberá ser técnica e independiente, evitando solicitar la presencia personal obligatoria; las partes deberán estar facultadas para actuar y motivar sus posiciones por medio de alegatos y pruebas. En caso de que la información tratada sea de carácter confidencial, se deberá utilizar un mecanismo mediante el cual se resguarde la información del mismo (OMC, 1993).

Como cuarto elemento se introduce la garantía de doble conformidad, de manera que las partes tendrán la oportunidad de revisión de las decisiones administrativas frente a un organismo jurisdiccional. Esto se realizará según la legislación de cada país y dando la importancia a las mismas según la relevancia que éstas impliquen. Las resoluciones jurisdiccionales deberán versar sobre el fondo del conflicto, sin embargo, no será obligatorio darles la oportunidad de revisión de las sentencias absolutorias dictadas en casos penales (OMC, 1993).

Como quinto y punto final se establece que queda entendido que la OMPI no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial de los distintos países para la adecuación de la observancia y los derechos de propiedad intelectual distinta del ya existente en su legislación. De manera que no existe la obligación del Estado de interponer algún recurso en específico (OMC, 1993).

Respecto a las actuaciones de pruebas, según se establece en el artículo 43 del acuerdo de los ADPIC, la autoridad judicial deberá, una vez presentada las pruebas por las partes que deberán ser suficientes y legalmente presentadas, disponer de ser el caso, medidas que garanticen la protección de la información confidencial. Adicional a esto, la autoridad judicial, para garantizar el cumplimiento de la observancia en caso de que una de las partes oculte, demore o no facilite la información y documentación pertinente para introducir como carga probatoria, deberá tomar acciones afirmativas o negativas. La idea es que se posibilite el acceso a las mismas, esto se lo deberá hacer dando la oportunidad a las partes de poder ser oídas respetando su derecho a la defensa (OMC, 1993).

Como efectos preventivos, según lo establece el artículo 44 del cuerpo normativo en cuestión, la autoridad podrá evitar la infracción solicitando se detenga la misma, para dar cumplimiento al principio de observancia. Esto lo realizará como mandamientos judiciales, los cuales entre varios impedirán el ingreso de los productos importados que infrinjan un derecho de propiedad intelectual, evitando su circulación y comercialización y respetando así los derechos fundamentales del derecho. La normativa no aplica retroactivamente a la ratificación. Algo fundamental que se introduce dentro del análisis de la normativa del convenio es lo que a continuación se detalla:

A pesar de las demás disposiciones de esta Parte (...) referidas a la utilización por el gobierno, o por terceros autorizados por el gobierno, sin el consentimiento del titular de los derechos, los Miembros podrán limitar los recursos disponibles contra tal utilización al pago de una compensación (OMC, 1993),

Respecto a las infracciones, mediante el acuerdo, el Estado se compromete a facultar a las autoridades judiciales a ordenar, una vez determinada la responsabilidad del infractor, a pagar al titular de los derechos vulnerados una indemnización por concepto de indemnización, causada por la violación de sus derechos, con el agravante que sabiendo o teniendo conocimiento haya incurrido en la conducta infractora. De igual manera, bajo orden de la autoridad pertinente, que en el caso ecuatoriano es el contencioso

administrativo, podrá ordenar a la parte infractora el pago de los gastos procesales, los mismos que podrán incluir honorarios profesionales de la defensa técnica. Esta norma contenida en el artículo 45 de los ADPIC (OMC, 1993) se refleja en el artículo 94 numeral 3 del Capítulo VI Providencias Judiciales, Título I Disposiciones Generales, Libro II Actividad Procesal del Código Orgánico General de Procesos:

Art. 94.- Contenido de las resoluciones dictadas en audiencia. Las resoluciones judiciales de fondo o mérito dictadas en audiencia deberán contener:

1. El pronunciamiento claro y preciso sobre el fondo del asunto.
2. La determinación de la cosa, cantidad o hecho que se acepta o niega.
3. La procedencia o no del pago de indemnizaciones, intereses y costas.

La o el juzgador, en el auto interlocutorio o sentencia escrita, motivará su decisión y cumpliendo con los requisitos, respetará y desarrollará los parámetros enunciados en el procedimiento oral (COGEP, 2015).

Dentro de una apropiada observancia está la capacidad que debe tener la autoridad que, a petición de la parte es decir el titular de los derechos, se aleje del mercado a la mercancía infractora, de manera que no se cause daños al titular. También de considerarse, la autoridad podrá determinar la destrucción de la mercancía, siempre y cuando no exista normativa expresa en contra de ello. La autoridad judicial, además, podrá ordenar la indemnización de los productos, materiales, enseres, y/o maquinas que se emplean para la fabricación de la mercancía infractora sin indemnización alguna. De forma que se precautele el derecho de los titulares y se reduzca al mínimo el riesgo de su vulneración por parte de los infractores. Estas medidas no se las podrá imponer de manera aleatoria, éstas deberán responder a la gravedad de la infracción y a los daños causados, respetando el interés de terceros, en casos en los cuales exista mercancía con marcas falsas. El mero hecho de retirar del mercado no bastará, salvo excepción expresa (OMC, 1993).

En concordancia con el artículo 46 cuyo contenido se describió en el párrafo anterior, el Estado suscriptor del convenio de los ADPIC podrá ordenar mediante el ejercicio de una autoridad judicial, siempre y cuando sea proporcional a la infracción causada. De manera que el infractor informe sobre la identidad de los cómplices, que han participado en la producción y distribución. De este modo, la observancia respecto al

cumplimiento y respeto de los derechos existentes dentro de la propiedad inmaterial será respetada.

Es importante referirse al uso de los recursos generados a raíz del procedimiento de observancia, ya que el uso negligente²⁰ o exagerado de estos, le generará adicionalmente el pago de daños, que podría incluir los gastos procesales a la parte a la cual se le ha interpuesto un derecho de repetir²¹ contra el solicitante, según el artículo 48 numeral 1 del acuerdo de los ADPIC. En consecuencia, obliga al suscriptor, según su numeral segundo, a que los funcionarios públicos y jurisdiccionales cuenten con la capacitación suficiente para adecuar las sanciones establecidas en la ley con proporcionalidad y de manera pertinente.

De forma que se pueda simplificar los procesos, se podrá determinar responsabilidad civil mediante un proceso administrativo en el cual se respeten todas las garantías. Este proceso deberá ser referente al fondo del caso y como ya se expresó anteriormente puede de igual manera ser sometido a un doble conforme mediante la aplicación de un recurso ante la autoridad judicial (OMC, 1993).

En fundamental, hacer referencia dentro de la observancia a las medidas provisionales proporcionadas por la autoridad judicial, de manera que sean eficaces²² y rápidas, mantiene las siguientes características:

1. Pretende impedir que se perfeccione la realización del acto mediante el cual se cause la infracción de los derechos de la propiedad inmaterial; en consecuencia, que la mercancía infractora no ingrese dentro del mercado. Esto se hace extensible a la mercancía importada, de forma que, mediante el ejercicio de las medidas en aduanas, no ingrese. Para ello, se deberán preservar las pruebas que permitan demostrar dentro de procedimiento pertinente la presunta infracción, para evitar daños y perjuicios por uso abusivo de las medidas.

²⁰ También denominada culpa, es la falta de desarrollo de un comportamiento propio y adecuado de una persona medianamente responsable, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Sirve de base para imputar la responsabilidad por daños y la obligación de indemnizar.

²¹ Reclamar contra tercero por pago indebido, injusto enriquecimiento, pérdida por evicción, improcedente quebranto o abono anticipado, entre otras.

²² Principio del sistema de fuentes del Derecho comunitario por el cual éstas producen sus efectos y obligan a todos los Estados miembros desde su entrada en vigor y durante toda su vigencia. Por ello pueden ser invocadas por los afectados ante las autoridades públicas. Los requisitos para que las normas comunitarias tengan eficacia directa son: 1) norma clara y precisa, y 2) mandato incondicional.

2. En el caso en que exista la probabilidad de que el retraso en la aplicación de medidas judiciales cause daños irreparables al titular de derechos o se pueda destruir la prueba, la autoridad judicial podrá aplicar medidas provisionales incluso sin haber escuchado a la otra parte.
3. Para ordenar fianza para proteger los daños que pueda causar el denunciado, la autoridad judicial exigirá que la parte interesada presente pruebas que razonablemente disponga, de manera que se pueda establecer cierto grado de certidumbre, proporcional a la medida solicitada.
4. Con el fin de no vulnerar el derecho a la defensa de la parte afectada por la imposición de una medida provisional, se le deberá notificar inmediatamente, y esta podrá ser revisada a petición de parte del denunciado por medio de una audiencia dentro de un plazo razonable²³, en el que se determinará si se la confirma, modifica o revoca.
5. Con el fin de que la autoridad pertinente pueda tener la información necesaria para decidir de manera motivada²⁴ respecto a las medidas provisionales, esta podrá exigir al demandante que presente cualquier otra información necesaria para la identificación de la mercancía pertinente.
6. En caso de que a petición de parte no se convoque a una audiencia dentro de un plazo razonable, la medida será revocada o quedará sin efecto bajo solicitud del afectado, para contabilizar el mismo se regirá a la legislación de cada país y en caso de no estar positivizada dentro del ordenamiento, se regirá a que este no podrá ser mayor a 20 días hábiles o 31 naturales.
7. La autoridad estará facultada a petición de parte a ordenar la indemnización de los daños causados por las medidas provisionales cuando éstas caduquen o sean revocadas por acción u omisión del solicitante, cuando posterior a haberse solicitado no haya existido ninguna infracción o amenaza de un derecho de propiedad intelectual.

²³ Derecho a ser oído por el órgano para la "determinación de sus derechos y obligaciones en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter"

²⁴ Razones que han conducido al juez u otra autoridad administrativa investida con el poder de resolver asuntos públicos, a fallar en uno u otro sentido, demostrando así que su decisión no es arbitraria, sino resultado del correcto ejercicio de la función jurisdiccional

8. Los procesos administrativos utilizados e implementados deberán gozar de todas las garantías y respeto a los derechos contenidos dentro del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual (OMC, 1993).

Parte fundamental de la observancia es el buscar el respeto de los derechos de autor de los nacionales y de internacionales quienes se vean legitimados frente al Estado para ser protegidos por la legislación pertinente. Para ello se hará referencia a continuación a la prescripción especial relacionada con las medidas en frontera, desarrollado en la sección cuarta de los acuerdos sobre los ADPIC.

En este marco, los Estados quienes han suscrito y ratificado el acuerdo, como es el caso de Ecuador, y según el artículo 51 de ese cuerpo normativo, deberán adoptar procedimientos para que los titulares de derechos tengan mecánicas que, bajo sospecha de la existencia de mercancía con falsificación de marca o pirata que lesionen los derechos de autor, puedan activar mediante un procesamiento terciado por una autoridad judicial o administrativa competente que actúe como tercero imparcial. Este proceso se lo deberá activar por medio de una solicitud escrita, con el objeto de que las autoridades aduaneras ejecuten la resolución suspendiendo el despacho de la mercancía importada. De igual manera, los Estados suscriptores podrán establecer procedimientos internos para que las autoridades aduaneras puedan suspender la exportación y mercancía que potencialmente vulnere los derechos de propiedad intelectual de alguna manera.

En concordancia con el artículo anterior se exigirá a todo titular de derechos que se presente las demandas con las pruebas suficientes que abastezcan al juzgador para determinar la existencia material de la infracción. Según lo establezca cada legislación, la autoridad comunicará a las partes si se ha aceptado la demanda y detallará los plazos para que la autoridad pertinente obligada actúe en función a la resolución tomada por la autoridad juzgadora.

La autoridad en cuanto a la fianza o garantía exigirá al demandante un monto suficiente para proteger al demandado y a las autoridades frente a un presunto abuso de las medidas. Es fundamental para estos efectos que la autoridad no establezca esto como un método disuasivo del recurso sino como uno de afianzamiento. En caso de que se haya ejecutado la medida temporal por parte de la autoridad aduanera pertinente, para limitar la libre circulación de mercancías que comporten dibujos o modelos industriales, patentes, esquemas de trazado o información no divulgada, el importador, propietario o

consignatario podrá exigir la entrega de la mercancía más el monto de fianza entregado por el actor. Tanto para la resolución de suspensión de la medida como de la emisión, se deberá notificar a ambas partes.

En caso de que no se le comunique en un plazo de diez días desde que se le notificó al accionante a la autoridad aduanera pertinente, la autoridad procederá a entregar la mercancía pertinente. Este procedimiento tendrá lugar siempre y cuando no exista una resolución contraria expresa al tiempo referido anteriormente. En adicional al pago de la fianza como se lo ha señalado con anterioridad, de no justificarse la solicitud de las medidas se podrán determinar y mandar a pagar daños y perjuicios, mediante un proceso judicial pertinente.

Para efectos de garantizar el ejercicio de la observancia y el respeto a los derechos de autor, aun cuando la información sea confidencial, facultarán a las autoridades a hacer las averiguaciones pertinentes a fin de que el titular pueda fundamentar su reclamación con el fin de solicitar la retención de la mercancía. Esta oportunidad debe ser dada tanto al importador como al presunto afectado, las autoridades estarán facultadas para que una vez que resuelvan sobre el fondo de la controversia, comuniquen al titular de derechos la información pertinente sobre quien la vulneró.

Las autoridades podrán también actuar de oficio, esto en ejercicio de la observancia con el fin de precautelar el cumplimiento de los derechos de autor:

1. Las autoridades con el fin de ejercer esta potestad podrán solicitar información al titular en cualquier momento.
2. Las suspensiones deberán ser notificadas a la brevedad del caso, tanto a la parte solicitante como a la afectada, y de ser impugnada quedará sujeta a *mutatis mutandis*
3. Capacitará el estado que ha ratificado a sus autoridades y funcionarios públicos para la correcta aplicación de las medidas correctoras, a fin de que las actuaciones se las realice proporcionalmente y de buena fe.

Para efectos que la autoridad salvaguarde los derechos del titular, las acciones que este pueda iniciar y la reserva del derecho del demandado de poder apelar las resoluciones, la autoridad facultada podrá ordenar la destrucción de la mercancía infractora y en caso de falsificación de marca no permitirá la reexportación al país de

origen salvo excepciones puntuales, de manera que no se someterán a un procedimiento aduanero distinto. Para la aplicación de la disposición anteriormente determinada en el artículo 59 de los ADPIC y en concordancia del artículo 60, se excluirá a las pequeñas cantidades de mercancía que no tengan un carácter de comerciales, como por ejemplo, estas pueden formar parte de equipaje de viaje o envíos pequeños por correspondencia. (OMC, 1993)

Finalmente, se refiere dentro del capítulo de descripción de la observancia y su ejercicio, que el país suscriptor deberá implementar sanciones de carácter penal para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica, de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial, para estos efectos, deberán los tipos penales contener como sanción penas privativas de la libertad y sanciones pecuniarias disuasorias, como recurso de los afectados; también se deberá contemplar la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. (OMC, 1993)

2.5 La Observancia en la Legislación Ecuatoriana.

Para realizar un análisis pertinente y según lo ha establecido la doctrina²⁵ debemos partir desde la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico según lo establece la misma norma dentro del artículo 425 numeral primero:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Una vez que se ha determinado la razón por la cual se parte de la carta magna, nos referiremos a normativa pertinente, en la cual se reconoce la propiedad intelectual y el respeto a la misma, en el artículo 332 se establece que:

²⁵ Jerarquía normativa, es una teoría desarrollada por el doctrinario Hans Kelsen dentro de su Teoría Pura del derecho, en la que establece que las normas tienen una prevalencia sobre otra dependiendo de su jerarquía.

Art. 322.- 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 agro-biodiversidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Y frente a esto, pone una limitación en un intento de protección del material genético del país y los conocimientos ancestrales de los pueblos y nacionalidades, el cual es muy cuestionable, sin embargo, este no es el asunto de estudio por lo cual no haremos referencia a ello. De todos modos, se describe a continuación el artículo referido:

Art. 402.- Se prohíbe el otorgamiento de derechos, incluidos los de propiedad intelectual, sobre productos derivados o sintetizados, obtenidos a partir del conocimiento colectivo asociado a la biodiversidad nacional. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Dentro de la Constitución no se hace referencia expresa a la observancia dentro de la propiedad intelectual sino en otras materias como las referidas a los pueblos y nacionalidades, a la planificación para el desarrollo, derechos de protección. En sí, se encuentra que se hace referencia a la normativa expresa en materia de observancia en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, también conocido como “Código Ingenios”. Ante esto, inicialmente identifica a una entidad como responsable de la gestión de la propiedad intelectual dentro de uno de sus numerales, para lo cual se expone el artículo en cuestión:

Artículo 11.- Atribuciones de la entidad encargada de la gestión de la propiedad intelectual y de la protección de conocimientos tradicionales. - Serán atribuciones de la entidad responsable de la regulación, control y gestión de la propiedad intelectual y de la protección de los conocimientos tradicionales las siguientes:

6. Tramitar todos los procesos de observancia de los derechos de propiedad intelectual, de los conocimientos tradicionales en el ámbito administrativo (Código de Ingenios, 2016, pág. 15)

Pero en el caso específico, el denominado Código Ingenios desarrolla la observancia dentro de su Título Séptimo del Libro III, que en tres capítulos desarrolla la observancia, la misma que abordaremos dentro del presente subcapítulo.

En primer lugar, abordaremos los principios generales, recogidos en el artículo 538 del Código Ingenios, dentro del cual se aborda principalmente la competencia, la cual aclara, como se determina en caso de controversia, tendrá conocimiento tanto a nivel administrativo como judicial el que primero haya avocado en primer momento. En caso que, dentro de una misma, haya coincidido dos distintos, radicará la competencia en la autoridad jerárquicamente superior, y para un detalle mayor, se cita el artículo a continuación:

Art. 538.- Conflicto de competencias.- En los procesos judiciales o procedimientos administrativos en los que guarden entre sí identidad de personas, objetos y derechos controvertidos de propiedad intelectual, el juez o la autoridad administrativa que radique primero la competencia será la que continúe conociendo la causa y la autoridad que haya avocado el conocimiento de la causa posteriormente, deberá suspender su tramitación hasta que la causa primigenia sea resuelta, independientemente de la autoridad y vía en la que fueron iniciadas.

Para aquellos procesos en los cuales guarden entre sí identidad de personas, objetos y derechos controvertidos de propiedad intelectual y se estén tramitando entre autoridades pertenecientes al mismo órgano, sea administrativo o judicial, la autoridad jerárquicamente superior será la que deberá conocer la causa y la autoridad subordinada deberá remitir el expediente para la acumulación de autos.

Las autoridades se remitirán a conocer los conflictos presentados en su sede, y será responsabilidad de las partes dar a conocer a la autoridad correspondiente la existencia del litigio pendiente o el conflicto de competencia existente de conformidad con el presente artículo. (Ingenios, 2016, pág. 144)

En concordancia con ello, se debe interpretar a la luz del Código Orgánico General de Procesos, también conocido como COGEP, con el artículo 9 correspondiente a la competencia territorial, que establece las reglas, determinando situaciones tales como de existir dos domicilios se lo podrá demandar en ambos o que de no tenerlo se lo podrá hacer en cualquier lugar sin perjuicio de lo ya expresado. Se detalla a continuación el artículo:

Art. 9.- Competencia territorial. Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada.

La persona que tenga domicilio en dos o más lugares podrá ser demandada en cualquiera de ellos. Si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de sus domicilios exclusivamente, solo la o el juzgador de este será competente para tales casos.

La persona que no tenga domicilio fijo, podrá ser demandada donde se la encuentre.

Si la demandada es una persona jurídica con la que se celebró un contrato o convención o que intervino en el hecho que da origen al asunto o controversia, será competente la o el juzgador de cualquier lugar donde esta tenga establecimientos, agencias, sucursales u oficinas.” (COGEP, CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2017, pág. 3)

Sin embargo, aún bajo estas circunstancias, puede haber controversias de competencia para lo cual se debe recurrir subsidiariamente al COGEP, de ser las circunstancias más amplias que las descritas en el artículo 538 del Código Ingenios, por lo que es preciso exponer el artículo 14:

Art. 14.- Conflicto de competencia. Si una o un juzgador pretende la inhibición de otra u otro juzgador para conocer de un proceso, le remitirá oficio con las razones por las que se considera competente.

La o el juzgador requerido contestará cediendo o contradiciendo en forma motivada en el término de tres días, contados desde que recibió el oficio. Con esta contestación, se dará por preparado y suficientemente instruido el conflicto positivo de competencia y sin permitirse otra actuación, se remitirá a la Sala Especializada de la Corte Nacional o Corte Provincial de Justicia a la que pertenece el tribunal o la o el juzgador provocante.

Si, al contrario, ninguna o ningún juzgador, avoca conocimiento del proceso aduciendo incompetencia, cualquiera de las partes solicitará a la o el último juzgador en declararse incompetente, que eleve el expediente al superior que corresponda, según lo dispuesto en el inciso anterior, para que resuelva el conflicto negativo de competencia.

El conflicto de competencia se resolverá en mérito de los autos, salvo que por su complejidad se requiera información adicional a las partes o a las o los juzgadores involucrados.

La resolución del conflicto de competencia, en ningún caso deberá superar el término de diez días.

Mientras dure el conflicto de competencia el proceso principal estará suspendido.

De la resolución que dirima el conflicto de competencia no cabrá recurso alguno. (COGEP, CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2017, pág. 5)

Una vez hecha esta breve referencia, hay que definir el concepto de observancia dentro de la legislación ecuatoriana, que es recogida dentro del artículo 539 del Código de Ingenios, la cual se refiere de manera muy breve a ella como mecanismos judiciales y administrativos para proteger los derechos de propiedad intelectual:

Art. 539.- De la observancia en general. - Se establecen medidas judiciales y administrativas para asegurar la protección de los derechos intelectuales, así como para garantizar el comercio, la competencia y el legítimo uso de productos o materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual. (Ingenios, 2016, pág. 144)

Posteriormente se realiza una división que marcará de manera profunda la investigación presente y es que reconoce dos mecanismos distintos de observancia: la positiva y la negativa. La positiva es definida en los dos artículos subsiguientes, sin embargo, no se enfoca el desarrollo en la negativa puesto que se lo hace en el capítulo siguiente:

Art. 540. De la Observancia Positiva. - La violación a los derechos intelectuales establecidos en este Código, dará lugar al ejercicio de acciones judiciales y administrativas. En circunstancias excepcionales, sin perjuicio de la sustanciación o el resultado de la acción principal, en aplicación del principio de proporcionalidad y a pedido de parte se podrá ordenar el levantamiento o la suspensión de medidas cautelares. (Ingenios, 2016, pág. 144)

En concordancia de ello, se ha establecido que en caso de que haya más de un titular de derechos, es decir cotitulares, cualquiera de los dos estará facultado a iniciar una acción, esto sin que sea necesario una ratificación por parte de los otros titulares de derecho,

siempre y cuando no exista una disposición legal expresa que determine lo contrario, para su efecto, se cita el artículo referido a continuación:

Art. 542. Acciones de cotitulares.- En caso de cotitularidad de un derecho, cualquiera de los cotitulares podrá entablar las acciones de las que trata el presente Título sin que sea necesario el consentimiento de los demás cotitulares, salvo disposición legal o acuerdo en contrario. (Código de Ingenios, 2016, pág. 145).

Es fundamental tomar en cuenta que, dentro de los procesos de observancia cabe la reconvencción, misma que debe ser resuelta dentro de la resolución o sentencia según corresponda el proceso a administrativo o judicial, para ello se deberá hacer con las formalidades pertinentes, para efectos del presente según se lo establece en el párrafo segundo del artículo a continuación citado, se podrá interponer la cancelación, reivindicación, caducidad, entre otras figuras estipuladas dentro del Código de Ingenios. Para el accionar del presente se deberá tomar en cuenta los artículos 151, 152 y 153 del COGEP.

Art. 543. Reconvencción. - En los procedimientos administrativos y en los procesos judiciales de observancia en materia de Propiedad Intelectual es admisible la reconvencción conexa, la que será resuelta en resolución o sentencia, según corresponda. La reconvencción será planteada al momento de formular la respectiva contestación.

De ser el caso, dentro de la reconvencción el accionado podrá solicitar, entre otras, la nulidad del derecho que sirvió de fundamento para la interposición de la acción, así como la cancelación, reivindicación, caducidad y demás figuras aplicables a las distintas modalidades de la propiedad intelectual reguladas en este Código.

La reconvencción en sede judicial observará el trámite previsto en la norma general de procesos.

En sede administrativa, el trámite de la presente acción será el establecido en el Título VII, Capítulo III, Sección II del presente cuerpo normativo. (Código de Ingenios, 2016).

Para los efectos procesales y protección de los derechos de autor se debe tomar en cuenta que, la presunción del derecho de autor, en el cual con la mera constancia del nombre del seudónimo del autor en la obra, se lo atribuirá al mismo salvo prueba en contrario, de manera que se pueda resguardar sus derechos de una mejor manera, para esto

se lo estipula en el Código Ingenios, dentro del artículo 544 el cual establece que “Presunción²⁶ de derecho de autor. - Salvo prueba en contrario, para que el autor de una obra protegida sea admitido como tal bastará que su nombre o seudónimo, o cualquier otra denominación que no deje dudas sobre su identidad, conste en la obra en la forma usual.” (Código de Ingenios, 2016, pág. 145).

Como habíamos analizado anteriormente, es posible que la controversia y solicitud de medidas en base a la observancia estén vinculadas a los secretos industriales de las empresas, por lo que la autoridad debe tomar todas las medidas necesarias para que dicha información mantenga tal calidad. Por lo mismo, los únicos legitimados para acceder a la información son las autoridades y peritos pertinentes, y bajo circunstancias estrictamente necesarias, en consecuencia, deberán guardar reserva respecto a la información que ha tenido conocimiento, siendo responsables legalmente si ellos difundieran la información, según lo establece el artículo 545:

Art. 545.- Protección de secretos empresariales. - En todo proceso o diligencia que involucre secretos empresariales, la autoridad respectiva deberá adoptar todas las medidas necesarias para proteger dichos secretos. Únicamente la autoridad competente y los peritos designados tendrán acceso a la información, códigos u otros elementos, y exclusivamente en cuanto sea indispensable para la práctica de la diligencia de que se trate.

Todos quienes de conformidad con el inciso anterior tengan acceso a tales secretos quedarán obligados a guardar absoluta reserva y quedarán sujetos a las acciones que este Código y otras leyes prescriben para la protección de los secretos empresariales.

En cualquier caso, la autoridad competente podrá abstenerse de ordenar a una de las partes del proceso que revele secretos empresariales, cuando, en opinión de dicha autoridad, la revelación resulte impertinente a los fines del proceso.” (Ingenios, 2016, pág. 145)

²⁶ Código Civil, Artículo 32.- Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.

Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Dentro del derecho procesal, tenemos el principio de quien alega deberá probar, con excepciones puntuales, como en el derecho laboral o ambiental y esta es una excepción²⁷ adicional a dicha regla, puesto que establece que en casos referentes a infracciones de patentes deberá demostrar el presunto infractor que para la obtención del producto ha empleado un procedimiento distinto y, salvo se pruebe lo contrario, no se podrá utilizar productos idénticos sin el consentimiento del titular de derechos, quien ha obtenido la patente mediante un procedimiento legal establecido en el propio Código de Ingenios, bajo las dos circunstancias puntuales señaladas en el artículo a continuación detallado, para efectos del presente en caso de existir secretos industriales, como ya se ha expresado anteriormente, se mantendrá la reserva pertinente:

Art. 546.- Inversión de la carga de la prueba en patentes de procedimientos. - En los casos en los que se alegue una infracción a una patente cuyo objeto sea un procedimiento para obtener un producto, corresponderá al demandado en cuestión probar que el procedimiento que ha empleado para obtener el producto es diferente del procedimiento protegido por la patente cuya infracción se alegue. A estos efectos se presume, salvo prueba en contrario, que todo producto idéntico producido sin el consentimiento del titular de la patente, ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado, si:

1. El producto obtenido con el procedimiento patentado es nuevo; o,
2. Existe una posibilidad sustancial de que el producto idéntico haya sido fabricado mediante el procedimiento y el titular de la patente de éste no puede establecer mediante esfuerzos razonables cuál ha sido el procedimiento efectivamente utilizado.

²⁷Código Civil, Art. 169. - Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada.

La o el juzgador ordenará a las partes que pongan con anticipación suficiente a disposición de la contraparte, la prueba que esté o deba estar en su poder, así como dictar correctivos si lo hace de manera incompleta. Cuando se trate de derechos de niñas, niños y adolescentes, en materia de derecho de familia y laboral, la o el juzgador lo hará de oficio en la audiencia preliminar.

En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima.

En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado.

También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley.

En la presentación de pruebas en contrario, se tendrán en cuenta los intereses legítimos del demandado o denunciado en cuanto a la protección de sus secretos empresariales”. (Código de Ingenios, 2016, pág. 146)

Como hemos analizado a lo largo de la presente disertación, es fundamental para el ejercicio de la observancia que se ejecuten los procesos judiciales en materia de propiedad intelectual, los mismos que serán abordados a continuación y que se desarrollan dentro del Código Ingenios en el Capítulo Segundo del Título de la Observancia. Por esto, inicialmente se revisan los principios generales, que hacen referencia a lo contenidos en el COGEP, en los artículos 332 y 333 del cuerpo normativo referido, de manera que se detalla en dichos artículos que es pertinente ese procedimiento y las reglas del mismo, así en el Código Ingenios:

Art. 547.- De las acciones judiciales.-El ejercicio de la observancia en sede judicial prevista en el capítulo anterior se tramitará en procedimiento sumario de conformidad con las prescripciones del Código Orgánico General de Procesos. (Código de Ingenios, 2016, pág. 146)

En el COGEP, al regular la procedencia del procedimiento sumario:

Art. 332.- Procedencia. - Se tramitarán por el procedimiento sumario:

1. Las ordenadas por la ley.

Art. 333.- Procedimiento. El procedimiento sumario se rige por las siguientes reglas:

1. No procede la reforma de la demanda.

2. Solo se admitirá la reconvención conexa.

3. Para contestar la demanda y la reconvención se tendrá un término de quince días a excepción de la materia de niñez y adolescencia que será de diez días.

4. Se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

En materia de niñez y adolescencia, la audiencia única se realizará en el término mínimo de diez días y máximo de veinte días contados a partir de la citación.

En las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas, contados a partir de la citación.

En materia tributaria, en acción especial por clausura de establecimientos, la audiencia única se realizará en el término máximo de cuarenta y ocho horas.

5. En las controversias sobre alimentos, tenencia, visitas y patria potestad de niñas, niños y adolescentes, la o el juzgador para dictar la sentencia no podrá suspender la audiencia para emitir la decisión oral, conforme este Código.

6. Serán apelables las resoluciones dictadas en el procedimiento sumario. Las resoluciones de alimentos, tenencia, visitas, patria potestad, despojo violento, despojo judicial serán apelables solamente en efecto no suspensivo. Las sentencias que se pronuncien dentro de los juicios en que se ventilen las controversias entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, no serán susceptibles de los recursos de apelación ni de hecho. (COGEP, CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2017, pág. 80)

Es fundamental que para resguardar los derechos de las partes, legitime el actor la calidad de titular los derechos que pretende resguardar o garantizar mediante la acción de observancia, para ello la autoridad judicial, una vez ha cumplido con los requisitos expuestos anteriormente, procederá a solicitar a la autoridad administrativa correspondiente, o a quien corresponda²⁸, la información que permita validar o evidenciar la información que se ha concretado en la demanda:

Art. 548. Verificación de Información. - La autoridad judicial competente requerirá a la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, la información respecto a la existencia, validez o reconocimiento nacional de los derechos de propiedad intelectual del actor o del accionado para formar su criterio al dictar providencias preventivas o dictar sentencia. (Ingenios, 2016, pág. 146)

Para efectos del accionar de los recursos constantes en el Código Ingenios, es preciso determinar de manera detallada la competencia para el conocimiento de los procesos judiciales en materia de propiedad intelectual, en la forma determinada en el artículo que se cita a continuación:

²⁸ COGEP, Art. 71.- Colaboración con la Función Judicial. La o el juzgador está facultado para requerir a las personas naturales o jurídicas, la información necesaria. Las requeridas están obligadas a proveerla de manera inmediata y clara haciendo uso de los medios tecnológicos más eficientes.

Art. 549. Competencia en materia de propiedad intelectual. - El conocimiento de los procesos de los que trata este Capítulo (De los procesos judiciales en materia de propiedad intelectual) corresponde a la autoridad judicial competente de conformidad con las prescripciones del Código Orgánico General de Procesos. Serán también competentes para conocer estos procesos, los jueces del lugar en el que se hubiere cometido la infracción o dónde se adviertan los efectos de la misma.

Los actos administrativos de la Autoridad Nacional Competente en materia de derechos intelectuales son susceptibles de impugnación en la jurisdicción contencioso administrativa, para lo cual no será necesario agotar la vía administrativa. Las demás acciones se tramitarán en la jurisdicción civil o penal de conformidad con la competencia prevista en el ordenamiento jurídico.²⁹(Código de Ingenios, 2016, pág. 147)

Para esto, existe la Observancia concebida de dos maneras distintas, la positiva y la negativa. La positiva es desarrollada como se la ha concebido desde la doctrina y los instrumentos internacionales, pudiéndose la ejecutar contra las personas quienes elijan o infrinjan los derechos de propiedad intelectual de los titulares, para lo cual se solicitarán medidas provisionales según se establece en el COGEP.

Art. 550. Acción por Infracción. - El titular de un derecho de propiedad intelectual reconocido en el país u otra persona legitimada al efecto podrá entablar acciones judiciales contra cualquier persona que los infrinja. Podrá, además, accionar contra las personas que ejecuten actos que manifiesten la inminencia de una infracción.

Art. 551. Petición de medidas provisionales. - Se podrán solicitar diligencias preparatorias³⁰ y providencias preventivas³¹ de conformidad a la Norma General de Procesos. (Código de Ingenios, 2016, pág. 196)

²⁹ COGEP, Art. 9.- Competencia territorial. Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada.

La persona que tenga domicilio en dos o más lugares podrá ser demandada en cualquiera de ellos. Si se trata de cosas que dicen relación especial a uno de sus domicilios exclusivamente, solo la o el juzgador de este será competente para tales casos.

La persona que no tenga domicilio fijo, podrá ser demandada donde se la encuentre.

Si la demandada es una persona jurídica con la que se celebró un contrato o convención o que intervino en el hecho que da origen al asunto o controversia, será competente la o el juzgador de cualquier lugar donde esta tenga establecimientos, agencias, sucursales u oficinas.

³⁰ COGEP, Art. 120.- Aplicación. Todo proceso podrá ser precedido de una diligencia preparatoria, a petición de parte y con la finalidad de:

1. Determinar o completar la legitimación activa o pasiva de las partes en el futuro proceso.
2. Anticipar la práctica de prueba urgente que pudiera perderse.

Para efectos de las diligencias preparatorias, según lo establece el COGEP en su artículo 122, se determinan siete conjuntos de medidas preparatorias, además de otras de la misma naturaleza, las cuales son detalladas a continuación:

- 1) La exhibición de la cosa mueble que se pretende reivindicar o sobre la que se practicará secuestro o embargo; la del testamento, cuando la o el peticionario se considere la o el heredero, legataria o legatario o albacea; la de los libros de comercio cuando corresponda y demás documentos pertenecientes al comerciante individual, la sociedad, comunidad o asociación; exhibición de los documentos necesarios para la rendición de cuentas por quien se halle legalmente obligado a rendirlas; y en general, la exhibición de documentos en los casos previstos en este Código.
- 2) La exhibición de los títulos u otros instrumentos referentes a la cosa vendida, por parte de su enajenante en caso de evicción o pretensiones similares.
- 3) El reconocimiento de un documento privado.
- 4) El nombramiento de tutora o tutor o curadora o curador para las o los incapaces que carezcan de guardadora o guardador o en los casos de herencia yacente, bienes de la persona ausente y de la o del deudor que se oculta.
- 5) La apertura de cajas o casilleros de seguridad en las instituciones del sistema financiero.
- 6) La inspección preparatoria si la cosa puede alterarse o perderse.
- 7) La recepción de las declaraciones urgentes de las personas que, por su avanzada edad o grave enfermedad se tema fundadamente puedan fallecer o de quienes estén próximos a ausentarse del país en forma permanente o por un largo período. (COGEP, CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2017, pág. 31)

Dentro de las providencias preventivas, como fue analizado anteriormente puede ser dictadas por un juez, las mismas que pueden ser interrumpidas en cualquier momento

La o el juzgador que conozca la diligencia preparatoria será también competente para conocer la demanda principal.

³¹ COGEP, Art. 124.- Procedencia. Cualquier persona puede, antes de presentar su demanda y dentro del

proceso, solicitar el secuestro o la retención de la cosa sobre la que se litiga o se va a litigar o de los bienes que aseguren el crédito.

El secuestro o la retención se solicitará a la o al juzgador de primera instancia, aun cuando la causa se halle ante la corte provincial.

siempre y cuando se rinda una caución suficiente³², entre ellas tenemos a la prohibición de enajenar bienes³³, secuestro³⁴, retención³⁵ y arraigo³⁶, las cuales son apelables pero sin efecto suspensivo. Sin embargo, se incorporó unas providencias específicas para materia de propiedad intelectual, las cuales están estipuladas en el artículo innumerado después del 133 que fue agregada por Disposición Reformativa Décima Primera, numeral 11.1 de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 899 del 9 de diciembre del 2016. Esta responde a los instrumentos internacionales que ya se han analizado en el subcapítulo anterior. Es importante recalcar que se incorporó posteriormente por olvido del legislador ecuatoriano. Estas surgirán efecto con el fin de que entre en el comercio la mercancía nacional, internacional, inclusive la importada o también para preservar las pruebas de la vulneración de los derechos intelectuales de los titulares. Para ello, encontramos 3 principales que se subdividen de manera detallada entre ellas, el cese inmediato de las actividades, el retiro de la mercancía del comercio y del secuestro o retención de las mismas, que para mayor detalle, se cita el artículo pertinente a continuación:

Art. ...- Providencias preventivas en materia de propiedad intelectual.- Con el fin de evitar que se produzca o continúe la infracción sobre derechos de propiedad intelectual, o de

³² COGEP, Art. 128.- Interrupción de providencias preventivas. La o el deudor podrá interrumpir las providencias preventivas previstas en los artículos precedentes, asegurando con caución suficiente.

³³ COGEP, Art. 126.- Prohibición de enajenar bienes inmuebles. La o el juzgador, en los casos permitidos por la ley y a solicitud de la o del acreedor, podrá prohibir la enajenación de bienes inmuebles de la o del deudor, para lo cual se notificará al respectivo registrador de la propiedad quien inscribirá la prohibición de enajenar sin cobrar derechos.

Mientras subsista la inscripción no podrán enajenarse ni hipotecarse los inmuebles cuya enajenación se ha prohibido, ni imponerse sobre ellos gravamen alguno.

Para la prohibición de enajenar bienes inmuebles, bastará que se acompañe prueba del crédito y de que la o el deudor, al realizar la enajenación, no tendría otros bienes saneados, suficientes para el pago.

³⁴ COGEP, Art. 129.- Secuestro. Podrá ordenarse el secuestro de bienes y sus frutos, en los casos en que se tema su deterioro.

La parte contra quien se pida el secuestro, podrá oponerse prestando, en el acto, caución suficiente. El secuestro de bienes inmuebles se inscribirá en el registro de la propiedad. Mientras subsista el gravamen no podrá inscribirse otro, excepto la venta en remate forzoso.

³⁵ COGEP, Art. 130.- Retención. La retención se verificará en las rentas, créditos o bienes que tenga la o el deudor en poder de una o un tercero.

Ordenada la retención, bastará que se notifique a la persona en cuyo poder estén las rentas, créditos o bienes que se retengan, para que no se los entregue sin orden judicial. Esta orden podrá impugnarse en el término de tres días.

³⁶ COGEP, Art. 131.- Arraigo. La o el acreedor que tema que la o el deudor se ausente para eludir el cumplimiento de una obligación, puede solicitar el arraigo, siempre y cuando demuestre la existencia del crédito, que la o el deudor es extranjero y que no tiene bienes raíces suficientes en el país.

evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, o bien para preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción, el juez de lo civil a petición de parte y previo informe favorable de la autoridad competente en materia de Propiedad Intelectual, podrá disponer la adopción de las siguientes providencias preventivas:

- a. Cese inmediato de la actividad que constituya la presunta infracción, que comprenderá:
 1. La suspensión de la actividad infractora o la prohibición al infractor de reanudarla, o ambas;
 2. La clausura provisional del local o establecimiento, que se expedirá necesariamente cuando las mercancías infractoras o ejemplares ilícitos constituyan parte sustancial del comercio habitual del infractor;
 3. El retiro del comercio de las mercancías, ejemplares ilícitos u objetos infractores y su depósito judicial.
- b. La suspensión de la actividad de utilización, explotación, venta, oferta en venta, importación o exportación, reproducción, puesta a disposición, comunicación o distribución, según proceda; y,
- c. El secuestro o la retención; el mismo que podrá ordenarse sobre bienes que aseguren el pago de la indemnización, sobre los productos o mercancías que violen derechos de propiedad intelectual, así como sobre los equipos, aparatos y medios utilizados para cometer la infracción y sobre los ejemplares originales que hayan servido para la reproducción o comunicación.

La demanda principal para este tipo de acciones, se iniciarán ante el juez Civil competente mediante procedimiento sumario, de acuerdo a las disposiciones de este Código. (COGEP, CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS, 2017, pág. 133)

Una vez analizados los procedimientos aplicables en sede administrativa bajo autoridad jurisdiccional, se puede analizar las aplicables en sede administrativa, las cuales se desarrollan en el capítulo tercero. De conformidad con la norma pertinente el titular de un derecho protegido o un tercero legitimado con un poder especial pertinente, podrá iniciar acciones administrativas contra cualquier persona que vulnere sus derechos al igual que contra aquellos que manifiesten la inminencia de la infracción, según lo determina el artículo 554 (Código de Ingenios, 2016, pág. 147), sin embargo las acciones penales

procederán conforme la legislación pertinente. En cuanto a las Diligencia preparatorias se refiere en su artículo 555 que establece:

Previo a iniciar un procedimiento de observancia ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, cualquier persona podrá solicitar ante dicha autoridad la adopción de cualquiera de las diligencias preparatorias previstas en la norma general de procesos. (Código de Ingenios, 2016, pág. 148)

Respecto a los peritos dentro de los procesos administrativos para el procedimiento dentro del ejercicio de la observancia conforme el Código Orgánico de la Función Judicial los peritos deberán ser nombrados de los inscritos de la nómina, la cual es proporcionada por el Consejo de la Judicatura y que, por la materia, es posible que no exista un profesional con la especialidad necesaria por lo que la autoridad estará facultada a nombrar a un profesional que cuente con la experticia suficiente. La observancia será conocida por la autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual que es el IEPI Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual; estas podrán ser realizadas de oficio o a petición de parte, de manera que se inspeccionará, monitoreará y de ser necesaria se sancionará para que no se configure la vulneración de los derechos del titular. (Código de Ingenios, 2016, pág. 148). En concordancia y para la observancia se deberá acoger a lo establecido en el artículo 30 del reglamento del Código Ingenios:

Art. 30.- De la Administración de las Sociedades de Gestión. - Para el ejercicio de las acciones de observancia establecidas en el Código, las sociedades de gestión colectiva deberán aportar al proceso lo siguiente:

- a) Copia de sus estatutos y de la autorización para actuar como entidad de gestión,
- b) Mandatos conferidos a su favor por los socios; y,
- c) Los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras, efectivamente (Reglamento, 2017, pág. 8)

Para efecto de las medidas y el ejercicio de la observancia según lo establecido en el artículo 560 del Código Ingenios, la autoridad podrá ordenar una o varias de las medidas detalladas a continuación:

1. Inspección;^{37 38 39}

³⁷ Código Ingenios, Art. 562. De las inspecciones. - Las inspecciones se realizarán para comprobar la presunta infracción de los derechos de propiedad intelectual.

2. Requerimiento de información incluyendo la facultad de ordenar la presentación de documentos u objetos que se encuentren bajo el control o posesión del presunto infractor;⁴⁰
3. Sanción de la infracción de los derechos de propiedad intelectual; y,
4. Las demás providencias preventivas previstas en la norma general de procesos. (Código de Ingenios, 2016, pág. 149).

Para garantizar el derecho de todas las partes vinculadas el actor podrá verse exigido por parte de la autoridad competente a rendir fianza o garantía suficiente para resguardar al demandado y evitar abusos. La garantía o fianza deberá ser proporcional al impacto económico, comercial y social que puede generar la medida para dichos efectos, estas tendrán el carácter de reservadas y deberán ser calificadas en cuarenta y ocho horas posterior a haber sido ingresadas. La autoridad pertinente ordenará las medidas una vez avocado conocimiento de la acción, sin embargo, para ello el accionante debió haber acreditado la legitimación para actuar, los elementos bajo los cuales se determine la existencia del derecho infringido, las mismas que deberán ser acompañadas por pruebas

Al momento de la diligencia, se notificará al presunto infractor el acto administrativo mediante el cual se ordena la práctica de la diligencia y, si fuese aplicable la solicitud de la parte afectada, como requisito para su validez y ejecución.

La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales deberá solicitar al juez la autorización e intervención para que el, o los servidores de la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, efectúen allanamientos que podrán incluir la ruptura de seguridades.

La autorización señalada en el párrafo anterior deberá ser conferida por el juez competente de la jurisdicción en la cual se vayan a realizar las acciones indicadas en el inciso anterior, aun cuando no sea del domicilio del investigado o denunciado, dentro del término de 24 horas.

³⁸ COGEP, Art. 228. Inspección judicial. La o el juzgador cuando lo considere conveniente o necesario para la verificación o esclarecimiento del hecho o materia del proceso, podrá de oficio o a petición de parte, examinar directamente lugares, cosas o documentos.

³⁹ Art. 564. Peritos en la práctica de inspecciones. - Para la práctica de las inspecciones, se podrá ordenar la concurrencia de peritos y, en tal caso, su dictamen constará en el acta correspondiente si pudiere ser emitido en la misma diligencia o en el informe escrito que presente en el plazo que le sea otorgado para el efecto. El informe pericial podrá servir para la ejecución de las medidas cautelares.

La autoridad administrativa, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar que el perito concurra a una audiencia para que informe oralmente sobre las cuestiones técnicas que le hayan solicitado previamente por escrito la misma autoridad o cualquiera de las partes.

⁴⁰ Art. 567. Requerimiento de información. - Cuando se presuma la infracción de derechos de propiedad intelectual o la inminencia de dicha infracción, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá requerir que se le proporcione cualquier información que permita establecer la existencia o no de tal infracción o su inminencia.

La información deberá ser entregada dentro del término de quince días desde la fecha de la notificación. La falta de contestación al requerimiento de información se tendrá como un indicio en contra del presunto infractor.

suficientes que permitan presumir razonablemente la vulneración de un derecho por medio del cometimiento de una infracción.

En concordancia con las medidas establecidas mediante el artículo 560 y atendiendo a la naturaleza que tenga la infracción como medida cautelar se podrá solicitar:

1. El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
2. El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo, los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios principales que sirvieran para cometer la presunta infracción;
3. La suspensión de la comunicación pública del contenido protegido en medios digitales, ordenada al infractor o intermediario;
4. La suspensión de los servicios del portal web por una presunta vulneración a derechos de propiedad intelectual, ordenada al infractor o intermediario;
5. La suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el numeral anterior, que se notificará inmediatamente a la autoridad de aduanas;
6. El cierre temporal del establecimiento del presunto infractor cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción; y,
7. De resultar insuficiente cualquiera de las medidas descritas en los numerales anteriores, se podrá solicitar cualquier otra medida razonable destinada a cesar el cometimiento de la infracción, ponderando los legítimos intereses del titular del derecho de propiedad intelectual y los del presunto infractor. Esta medida será aplicable si no se afecta intereses de terceros. (Código de Ingenios, 2016, pág. 150)

Las medidas cautelares referidas anteriormente, cuando supongan la aprehensión de productos, utilizará a los depositarios de la función judicial de aquellos constantes en el Consejo de la Judicatura. El depositario deberá trasladar los bienes a los lugares que se determinen, de manera que será el responsable de aquellos bienes, estos gastos serán imputados al accionante, tanto por movilización como por conservación, custodia exhibición y administración de los bienes, estos costos podrán devolverse como indemnización al accionante en caso que el proceso administrativo sea a su favor. Para determinar la aplicación de las medidas cautelares nos debemos remitir al artículo 566, el cual establece que:

Art. 566. Aplicación de las medidas cautelares. - Las medidas cautelares se aplicarán sobre los productos resultantes de la presunta infracción y los materiales o medios que sirvieran principalmente para cometerla.

De tratarse de una presunta infracción a derechos de autor o derechos conexos, las medidas cautelares no se aplicarán respecto del ejemplar adquirido de buena fe y para el exclusivo uso personal.

La autoridad administrativa podrá realizar cualquier acción necesaria para la aplicación de las medidas cautelares, las cuales tendrán carácter provisional, y estarán sujetas a modificación, revocación o confirmación conforme se dispone en el artículo 568 (Ingenios, 2016).

En ejercicio del derecho a la defensa, derecho constitucionalmente consagrado, el presunto infractor estará facultado a presentar argumentos de defensa y descargo de ser procedente y necesario, lo cual se realizara en audiencia dentro de un tiempo no mayor de quince días, que serán contabilizados desde la notificación del acto administrativo que ordene la medida, la audiencia dependerá del criterio de la autoridad en función a los elementos de convicción que estén en su conocimiento dentro del proceso, de manera que deberá expedir motivadamente⁴¹ una resolución posterior a haberse vencido el termino de prueba o se haya realizado la audiencia.

En caso de determinarse la infracción de los derechos del accionante, se sancionará según corresponda, con la clausura del establecimiento de tres a cinco días o con una multa de entre uno coma cinco salarios básicos unificados hasta ciento cuarenta y dos salarios básicos unificados, eso quiere decir que hoy, en el 2018 sería entre USD. 595,00 (quinientos noventa y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América) hasta USD. 54.812,00 (cincuenta y cuatro mil ochocientos doce dólares de los Estados Unidos de Norte América), dependiendo de la naturaleza de la infracción y los criterios recogidos en el reglamento, dentro de la misma disposición, se podrán adoptar las medidas referidas

⁴¹ ERJAFE, Art. 122.- Motivación. 1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución, la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación, entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos, produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

anteriormente, o confirmar las ordenadas de manera temporal. La resolución en adicional deberá contener las mercancías o productos que hubiesen sido retiradas del comercio.⁴²

Una posibilidad es que se revoquen las medidas por ser injustificadas, para lo cual la autoridad y la persona afectada se deberán remitir a lo establecido en el artículo 570 del Código Ingenios, mismo que determina que se dejará sin efectos las medidas y será sujeto al pago de daños y perjuicios:

Art. 570. Indemnización de daños y perjuicios⁴³ por revocatoria de medidas cautelares.- En los casos en que las medidas cautelares sean revocadas o queden sin efecto por causa imputable al solicitante, o en aquellos casos en que posteriormente se determine que no hubo infracción o inminencia de infracción de un derecho de propiedad intelectual, la parte contra la cual se inició el proceso administrativo podrá demandar al actor, el pago de la indemnización de daños y perjuicios así como de las costas procesales.

Las medidas cautelares dictadas por la autoridad administrativa no caducarán, por la falta de interposición de un proceso en sede judicial. (Código de Ingenios, 2016, pág. 152)

Sin embargo, existe una disposición especial respecto al Estado, la cual es descrita detalladamente en el artículo a continuación citado en el que se establece que la autoridad podrá limitar la compensación y clarificaciones respecto a la utilización:

Art. 571.- Compensación por infracción de derechos de propiedad intelectual. - En el caso de utilización de derechos de propiedad intelectual, sin autorización del titular, por parte del Estado o de un tercero autorizado por el Estado, la autoridad judicial competente o la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, podrá restringir las acciones o recursos contra tal utilización, al pago de una compensación, cuyo monto será fijado por el órgano que adoptó la medida.

Las personas naturales o jurídicas de derecho privado, sólo podrán beneficiarse de esta excepción cuando la utilización haya sido realizada en función de una relación de

⁴² ERJAFE, Art. 66.- Vigencia. - Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirá, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.

⁴³ Código Civil, Artículo 1572. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

cualquier tipo con el Estado o cualquiera de sus instituciones. (Código de Ingenios, 2016, pág. 152)

La autoridad estará facultada a sancionar, según se describe en el artículo 569, en caso que se obstaculice sin justificación el cumplimiento de los actos, medidas o inspecciones determinadas en las resoluciones o de no brindar la información solicitada dentro de los tiempos determinados. En ejercicio de la observancia y para precautelar el derecho de los titulares, todo evento público de obras o presentaciones protegidas por derechos de autor deberán ser autorizadas salvo casos en concreto definidos en el artículo 573 del Código Ingenios⁴⁴. Para los casos de incumplimiento de las resoluciones, la autoridad mediante solicitud podrá apoyarse en la policía nacional.

A continuación analizaremos las medidas de frontera la cual se desarrolla dentro del apartado segundo del capítulo en cuestión analizado, en referencia y como se ha desarrollado anteriormente en el capítulo de los organismos internacionales, en el cual de existir presupuestos o evidencia suficiente que demuestre que una importación o exportación de mercancía pueda vulnerar los derechos del titular de una marca o derechos de autor, podrá solicitar a aduanas, se suspenda la operación, para lo cual “Una vez interpuesta la solicitud de medidas en frontera⁴⁵, la autoridad competente en materia

⁴⁴ Art. 573.- El organizador de un espectáculo público donde se vaya a realizar comunicación pública de obras o prestaciones protegidas por Derecho de Autor, deberá obtener la autorización o licencia por parte de los titulares de derechos o sus representantes.

Conforme el reglamento correspondiente, para el otorgamiento de tal autorización o licencia las partes deberán realizar un intercambio de información, en especial a lo relativo a las posibles obras comunicadas, con el fin de determinar la administración y vigencia de los derechos.

No será necesaria la autorización para eventos cuando:

1. La comunicación pública de obras no sea significativa en relación al número de asistentes, valor de entrada, gastos de organización, valor fijado con los intérpretes y ejecutantes o cualquier información de la que se pueda determinar con claridad el tamaño del evento;
2. El titular sea el organizador del evento y se interpreten solamente obras cuyos derechos le pertenezcan; y,
3. Cuando el titular no sea socio de ninguna sociedad de gestión de derechos de autor.

La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, podrá realizar las diligencias preparatorias establecidas en el Código Orgánico General de Procesos, en lo que fuere aplicable, para verificar:

1. La transparencia y veracidad de la información presentada por el organizador, el titular de derechos o representante; y,
2. La existencia de la autorización por parte del titular de los derechos o representante.

⁴⁵ Código de Ingenios, Art. 576. Del procedimiento. - Las acciones de medidas en frontera se presentarán ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales de acuerdo al contenido, requisitos, plazos, procedimiento y demás normas que disponga el reglamento correspondiente.

aduanera deberá suspender la operación de importación o exportación de los productos en cuestión, hasta que la autoridad nacional competente⁴⁶ en materia de derechos intelectuales resuelva el pedido.” (Código de Ingenios, 2016, pág. 153), estas operaciones no procederán solamente a petición de parte, debido a que la autoridad, de conocer dichos hechos que puedan vulnerar los derechos del titular, podrá suspender la operación de exportación o importación de oficio⁴⁷.

Art. 579.- Inspección de mercadería. - A efectos de fundamentar sus reclamaciones, el titular del derecho de propiedad intelectual podrá solicitar directamente a la autoridad nacional competente en materia aduanera, que le permita inspeccionar las mercaderías que van a ser importadas o exportadas, sin perjuicio de que tome las medidas que sean necesarias para la protección de la información confidencial. (Código de Ingenios, 2016, pág. 154)

Según ya se ha desarrollado, las medidas de frontera solo se podrán dar paso cuando existan evidencias suficientes que permitan relaciona a una presunta comisión de

⁴⁶COPCI, Art. 176. Medidas preventivas. - Cuando se presuma la comisión de un delito contra la administración aduanera, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, a fin de asegurar el cumplimiento de formalidades u obligaciones aduaneras, podrá disponer las medidas preventivas y transitorias de inmovilización y retención provisional de mercancías, respectivamente. En esta materia, el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador tendrá las mismas atribuciones que la Policía Nacional respecto de los objetos e instrumentos del delito, en lo que respecta a la cadena de custodia.

La inmovilización es el acto mediante el cual la servidora o el servidor a cargo de la dirección distrital dispone que las mercancías permanezcan en la zona primaria u otro lugar determinado, bajo custodia y responsabilidad del representante legal del depósito temporal o de quien designe la autoridad aduanera, respectivamente, y podrá disponer la inspección de las mismas. La inmovilización no podrá durar más de tres días hábiles, vencido este plazo se deberá continuar con el trámite respectivo.

La retención provisional consiste en la toma de posesión forzosa de la mercancía en la zona secundaria y su traslado hacia las bodegas aduaneras, u otro lugar designado para el efecto por la autoridad aduanera, mientras se determine la situación legal de la mercancía. La retención no podrá durar más de tres días hábiles, vencido este plazo se deberá continuar con el trámite respectivo.

En cualquier momento, y siempre que no signifique riesgo para la carga ni exista presunción fundada de participación del transportista en la infracción que se investiga, la servidora o el servidor a cargo de la dirección distrital podrá disponer que las mercancías sean extraídas de las unidades de carga que las contienen, a fin de que éstas últimas puedan ser devueltas al transportista o a su propietario. La Directora o el Director General regulará el procedimiento para la aplicación de estas medidas.

⁴⁷ COPCI, Art. 45.- Responsabilidad. - Los operadores y el administrador de la Zona Especial de Desarrollo Económico serán solidariamente responsables respecto al ingreso, tenencia, mantenimiento y destino final de toda mercancía introducida o procesada en las zonas autorizadas, y responderán legalmente por el uso y destino adecuado de las mismas. La responsabilidad solidaria establecida opera sobre las obligaciones tributarias aduaneras incumplidas, y sobre las sanciones pecuniarias que se impongan por infracciones cometidas, reconocidas en este Código y en su Reglamento de aplicación.

una infracción. La autoridad previo la solicitud o análisis de las evidencias, solicitará una fianza o garantía con el fin de resguardar los derechos de todas las partes, teniendo en cuenta que las medidas de frontera no se podrán solicitar en exportaciones o importaciones que no tengan escala comercial y no representen un impacto en el comercio, la duración de las medidas de frontera serán de diez días desde su notificación, siempre y cuando el solicitante no haya iniciado la acción principal o la autoridad lo hubiera extendido.

Finalmente se analiza el uso indebido de los derechos de propiedad intelectual en Internet, donde los propietarios de las marcas y otros derechos de esta índole, en ejercicio de la observancia quisieran sacar provecho de un derecho el cual no es titular, en el sentido que “a) haya sido idéntico o similar con una marca u otro derecho de propiedad intelectual reconocido en el país; o, b) sea capaz de causar dilución con una marca notoriamente conocida en el país” (Código de Ingenios, 2016, pág. 155), podrá iniciar una acción de tutela administrativa; de igual forma podrá hacerlo la persona natural, identificada por su nombre o seudónimo, cuando se atribuya una obra o bien inmaterial que no le pertenece, salvo que acredite consentimiento del titular o heredero.

Dentro de la determinación pertinente se deberá considerar si lo actuado fue de mala fe, para lo cual la autoridad debe tomar en consideración los siguientes factores, mismos que se establecen en el artículo 585 del Código Ingenios⁴⁸:

1. La intención de quién registró el dominio de desviar a los consumidores del titular de la marca a un sitio accesible bajo el nombre de dominio, lo cual podría perjudicar la buena reputación de la marca, ya sea con fines comerciales o con la intención de opacar o menospreciar a la marca; o, con el fin de aprovecharse de otro derecho de propiedad intelectual reconocido en el país o la imagen de un tercero;
2. La oferta de quién registró el dominio de arrendar, transferir, vender, o ceder el nombre de dominio al titular de la marca o a la persona natural cuyo nombre o seudónimo sea identificado por el sector pertinente del público, a cambio de un beneficio económico o material, sin haber utilizado, o haber tenido la intención de usar el nombre de dominio para ofertar de buena fe sus productos o servicios, o que su conducta indique dicha intención; y,
3. El haber proporcionado material e información de contacto falsa o engañosa al solicitar el registro del nombre de dominio, o que su conducta indique dicha intención. (Código de Ingenios, 2016, pág. 155)

⁴⁸ Código Civil, Art. 722.- La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los demás la mala fe deberá probarse.

Finalmente, para concluir el análisis realizado en base a la observancia, se deberán tomar en cuenta los factores para el uso legítimo del nombre del dominio, para lo cual la autoridad pertinente se deberá regir a los siguientes factores, mismos que son descritos en el artículo 586 del Código Ingenios:

1. "1. Si quién registró el nombre de dominio posee un derecho de marca u otro derecho de propiedad intelectual incluido en el nombre de dominio;
2. Si el nombre de dominio consiste en el nombre comercial, razón social, nombre o seudónimo de quién registró el dominio; y,
3. El uso previo por parte de quién registró el nombre de dominio en relación con la oferta de buena fe de los productos o servicios que ofrece o con propósitos de identificación o de información y no sea capaz de inducir al público a error sobre la procedencia de los mismos." (Código de Ingenios, 2016, pág. 156)

2.6 Precedentes jurisprudenciales de la utilización de la observancia como garantía de los derechos de autor.

Con el pasar de los años, a pesar de tener varias leyes sobre la correcta aplicación de los derechos de autor y en especial de la no vulneración de sus obras, en varios países se han encontrado jurisprudencias en las que se puede observar cómo la observancia es una de las situaciones más estudiadas debido a su falta o incorrecta aplicación. A continuación, varias de las jurisprudencias más importantes para la OMPI en materia de marcas, patentes, competencia desleal y derechos de autor.

La observancia del derecho de marcas en la jurisprudencia.

- El derecho de impugnar la resolución acerca de la confusión y la sentencia de 31 de agosto de 2000 del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (Ciudad de México). Caso Reebok.

Es difícil imaginarse un escenario real en el que alguien en su sano juicio cuestionara el derecho del dueño de una marca registrada a impugnar la decisión dictada en primera instancia, en virtud de la cual, se resuelve que no existe semejanza en grado de confusión, particularmente en circunstancias en que la resolución combatida es dictada con simplismo, a la ligera, y sin explicaciones convincentes que apoyen su sentido; pues bien, idéntico derecho le asistiría al actor en una situación en que la resolución a combatir fuese en apariencia un texto explícito, claro, fundado y motivado, en circunstancias en que el

actor estimase que el asunto debía ser revisado en una instancia posterior genéricamente llamada apelación en las prácticas comparadas. (Ortiz, 2011)

No parecería que existe una base legal para cuestionar el derecho anteriormente establecido y razones procesales del derecho dentro de cualquier nación que no fuese suficiente para apoyar el derecho a impugnar una resolución, materia de confusión, por parte de la víctima, según el derecho internacional específicamente los ADPIC, se entiende que la observancia complementaria entre derechos internos y externos deja mucho que desear y abre brechas sobre confusiones en materias sumamente claras en la ley de propiedad intelectual, en ese caso porque no se aplicó el art 41 sobre la observancia de los derechos de propiedad intelectual; la ley especifica que:

Artículo 41: 1. Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso; (OMPI, 1994, págs. 361,362)

podemos decir que no fue eficaz la aplicación de la ley lo que se vuelve una observancia negativa para el actor de esta jurisprudencia volviendo un precedente dentro del error de esta jurisprudencia.(Ortiz, 2011)

- La observancia de los derechos marcarios y la introducción de mercancía portadora de la marca proveniente del extranjero. El caso AMERICAN COLT. Bolivia. La sentencia de la Sala Penal de la R. Corte Superior del Distrito Judicial de Oruro (segunda instancia), revocada por la sentencia del 7 de noviembre de 2000 de la Sala Penal Primera de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación (tercera y última instancia). Bolivia.⁴⁹

Los derechos marcarios pueden verse infringidos por distintas conductas. Encabezan esas manifestaciones, la aplicación de la marca en el producto sin el consentimiento del titular del registro, por un lado, y la venta de la mercancía a la que se ha

⁴⁹ Bolivia. 200011-sala. Penal-1-613 falsificación y aplicación indebida de marcas, contraseñas y otros. American colt suit 2000 s.r.l. c/ Míquelina Vásquez García. Distrito: Oruro. Sentencia.

aplicado la marca registrada sin consentimiento del titular de la marca registrada, por el otro. En este último caso, puede ocurrir que la marca haya sido aplicada al producto en un tercer país, en el que no se incurrió en infracción de la marca por haberse aplicado el signo con el consentimiento de quien es titular de la marca en ese tercer país, en donde la aplicación de la marca está dentro de la legalidad. En estas circunstancias, la mercancía puede, incluso, venderse en ese tercer país sin usurpar los derechos del titular de la marca en ese tercer país. Sin embargo, cuando el producto portador de la marca, en estas circunstancias, es exportado a otro país en donde la marca está registrada en nombre de otra empresa, la introducción y comercialización de la mercancía portadora de la marca, como regla general, constituye un acto de infracción. Esto, en un contexto como el del caso AMERICAN COLT que involucraba la reclamación del titular boliviano por la circulación de la mercancía portadora de la marca proveniente de Chile. (Ortiz, 2011)

Uno de los errores en cuanto a las normas que rigen la observancia en este caso es la aplicación eficaz de la misma dejando a un lado los derechos derivados de un registro marcario en un determinado país, en el que injustificadamente se comenzó a comercializar sin autorización del dueño de la marca ya que la mercancía tenía una marca extranjera que no tenía permiso para comercializarse en dicho país, el fallo de tercera instancia recoge los puntos más importantes de este caso y los mismos buscan esclarecer específicamente qué significa dentro de la comercialización de una marca la correcta aplicación de observancia en la ley marcaria.

***FALLO TERCERA INSTANCIA:** Que del examen de los antecedentes del proceso, se puede advertir que la Corte ad quem, ha cometido error de derecho debidamente comprobado, al condenar a la procesada incorrectamente, sin 79 MARCAS la existencia de prueba alguna, en consideración a que el hecho por el que se la juzga supuestamente, previsto en los arts. 193, 235 y 236 del Cód. Pen., no se adecúa a ninguna de las tipificaciones imputadas, pues está demostrado que Miguelina Vásquez García adquirió legalmente los pantalones American Colt de la empresa Serené Hnos. de Chile, la que está autorizada por la matriz de dicha marca para producir y comercializar. El querellante que representa a otra industria peruana similar, que seguramente también tiene autorización para el uso y explotación de dicha marca, impropriamente demandó a la procesada, pues ella no fabricó los pantalones, no falsificó ninguna marca, no cometió fraude procesal ni engaño a persona alguna, en resumen no cometió ningún delito. (Ortiz, 2011)*

La correcta observancia de algunos precedentes en esta materia y la ley marcaría permitieron que se determine que a pesar de no tener autorización para comercializar por parte de la marca, salía a la luz algo mucho más importante que fue la no producción de los artículos comercializados sino más bien que la mercancía en su totalidad fue comprada de forma legal a su creador lo que implica que no existía producción, es así que el fallo llega a determinar que no existe un delito marcario dentro del presente caso.

La observancia dentro de criterios sobre Patentes.

- El carácter constitutivo del Derecho de patente. Criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 0018-1P-2008.

La tesis del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que más adelante se reproduce, distingue el derecho a explotar una invención por parte de su creador, del derecho exclusivo a explotar la invención. El ejercicio de la primera prerrogativa no requiere de un título ni de autorización por parte de la autoridad. En cambio, el ejercicio del derecho a explotar la invención con carácter exclusivo está condicionado a la previa obtención del título llamado patente, sin el cual no existen derechos exclusivos. De ello se sigue, que en toda situación que involucre la observancia de un derecho de patente, requisito *sine qua non* para explorar la viabilidad de un pleito en contra del presunto usurpador, es precisamente la existencia de una patente válida durante el tiempo en que se realizaron los actos prohibidos por el Derecho de patentes, mismos que están reservados al dueño de la patente o quien goce la autorización necesaria para realizar la explotación de la patente en cualquiera de las manifestaciones previstas en la normatividad aplicable, que en el Derecho Internacional contemporáneo está representada por las conductas a que alude el artículo 28, 1. a) y b) del Acuerdo sobre los ADPIC (Ortiz, 2011).

Es así que se ejemplifica que el inventor de un producto goza de pleno derecho de utilización y explotación del mismo sin necesidad de formalidad alguna y en plena observancia de sus derechos como inventor exclusivo del mismo.

- El examen sobre la patentabilidad de un invento no es garantía de su validez. Sentencia de 6 de octubre de 1933 de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia. México.

Esta tesis confirma que el hecho de que la patentabilidad de una invención sea objeto de un examen previo de novedad, no constituye garantía respecto de la validez de la patente en lo que hace al tema de la novedad. Ello se pone de manifiesto en los litigios sobre infracción de patente, en que la novedad de la patente es comúnmente atacada por el presunto usurpador. Esta tesis corrobora, de modo indirecto, esta posibilidad para el demandado por infracción de patente (Ortiz, 2011)

Bajo la observancia de la LEY DE 1903 y al art 127 de la ley de Patentes de Invención de 1928 toda patente conservará la fuerza y validez que les concedieron, pero quedando sujetas en todo lo demás, en esta jurisprudencia específicamente podemos reconocer que al realizar un correcto examen de observancia de las leyes que permitan esclarecer las mismas, se puede llegar a reconocer cómo la garantía de validez no se conforma en patentabilidad de un objeto nuevo debe siempre cumplir con procedimientos que busquen la correcta seguridad de todos sus actores.

La observancia en materia de derechos de autor.

- Propiedad intelectual y relación de trabajo. Sentencia del 30 de septiembre de 2002. Tribunal Segundo. Civil Sección II. Costa Rica.299

La problemática de la autoría y titularidad de los resultados de un trabajo desarrollado por el empleado es discutida en esta sentencia en la que el empleado reclama una remuneración por la transmisión en el extranjero de una obra audiovisual de la que se dice autor. El demandante no discute la remuneración a la que tiene derecho en Costa Rica, pero asegura que esa remuneración no incluía las transmisiones en el extranjero, y por esa razón exige las prestaciones a las que se refiere la demanda en ejercicio, lo mismo de derechos económicos que morales. (Ortiz, 2011)

En esta sentencia específicamente, se puede reconocer la correcta aplicación de observancia en materia patrimonial, la petición de una remuneración dentro de un país en el que se observará la ley interna de la mano de las leyes de derecho de autor que versen sobre lo económico.

El Tribunal que conoce del negocio resuelve bajo la observancia de la ley que el demandante no tiene derecho a las prestaciones reclamadas precisamente por no ser el titular de la obra audiovisual en la que dicho demandante participó en su calidad de empleado, conjuntamente con otros empleados de la empresa titular de los derechos:

XIII. El reclamo de los actores está dirigido al cobro de los derechos de autor, tanto patrimoniales como morales, así como al derecho de imagen que reclama concretamente el señor López Gutiérrez, por la difusión del programa Aguadulce a nivel internacional, sin contar la demandada con autorización para permitir que terceras personas lo transmitieran a ese nivel, pues solamente estaba autorizada su difusión para el ámbito nacional. El cobro de los citados derechos es, en síntesis, el objeto del presente debate y la causa, como se expresó, la difusión internacional del programa sin autorización para ello (...). 299 Costa Rica. Propiedad intelectual y relación de trabajo. Sentencia del 30 de septiembre de 2002. Tribunal Segundo. Civil Sección II. Sentencia: 00376 Expediente: 00-000675-0180-CI Fecha: 30/09/2002 Hora: 2:50 PM Emitido por: Tribunal Segundo Civil Sección II. Tipo de Extracto: Voto de mayoría. Rama derecho: Derecho Civil. Redactor del Texto de Origen: Castro Carvajal Álvaro. Véase <http://www.poder-judicial.go.cr/> 357 DERECHO DE AUTOR Quedó probado además que él laboraba para el departamento de producción de T.V.T. Producciones de Centroamérica S. A.” (Ortiz, 2011)

Si se considera como titular de la obra audiovisual al productor y, en este caso tal función la tenía un departamento de la empresa T.V.T. Producciones, en la que el señor López Gutiérrez era un asalariado, se debe concluir, necesariamente, en que la obra Aguadulce era parte de su trabajo en dicho departamento y por lo tanto no tendría derecho a reclamar derechos patrimoniales. (Ortiz, 2011)

Nótese que el motivo principal y único de este reclamo es la difusión del programa a nivel internacional. El solo hecho de transmitir esa obra, si es que puede llamarse de esa manera, en el ámbito internacional, no convierte al señor López en autor de ella y por ende con derecho a reclamar derechos patrimoniales y morales, pues de ser en efecto su autor, tanto tendría derecho a reclamar tales derechos a nivel interno, como a nivel internacional.

CAPITULO III: LA OBSERVANCIA NEGATIVA

3.1 Legislación Ecuatoriana

El presente capítulo, es complicado de desarrollar por la poca información que ha sido proveído por el legislador y organismos pertinentes en el desarrollo de la normativa referente, sin embargo, debemos remitirnos a la sección tercera del capítulo segundo del título de la observancia del Código de Ingenios, dentro del cual se desarrolla lo a continuación establecido. En primer lugar, debemos partir de la definición la cual se la desarrolla en el Código de Ingenios en el artículo 541, que determina:

Art. 541. De la Observancia Negativa. - El juez competente y la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, a petición de parte, ejercerá funciones de inspección, monitoreo y sanción para evitar y reprimir el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual, así como garantizar la licitud de actos respecto a los derechos de propiedad intelectual de terceros y el ejercicio efectivo y pleno de las limitaciones y excepciones de estos derechos.

Sin perjuicio de lo descrito en el párrafo anterior, el juez competente y la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá de oficio o a petición de parte y en ejercicio de la observancia negativa garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales y la difusión del conocimiento.

En circunstancias excepcionales, sin perjuicio de la sustanciación o el resultado de la acción principal, en aplicación del principio de proporcionalidad y a pedido de parte se podrá ordenar el levantamiento o la suspensión de medidas cautelares. (Código de Ingenios, 2016, pág. 145)

De manera más detallada, en ejercicio de la aplicación de la observancia negativa, se encuentra la posibilidad, según lo denomina el artículo, de una utilización lícita del derecho, la misma que se ve desarrollada en el artículo 589 del Código de Ingenios, que

establece que una persona podrá conocer la licitud de determinados actos, actuales o futuros previo visto bueno de la autoridad:

Art. 589. Utilización lícita. - Cualquier persona podrá entablar ante la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, una acción para conocer sobre la licitud de sus actos, previos, actuales o futuros. Esta acción será interpuesta respecto de los derechos de propiedad intelectual de un tercero, con excepción de los signos distintivos.

A los efectos del inciso anterior, esta acción podrá ser iniciada sin perjuicio de que el accionante haya recibido o no apercibimiento por parte del titular del derecho o de un tercero, respecto de una supuesta violación a un derecho de propiedad intelectual. (Código de Ingenios, 2016, pág. 156)

Un punto fundamental dentro del ejercicio de la observancia negativa es la cláusula que introduce el abuso del derecho, en el que se establece que se podrá limitar el uso abusivo de los derechos de propiedad intelectual, en pro del interés común o bienestar de los consumidores, para lo cual se podrá suspender medidas cautelares y otras acciones tomadas por el titular de los derechos y terceros interesados:

Art. 590. Del abuso del derecho. - La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, ejercerá de oficio o a petición de parte, funciones de inspección, monitoreo y sanción para evitar y reprimir el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual, siempre que la acción no persiga la salvaguarda del interés general o el bienestar de los consumidores.

Se podrá ordenar la suspensión, dentro del ámbito de su respectiva competencia, de las medidas cautelares, así como de cualquier otra acción que haya sido tomada por terceros a solicitud del titular o parte interesada. (Código de Ingenios, 2016, pág. 156)

Para efecto del ejercicio de esta figura legal se deberá respetar la constitución y el debido proceso de manera que ninguna parte podrá quedar en indefensión por lo que una vez que se tome una resolución se deberá notificar al titular o apoderado de los derechos, según la información que repose en los archivos de la autoridad nacional:

Art. 591. De la notificación. - La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales deberá notificar al titular o apoderado de los derechos de propiedad intelectual reconocidos en el país de acuerdo a la información registrada ante la autoridad

nacional competente en materia de Derechos Intelectuales y conforme a las disposiciones del presente Código; y, de ser el caso a los licenciatarios u otras personas interesadas.⁵⁰ (Código de Ingenios, 2016, pág. 156)

En concordancia con lo referido anteriormente en relación al debido proceso, la parte afectada podrá dar contestación en un término⁵¹ de 15 días después de la notificación, dentro de este podrá reconvenir, a lo cual se regirá a lo establecido dentro del presente código:

Art. 592. De la contestación. - El accionado, en el término de quince días hábiles contados a partir de la fecha de la notificación deberá contestar a la acción. En la contestación, el demandado podrá reconvenir al actor por la infracción de sus derechos de propiedad intelectual; en caso de ser reconvenido el actor, el trámite de la presente acción será el establecido en el artículo 543 del presente cuerpo normativo que regula la reconvención. (Código de Ingenios, 2016, pág. 157)

Una vez la autoridad haya receptado la contestación, deberá abrir un término de prueba de quince días término, dentro de dicho periodo a petición de parte se podrá señalar fecha y hora para la realización de una audiencia, en la que se podrá presentar los alegatos, esta se deberá llevar a cabo una vez finalizado el termino ya referido, según lo establece el artículo 593 del Código de Ingenios:

Art. 593. Del término de prueba y audiencia. - Posterior a la contestación, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales ordenará la apertura del término de prueba de quince días.

Durante dicho término, cualquiera de las partes podrá solicitar se convoque audiencia, en la que estas podrán presentar sus alegatos. La audiencia se llevará a cabo luego de vencido el término de prueba. (Código de Ingenios, 2016, pág. 157).

⁵⁰ COGEP, Art. 65. Notificación. - Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales.

Las providencias judiciales deberán notificarse dentro de las veinticuatro horas siguientes a su pronunciamiento. Su incumplimiento acarreará sanciones conforme con lo determinado en la ley.

⁵¹ COGEP, Art. 73.- Término. Se entiende por término al tiempo que la ley o la o el juzgador determinan para la realización o práctica de cualquier diligencia o acto judicial. Los términos correrán en días hábiles.

Toda diligencia iniciará puntualmente en el lugar, día y hora señalados. Para el ejercicio de las acciones se respetarán los términos o plazos previstos en este Código y en la ley.

De igual manera y en concordancia con el artículo 66 de la Constitución, toda resolución debe ser motivada⁵², la misma que establece que una vez realizada la audiencia de prueba se procederá a dictar resolución, que contará con la reflexión y los vínculos causales entre la norma y la resolución:

Art. 594. Resolución motivada. - Vencido el término de prueba o realizada la audiencia mencionada en el artículo precedente, según corresponda, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales dictará resolución motivada. (Código de Ingenios, 2016, pág. 157).

Finalmente, dentro de la legislación pertinente, se prohíbe de manera expresa según mandato de esta ley, que el titular de los derechos no podrá reclamar daños y perjuicios causados por el ejercicio de la observancia negativa.

Art. 595. Indemnización de daños y perjuicios. - En este tipo de procedimiento, no será admisible que el titular de los derechos de propiedad intelectual reclame una indemnización de daños y perjuicios, así como las costas procesales en contra del accionante. (Código de Ingenios, 2016)

3.2 Análisis de la figura legal.

Una vez realizado el estudio de la doctrina, jurisprudencia y normativa sobre la observancia, se puede hacer un análisis respecto a la observancia negativa, según se ha establecido dentro de la normativa ecuatoriana, para lo cual se desarrollará en contraste a lo descrito en el anterior subcapítulo. Inicialmente dentro de la conceptualización de la observancia, se encuentra concordancia con la doctrina respecto a la observancia, ya que se detalla como a petición de parte, que se ejercerá ciertas funciones como son la de inspección, monitoreo y sanción. Frente a esto, es preciso realizar la aclaración que la observancia en general si faculta que se inicie de oficio las medidas con el fin de resguardar los derechos intelectuales de los titulares.

⁵² ERJAFE, Art. 122.- Motivación. 1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

Un elemento nuevo que se introduce es el de evitar y reprimir el abuso de los derechos, esto es algo muy debatible en relación a que se pueda abusar del ejercicio de un derecho. Las primeras doctrinas de abuso del derecho se encuentran en Francia, la cual se la ha definido como:

Se dice del ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se ha conferido. En el derecho moderno ha terminado por imponerse la teoría del abuso del derecho no sólo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia y en algunas leyes. En otras palabras, se ha impuesto definitivamente una concepción relativa de los derechos subjetivos (Enciclopedia Juridica , 2017).

Es decir, según esta doctrina el abuso de los derechos subjetivos, para lo debemos referirnos a varias conceptualizaciones de doctrinarios sobre los derechos subjetivos. Savigny, por un lado, ha clasificado al derecho subjetivo como un poder atribuido a una persona, para actuar en una esfera en que su voluntad es soberana, (Savigny, 2004).

En términos reales, los derechos se encuentran limitados implícitamente por el ejercicio de los demás derechos y en caso de no poderse definir de manera clara, un juez siempre podrá ponderar respecto al hecho en concreto sobre la prevalencia de uno ante otro, lo cual guarda lógica al ser un juez quien pueda limitar el ejercicio del titular de derechos, sin embargo, esto si es cuestionable cuando se habla de medidas temporales como lo es en el caso de la observancia.

Garantizar la licitud de los actos es algo que se desarrolla a lo largo de la observancia y en el caso de la observancia negativa se ha centrado en sus artículos, la manera de pretender su cumplimiento es distinta, o de operación inversa, debido a que, mediante una consulta, la autoridad determinará la licitud del mismo. Hay varios puntos que pueden ser analizados y cuestionados en relación a esto, sobre el doble conforme que debe existir como garantía de los derechos, los cuales son desarrollados de manera más adecuada más adelante.

El ejercicio de la observancia por parte de la autoridad, al hacerlo de oficio, determina un ejercicio eficiente sobre la regulación de sus administrados y efectivos medios de control, lo cual determina con claridad un probo cumplimiento de la observancia tipificada dentro de los organismos internacionales, demostrando la

utilidad de la norma, su valor y que dentro de una concepción de la construcción de la norma desde su tridimensionalidad normativa, axiológica y fáctica permite confirmar los parámetros establecidos por esta doctrina. (Reale, 1996, pág. 9). Esto permite también que se pueda analizar desde los tres criterios de valoración de la norma, es válida debido a que esta norma se implementó mediante el procedimiento legislativo pertinente dentro de la legislación ecuatoriana, mediante la autoridad competente, según la constitución en su artículo 20 numeral 6: “Art. 120.- La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 49). En términos de eficacia es mucho más cuestionable, ya que desde que entró en vigencia, su utilización ha sido muy escasa, en relación a que no se ha desarrollado norma secundaria la cual permita la determinación detallada del ejercicio de las personas con la observancia negativa. Finalmente, en términos de justicia, es mucho más complicado, debido a que al ser tan ambigua o escueta, la normativa no permite con claridad determinar la funcionalidad que se le puede dar a la norma y, en consecuencia, emitir un juicio de valor en tal sentido. (Bobbio, 1980).

Todos esto tiene como fin último la protección efectiva de los derechos fundamentales y la difusión del conocimiento, partiendo de la premisa en que la propiedad privada y el respeto a ella es un derecho fundamental de primera generación, es fundamental también tomar en cuenta que al ser medidas provisionales, se podrán levantar las medidas cautelares interpuestas en ejercicio de la observancia negativa en casos de no proceder o de la aplicación del principio de proporcionalidad; tomando en cuenta que está indefectiblemente vinculado a la protección de los derechos fundamentales. Ante esto, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en el juicio de *Apothekenurteil*, desarrolla los principio de la proporcionalidad como medio de atenuación o modulación de la intervención estatal en los derechos y libertades de las personas. (Sodingen, 2000, págs. 108-120)

La observancia negativa establece que cualquier persona podrá plantear una acción para conocer la licitud de sus actos ante la autoridad competente, ya sean estos actuales, previos o futuros, esto será respecto a los derechos de un tercero sobre materia de propiedad intelectual, donde no estarán incorporadas marcas. Esto sin duda es un

beneficio para las personas al poder realizar un control ex ante, evitando someterse a medidas interpuestas por la observancia positiva, al pedir un control ex post por presuntas violaciones al derecho de propiedad intelectual. Sin embargo, esto permitirá cuestionar su legitimidad en cuanto se analicen las excepciones en las cuales se aceptará a la observancia negativa como beneficio de quien desee utilizar de alguna manera aquello que el derecho de propiedad intelectual resguarda.

Como ya se analizó anteriormente, uno de los fines que busca evitar la observancia negativa es el abuso del derecho, ya que como taxativamente lo expresa en el artículo 590 del Código de Ingenios, busca “reprimir el ejercicio abusivo de los derechos de propiedad intelectual” (Código de Ingenios, 2016, pág. 156), con una excepción que puede dar a muchas interpretaciones y en donde se deben esclarecer en base a los criterios de aplicación de la norma y la normativa secundaria aún inexistente, lo cual refiere a que esta acción prospere siempre y cuando “la acción no persiga la salvaguarda del interés general o el bienestar de los consumidores” (Código de Ingenios, 2016, pág. 156).

El interés general o bienestar de los consumidores, a lo largo de la historia del Ecuador se ha visto que es muy flexible, y lamentablemente muchas de las decisiones no se han tomado en base a criterios técnicos ni jurídicos sino a decisiones o tendencias políticas, las cuales ni siquiera han llegado a reflejarse en resoluciones o normativas, sino en permitir actos claramente ilegales. Un buen ejemplo de ellos son las películas piratas en el Ecuador, estas son de libre venta en establecimientos que cuentan con permiso de funcionamiento y facultados a facturar y realizar su giro de negocio con total normalidad como cualquier otro local que no violente derechos de terceros como almacenes discográficos, mismos que están casi extintos debido a este fenómeno. Esto responde a que la coyuntura política determinó que el derecho de las personas a trabajar, aún en giros de negocios ilegales, tiene una mayor relevancia que el respeto de los derechos de propiedad intelectual de terceros, lo que es lamentable y se ha visto combatido mínimamente, al evitar la piratería de artistas y productoras nacionales, vulnerando un principio de derecho internacional el cual es que se le dará el mismo trato de un nacional.

Un punto importante dentro de la ejecución de las medidas de observancia negativa es la notificación al titular de los derechos o a su representante, y esto responde a varios principios generales del derecho, entre ellos el más importante que es el derecho a la defensa, ya que de no ser legítima la decisión tomada por la autoridad el titular podrá iniciar un procedimiento con las garantías propias del debido proceso contenidas en el COGEP, mismo que estableció la vía de reclamo a la civil, que a la vez era anteriormente la contenciosa administrativa. La notificación es de gran importancia, ya que de no hacerse así se podría vulnerar de manera irreparable los derechos inmateriales de la persona, teniendo en cuenta que la autoridad para cualquier decisión según ya hemos aclarado deberá tener resoluciones motivadas. La notificación no solo pone en alerta a la otra parte sobre lo acontecido y la solicitud, sino también de la pretensión y los fundamentos, de manera que, mediante una respuesta, según sea la naturaleza del reclamo, se podrá aportar elementos de cargo y descargo de las partes para una decisión más certera de la autoridad pertinente.

En virtud de lo expuesto anteriormente, en audiencia se podrá ventilar lo alegado por las partes en una audiencia única, la cual aporta en la celeridad del proceso, tomando en cuenta que la observancia tiene como fundamento la prevención de violaciones de los derechos de propiedad intelectual y parte de ello es que se tomen decisiones de manera inmediata, evitando daños irreparables a los titulares o terceros. De esta forma, escuchadas las partes y presentadas las pruebas pertinentes de las partes, la autoridad tomará una decisión en base a la normativa nacional y razonamiento jurídico, superando las dudas razonables y generando seguridad jurídica, teniendo en cuenta que, bajo un principio de doble conforme, las partes podrán impugnar por medio de la apelación.

Finalmente, un tema fundamental que permite la reflexión sobre la normativa, es la prohibición o inadmisibilidad de la solicitud de daños y perjuicios y de pagos de costas procesales, esto es contrario a la doctrina, en razón de que todo daño causado debe ser susceptible de ser reparado, tomando en cuenta que una reparación pecuniaria muchas veces no abastece, más aún cuando el titular estaba en legítimo uso de sus derechos y facultades en virtud de ello. Para este efecto podemos tomar en cuenta la reflexión realizada por el Dr. Posada Velázquez, quien expresa que “Los daños pueden clasificarse según el bien lesionado” (Posada, 2013). De manera que, en materia civil,

una misma acción dañosa, una misma conducta, pueden causar daños patrimoniales y extra patrimoniales, o ambos porque se menoscaban bienes de ambas clases” (Obdulio, 2013, pág. 266) y esto tomando en cuenta que “Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc.” (Arturo, 1987, pág. 138).

El tipo de daño que se podría evidenciar dentro de una aplicación inapropiada de la autoridad sería el de daño emergente lucro cesante, el cual sin duda alguna da lugar a una indemnización, tomando en cuenta que el daño emergente:

“Es la pérdida que sufre la víctima, bien sea por el incumplimiento del contrato –en el terreno de la responsabilidad contractual- o por el daño que le ocasionó el delito o cuasidelito –en el campo de la responsabilidad delictual o extracontractual. (Aquí también se presentaría el incumplimiento de una obligación general de prudencia y diligencia impuesta a toda persona que vive en comunidad)” (Tamayo, 1998, pág. 41)

Y considerando que daño emergente “Es la privación de la ganancia fundada o que razonablemente habría obtenido el acreedor si el deudor hubiera cumplido” (ALESSANDRI Arturo, 2009, pág. 255). Esto extrapolando a la situación actual por una falta de diligencia de la autoridad pertinente, el titular de los derechos inmateriales puede dejar de percibir ganancias legítimas, las cuales debido a mandato expreso de la ley no se podrá realizar, lo que, en instancia última en un litigio de corte internacional, puede generar responsabilidad al estado por inobservancia de derechos fundamentales y violación del principio del Pacta Sunt Servanda⁵³, empeñada en los instrumentos internacionales ratificados en materia de propiedad intelectual como son los ADPIC.

3.3 Crítica a los parámetros de interpretación.

Esta sección es fundamental para la presente disertación, ya que por medio del presente se tomará en cuenta los parámetros de interpretación y de posible aplicación de las autoridades ante la resolución de un caso de observancia negativa, ante lo cual se debe aclarar que no existe ningún caso de observancia negativa presentado formalmente, frente a los centenares que existen de observancia hoy concebida como

⁵³ Locución latina, que se traduce como “lo pactado obliga”, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado

positiva, sin embargo existen consultas realizadas al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual fundamentados en la Figura Legal en cuestión.

Ante esto el primer criterio al cual nos referiremos es el de Yadira Yacelga, Experta Principal de la Dirección de Derechos de Autor del Instituto Ecuatoriano de Propiedad intelectual, quien se refirió a lo siguiente:

La observancia negativa viene regulada desde el Código de Ingenios desde diciembre de 2016, esta tiene una aplicación totalmente nueva, los usuarios y administrados recién la están entendiendo para poder aplicarla, el Código de Ingenios en sí, se basa en la regulación del arte, obras y todo lo referente a la propiedad intelectual; se enfoca directamente en ello y dentro de la observancia encontramos la observancia negativa. La observancia es que las personas acuden a la administración y la autoridad competente cuando consideran tener una posible vulneración a sus derechos, por otro lado la observancia negativa se basa principalmente en licitud, control y evitar el abuso de los titulares de sus derechos, porque hay casos en los que el titular del derecho busca monopolizar y negar el acceso como en el caso de cultura o conocimientos, en especial en aquellas materias que requieren que esa información sea de conocimiento público.

En el tema de aplicación, al ser una legislación nueva, los usuarios de la observancia negativa son pocos. Dentro de la ley la observancia negativa establece que la puede aplicar el juez, pero para ello debe ser reglamentada y en consecuente esta entidad así proceda, actualmente no existe ninguna vigente. Para la elaboración del reglamento se necesita de la intervención de todas las direcciones del IEPI.

En el tema de la consulta que se realizó, tuvo circulación con la realización de un video de Julio Jaramillo, consulta que requerían para la realización de un video la autorización de los titulares de sus derechos al estar compartidos con varios titulares. La resolución tomada por el IEPI en este sentido fue determinar el representante legal de los derechos habientes, resolviendo que deberá acordar directamente con este la modalidad de utilización de la imagen y canción de Julio Jaramillo, determinando los intérpretes el valor a compensar y el respeto a la obra. Esto es fundamental para el análisis presente, ya que aun cuando esto no se ejecutó en un expreso ejercicio de la observancia negativa, la autoridad pertinente se valdrá de informes como el referido,

para conocer de mejor manera un criterio técnico respecto a la materia, teniendo en cuenta que en Ecuador no existen jueces especialistas en propiedad intelectual.

Otro criterio importante que se toma en cuenta es el desarrollado por Santiago Cevallos Mena, Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, y que es: La observancia o *enforcement* en inglés, es una figura jurídica o el espacio jurídico mediante el cual se han diseñado diferentes sistemas de protección, tanto en sistema anglosajón como en el nuestro, dependiendo la materia a la cual nos referimos, con el fin de proteger los derechos de propiedad intelectual. Como criterio personal

“estoy convencido que los derechos de propiedad intelectual deben ser equilibrados, la propiedad intelectual no debe ser una caja de cristal donde se pone el conocimiento, sino al contrario, esta concepción establece la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, partiendo del hecho que las leyes no solo parten de un proceso jurídico sino también político” (Mena, 2018, Minuto 2:41).

El sistema de observancia que se establece a partir de los ADPIC, decisiones Andinas y convenios bilaterales comerciales como el que existe con la Union Europea.

Es importante traer a colación que las modificaciones en la observancia negativa son cuestiones que nacen de un fundamento técnico y práctico, a lo cual se hace alusión de los *Summary Judgment*, o juicio sumario, que es totalmente diferente al de nuestro ordenamiento jurídico, pues este es un procedimiento jurídico el cual permite poner en conocimiento de las autoridades un posible uso de conocimientos en el que no está clara la existencia de un derecho de propiedad intelectual para que permita o no el uso de los mismos. Para poder ser más claros respecto a lo referido:

El conocimiento es de libre uso, a menos que exista un derecho de propiedad intelectual, porque no todo conocimiento tiene derechos de propiedad intelectual, muchos de ellos son públicos o están en estado de técnica, dependiendo la rama de propiedad intelectual, en todo caso, la información está ahí y varias veces son exclusivos cuando existen derechos de propiedad intelectual, entonces, básicamente las medidas de observancia negativa buscan determinar si el conocimiento que la persona va a utilizar está dentro de ese espacio, mediante un pronunciamiento de la autoridad pertinente IEPI actualmente, SENADI próximamente. En esta medida la observancia determina si es posible la utilización de la información o no y es muy similar a esto los *summary judgment* de

Estados Unidos y otros países en Europa, resultado de ello es que se pudo suscribir el convenio comercial. (Mena, 2018, Minuto 11:30)

La observancia positiva parte del hecho de una posible infracción, sin embargo, la negativa parte del acto de prevenir una infracción, de manera que la autoridad no debe considerar si existe un acto legal o ilegal, sino que busca prevenir. En relación a esto fue cuestionado en el sentido que la observancia negativa en un supuesto de una aplicación errónea no da lugar al poder cuantificar ni demandar daños y perjuicios, lo cual en última instancia podría generar responsabilidad al Estado, a lo cual se refirió que, justamente por ello es el labor relevante de la entidad técnica, y el buen labor en base al análisis real de las necesidades.

Finalmente, concientes de que se encuentran desarrollando dentro de esta entidad la normativa secundaria de la observancia negativa, que aún no es de acceso público al ser un borrador, fue solicitado que, determine como autoridad los lineamientos generales que debería contener dicha normativa secundaria a lo cual determino que: los derechos de propiedad intelectual no son absolutos, según lo especifica la Constitución al tener que existir un balance entre los derechos de las personas, en esa línea los aspectos que deben desarrollarse es el procedimiento que se va a llevar, en segundo lugar debe existir un respeto irrestricto a los principios de derecho intelectual contenidos en los instrumentos internacionales, adicionalmente se debe establecer el contenido del análisis técnico, determinando los aspectos que debe cumplir formalmente y de fondo, finalmente, que se le otorgue a la autoridad las herramientas para poder emitir el informe de forma técnica y sustentable.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

- La observancia negativa, es una figura legal, que ha sido una innovación dentro de la legislación ecuatoriana, fue inspirada en procesos judiciales anglosajones, sin embargo, estas han tenido diferentes aplicaciones. Esta se ha construido respondiendo al espíritu de la norma de la observancia, pretendiendo resguardar los derechos de propiedad inmaterial de los titulares, su aplicación se ve fortalecida en el cumplimiento de los principios generales del derecho y la propiedad intelectual por la intervención de un organismo técnico, el cual es el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. El respeto a los derechos de autor, de mantenerse los informes del organismo técnico ceñidos a la normativa nacional y sobre todo a los convenios internacionales ratificados por el Ecuador, estarían garantizados, sin embargo, esto no sería así de responder a coyunturas políticas internas del país sin criterio jurídico técnico.
- Los derechos de autor, son una rama de la propiedad intelectual, misma que busca resguardar los derechos de los artistas, intérpretes, diseñadores de software, entre otros. Para la construcción de la Normativa Ecuatoriana, se lo ha realizado de manera progresiva en base a las exigencias de los instrumentos internacionales, como los ADPIC, que han buscado brindar el respeto a los derechos de propiedad intelectual desde sus diferentes ámbitos de acción.
- La observancia cumple una labor fundamental en el control del respeto de los derechos de autor, ya que, por medio del ejercicio de las medidas cautelares en ejercicio de esta figura legal, se puede prevenir la violación de derechos de los titulares, sin embargo, no solamente busca resguardar los derechos de una parte sino también la de las otras. Se evita el abuso de este derecho por medio de la solicitud de cuantías que garanticen que de haberse solicitado de manera infundada pueda resarcir los daños de la parte afectada, la misma que deberá guardar proporcionalidad con lo solicitado, por consiguiente el valor fijado por la autoridad

no será un mecanismo disuasivo de la solicitud de medidas de protección de los derechos sino una garantía para la parte que se vea afectada por el ejercicio de las medidas establecidas en el Código de Ingenios y Los ADPIC.

- La observancia negativa es un mecanismo que fundamentalmente busca evitar el abuso de los derechos del titular y garantizar un mecanismo previo para determinar la licitud de los actos, los cuales pueden tornarse oscuros cuando se refiere a que podrá prevalecer el salvaguarda del interés general o el bienestar de los consumidores sobre el derecho del titular, ya que de no existir una ponderación de derechos jurídica y técnicamente bien realizada, podría reflejarse en una violación de los derechos inmateriales y en consecuente, responsabilidad para el Estado como entidad responsable de dicha autorización.

Recomendaciones

- Implementar la normativa secundaria pertinente, mediante ley o reglamento, que responda de manera técnica a las necesidades para su implementación, de manera que la normativa escueta la cual desarrolla la observancia negativa, permita a todas las personas a quienes obliga tener plena claridad de la forma de aplicación y el procedimiento que este implica.
- Mayor promoción de los mecanismos de protección de los titulares de derechos de propiedad inmaterial y espacios de asesoramiento, en razón de que el segmento de personas quienes se encuentran sometidas bajo esta normativa, no poseen conocimientos profundos en mecanismos para garantizar el respeto y cumplimiento de sus derechos, especialmente quienes se encuentran dentro de la dimensión de los derechos de autor.
- Implementación dentro de la legislación ecuatoriana, de juzgados y jueces especialistas en materia de propiedad intelectual, quienes se encuentren plenamente capacitados para poder ejercer sus funciones de manera técnica, con plena independencia de cualquier intromisión externa a lo que le corresponde como administrador de justicia.

Bibliografía

- Cassanas. (1886). Recuperado el 27 de noviembre de 2017, de Convenio de Berna: http://www.casanas.com.ar/normsAdj/Pi_-_1886_-_convenio_de_berna_-_resumen.pdf
- ALESSANDRI Arturo, S. M. (2009). *Tratado de las Obligaciones*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Armstrong, E. (1990). *Antes del Copyright: el sistema francés de privilegios de libros 1498-1526*. Cambridg: Cambridge University Press.
- Arturo, A. R. (1987). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago de Chile: Imprenta Universal.
- Bently, B. S. (2003). *The Making of Modern Intellectual Property Law, Cambridge Intellectual*. London: University of Cambridge.
- Berna, C. d. (1886). *Sitio Oficial de la OMPI*. Obtenido de http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html
- Bobbio, N. (1980). *Contribución a la teoría del derecho*. Fernando Torres.
- Bondía, F. (1988). *La Propiedad Intelectual*. Madrid: Trivium.
- Código de Ingenios . (2016). *Asamblea Nacional*. Quito: Registro Oficial.
- CÓDIGO ORGANICO DE LA ECONOMIA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACION. (2016). *Código Ingenios Asamblea Nacional*. Quito: Regsitro Oficial.
- Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación. (2016). *Código Ingenios Asamble Nacional*. Quito: Registro Oficial.
- Código Orgánico De La Economía Social De Los Conocimientos, Creatividad y Innovación. (2016). *Código Ingenios Asamblea Nacional*. Quito: Regsitro Oficial.
- COGEP. (2015). *CÓDIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS*. Quito: Registro Oficial.
- COGEP. (2017). *CÓDIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS*. Quito: Registro Oficial.
- Constitucion. (2008). *Asamblea Constituyente de Montecristi*. Quito: Registro Oficial.
- Davalos, H. (20 de enero de 2014). *Issue*. Recuperado el 24 de diciembre de 2017, de PRESIDENTES CONSTITUCIONALES DEL ECUADOR: <http://best.issuu.com/hdavalos/docs/presidentes-constitucionales-del-ec/45>
- Enciclopedia Juridica . (2017). *Enciclopedia Juridica* . Recuperado el 16 de 01 de 2018, de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/abuso-del-derecho/abuso-del-derecho.htm>

- ESTADOS, C. S. (3 de diciembre de 1958). *LEXIS*. Recuperado el 24 de diciembre de 2017, de http://www.silec.com.ec/Webtools/LexisFinder/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=INTERNAC-CONVENCION_SOBRE_CANJE_DE_PUBLICACIONES_OFICIALES_ENTRE_ESTADOS&query=Publicaciones%20Oficiales%20y%20Documentos%20Gubernamentales%20Entre%20Estados#I_DXDa
- Fontanills, A. N. (9 de Abril de 2012). *Wiki EOI*. Obtenido de http://www.eoi.es/wiki/index.php/Los_derechos_de_explotación_en_Propiedad_intelectual
- Google, L. d. (2017). *Google*. Recuperado el 17 de diciembre de 2017, de Soluciones Legales: <https://support.google.com/legal/answer/4558992?hl=es>
- IEPI. (26 de Diciembre de 2017). *Propiedad Intelectual Ecuador*. Obtenido de https://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2015/03/7_estudio_derechos_de_autor_frente_la_ley_org_comunicaci%C3%B3n_y_la_lorcpm.pdf
- Ingenios, C. (2016). *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos*. Quito.
- Jaramillo, A. V. (2010). *Manual de Derecho de Autor*. Bogotá: Dirección Nacional de Derechos de Autor, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Lipszyc, D. (1993). *El Derecho Moral del Autor, Naturaleza y Caracteres*. . Asunción: Congreso internacional sobre la protección de los derechos intelectuales.
- López, J. L. (18 de Octubre de 2017). *PromociónMusical*. Obtenido de <http://promocionmusical.es/derechos-autor-colombia-antecedentes/>
- Madrid, A. d. (1891). *Sitio Oficial de la Ompi*. Obtenido de <http://www.wipo.int/treaties/es/registration/madrid/>
- Mena, S. C. (Compositor). (2018). Entrevista. Quito, Pichincha, Ecuador.
- Obdulio, V. P. (2013). *Responsabilidad Civil Extracontractua*. Bogotá: Editorial Temis.
- OMC. (1993). *ADPIC*. Uruguay: OMC.
- OMPI. (1961). *Convención de Roma sobre las protección de los artistas intérpretes o ejecutantes...* Obtenido de http://www.wipo.int/treaties/es/ip/rome/summary_rome.html
- OMPI. (1967). *Sitio oficial de la OMPI*. Obtenido de http://www.wipo.int/treaties/es/convention/summary_wipo_convention.html
- OMPI. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*. Ginebra: Registro Oficial.
- OMPI. (1996). *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*. Ginebra: OMPI.
- OMPI. (2002). *REUNIÓN DE CONSULTA SOBRE LA OBSERVANCIA*. GINEBRA: SECRETARIA DE LA OMPI.

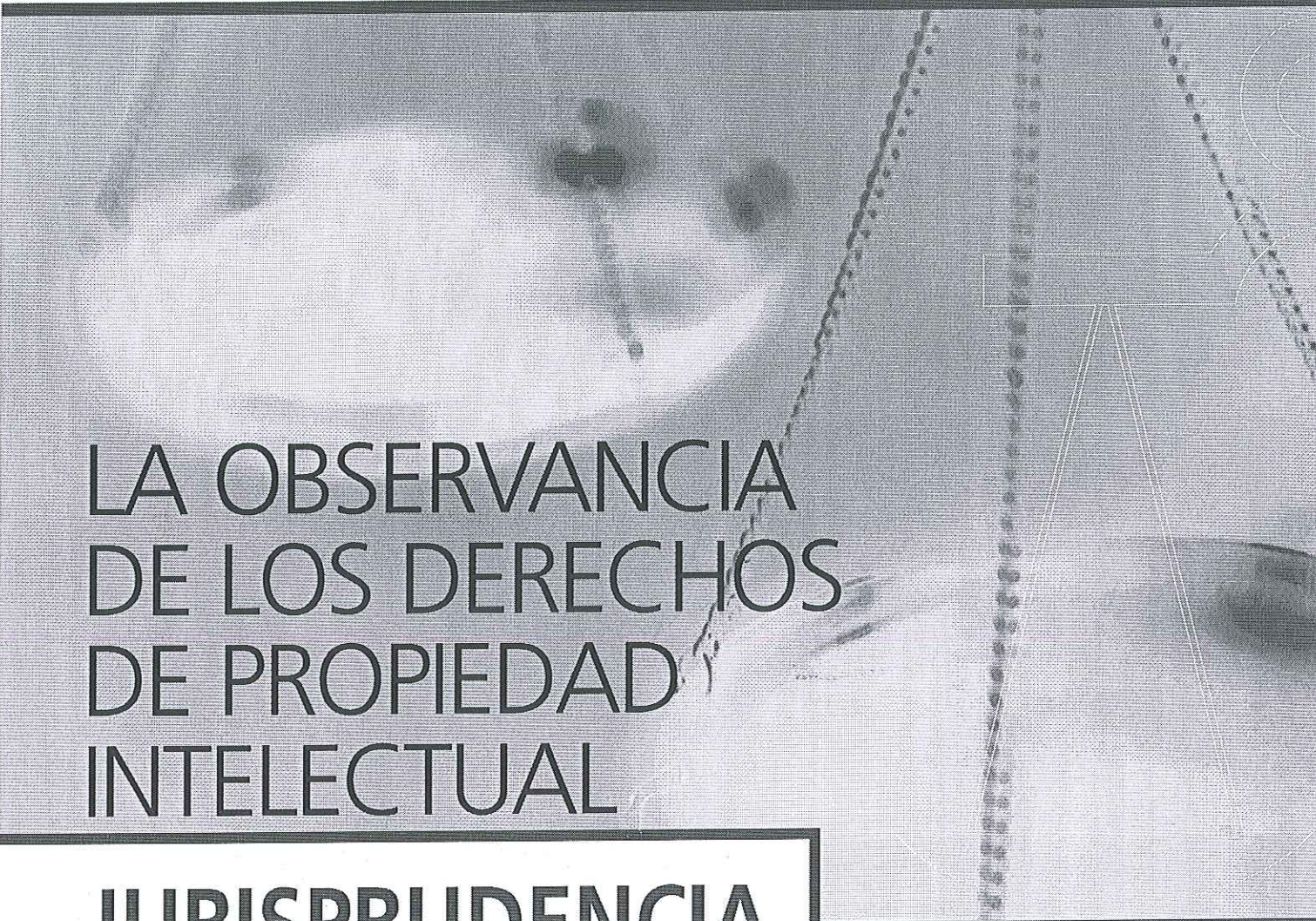
- OMPI. (2004). EXAMEN DEL COMITE ASESOR DE OBSERVANCIA SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL . *OMPI PRENSA*, 2.
- OMPI. (2004). *Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para jueces y fiscales de america latina*. Guatemala: OMPI.
- OMPI. (2012). *Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales*. Beijing: OMPI.
- OMPI. (2015). *Secretaría Oficial de la OMPI, Nociones básicas del derecho de autor y Derechos Conexos*. Obtenido de http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/es/activities/pdf/basic_notions.pdf
- OMPI. (2016). *Principios básicos del derecho de autor y derechos conexos*. Ginebra: OMPI.
- OMPI. (2017). *Organizació Mudial de la Propiedad Itelectual*. Recuperado el 27 de noviembre de 2017, de http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/summary_berne.html#_ftn4
- OMPI. (2017). *Sitio Oficial de la OMPI, Derechos de Autor*. Obtenido de <http://www.wipo.int/copyright/es/>
- OMPI, A. G. (2002). *Vigésimo octavo Periodo de Sesiones, creación del ACE para la observacia*. Ginebra: OMPI.
- OMPI, G. d. (2017). *GLOSARIO DIGITAL*.
- Ortiz, H. R. (2011). *La Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual*. Mexico DF: OMPI.
- Ossorio, M. (2015). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan, S.A.
- Paris, 1. (1883). *OMPI*. (C. d. Industrial, Editor) Obtenido de http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/summary_paris.html
- Pool, I. d. (1983). *Technologies of freedom*. Boston: Harvard University Press.
- RAE. (Diciembre de 2017). *Real Academia de la Lengua Española*. Recuperado el 23 de Diciembre de 2017, de <http://dle.rae.es/?id=QozEPse>
- Reale, M. (1996). *El término «tridimensional» y su contenido*. Derecho PUCP.
- Reglamento, C. I. (2017). *REGLAMENTO CÓDIGO ORGANICO ECONOMIA SOCIAL*. Quito: Registro Oficial.
- Savigny, V. (2004). *Metodología jurídica*. Valletta: F. K.
- Sodingen, B. S. (2000). *El derecho fundamental a la libertad de ocupación y el desarrollo de la "teoría de los tres pasos"*. Jörg Menzel.
- Tamayo, L. (1998). *Manual de Obligaciones*. Bogotá-Colombia: Editorial TEMIS S.A.

Ulrich, U. (1997). *Introducción. Historia del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Curso Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina*. Montevideo: Punta del Este.

Villalba, C. (1993). *El derecho de Reproducción de obras literarias*. Buenos Aires: Ediciones Unesco-Cerlalc.

Zavallá, F. d. (19 de mayo de 2015). *Entremedios*. Obtenido de <https://entremedios.org/2015/05/19/una-pequena-historia-del-derecho-de-autor/>

Anexos



LA OBSERVANCIA
DE LOS DERECHOS
DE PROPIEDAD
INTELECTUAL

JURISPRUDENCIA

Horacio Rangel Ortiz

CAPÍTULO III

La impugnación de la sentencia en casos de confusión.

Como regla general, la posibilidad de iniciar un procedimiento legal encaminado a la observancia de un derecho de marca exige el registro previo del signo, que pudo o no haberse concedido al dueño de la marca de modo espontáneo por el registrador. Pero también puede ocurrir que el registrador haya negado en definitiva el registro solicitado, en cuyo caso, el Derecho aplicable exige a las autoridades nacionales que otorguen al particular el derecho de impugnar, esto es, de apelar, la negativa de registro. Son de particular interés a los fines de la presente discusión, las consideraciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias aplicables al tema de la negativa de registro por la existencia de una marca igual o semejante en grado de confusión, para ser aplicada a los mismos o similares productos o servicios, pues los mismos criterios que rigen la discusión entre particular y autoridad en el trámite de registro y su impugnación, habrán de regir en las situaciones en las que, el dueño de la marca registrada, ponga en marcha los mecanismos legales disponibles para perseguir el uso no autorizado de la misma marca u otra similar en grado de confusión, aplicada a los mismos o similares productos o servicios.

19. *El derecho de impugnar la resolución acerca de la confusión y la sentencia de 31 de agosto de 2000 del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (Ciudad de México). Caso Reebok.*

Es difícil imaginarse un escenario real en el que alguien en su sano juicio cuestionara el derecho del dueño de una marca registrada a impugnar la decisión dictada en primera instancia, en virtud de la cual, se resuelve que no existe semejanza en grado de confusión, particularmente en circunstancias en que la resolución combatida es dictada con simplismo, a la ligera, y sin explicaciones convincentes que apoyen su sentido; pues bien, idéntico derecho le asistiría al actor en una situación en que la resolución a combatir fuese en apariencia un texto explícito, claro, fundado y motivado, en circunstancias en que el actor estimase que el asunto debía ser revisado en una instancia posterior genéricamente llamada apelación en las prácticas comparadas.

Así como no parece haber base legal para cuestionar este derecho, tampoco parece haberla para cuestionar el ejercicio de similar derecho por parte del demandado, en caso de que en una primera instancia, la autoridad hubiese fallado en su contra. Si las razones constitucionales y procesales del derecho

doméstico, de cualquier nación, no fuesen suficientes para apoyar el derecho a impugnar una resolución en materia de confusión por parte del actor, que se estima víctima de una situación de infracción por conductas imputables al demandado, esas razones estarían reforzadas de manera muy evidente por el Derecho internacional, específicamente por el Acuerdo sobre los ADPIC, el cual, establece que todo actor tiene derecho a que la resolución dictada en otra instancia sea revisada al menos en una instancia ulterior. El tema de la revisión o impugnación es tratado en distintas disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC. A los efectos presentes, es de interés el artículo 41, apartado 4 de dicho instrumento:

PARTE III

Observancia de los derechos de propiedad intelectual.

Sección 1: Obligaciones Generales.

Artículo 41

- 1. Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual conforme a lo previsto en la presente Parte que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán prever salvaguardias contra su abuso.*
- 2. Los procedimientos relativos a la observancia de los derechos de propiedad intelectual serán justos y equitativos. No serán innecesariamente complicados o gravosos, ni comportarán plazos injustificables o retrasos innecesarios.*
- 3. Las decisiones sobre el fondo de un caso se formularán, preferentemente, por escrito y serán razonadas. Se pondrán a disposición, al menos de las partes en el procedimiento, sin retrasos indebidos. Sólo se basarán en pruebas acerca de las cuales se haya dado a las partes la oportunidad de ser oídas.*
- 4. Se dará a las partes en el procedimiento la oportunidad de una revisión por una autoridad judicial de las decisiones administrativas finales y, con sujeción a las disposiciones en materia de competencia jurisdiccional previstas en la legislación**

de cada Miembro relativa a la importancia de un caso, de al menos los aspectos jurídicos de las decisiones judiciales iniciales sobre el fondo del caso. Sin embargo, no será obligatorio darles la oportunidad de revisión de las sentencias absolutorias dictadas en casos penales.

5. *Queda entendido que la presente Parte no impone ninguna obligación de instaurar un sistema judicial para la observancia de los derechos de propiedad intelectual distinto del ya existente para la aplicación de la legislación en general, ni afecta a la capacidad de los Miembros para hacer observar su legislación en general. Ninguna disposición de la presente Parte crea obligación alguna con respecto a la distribución de los recursos entre los medios destinados a lograr la observancia de los derechos de propiedad intelectual y los destinados a la observancia de la legislación en general.*

Pues bien, el caso del que conoció el Décimo Tribunal Colegiado, incluyó la necesidad de resolver, en esa última instancia, un juicio en que el demandado cuestionó que el actor tuviera el interés jurídico necesario para impugnar la resolución de primera instancia, de acuerdo con la cual, no existía confusión entre los signos involucrados en el pleito. Una sentencia en un fallo diverso al dictado por el Décimo Tribunal Colegiado hubiese sorprendido en extremo por los motivos ya señalados, que incluyen la necesidad de respetar este derecho, lo mismo sustantivo que de acción, en términos de la Constitución y del Acuerdo sobre los ADPIC, Acuerdo este último no invocado expresamente por el actor, fundamentalmente, por razón de que al plantearse la causa, sus disposiciones aún no eran jurídicamente exigibles en el medio mexicano en donde el Acuerdo entró en vigor el 1º de enero de 2000. Por ésta, o la razón que sea, el tema ADPIC no entró en juego, y el Derecho doméstico fue suficiente para permitir al actor la impugnación de la resolución dictada en primera instancia a propósito de la falta de confusión, en una situación en que el actor estimaba lo contrario:

MARCAS. EL TITULAR DEL DERECHO MARCARIO TIENE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR EN AMPARO LA RESOLUCIÓN RECAÍDA A SU DENUNCIA DE HECHOS REALIZADOS EN PERJUICIO DE AQUÉLLAS.- Teniendo en consideración que uno de los fines de la Ley de la Propiedad Industrial es el de proteger los derechos personales (sic) de quienes, dentro del comercio o la industria, son titulares de algún registro marcario, nombre o denominación social, de manera tal que no pueden ser utilizados a favor de otras personas que no estén autorizadas para hacerlo, entre los que se encuentran el de denunciar hechos que se realicen en perjuicio de su marca, cuyas infracciones y sanciones se encuentran contempladas en el artículo 213 de la ley de referencia, es por ello que, cuando en la denuncia se resuelva

de manera contraria a los intereses del titular de la marca, éste tiene interés jurídico necesario para acudir al amparo, toda vez que el citado interés deriva del hecho de que si bien no puede obligarse a las autoridades que conozcan de una denuncia a resolverla positivamente, ello no las exime de emitir la resolución correspondiente debidamente fundada y motivada, ya que ante el incumplimiento, sí se produce un agravio personal y directo como lo exige el artículo 4o. de la Ley de Amparo, en virtud de que el fin del procedimiento en términos de los artículos 215 a 219 de la ley de mérito, no puede ser sólo que se imponga una sanción al que cometa el acto ilícito, sino proteger los derechos tanto del propietario de la marca así como el de la sociedad, ya que el uso de la marca puede inducir a una confusión, error o engaño, por hacer creer o suponer que se fabrican productos bajo especificaciones, licencias o autorizaciones contrarias a las que tiene el titular de la marca.¹⁸

20. Todo acto de autoridad a propósito de la confusión está sujeto al escrutinio y control jurisdiccional por un superior. Sentencia de 16 de marzo de 2005 del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. México.

Cuestionamiento similar al que se hizo en el caso *Reebok* del que conoció el Décimo Tribunal Colegiado, fue llevado ante el Cuarto Tribunal Colegiado, y fallado en la ponencia del Magistrado Jean Claude Tron Petit en sentencia de 16 de marzo de 2005. A diferencia del caso en que se cuestionó el derecho del actor a impugnar la resolución, que establecía la ausencia de confusión por la autoridad que conoció en primera instancia del negocio, en el asunto del que conoció el Cuarto Tribunal Colegiado, lo que se impugnó fue la facultad del Tribunal Federal de modificar la resolución a propósito de la semejanza en grado de confusión dictada por la autoridad que conoció en la primera instancia del negocio.

Ambos asuntos tienen en común evitar que la autoridad que conoció en segunda instancia del negocio modificara la resolución sobre la confusión dictada en primera instancia, con base en tecnicismos legales que no es éste el lugar para discutir; baste decir que en ambos casos, la autoridad que conoció en última instancia del negocio, se abstuvo de acoger los argumentos apoyados en tecnicismos legales que buscaban evitar el involucramiento de una instancia superior en el fondo del asunto.

En el asunto resuelto por el Cuarto Colegiado en sentencia de 16 de marzo de 2005, el Tribunal se aparta de los tecnicismos legales hechos valer para

18 MÉXICO. DÉCIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 80/2000. *Reebok International, Ltd.* 31 de agosto de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Tirado Ledesma. Secretaria: María Lorena García Gutiérrez. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XII, Diciembre de 2000, Tesis Aislada, p. 1403. I.10o.A.16 A.

B. El Derecho de patentes en la jurisprudencia y su observancia.

CAPÍTULO XXIV

Obtención del derecho. Carácter constitutivo del derecho.

86. El carácter constitutivo del Derecho de patente. Criterio del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 0018-1P-2008.

La tesis del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que más adelante se reproduce distingue el derecho a explotar una invención por parte de su creador del derecho exclusivo a explotar la invención. El ejercicio de la primera prerrogativa no requiere de un título ni de autorización por parte de la autoridad. En cambio, el ejercicio del derecho a explotar la invención con carácter exclusivo está condicionado a la previa obtención del título llamado patente, sin el cual no existen derechos exclusivos. De ello se sigue, que en toda situación que involucre la observancia de un derecho de patente, requisito *sine qua non* para explorar la viabilidad de un pleito en contra del presunto usurpador, es precisamente la existencia de una patente válida durante el tiempo en que se realizaron los actos prohibidos por el Derecho de patentes, mismos que están reservados al dueño de la patente o quien goce la autorización necesaria para realizar la explotación de la patente en cualquiera de las manifestaciones previstas en la normatividad aplicable, que en el Derecho internacional contemporáneo está representada por las conductas a que alude el artículo 28, 1. a) y b) del Acuerdo sobre los ADPIC.

87. El ejercicio del derecho exclusivo debe estar precedido de la expedición de una patente.

El inventor de un producto o procedimiento goza del derecho de utilización y explotación de su invención, sin necesidad de formalidad alguna. Sin embargo, para obtener la exclusividad de este derecho y el consiguiente "ius prohibendi" frente a terceros, es necesario que una autoridad nacional competente conceda la patente de invención, a través de un acto expreso, a partir del cual el titular de la patente podrá ejercer la exclusividad y la facultad de oposición y exclusión.¹¹⁷

117 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. PROCESO 0018-IP-2008 ASUNTO: Asunto: «Protección a patente de invención». Subtema: explotación exclusiva. FECHA DE RECEPCIÓN: 11 Diciembre 2007 .FECHA DE INGRESO: 10 Enero 2008. http://www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=67

CAPÍTULO XXVIII

Titularidad.

La titularidad de los derechos de una obra original puede provenir de la creación de la obra por parte del autor, quien por ese solo hecho, adquiere el carácter de titular de los derechos que recaen sobre la misma. Puede también acontecer en ciertos casos, que los derechos correspondan originalmente a una persona distinta de la que físicamente tuvo a su cargo la obra, cuya titularidad corresponde de origen a quien encomendó al creador la realización de la obra. Por otra parte, también se dan situaciones en las que la titularidad de la obra puede haber correspondido a una persona originalmente, y después a otra distinta, a través de la transmisión o cesión en propiedad de los derechos que recaen sobre la obra.

208. Propiedad intelectual y relación de trabajo. Sentencia de 30 de septiembre de 2002. Tribunal Segundo. Civil Sección II. Costa Rica.²⁹⁹

La problemática de la autoría y titularidad de los resultados de un trabajo desarrollado por el empleado es discutida en esta sentencia en la que el empleado reclama una remuneración por la transmisión en el extranjero de una obra audiovisual de la que se dice autor. El demandante no discute la remuneración a la que tiene derecho en Costa Rica, pero asegura que esa remuneración no incluía las transmisiones en el extranjero, y por esa razón exige las prestaciones a las que se refiere la demanda en ejercicio lo mismo de derechos económicos que morales. El Tribunal que conoce del negocio resuelve que el demandante no tiene derecho a las prestaciones reclamadas precisamente por no ser el titular de la obra audiovisual en la que dicho demandante participó en su calidad de empleado, conjuntamente con otros empleados de la empresa titular de los derechos:

«XIII. El reclamo de los actores está dirigido al cobro de los derechos de autor, tanto patrimoniales como morales, así como al derecho de imagen que reclama concretamente el señor López Gutiérrez, por la difusión del programa Aguadulce a nivel internacional, sin contar la demandada con autorización para permitir que terceras personas lo transmitieran a ese nivel, pues solamente estaba autorizada su difusión para el ámbito nacional. El cobro de los citados derechos es, en síntesis, el objeto del presente debate y la causa, como se expresó, la difusión internacional del programa sin autorización para ello (...).

²⁹⁹ Costa Rica. Propiedad intelectual y relación de trabajo. Sentencia de 30 de septiembre de 2002. Tribunal Segundo. Civil Sección II. Sentencia: 00376 Expediente: 00-000675-0180-CI Fecha: 30/09/2002 Hora: 2:50 PM Emitido por: Tribunal Segundo Civil Sección II. Tipo de Extracto: Voto de mayoría. Rama derecho: Derecho Civil. Redactor del Texto de Origen: Castro Carvajal Alvaro. Véase <http://www.poder-judicial.go.cr/>

Quedó probado además que él laboraba para el departamento de producción de T.V.T. Producciones de Centroamérica S. A. Si se considera como titular de la obra audiovisual al productor y, en este caso tal función la tenía un departamento de la empresa T.V.T. Producciones, en la que el señor López Gutiérrez era un asalariado, se debe concluir, necesariamente, en que la obra *Aguadulce* era parte de su trabajo en dicho departamento y por lo tanto no tendría derecho a reclamar derechos patrimoniales de autor por tal programa. Derechos patrimoniales que, en todo caso están prescritos, tal y como fue indicado en el considerando XV. Además, en este asunto no es posible individualizar, de manera perfecta, el trabajo personal del señor López en el programa citado, como para tenerlo como autor único de él, más bien cabe pensar que aquí lo que se ha producido es una obra audiovisual como obra en colaboración, en donde una pluralidad de sujetos son los que tienen la condición de autores, entre ellos está el productor que, en el caso bajo examen no es el señor López, sino -se reitera- un departamento de la cita empresa T.V.T. de la que él era asalariado y, como tal, no podría considerársele como autor individual del referido programa. De haber sido dicho señor el autor único de *Aguadulce* no hubiere consentido ni siquiera que el programa se difundiere a nivel nacional, si no se le pagaban de antemano los derechos de autor. **Nótese que el motivo principal y único de este reclamo es la difusión del programa a nivel internacional.** El solo hecho de transmitir esa obra, si es que puede llamarse de esa manera, en el ámbito internacional, no convierte al señor López en autor de ella y por ende con derecho a reclamar derechos patrimoniales y morales, pues de ser en efecto su autor, tanto tendría derecho a reclamar tales derechos a nivel interno, como a nivel internacional. **Por otra parte**, no es necesario que conste expresamente en los contratos de trabajo que las labores del señor López eran específicamente para crear el programa *Aguadulce*, porque tampoco se acreditó en autos que él tuviere otras labores o participare en otros programas difundidos por la demandada, de donde se deduce que su trabajo en el departamento de producción de T.V.T. Producciones era nada más para producir dicho programa. Esto, además, encuentra respaldo en lo declarado por los señores Víctor Eduardo Navas Herrera a folios 128 y 129, de Juan Carlos Rojas Rojas a folios 131 a 134, de Jorge Garro López a folios 146 a 150 y de José Alberto Ramírez Arias a folios 169 a 172. No se trata de que con los testigos recibidos se desconozca la prueba documental existente en autos, como lo afirma la parte apelante, sino que dichos declarantes más bien complementan esa prueba documental. **XVIII.** Según el apelante el juez reconoce el derecho del actor al ligar el despido con la suspensión de la transmisión de la obra. No lleva razón al respecto. Una cosa no implica la otra. Al finalizar el demandante López sus labores como empleado del departamento de producción de T.V.T. Producciones también finalizó el programa *Aguadulce*, por cuanto como quedó acreditado en autos él laboraba en dicho departamento para la producción de dicho programa. No

hay separación de labores, como afirma el recurrente, en el sentido de que un tipo de trabajo era el realizado por el señor López para T.V.T. y otro el que llevaba a cabo para Televisora de Costa Rica. Lo que fue debidamente comprobado es que entre una empresa y otra hay un vínculo muy estrecho, a tal punto que como lo dice el propio apelante se les puede considerar como un mismo grupo de interés económico. De ahí que los programas producidos por T.V.T. Producciones eran, o son, difundidos por Televisora de Costa Rica.

209. Obra por encargo. Obra futura. Programa de cómputo. Software. Sentencia 7-1-1997 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Chile.

Si la creación intelectual, consistente en el programa computacional ya referido, existía con anterioridad a las fechas señaladas [las del contrato, nota del compilador], y no es posible sostener como lo hace [la co-demandada] Universidad de Concepción, que tal programa fue producido por encargo suyo.³⁰⁰

210. Transmisión del derecho patrimonial. Transferencia entre vivos. Prueba. Sentencia de 24-10-1995 del 7° Juzgado Civil de Santiago. Chile.

La ausencia de la voluntad expresa, demuestra que no ha existido ni cesión, ni transmisión, ni transferencia de derechos.³⁰¹

300 Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. Fecha: 7-1-1997. Jurisdicción: Judicial (Civil). Fuente: Texto del fallo en copia del original. Otros datos: Sfeir y otros v. Universidad de Concepción.

301 Chile. 17° Juzgado Civil de Santiago. Fecha: 24-10-1995. Jurisdicción: Judicial (Civil). Fuente: Texto del fallo en copia original. Otros datos: Sfeir y otros vs. Universidad de Concepción.

PARA TÍTULOS PROFESIONALES DE TERCER NIVEL (INGENIEROS, ABOGADOS, MÉDICOS, ETC)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **LUIS ALFREDO GARCÍA PAREDES** C.I. **1714285192** autor del trabajo de graduación titulado: **“La Observancia de los derechos de propiedad intelectual en la legislación ecuatoriana. Análisis con referencia especial al ámbito de los derechos de autor.”**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 05 de mayo de 2018

Luis Alfredo García Paredes
C.I. 1714285192


REPÚBLICA DEL ECUADOR
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE No. **171428519-2**


 CIUDADANIA
 APELLIDOS Y NOMBRES
**GARCIA PAREDES
 LUIS ALFREDO**
 LUGAR DE NACIMIENTO
**PICHINCHA
 QUITO
 BEVALCAZAR**
 FECHA DE NACIMIENTO **1993-03-01**
 NACIONALIDAD **ECUATORIANA**
 SEXO **M**
 ESTADO CIVIL **SOLTERO**




INSTRUCCIÓN **SUPERIOR** PROFESIÓN / OCUPACIÓN **ESTUDIANTE**

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
GARCIA ALEJANDRO ROBERTO

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
PAREDES CH JUANITA MAGDALENA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
**QUITO
 2013-02-15**

FECHA DE EXPIRACIÓN
2023-02-15

V4444V4444

001124732


 DIRECTOR GENERAL


 FIRMA DEL CEDULADO




CERTIFICADO DE VOTACIÓN
4 DE FEBRERO 2018


CNE
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

003
 JUNTA No.

003 - 073
 NÚMERO

1714285192
 CÉDULA

GARCIA PAREDES LUIS ALFREDO
 APELLIDOS Y NOMBRES

PICHINCHA
 PROVINCIA

QUITO
 CANTÓN

BELISARIO QUEVEDO
 PARROQUIA

CIRCUNSCRIPCIÓN:
ZONA: 4






CNE
 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL


**REFERÉNDUM
 Y CONSULTA
 POPULAR 2018**

CIUDADANA (O)

**ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED
 SUFRAGÓ EN EL REFERÉNDUM Y
 CONSULTA POPULAR 2018**

**ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS
 LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS**



F. PRESIDENTA/E DE LA JRV

IMP. IGM.MJ