**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

# "CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CAMBIO DE TITULARIDAD EN OBRAS CREADAS BAJO RELACIÓN DE DEPENDENCIA LABORAL EN EL CÓDIGO INGENIOS"

**AUTORA: CARMEN MARÍA ROCHA VERA**

**DIRECTOR: ESTEBAN ARGUDO CARPIO**

**QUITO, SEPTIEMBRE 2017**

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

Quito, 3 de octubre de 2017

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

**Ref. Oficio Nro. 128-SJG-2017 / Tesis Srta. Carmen María Rocha Vera**

De mi consideración:

En respuesta al pedido formulado mediante Oficio Nro. 128-SJG-2017 referente a la tesis previa a la obtención del título de abogada, intitulada **"CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL CAMBIO DE TITULARIDAD EN OBRAS CREADAS BAJO RELACION DE DEPENDENCIA LABORAL EN EL CODIGO DE INGENIOS"**, elaborada por la señorita **CARMEN MARIA ROCHA VERA**, en mi condición de profesor informante designado por el señor Decano, tengo a bien participarle lo siguiente:

El tema planteado es relevante desde el punto de vista teórico y práctico, más todavía cuando, dado el tiempo de vigencia de la Ley bajo la cual se lo analiza, es el primer trabajo realizado en la Facultad en que se lo trata de forma tan específica.

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

La bibliografía y, en general, las fuentes consultadas son amplias y responden a la disponibilidad del medio con relación al tema tratado.

Como en todo trabajo de investigación, existen ciertas apreciaciones personales de la alumna con las que no coincido totalmente, lo que no impide debatirlas a la hora de su defensa. La tesis es exhaustiva en el tratamiento de varios aspectos generales relacionados con el Derecho de Autor, que abarcan, prácticamente, dos de los tres capítulos que la componen, en detrimento, diría yo, de sus aspectos más concretos, que pudieron haber sido abordados con mayor profundidad. Por otro lado, he podido advertir una serie de errores en la transcripción de la entrevista realizada por la disertante a quien suscribe el presente informe, que vuelven confusos y hasta carentes de sentido a algunos de sus pasajes. Habría sido deseable, además, una exposición de las conclusiones algo más sustanciosa.

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

Atentamente,

Dr. Manuel Fernández de Córdoba V.

Gonz: Por favor agregar a la carpeta de la estudiante.

Quito, D.M. a 30 de octubre de 2017 2017/10/31

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

De mi consideración:

El trabajo de disertación denominado "Consecuencias jurídicas del cambio de titularidad en obras creadas bajo relación de dependencia laboral en el Código Ingenios", realizada por la señorita Carmen María Rocha Vera, aborda una temática que resulta interesante, la forma como aborda el tema de estudio, el uso de la normativa es adecuado y el análisis que hace de la misma muestra que la estudiante cuenta con un adecuado criterio jurídico; sin embargo, a lo largo del documento plantea una serie de reflexiones y cuestionamientos que si bien resultan interesantes en muchos casos carecen de evidencia empírica.

De este modo, en el desarrollo del trabajo de titulación, se hace un análisis descriptivo de ciertas nociones generales del Derecho de Autor, así como un breve análisis de derecho comparado respecto de la forma como es tratada la temática en otras legislaciones.

No obstante aquello en mi opinión las afirmaciones realizadas durante la disertación no deben enmarcarse únicamente en aspectos netamente jurídicos y supuestos no comprobados, en este sentido, deben ser sustentadas a través de la presentación de datos estadísticos, por otro lado, la parte correspondiente a conclusiones y recomendaciones no está lo suficientemente desarrollado. Por las razones expuestas, luego de haber revisado la disertación, la califico con un puntaje de 8/10.

Atentamente,

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

Recibido 31/10/2017

31/10/17

**Dedicatoria:**

*A mis padres, Xavier Rocha Velasco y Carmen Vera Cedeño, por ser el pilar de mi vida, por brindarme siempre su apoyo incondicional, por sus sacrificios y amor infinito.*

*A mi novio, Jorge Chiriboga Estupiñán, por ser mi fuente de motivación para cumplir mis objetivos, por su amor y ayuda para crecer personal y profesionalmente.*

*A mi abuela paterna, Blanca Velasco Rodríguez, por todos estos años de cariño, dulzura y sabios consejos para formarme como una persona íntegra.*

*A mis hermanas, Rafaela Rocha Vera y Victoria Rocha Vera, por ser las personas a quienes les debo mis logros.*

*A mi familia y amigos, por brindarme todo lo necesario para cumplir mis metas.*

**Agradecimientos:**

*A Dios por sus bendiciones.*

*A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por darme la oportunidad de desarrollarme académica y profesionalmente.*

*A mis queridos profesores, por ser la fuente de conocimiento y enseñanzas de vida; en especial, a mi director y amigo, Esteban Argudo Carpio, por su ardua tarea durante los meses de desarrollo de mi trabajo de grado y miles de anécdotas compartidas.*

*A mis compañeros, y ahora grandes amigos, que me deja esta maravillosa etapa de mi vida.*

**Abstract**

Following the effective date of the Organic Code of the Social Economy of Knowledge, Creativity and Innovation (INGENIOS), in Ecuador a different legal regime is proposed. Therefore, in this paper we investigated the legal consequences that imply the change of ownership in works created under a labor dependency relationship that is, from a title assigned to the employer, to a title held by the author of the work. For the development of the research, the historical regulations, Intellectual Property Law; basic concepts of Copyright, International Treaties, Comparative Law of countries such as Spain, Peru and Bolivia; and, interviews with the National Director of Copyright and Related Rights, Sebastián Páez; Professor Manuel Fernández de Córdova, and the Director of the Entity of Collective Management of Rights of Audiovisual Producers of Ecuador, Zelva González.

It has been concluded that the change of legal regime raised by the new code, does cause an impact on intellectual property rights, it becomes difficult to exercise and exploit patrimonial rights in a beneficial way for the employer and author of the work; and undoubtedly, it is make difficult for the private sector, and especially for the business sector or any other to contract a third party for the creation of a work under work dependency relationship which generates less investment in the country.

## Resumen

A raíz de la entrada en vigente del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación (INGENIOS), en el Ecuador se plantea un régimen jurídico diferente. Por lo cual, en el presente trabajo se indagaron las consecuencias jurídicas que implica el cambio de titularidad en obras creadas bajo relación de dependencia laboral, es decir, de una titularidad asignada al empleador a una titularidad en cabeza del autor de la obra. Para el desarrollo de la investigación se usó la normativa histórica, Ley de Propiedad Intelectual; conceptos básicos del Derecho de Autor; Tratados Internacionales; el Derecho Comparado de países como España, Perú y Bolivia; y, entrevistas al Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Sebastián Páez; al catedrático Manuel Fernández de Córdova, y a la Directora de la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales de Ecuador, Zelva González.

Se ha concluido que el cambio de régimen jurídico planteado por el nuevo Código, sí causa afectación a los derechos de propiedad intelectual, se torna complicado ejercer y explotar los derechos patrimoniales de forma beneficiosa para el empleador y autor de la obra; e indudablemente, se tonar difícil para el sector privado, y especialmente, para el sector empresarial o cualquier otra que contrate a un a tercero para la creación de una obra bajo relación de dependencia laboral, lo cual genera menos inversión en el país.

# ÍNDICE

Contenido Pág.

**INTRODUCCIÓN ..... 1**

1.1 Autor valorado como sujeto de Derechos de Autor ..... 1

1.2 Objetivos de la Disertación ..... 6

1.3 Metodología ..... 7

1.4 Estructura de la Disertación ..... 8

**CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR ..... 9**

1**.** Origen, naturaleza, definición y elementos del Derecho de Autor ..... 9

1.1 Origen y evolución del Derecho de Autor ..... 9

1.2 Naturaleza jurídica del Derecho de Autor ..... 13

1.3 Definición del Derecho de Autor ..... 15

1.4 Elementos del Derecho de Autor ..... 17

1.4.1 Elemento Subjetivo ..... 17

1.4.1.1 Definición de autor ..... 17

1.4.1.1.1 Atribución de la autoría ..... 18

1.4.2 Elemento objetivo: la obra ..... 20

1.4.2.1 Características de la obra ..... 21

1.4.2.1.1 Originalidad de la obra ..... 21

1.4.2.1.2. La forma de expresión de la obra ..... 21

1.4.2.1.3. Susceptibilidad de ser divulgada o reproducida de cualquier forma ..... 22

1.4.2.2 Enunciado de la clasificación de las obras según el Código INGENIOS ..... 22

1.5 Propiedad Intelectual y copyright ..... 23

**2. Contenido del Derecho de Autor ..... 24**

2.1 Derechos morales ..... 25

2.1.1 Caracteres de los derechos morales del Autor ..... 26

2.1.1.1 Inalienable ..... 27

2.1.1.2 Inembargable .....28
2.1.1.3 Imprescriptible .....28
2.1.1.4 Irrenunciable .....28
2.1.1.5 Derecho de Paternidad .....29
2.1.1.6 Derecho de Divulgación .....30
2.2. Derechos patrimoniales .....30
2.2.1. Derecho de reproducción .....31
2.2.2. Derecho de comunicación pública .....33
2.2.3. Derecho de distribución mediante la venta, arrendamiento o alquiler .....34
2.2.4. Derecho de importación de obras sin autorización .....35
2.2.5. Derecho de transformación .....36
2.2.6. Derecho a la puesta a disposición del público de sus obras .....36
2.3. Dominio Público .....37
2.4 Duración del Derecho de Autor .....37
**CAPÍTULO II: Autoría y Titularidad de las obras** .....39
1. Origen, naturaleza, definición y elementos de la titularidad .....39
1.1 Origen de la titularidad .....39
1.2 Definición de la titularidad .....40
1.3 Tipos de titularidad .....41
1.3.1 Titularidad originaria .....41
1.3.2 Titularidad derivada .....41
**2. La titularidad en diversas formas** .....42
2.1 Titularidad en coautoría: .....42
2.2 Titularidad en obras en colaboración .....43
2.3 Titularidad en obras colectivas .....44
2.4 Titularidad en obras creadas en las instituciones de educación superior y centros educativos .....45
2.5 Titularidad en obras anónimas y seudónimas .....46
2.6 Titularidad en obras hechas por encargo .....47

2.7. Titularidad en obras hechas en virtud de una relación laboral.....47
2.8. Titularidad de las obras creadas por servidores públicos.....47
**3. Derecho Comparado.....48**
3.1 España.....49
3.2 Costa Rica.....49
3.3 Guatemala.....50
3.4 Honduras.....50
3.5 Perú.....51
3.6 México.....52
3.7 Bolivia.....53
3.8 Panamá.....53
3.9 Venezuela.....54
3.10 Uruguay.....55
**CAPÍTULO III: Análisis del cambio de régimen en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral**.....**57**
1. Antecedentes.....57
2. Propiedad Intelectual en el país.....60
3. Más allá del Código de Ingenios: Importancia de la reforma.....62
3.1 La Constitución del Ecuador y la protección del Derecho de Autor.....65
3.2 Análisis del Código INGENIOS.....71
3.3 Comparación entre Ley de Propiedad Intelectual y Código INGENIOS.....74
**CONCLUSIONES**.....79
**BIBLIOGRAFÍA**.....82
ANEXO 1: Entrevista a Manuel Fernández de Córdova.....86
ANEXO 2: Entrevista a Sebastián Páez.....93
ANEXO 3: Entrevista a Zelva González.....98

## INTRODUCCIÓN

En la presente disertación se desarrollarán las consecuencias jurídicas que implica el cambio de titularidad del Derecho de Autor únicamente en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral, con el uso de la normativa histórica- Ley de Propiedad Intelectual- y la legislación vigente del Código de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación (2016)–INGENIOS-, mismo que fue aprobado el 11 de octubre del 2016 por la Asamblea Nacional y publicado en el Registro Oficial el 9 de diciembre del 2016.

### 1.1 Autor valorado como sujeto de Derechos de Autor

El proyecto de Código INGENIOS fue presentado el 3 de junio de 2015 ante la Asamblea Nacional; que en su texto original planteaba:

> "Art 111: Obras bajo relación de dependencia y por encargo. - Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, **la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al autor**.
>
> Asimismo, salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, en las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho de explotarlas en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no se perjudique injustificadamente a la explotación normal que realice el comitente.
>
> En cualquiera de los dos casos, **el autor tendrá el derecho irrenunciable de percibir al menos el diez por ciento (10%) de los beneficios derivados de la explotación de la obra**.
>
> Este derecho será aplicable aún en los casos de transferencia o transmisión de la titularidad de la obra creada bajo dependencia laboral y por encargo." (El subrayado es mío) (COESCCI, 2016, pág. 60)

Lo novedoso de este artículo es el cambio de régimen jurídico y enfoque sustancial que se le da a la titularidad de la obra. En la Ley de Propiedad Intelectual (1998) se le otorgaba al empleador la totalidad de los derechos para que estas puedan ser explotadas sin restricciones; mientras que, en el Código INGENIOS (2016) el titular es el trabajador que como bien lo señala el artículo a ser analizado goza de derechos de forma amplia y que, salvo pacto en contrario, pueda otorgar al empleador ciertos derechos.

En relación al beneficio del 10% derivado de la explotación de la obra, la Asociación Ecuatoriana de Software (2015) admite que dicha disposición es:

> "(…) impracticable, puesto que, el autor tiene el derecho de reclamar el 10% de los beneficios de su obra al cliente final; y, a consecuencia de ello, varias empresas prestadoras de servicios y desarrolladoras de productos suspenderán la creación de nuevos productos, prefiriendo dejar automáticamente de comprar en el Ecuador y hacerlo en países que no tienen este tipo de restricción de transferencia e impidiendo la inversión, expansión o aprovechamiento de una dinámica de emprendimientos en el país".

Sin embargo, el texto final aprobado del Código INGENIOS (2016, pág. 26), otorga una titularidad conjunta a la obra creada en relación de dependencia laboral y la realizada por encargo. En ambas, la titularidad corresponde al autor trabajador o encargado:

> "Artículo 115.- Obras bajo relación de dependencia y por encargo. - Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, **la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor.**
>
> En caso de que el autor ceda sus derechos, conservará la facultad de explotar las obras en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no perjudique injustificadamente la explotación normal que realice el empleador o comitente.
>
> En cualquier caso, el autor gozará del **derecho irrenunciable de remuneración equitativa** por la explotación de su obra, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. Tratándose de software este derecho no será aplicable.
>
> Este derecho será aplicable aún en los casos de transferencia o transmisión de la titularidad de la obra creada bajo dependencia laboral y por encargo". (Las negrillas son mías)

De igual manera, respecto al beneficio del que gozará el creador de la obra en relación de dependencia, el Código (2016, pág. 27) elimina el beneficio del 10% derivado de la explotación de la obra, por el derecho irrenunciable de remuneración equitativa:

> "Artículo 121.- Derecho irrenunciable de remuneración equitativa. - Se reconocen a favor del autor de forma irrenunciable, derechos de remuneración equitativa como **compensación de ciertos usos o formas de explotación de su obra** que se encuentran previstos específicamente en este Código. Constituyen derechos de remuneración equitativa el derecho de recibir una compensación por reventa de obras plásticas. Los derechos de remuneración equitativa serán de gestión colectiva obligatoria.
>
> Para la recaudación correspondiente a los derechos de autor y derechos conexos establecidos en el presente Código, atendiendo a su género, se podrá recurrir a la modalidad de ventanilla única".

Este derecho está concebido en el Convenio de Berna (1886, pág. 6)[1], que protege las obras literarias y artísticas; en su texto, en el artículo 13, se explicó que: *"no podrán en ningún caso atentar al derecho de autor para obtener una remuneración equitativa fijada,*

1 El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. Fue concertado en 1886, tiene revisiones y enmiendas posteriores a esa fecha.

*en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente".* La legislación nacional es la que debe determinar la forma de distribución de este derecho. Sin lugar a duda, existe una mayor protección a los derechos patrimoniales del autor que parecería excesivo porque el empleado ya ha percibido una remuneración por la obra realizada.

Bajo este marco de referencia, la problemática que se pretende desarrollar en esta disertación son las consecuencias jurídicas del cambio contenido en las reformas de Régimen de Propiedad Intelectual en las obras creadas bajo subordinación laboral. Por un lado, la Ley de Propiedad Intelectual (1998) planteaba la concepción del "copyright" o tradición jurídica anglosajona, en la cual se otorga al empleador la calidad de autor a efectos que le facultan la explotación de la obra y el ejercicio de ciertos derechos morales que le pertenecen del autor asalariado. En contraposición, el Código INGENIOS (2016) está influenciado por el sistema de tradición jurídica latina, que le atribuye al autor-trabajador la titularidad originaria del Derecho de Autor y, pese a que se produzca la transferencia de derechos a favor del empleador, éste conservará sus derechos morales.

El criterio de subordinación del autor asalariado conlleva ciertas limitaciones en el ejercicio de sus derechos de autor: el derecho moral y patrimonial. El derecho extrapatrimonial o moral es aquel que no representa beneficios económicos al autor, pero si poder sobre su obra como es el derecho de divulgación, derecho de paternidad, derecho al respeto e integridad de la obra y el derecho de retracto (Argudo, 2000). En relación a los derechos pecuniarios, Rengifo (1996, pág. 145) manifiesta que son un cúmulo de facultades exclusivas del que le permiten explotar por sí mismo su creación o autorizar su explotación por parte de terceros. Los derechos económicos son el derecho de reproducción de la obra, el derecho de distribución, el derecho de comunicación pública y el derecho de transformación.

El inconveniente que se suscita es la limitación al efectivo goce de los derechos de autor del creador de la obra y de quien, sea persona natural o jurídica, confiera los recursos materiales, organizacionales y financieros para la realización de una labor.

Siendo así, la Constitución de la República del Ecuador (2008)[2] es la base para la creación de la nueva normativa que propone un cambio que garantice los derechos de los creadores de las obras, puesto que, la Ley de Propiedad Intelectual, promulgada en el año 1998, no se encuentra en armonía con los derechos y garantías establecidos en la carta magna en su artículo 283 (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 136) que establece:

> "(…) el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir".

En relación a los Derechos de Autor, la Constitución (Constitución de la República del Ecuador, 2008, pág. 29)[3] prevé el derecho de las personas a *"beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría".*

Dentro de los Convenios Internacionales, está el Tratado de la OMPI[4] sobre Derechos de Autor (1996, pág. 2), que en su artículo 2, es claro en delimitar el ámbito de protección de los Derechos de Autor, que*:* "abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí". Así también, en la Decisión 351 (1993, pág. 1)[5] establece el alcance de protección en el primer articulado

2 Registro Oficial 20 de octubre de 2008

3 Ibídem

4 El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor de 1996 entró en vigor el 6 de marzo de 2002. Registro Oficial del Estado el 25 de noviembre de 2002

5 Decisión 351 se encuentra vigente desde el 17 de diciembre de 1993

"tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino". En el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)[6] (1994, pág. 6) en el artículo 9 numeral 2: "la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí". En la Convención Universal sobre Derechos de Autor (1952, pág. 1)[7], se señala en el artículo 1 que: "Cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura".

Lipszyc (1993, pág. 123) califica al autor como "(…) la persona que crea la obra. El autor es el sujeto originario del derecho de autor (…) El derecho de autor, nace de la creación intelectual. Dado que ésta sólo puede ser realizada por las personas físicas, la consecuencia natural, es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra". Por ello, el generar conocimiento, impulsar la investigación y proteger las obras de los creadores son elementos importantes al momento de referirse a aquel autor asalariado que crea la obra bajo la prestación de un servicio por cuenta de un tercero.

> Se encuentran implícitos los derechos morales, que para Colombet (1997, pág. 45):
>
> "deben (…) relacionarse con los derechos de la personalidad que está compuesta por diversos atributos, los cuales tienen en común el no ser apreciables en dinero y estar estrechamente ligados al individuo, además de que los derechos morales, son además inalienables e imprescriptibles"; y derechos patrimoniales de la obra que "reconoce al autor la explotación de su obra por cualquiera de las modalidades reconocidas, sin perjuicio de las limitaciones y excepciones que afecten su facultad".

6 Vigente desde el 29 de octubre de 1971

7 Convención realizada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952

La protección guarda diferentes matices entre los dos grandes sistemas de protección de los derechos de autor: el anglosajón y el sistema continental. En las legislaciones que adoptaron el sistema anglosajón o “copyright”, se imponen los criterios protectores de los intereses económicos, atribuyendo directamente al productor la calidad de autor. La doctrina instaurada en los países continentales o latinos contradice la posición que se les ha otorgado a los autores en el sistema del copyright, en la cual, resulta siendo el creador de la obra quien adquiere la titularidad de los derechos por el simple hecho de la creación (Bugallo, 2000).

Por ello, la autoría y titularidad de las obras realizadas bajo relación de dependencia son determinantes a la hora de establecer los derechos y el ejercicio de los mismos. En la Ley de Propiedad Intelectual (1998), se asimilaba, a la tradición jurídica anglosajona al otorgar al empleador la titularidad derivada del Derecho de Autor en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral.

### 1.2 Objetivos de la Disertación

El objetivo principal de la investigación es analizar las consecuencias jurídicas del cambio de titularidad en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral, es decir, de una titularidad asignada al empleador a una titularidad en cabeza del autor de la obra (Argudo, 2000).

El desarrollo de este proyecto se realizará dentro del contexto ecuatoriano, específicamente en los ámbitos que regulan la Propiedad Intelectual y el Derecho Laboral, para lo cual, es necesario realizar el estudio de los sistemas de Derechos de Autor existentes, el sistema adoptado actualmente en Ecuador y los efectos que este cambio de sistema causará en los espacios de las empresas, negocios o cualquier otra que contrate a un a tercero para la creación de una obra bajo relación de dependencia laboral.

El presente trabajo está enfocado en hacer un análisis actual de la entrada en vigencia del Código de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación –INGENIOS- (2016), y de lo que implica construir una economía basada en el conocimiento, como un bien de interés público, un cambio de modelo y los nuevos retos en un sistema de innovación social (Ramírez, 2014).

**1.3 Metodología**

Toda la información necesaria para el correcto desarrollo de esta disertación será realizada mediante el método tradicional de la deducción, puesto que "se desciende de los principios a las consecuencias, de las leyes a los fenómenos y de las causas a los efectos" (De Pina, 1953, pág. 11).

Se realizará un estudio de la normativa constitucional que ampara al Código INGENIOS, así como los principios que se han considerado para la creación de esta normativa. De igual manera, una comparación entre la normativa histórica- Ley de Propiedad Intelectual- y el Código INGENIOS -Ley vigente, los principios que rigen a cada una de las normativas, su base constitucional y los Tratados Internacionales de los que el Ecuador es parte.

Se indagará las posturas de los diferentes doctrinarios y autores especialistas en la materia. Además, una investigación de derecho comparado de países como España, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Perú, México, Bolivia, Panamá, Venezuela y Uruguay, para despejar dudas relacionadas con la legislación nacional de cada uno, para después compararla y realizar un acercamiento más profundo del tratamiento y aplicación de los derecho morales y patrimoniales en las obras realizadas bajo relación de dependencia laboral.

Se abordarán los términos autoría y titularidad, sus derivaciones y diferencias sustanciales para marcar una diferencia clara entre ambas.

## 1.4 Estructura de la Disertación

Por ello, la estructura de la presente disertación iniciará abordando las nociones generales de Derecho de Autor: conceptos básicos tales como qué es obra y sus diferentes tipos, características y clasificación; los sistemas de protección del Derecho de Autor; los derechos morales y patrimoniales con sus caracteres; el dominio público y la duración del Derecho de Autor.

A continuación, se revisarán términos esenciales como autoría y titularidad de las obras, su origen, definición, tipos de titularidad y de sus formas. De igual manera, se realizará un estudio de derecho comparado de los diferentes sistemas jurídicos que han sido acogidos por España, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Perú, México, Bolivia, Panamá, Venezuela y Uruguay y su aplicación de los derechos en su contenido patrimonial y extra-patrimonial.

En último lugar, se buscará dar una posible solución al tratamiento jurídico y las implicaciones laborales en el sector empresarial privado que tendrá el cambio de titularidad en obra realizadas por terceros bajo relación de dependencia en el nuevo Código INGENIOS.

# CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DE AUTOR

## 1. Origen, naturaleza, definición y elementos del Derecho de Autor

### 1.1 Origen y evolución del Derecho de Autor

Desde los inicios de la humanidad, el hombre ha venido empleando su imaginación para crear e innovar conforme avanza el tiempo, a fin de resolver sus problemas, satisfacer sus necesidades, expresar sus ideas (Ruiz, 2013, pág. 2). Es así que, el estudio de la propiedad intelectual se introduce en diversas etapas de desarrollo, desde que el conocimiento era libre y compartido hasta adentrarse en la llamada sociedad del conocimiento.

Antiguamente, la actividad intelectual plasmada en manuscritos carecía de un reconocimiento por parte de la legislación, a consecuencia de ello, no existía un derecho económico ni valor jurídico para el creador de su obra. Bastaba para los autores, la fama y la distinción pública, así como el reconocimiento por comunidades religiosas y las distintas cortes, que de alguna forma retribuía el trabajo realizado. Además que, en su mayoría, los escritores o artistas procedían de una clase social alta y no necesitaban que su arte les retribuya económicamente. Simplemente, esperaban el reconocimiento y el goce de las obras que difundían.

Delia Lipszyc (1993, pág. 114) manifiesta que en ese momento de la historia, toda creación intelectual se encontraba plasmada de forma material, es decir, producía una cosa, lo cual lo convertía en propietario y podía enajenar como cualquier otro bien. Aquello no significa que la invención sea confundida con el bien corporal, puesto que, en el Derecho Romano se imponían sanciones a quienes plagiaban las obras (Rodríguez, 2007).

En la Edad Media, la situación del Derecho de Autor no tiene ningún progreso, pues la Iglesia Católica era muy rígida y controlaba a los ciudadanos hasta en su forma

de pensar; por lo tanto, el conocimiento también era restringido. Sin embargo, los manuscritos al ser una objeto físico- material podrán ser copiados sin previa autorización del autor, dando inicio al trabajo del copista (Vega, 2010).

En la mitad del siglo XV, surge la invención de la imprenta y con ella la posibilidad de duplicar ejemplares, adquiriendo así la obra escrita un mayor reconocimiento por la difusión del saber. Gracias a la rapidez con la que se multiplicaban las obras, el autor pudo comercializarla y ser retribuido económicamente. El desarrollo de "la imprenta y la fuerte competencia generó la intervención de los monarcas, con el fin de proteger y estimular la nueva industria editorial" (Rodríguez, 2007); dando inicio a los primeros privilegios que eran otorgados por el Rey a los libreros para la impresión de las obras protegiendo, en un primer momento, al editor y después al autor de la obra. Sin lugar a duda, el sistema de privilegios o regalías originó beneficios económicos al monarca e impresor por la publicación y venta de los ejemplares impresos y no protección directa al autor de las obras. Sin embargo, años más tarde, el privilegio que se les había otorgado a los editores fue de total rechazo y la exclusiva explotación económica se le concedió al mismo autor, pero solo por un tiempo reducido (Fernández, 1997).

El siglo XVIII, conocido como el de la Ilustración y el de la Modernidad, marcó grandes cambios en el Derecho de Autor al reclamar un reconocimiento legal de un derecho vitalicio sobre su obra y a expedirse normas de protección al creador intelectual. En esta línea de acontecimientos históricos relevantes, se expide en el año de 1710 el primer documento legal que otorgaba derechos a los autores llamado "Estatuto de la Reina Ana", el cual facultaba al autor la explotación patrimonial de su obra reconocida y el derecho exclusivo al autor, independientemente del tipo que fuere, para la reproducción de su obra, durante 21 años para los libros publicados, y 14 años para los libros inéditos, previo el cumplimiento de formalidades de los ejemplares como la inscripción del título de la obra.

Por su parte, Satanowsky (1954), reconoce como un primer avance legislativo que el autor recupere su papel protagónico, pues le reconocía su derecho exclusivo de

impresión de las obras. De igual manera, en España, el Rey Carlos III, con la Orden Real de 1763 y 1764, se eliminó el monopolio que mantenía el editor; se reconoció los Derechos del Autor como integrados a su personalidad, es decir, titular de su creación; y, se declaró que los privilegios concedidos a los autores no se extinguen con la muerte del autor, sino que pasan a sus herederos y ellos continúan el privilegio, mientras lo soliciten (Rodríguez, 2007).

En el siglo XVIII, en la Revolución Francesa de 1789, los Derechos de Autor fueron considerados como derechos del hombre, y por tanto, objetos de protección. Muestra de ello, era la Ley de la Convención de Francia de 1793 en la que se consagró el exclusivo derecho de reproducción al autor sobre obras literarias, científicas y artísticas y sus herederos (Proaño, 1993).

A finales del siglo XIX, la mayoría de países europeos ya contaban con leyes de Derechos de Autor, con diferentes tendencias filosóficas y respuestas al fenómeno intelectual. Se destacaba la protección en obras que se representaban públicamente, la duración de la protección que podía ser perpetua o limitada, el tratamiento del derecho de reproducción y adaptación, las excepciones y limitaciones del derecho patrimonial, y requisito de ciertas formalidades para otorgar la protección.

Sin embargo, con el avance de la modernidad se marca como tendencia el culto a la razón, el conocimiento y el desarrollo, lo que modifica el modelo económico insertándose el capitalismo a nivel global. Este cambio de la economía se evidencia en todos los campos: tecnológico, industrial, social, y cultural; lo que provoca que el acceso a la información sea una búsqueda incesante del ser, como lo explica el teórico Theodor Adorno (García, 2003), como la pérdida del aura, es decir, la masificación de las obras o producción seriada de las mismas por medio de instrumentos tecnológicas. De esta manera, es evidente que en el siglo XIX se efectúe una mínima protección a las obras literarias, artísticas y musicales; dando paso a prácticas ilegales de reproducción. En el siglo XIX, a raíz de la mínima protección que tenían las obras literarias, artísticas y musicales, la piratería fue una práctica muy común, debido a la necesidad de satisfacer

las necesidades sociales y de educación, lo cual, dio paso a una protección internacional a finales del siglo (Rengifo, 1998).

En la región andina, con la expedición de la Decisión 24 del Acuerdo de Cartagena se estableció un régimen común sobre el tratamiento de los signos distintivos como es la marca.

En cuanto a la protección internacional de los derechos de Propiedad Industrial se encuentran los tratados administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y por la Organización Mundial del Comercio.

En el Ecuador, la protección a la propiedad intelectual tiene origen con la expedición de la Constitución de 1835 (1835, pág. 19), la misma que en el artículo 99 disponía:

> "el autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento- producción, por el tiempo que le concediere la ley, y si esta exigiera su publicación, se dará al inventor la indemnización correspondiente".

En la Constitución de 1845 (1845), se garantizaba la inviolabilidad de la propiedad intelectual, así como quienes inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios para el desarrollo de la industria.

El 8 de agosto de 1887, entró en vigencia la primera ley en materia de Propiedad Intelectual llamada "Ley de Propiedad Literaria y Artística*"* que regulaba la protección del Derecho de Autor, siendo la primera obra protegida con esta Ley, los "Escritos y Discursos de Gabriel García Moreno"*.* En 1959, se expide la "Ley de Propiedad Intelectual", misma que rigió hasta 1976 cuando fue sustituida en agosto de 1976 por la "Ley de Derechos de Autor" (EcuadorUniversitario.Com, 2013).

El 19 de mayo de 1998, se publicó la "Ley de Propiedad Intelectual", que unificó en una sola ley todas las ramas de propiedad intelectual: el Derecho de Autor y derechos conexos, la Propiedad Industrial, las obtenciones vegetales; y el año siguiente su Reglamento. Posterior a ello, el 9 de diciembre del 2016, después de un año de análisis y discusión de cambio de Régimen de la Propiedad Intelectual en el Ecuador, se aprobó

el nuevo Código de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación-INGENIOS.

### 1.2 Naturaleza jurídica del Derecho de Autor

Para Adolfo Loredo Hill (1998, pág. 19) el estudio de la naturaleza jurídica del Derecho de Autor es uno de los temas más polémicos, puesto que en un principio esta se asemejaba a la teoría del derecho real. Cárdenas (2003, pág. 126) cita a Le Chapelier quien se refiere a la Propiedad Intelectual como *"la más sagrada y la más legítima, la más inatacable y la más personal de todas las propiedades es la obra, fruto del pensamiento de un escritor".* Sin duda, se trata de una propiedad muy distinta de las demás, pues *"cuando el autor entrega su obra al público, está haciéndolo compartir su propiedad, o más bien, se la está transmitiendo íntegramente*". Vega considera que en un inicio el Derecho de Propiedad Intelectual se asimilaba al derecho de dominio sobre las cosas materiales; por lo cual, si bien existen bienes inmateriales estos pueden ser objeto de apropiación, así una persona sea natural o jurídica puede ser titular del soporte material y otra propietaria de la información que se encuentra en el mismo (Vega, 2010).

Esto evidencia que el Derecho de Autor contempla su preocupación principalmente en la obra, pero no solo sustenta su atención en esta, al contrario presta interés en la titularidad, la autoría y sus elementos constitutivos.

El Derecho de Autor nace de un acto de la creación del intelecto, por lo tanto, "es un bien intangible" (Márquez, 2004, pág. 18). Protege al autor y lo faculta para reproducir y divulgar las obras de expresión por el intelecto humano, garantizando la integridad y el respeto de estas. Tanto así que, el autor tiene la titularidad sobre sus bienes inmateriales, sin límites ni modalidades que lo restrinja. Una vez que la obra se encuentre fijada en un soporte material es susceptible de reproducirse por el creador o un tercero para su explotación (La Propiedad Intelectual, s.f.).

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para

países de América Latina, hace mención a la teoría del derecho de la personalidad, la misma que fue sustentada originalmente por el filósofo alemán Immanuel Kant, la misma que sostenía que el derecho de autor es un derecho de la personalidad, cuyo objetivo está constituido por una obra intelectual considerada como parte integrante de la misma esfera de la personalidad, siendo el objeto de la protección la personalidad del autor (OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), 2000, pág. 21).

En la Revolución Francesa de 1789, los derechos de la personalidad fueron reconocidos como derechos del hombre y el ciudadano. De tal manera que, la obra, creación del intelecto humano, es la prolongación de la personalidad del autor que es exteriorizada con su creación. Por ello, el jurisconsulto galo Henri Capitant destaca que los derechos de la personalidad tiene por objeto la protección de la persona misma (Loredo Hill, 1998, pág. 23).

Loredo (Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor, 1998, pág. 23) cita al tratadista español José Castán Tobeñas, quien manifiesta que los derechos de la personalidad tienen como materia los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales del derecho de autor, son: el derecho a la libertad, al honor y la reputación. Respecto al nombre y seudónimo comprende el derecho a la imagen y a la identidad personal. En relación a los atributos morales del autor estos son absolutos porque pueden oponerse *erga omnes;* además que resultan personalísimos porque solo su titular puede ejercerlos, irrenunciables porque no desaparecen por la voluntad propia, imprescriptibles porque no se pierden en el tiempo, así como tampoco ceder ni embargar.

La variedad de posiciones doctrinales tuvo como consecuencia la división de dos grandes teorías. Siendo estas, la teoría dualista que separa las facultades en dos clases de derechos; y la monista que sostiene que todos los derechos se desdoblan de un mismo derecho único y uniforme (Antequera, 2007, págs. 16-17).

Por su parte, la teoría monista, se mantiene en que todas las facultades le corresponden al creador y que constituyen manifestaciones de un derecho unitario. Puesto que, los derechos exclusivos de explotación de la obra sirven también a los intereses intelectuales del autor y las facultades otorgadas por el derecho moral sirven también a los intereses económicos del autor (Álvarez Amézquita, Padilla Herrera, & Salazar, 2015).

En cuanto a la teoría dualista, esta divide las facultades del autor en dos clases de derechos totalmente independientes. Aduciendo que, los derechos son disociables y no nacen al mismo tiempo no se extinguen juntos. En los derechos patrimoniales se aplica el fundamento de la transmisibilidad y la limitación temporal, y en los derechos morales los principios de intransferibles, imprescriptibles y de duración ilimitada (Álvarez Amézquita, Padilla Herrera, & Salazar, 2015).

### 1.3 Definición del Derecho de Autor

Para Delia Lipszyc (1993, pág. 11) el Derecho de Autor *"es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales"*.

En la Constitución de la República del Ecuador (2008) se hace alusión a lo que abarca el Derecho de Autor en su artículo 22, que contempla: "las personas que tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, el ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría".

Por su parte, el nuevo Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creación e Innovación, que en adelante será abreviado simplemente con INGENIOS (2016, pág. 24), en su artículo 102 lo define como:

> *"De los derechos de autor.- Los derechos de autor nacen y se protegen por el solo hecho de la creación de la obra.*

*La protección de los derechos de autor se otorga sin consideración del género, mérito, finalidad, destino o modo de expresión de la obra.*
*Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. Sin embargo, si una idea sólo tiene una forma única de expresión, dicha forma no quedará sujeta a protección.*
*No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial. Tampoco son objeto de protección los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí".*

Por otro lado, Carlos Rey (2005, pág. 23) cita a Vega quien define como:

*"el conjunto de derechos adquiridos por el autor de una obra literaria, arquitectónica, audiovisual o cinematográfica, un arte aplicado, obra plástica o de bellas artes y un desarrollador de programas de ordenador (software), este último considerado por la legislación como una obra literaria escrita en lenguaje propio"*.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI define al derecho de autor como*: "El derecho de autor es un término jurídico que describe los derechos concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas"* (2011)*.*

Según Marcelo Ruiz (2013, pág. 2), el Derecho de Autor "es el derecho que tiene una persona sobre su creación intelectual, se da en el ámbito artístico, literario, o científico, ésta debe ser divulgada o reproducida en cualquier forma o medio ya sea conocida o por conocerse (…)".

La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena en su 1 artículo establece la finalidad de la protección de dichas disposiciones al "reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino*"* (1993).

Las definiciones citadas anteriormente son claras y precisas pero limitan el ámbito de aplicación del Derecho de Autor, que resulta mucho más amplio, puesto que: "el Derecho de Autor es el conjunto de normas jurídicas que regulan los derechos subjetivos de los autores sobre sus obras, sus limitaciones y excepciones a dichos derechos y el régimen contractual y de gestión colectiva aplicable a éstos*"* (Arosemena, 2011, págs. 11-12).

### 1.4 Elementos del Derecho de Autor

Los elementos del Derecho de Autor son: el elemento subjetivo y el elemento objetivo.

La materia principal de protección del Derecho de Autor es la obra; y los sujetos o beneficiarios directos principales de la protección concedida sobre la obra, son el autor y el titular de los derechos morales y patrimoniales del autor sobre la obra (Antequera, 2007, págs. 30-46).

#### 1.4.1 Elemento Subjetivo

##### 1.4.1.1 Definición de autor

Lipszyc (1993, pág. 123) califica al autor como "(…) la persona que crea la obra. El autor es el sujeto originario del derecho de autor (…). El derecho de autor, nace de la creación intelectual. Dado que ésta sólo puede ser realizada por las personas físicas, la consecuencia natural, es que la titularidad originaria corresponda a la persona física que crea la obra".

La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena (1993) en el artículo 3, es muy precisa en señalar que: "autor es la persona física que realiza la creación intelectual". Así mismo Marcelo Ruiz se refiere a que "(...) el sistema jurídico Europeo considera al autor como la persona física que crea la obra" (2013). El artículo 108 del Código INGENIOS (2016, pág. 25), es preciso en señalar que: "(…) únicamente la persona natural puede ser autor. Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos patrimoniales sobre una obra (...)".

Por lo tanto, autor es quien crea la obra y ésta es el resultado de su creación. Es decir, que se le atañe la autoría a la persona física independientemente de la facultad que tenga para ejercer los derechos patrimoniales.

#### 1.4.1.1.1 Atribución de la autoría

En relación a la atribución de la autoría de la obra, se encuentran diversas especificaciones para cada territorio de origen de la obra. En varios países se comparten ciertas similitudes, no obstante, el Código INGENIOS (2016, pág. 25) tiene el siguiente tratamiento:

> Artículo 108.- Titulares de derechos.- Únicamente la persona natural puede ser autor. Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos patrimoniales sobre una obra, de conformidad con el presente Título. Para la determinación de la titularidad se estará a lo que disponga la ley del país de origen de la obra, conforme con los criterios contenidos en el Convenio de Berna, Acta de París de 1971.

Solo la persona natural puede gozar del derecho de autoría y, por lo general, se entiende que el titular del Derecho de Autor sobre una obra es, por lo menos en un primer momento, el creador de la obra, es decir, el autor. Haciendo referencia a lo que el mismo artículo menciona con respecto al Convenio de Berna (1886, pág. 7), en el artículo 14 se establece normativa tendiente a determinar la titularidad inicial de los derechos sobre las obras cinematográficas. Es menester manifestar que el artículo 108 del Código INGENIOS (2016, pág. 25) establece algo lógico, que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos patrimoniales.

> Artículo 109.- Obras de autores indeterminados.- Para el caso de obras creadas en comunidades de pueblos y nacionalidades en las que no se puede identificar la autoría de la obra y que no se encontraren en alguna de las categorías mencionadas en esta Sección, la titularidad de los derechos corresponderá a la comunidad, dejando a salvo su derecho de autodeterminación.

A partir de la expedición de la Constitución del año 2008, mediante la interculturalidad y la pluriculturalidad se estableció un impulso por la búsqueda y el conocimiento de los saberes ancestrales. A pesar de que, la autoría en el ámbito del conocimiento ancestral es sumamente complejo porque sus creaciones están inmersas en un pensamiento colectivo.

> Artículo 110.- Presunción de autoría o titularidad.- Para los efectos de la aplicación de las medidas, inicio de procedimientos e interposición de recursos previstos en virtud del

> presente Código, en relación con la observancia del derecho de autor y los derechos conexos se tomará en cuenta lo siguiente:
>
> a) Para que el autor de obras literarias y artísticas, en ausencia de prueba en contrario, sea considerado como tal y en consecuencia tenga el derecho de iniciar procedimientos de infracción, será suficiente que su nombre aparezca en la obra de la manera habitual. Esta presunción se aplicará incluso cuando dicho nombre sea un seudónimo, adoptado por el autor que no deje la menor duda sobre su identidad; y,
>
> b) El literal a) se aplicará, en lo que fuere pertinente, a los titulares de derechos conexos con relación a las prestaciones protegidas.
>
> Artículo 115.- Obras bajo relación de dependencia y por encargo.- Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor.
>
> En caso de que el autor ceda sus derechos, conservará la facultad de explotar las obras en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no perjudique injustificadamente la explotación normal que realice el empleador o comitente.
>
> En cualquier caso, el autor gozará del derecho irrenunciable de remuneración equitativa por la explotación de su obra, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. Tratándose de software este derecho no será aplicable. Este derecho será aplicable aún en los casos de transferencia o transmisión de la titularidad de la obra creada bajo dependencia laboral y por encargo (COESCCI, 2016, págs. 25-26)

Este artículo aclara que, el autor no puede ceder los derechos de una obra, así la creación se haya efectuado bajo una relación contractual determinada. Sin embargo, varias normativas no necesariamente responden a esta disposición, al contrario, existen casos en los que las obras creadas pasan únicamente a constar como un trabajo de la institución o empresa.

> Artículo 116.- Derechos Patrimoniales del Sector Público.- La titularidad de los derechos sobre las obras creadas por servidores públicos en el desempeño de sus cargos, corresponderá a los organismos, entidades, dependencias del sector público respectivamente. **En el caso de obras creadas bajo relación de dependencia laboral cuando el empleador sea una persona jurídica de derecho privado con participación estatal mayoritaria o financiada con recursos públicos**, ***la titularidad del derecho patrimonial le corresponderá al empleador.***
>
> Respecto **de las consultorías, bienes y servicios contratados por el Estado dentro de un procedimiento de contratación regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, la titularidad de los derechos patrimoniales le corresponderá a la Entidad Contratante***, que tendrá la obligación de hacerlo público y accesible a través del Sistema Nacional de Información de la Ciencia, Tecnología, Innovación y Conocimientos Tradicionales, de conformidad con el reglamento. ***En el caso de los demás bienes y servicios, salvo pacto en contrario, la titularidad será del autor.*** (Las negrillas me pertenecen) (COESCCI, 2016, pág. 26)

Se entiende que existen tres casos del Derecho de Autor en relación a los derechos patrimoniales del sector público en las obras creadas en una relación de

dependencia. Por un lado, las instituciones o entidades ligadas a la misma se atribuirán la autoría de cualquier tipo de obra inscrita bajo estos parámetros, aunque no se especifica qué tipo de reconocimiento en cuanto a la nominación de la obra se ostentará al creador -trabajador. En este caso, se puede concluir que varias recopilaciones de obras especialmente literarias en las cuales las instituciones se llevan todo la autoría y se deja de lado el aporte del empleador, así este debiera ser reconocido.

### 1.4.2 Elemento objetivo: la obra

Delia Lipszyc (1993, pág. 61) explica que el objeto de la protección del Derecho de Autor es la obra. De esta manera, la obra se convierte en una expresión de la personalidad del autor. Para Lipszyc, la obra es la "expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente y es apta para ser difundida y reproducida". Ricardo Antequera señala lo tipificado en la Decisión Andina 351 el año 1993 sobre los Derechos de Autor y Derechos Conexos que la obra es "toda creación intelectual originaria de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma" (1996, pág. 67). Entonces, se considera obra antes de su fijación física en algún soporte específico, es decir la idea se consolida como una obra, es por esto que, la originalidad se convierte en una característica vital para analizar el Derecho de Autor.

En concordancia con lo planteado anteriormente, Guillermo Ledesma explica que la protección legal nace en principio, de la creación, sean cuales fueren el mérito y el destino de la obra creada. Si hay creación en el dominio literario, científico o didáctico, hay obra intelectual (Ruiz, 2013, pág. 4). Así, el Derecho de Autor protege exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las creaciones literarias y artísticas, el contenido ideológico o técnico de las obras científicas ni su aprovechamiento comercial o industrial. Los descubrimientos, los

conocimientos, las enseñanzas y los métodos de investigación tampoco están protegidos por el Derecho de Autor (Vega, 2010).

En el Ecuador, el artículo 104 del Código INGENIOS (2016, pág. 25) se refiere a las obras susceptibles de protección como aquellas en las que: “recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas, que sean originales y que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse”. En esta medida, para que una obra pueda ser protegida por el Derecho de Autor, necesariamente debe contar con las siguientes características: originalidad, formalidad y susceptibilidad de ser divulgada o reproducida en cualquier forma (Loredo Hill, 1998).

#### 1.4.2.1 Características de la obra

##### 1.4.2.1.1 Originalidad de la obra

La originalidad es una cualidad que tiene la obra que se sustenta en la creatividad. Delia Lipszyc explica “que un obra no requiere ser novedosa a diferencia de lo que ocurre con una invención, para la obra únicamente es necesario que el autor exprese la impronta de su personalidad” (Lipszyc, 1993, pág. 61). Esto quiere decir que, la originalidad significa que la obra debe ser la expresión individual de su autor, su sello o impronta personal. Al referirse a una creación original no significa que sea novedosa o nueva, sino que no sea una copia de otra (Arosemena, 2011). Sin embargo, Ricardo Antequera aclara que no debemos confundir la originalidad de la obra con el carácter originario de la misma, puesto que existen varios tipos de obras (Antequera, 2007, pág. 82).

##### 1.4.2.1.2. La forma de expresión de la obra

Se refiere a que la protección no se concede a las ideas que se manifiestan en la obra, sino que a su expresión formal, sin importar el medio que se emplee para hacerlo. De manera que, una misma idea puede ser expresada por diferentes personas, en varias formas, y cada una de ellas constituye una obra protegida (Vega Jaramillo, 2010). Es decir, el Derecho de Autor al momento de proteger una obra analiza el

cumplimiento de esta característica. Sobre esto, Lipszyc (1993, pág. 62) explica que: “El Derecho de Autor propugna la creación de obras. Si se otorgaran derechos exclusivos sobre las ideas consideras en sí mismas, se obstaculizaría su difusión y con ello se impediría el desenvolvimiento de la creatividad intelectual”. Por esta razón, es necesario que una obra se formalice.

#### 1.4.2.1.3. Susceptibilidad de ser divulgada o reproducida de cualquier forma

El artículo 2.2 del Convenio de Berna (1886, pág. 3) no establece como requisito para que la obra sea protegida que se encuentre fijada en un soporte material, por el contrario, deja en plena libertar que los estados lo establezcan o no como requisito. La obra es protegida cuando esta sea realizada y sea perceptible, independientemente de que haya sido divulgada o no, de que sea conocida o permanezca en secreto. La percepción de la obra para su divulgación o reproducción, puede ser por medios directos, visuales, o podría requerir de algún dispositivo o procedimiento técnico.

### 1.4.2.2 Enunciado de la clasificación de las obras según el Código Ingenios

Existen numerosos tipos de obras, las cuales serán detalladas con profundidad. Sin embargo, es importante reconocer cuáles son las obras susceptibles de protección para el actual Código INGENIOS (2016). A continuación su división:

1. Las obras expresadas en libros, folletos, impresos, epistolarios, artículos, novelas, cuentos, poemas, crónicas, críticas, ensayos, misivas, guiones para teatro, cinematografía, televisión, conferencias, discursos, lecciones, sermones, alegatos en derecho, memorias y otras obras de similar naturaleza, expresadas en cualquier forma;
2. Colecciones de obras, tales como enciclopedias, antologías o compilaciones y bases de datos de toda clase, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales originales, sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre las obras, materiales, información o datos;
3. Obras dramáticas y dramático musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general las obras teatrales;
4. Composiciones musicales con o sin letra;
5. Obras cinematográficas y otras obras audiovisuales;
6. Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos, cómics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas;
7. Proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería;

8. Ilustraciones, gráficos, mapas, croquis y diseños relativos a la geografía, la topografía y, en general, a la ciencia;
9. Obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía;
10. Obras de arte aplicado, en la medida en que su valor artístico pueda ser disociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas;
11. Obras remezcladas, siempre que, por la combinación de sus elementos, constituyan una creación intelectual original;
12. Software

La lista de clasificación de las obras establecida por el Código INGENIOS es meramente enunciativa, son los tipos de obras con mayor uso y con sus características propias de contenido.

### 1.5 Propiedad Intelectual y copyright

Las obras del ingenio enfrentan dos sistemas de protección: el Derecho de Autor o tradición latina y el derecho anglosajón o copyright. En el sistema de tradición latina el principio aceptado es el de reconocer la calidad de autor a la persona física que realiza la creación; mientras que, en la tradición jurídica anglosajona es confusa la autoría con la titularidad de algunos de los derechos sobre la obra, ya que mediante una ficción jurídica se le otorga la calidad de autor a una persona distinta al creador de la obra, que en la mayoría de ocasiones es una persona jurídica (Vega, 2010).

Por su parte Delia Lipszyc, al exponer las diferencias existentes entre Derecho de Autor y “copyright” explica que es necesaria la comprensión de las distinciones de las mismas partiendo desde su origen; es decir, que las dos no son iguales a pesar de que exista ligeras similitudes por razón del Convenio de Berna. En este sentido, aclara que, a diferencia del Derecho de Autor latino “el copyright tiene alcances más limitados en cuanto a los derechos subjetivos que reconocen, y más extensos tanto en relación con objeto de la protección (…) como en relación con las personas que admite como titulares” (Lipszyc, 1993, pág. 40). Por ello, la necesidad de clarificar y establecer dicha distinción, puesto que, el objeto del derecho puede ser creado por un sujeto y la titularidad el resultado que recaerá sobre el autor o bien podría ser sobre una persona natural o jurídica distinta, situación que se puede evidenciar en las obras creadas por asalariados o bajo encargo.

Además, la autora argentina Lipszyc realiza otra distinción notable entre dichos sistemas, al explicar el objeto del derecho de autor resalta que en el sistema jurídico de origen latino “es la creación intelectual expresada en obras que presenten originalidad o individualidad al contrario del copyright que además pueden ser bienes que no son obras de creación” (Lipszyc, 1993, pág. 41). Esta postura señala que, para las legislaciones con influencia romana es trascendente la creación de una obra bajo ciertas características, lo que no sucede en el otro sistema en el cual la obra obtiene protección legal únicamente cuando cumpla ciertos requisitos. Por ejemplo, la autora al referirse a la fijación de la obra sobre un suporte material menciona que en la concepción jurídica latina esto no es en una condición previa para la protección, en cambio en el *copyrigth* este requisito sigue siendo decisivo (Lipszyc, 1993).

Las distinciones antes mencionadas permiten que se enfoque este análisis en el autor y en el proceso de creación de una obra a fin de comprender posteriormente la autoría y titularidad bajo relación de dependencia.

## 2. Contenido del Derecho de Autor

El Derecho de Autor se encuentra englobado en un conjunto de derechos o facultades patrimoniales y personales, es decir la posibilidad de que el autor explote económicamente su obra y a su vez le permita tener una protección y unión personal mínima con su obra, atribuyendo al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin mayores limitaciones que las que se encuentran establecidas por la ley (Madriñan, 2016).

Madriñán (2016, pág. 22) en su obra, cita a Bercovitz, para admitir y señalar que el derecho de propiedad es el derecho patrimonial por excelencia y que la propiedad intelectual es el término más adecuado para que se dé cabida a las facultades de tipo moral. El reconocimiento de ambos tipos de derechos o facultades ha generado un debate doctrinal cuyo resultado ha sido la existencia de dos tesis contrapuestas: la concepción monista y dualista del derecho de autor. Madriñán cita a Kholer (2016, pág.

22), a quien, lo reconoce como el creador de la teoría dualista, de una teoría del doble derecho, en la que sostiene que la protección del autor concurre en dos derechos diferentes que coexisten de forma paralela y se complementan. Por un lado, el patrimonial, que pertenece a la categoría de los derechos reales; y, por otro, el personal, que es un conjunto de facultades morales vinculadas a los derechos personales. El bien material u obra desprende a un derecho de explotación y el derecho moral a la personalidad del autor.

### 2.1 Derechos morales

Históricamente, el derecho moral fue reconocido antes que los derechos patrimoniales, debido a su carácter de Derecho Natural. Aquel derecho que nace de la razón, de esa primera creación y que va acorde con la naturaleza de su creador. Delia Lipszyc explica que: “El derecho moral protege la personalidad del autor en relación con su obra. Está integrado, en sustancia, por el Derecho del Autor a decidir la divulgación de la obra” (1993, págs. 154-155). En este sentido, el derecho moral protege esa sensación íntima y espiritual que tiene el creador sobre su obra, en virtud de que sus sentimientos y características se encuentran plasmadas en esta. Por ello, lo que se busca es garantizar la protección de su obra y que de esta forma no se violenten los intereses del autor.

Con este derecho, se tiene como finalidad proteger los intereses personalísimos de su autor. El término moral hace referencia a una vinculación a la creación intelectual, al espíritu del autor frente a la obra. Para Delia Lipszyc, el autor de una obra debe tener por lo menos un mínimo de derechos exigibles sobre la misma, caso contrario no tendría sentido y su autoría sería cuestionada, esto al referirse que el derecho del autor es esencial. También al no ser cuantificable monetariamente es extrapatrimonial. En cambio, por el vínculo que tiene el creador con su obra es inherente del mismo, incluso luego de su muerte sus herederos tienen derecho a la divulgación (Lipszyc, 1993, págs. 156-157).

Este derecho se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, pág. 2), que menciona al respecto: “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”, en el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) reconoce el derecho de toda persona a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (Márquez, 2004).

Sobre el derecho moral, Ricardo Antequera explica que la expresión derecho moral de origen francés es la más aceptada en las legislaciones de casi todos los países. En esta medida resalta que el derecho moral es absoluto y que tiene efectos erga omnes, es decir que es oponible a todos. A su vez resalta que, en el Convenio de Berna los derechos morales son reconocidos en el artículo 6, el cual explica que el autor conserva en todos los casos el derecho de paternidad, es decir, los derechos morales son derechos perpetuos (1996, págs. 109-113). De lo expuesto, se puede colegir que según el tratadista, el autor posee con respecto a su creación lazos inherentes que le pertenecen, en esta medida es interesante pensar qué sucede con estos, en el caso de la creación bajo relación de dependencia en el que se maneja una disputa entre trabajador – empleador, tomando en cuenta que la protección del derecho moral está sujeta a una sola condición: la creación y que precisamente el nacimiento del derecho de autor coincide con el de la obra. No obstante, el derecho moral de autor no nace al término de la conclusión de dicha obra, todo lo contrario, sino desde su primer esbozo.

### 2.1.1 Caracteres de los derechos morales del Autor

El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en su artículo 118, explica cuáles son los derechos morales de protección:

> Artículo 118.- De los derechos morales.- Constituyen derechos morales irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor:

> 1. Conservar la obra inédita o divulgarla;
>
> 2. Reivindicar la paternidad de su obra en cualquier momento, y exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada cuando lo permita el uso normal de la obra;
>
> 3. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor; y,
>
> 4. Acceder al ejemplar único o raro de la obra cuyo soporte se encuentre en posesión o sea de propiedad de un tercero, a fi n de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.
>
> Este último derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al legítimo poseedor o propietario, a quien se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.
>
> Los mencionados derechos morales en los numerales 2 y 4 tendrán el carácter de imprescriptibles. Una vez cumplido el plazo de protección de las obras, los derechos contemplados en los numerales 1 y 3, no serán exigibles frente a terceros (COESCCI, 2016, pág. 27).

Es necesario para una mejor comprensión explicar las cuatro características fundamentales de los derechos morales. Por esta razón, a continuación se revisará cada una de las siguientes definiciones:

#### 2.1.1.1 Inalienable

El derecho moral no puede disponerse por medio de la autonomía de la voluntad privada. No es posible hacerlo a través de un contrato, como en otras legislaciones que transfieren o autorizan el ejercicio de sus derechos morales. Sobre este tema el jurista Antequera, explica que *"*el derecho moral es inalienable debido a que su titular no puede desprenderse de él mediante cesión o transmisión por acto entre vivos y por lo tanto es nulo cualquier contrato por el cual su titular trasfiera este derecho" (Antequera Parilli & Ferreyros Castañeda, 1996, pág. 113). Hay que recordar que, en caso que el autor proceda a firmar un contrato de esta índole, este poseerá vicios de consentimiento, convirtiéndose en una forma de control y protección ante cualquier tipo de violación a la ley.

Para Ernesto Rengifo (1998), la inalienabilidad es concreta pues en el derecho moral no puede ser objeto de negocios jurídicos. Sobre esto, además señala que, únicamente el autor puede ceder el goce y disposición de la obra conservando los

derechos de paternidad e integridad. En esta medida, el autor debe realizar el debido proceso para ceder el goce en determinados casos de la obra, sin embargo no pierde el derecho de paternidad incluso después de la muerte.

#### 2.1.1.2 Inembargable

Esta característica de los derechos morales es clara, puesto que, bajo ninguna circunstancia al autor se le inhibirá su obra, ya que los derechos morales priman sobre cualquier razón legal. Para Antequera, "el derecho moral es inembargable, pues no tiene un contenido patrimonial, lo que no significa que una violación al derecho moral esté exenta de una obligación de reparación económica" (Antequera Parilli & Ferreyros Castañeda, 1996, pág. 113). El autor no perderá la obra bajo ninguna circunstancia; sin embargo, esto no exenta al autor de posibles problemas legales de otro tipo de índole.

#### 2.1.1.3 Imprescriptible

Esta característica se refiere a la duración incesante de dicha protección. Lo que significa que los derechos morales del autor no desaparecen ni agotan con el pasar del tiempo. Para Ernesto Rengifo, "la perpetuidad de las facultades morales significa que el control *post mortem auctoris* de la paternidad e integridad de la obra corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos" (1998, pág. 118). Es necesario resaltar que, en los casos de que el auto no tenga un familiar cercano o a su vez un testamento la obra pasará a quién demuestre su titularidad legalmente. En este caso, Rengifo (1998) añade la explicación sobre el derecho moral al referirse que la trasmisión *"mortis causa"* no existe a cabalidad en el derecho de autor, sino solamente existe una legitimación "*ex lege*" es decir, la capacidad de decidir el derecho a su divulgación.

#### 2.1.1.4 Irrenunciable

El autor no puede renunciar a los derechos morales, pues son considerados de orden público. Con ello, no permite la deformación de la obra que ponga en perjuicio el honor del autor y de la misma obra. Para Rengifo, la irrenunciabilidad responde a las otras características del derecho moral, la ley no permite la renuncia de los beneficios

que le otorga al autor, así este se encuentre perjudicado al mantener esta característica (1998, pág. 119). Sin embargo, para Delia Lipszyc la legislación inglesa en el marco de convenio de Berna incluye especificaciones ante la posibilidad de renunciar el autor a la obra explicando que este debe plasmas por escrito su renuncia; ante esto, aclara que no se aplicará estas contemplaciones ante obras como grabaciones sonaras, programas de "*creados en un ordenador u obras realizadas en virtud de una relación contractual laboral*" (1993, pág. 47). Ante este hecho es necesario realizar un análisis amplio sobre la ley ecuatoriana y su contemplación ante esta característica.

#### 2.1.1.5 Derecho de Paternidad

El derecho de paternidad está contemplada en el artículo 118 numeral 2 del Código INGENIOS (2016, pág. 27), en este se manifiesta la necesidad de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento. El derecho de la paternidad de la obra es en esta medida esa potestad que tiene el autor de exigir que se le identifique en relación con la obra permitiéndole obtener la capacidad de divulgación. Sobre este derecho, Delia Lipszyc (1993, pág. 165) explica que: "el derecho a la paternidad es el derecho del autor que se le reconozca su condición de creador de la obra". También resalta que en el Convenio de Berna (1886), en donde Ecuador ingresa en el año 1991 se expone en su artículo 6 que "independiente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho reivindicar la paternidad de la obra (…)".

Sobre este derecho, así mismo Ricardo Antequera explica que: "(…) el derecho de paternidad se puede presentar bajo dos perspectivas: el autor puede resolver que se conozca su nombre o signo que lo distinga y por otro puede hacer que se lo divulgue bajo un seudónimo*"* (2007, pág. 114). El derecho de paternidad es crucial en el momento de analizar una obra y sus diferentes condiciones jurídicas.

#### 2.1.1.6 Derecho de Divulgación

El derecho de divulgación es la capacidad única de decisión del autor sobre la difusión de su obra. Sobre esto, Delia Lipszyc (1993, pág. 161) explica que *"el derecho de divulgación consiste en la facultad del autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué forma"*. Esto quiere decir que, la divulgación de la obra sin la aprobación del autor viola los derechos morales convirtiéndose esta falta en motivo de sanción. Así, la autora además explica que, esta es una facultad potestativa del autor porque solo a él le corresponde determinar cuándo considera que su obra está terminada y desea que el público la conozca (Lipszyc, 1993). Esto, efectivamente, se evidencia cuando el autor realiza la obra bajo relación de dependencia, en donde el autor a pesar de su condición contractual o por factores como sanciones y amenazas podrá decidir su divulgación.

Sobre la relación contractual, Delia Lipszyc al referirse al derecho de divulgación y a las obras por encargo explica que "(…) cuando un autor se ha obligado a crear una obra, este se compromete a cumplir en tiempo requerido y su incumplimiento puede provocar consecuencias patrimoniales especialmente económicas y del resarcimiento de los daños; sin embargo el autor no pierde la facultad de reclamar los derechos morales" (1993, pág. 162).

### 2.2. Derechos patrimoniales

Acerca de los derechos patrimoniales Delia Lipszyc explica que tanto en "el Derecho de Autor como en el copyright el autor goza con exclusividad del derecho a realizar por sí la explotación económica de la obra" (1993, pág. 50). En esta misma línea, Ernesto Rengifo se refiere a que "los derechos patrimoniales o derechos pecuniarios son un cúmulo de facultades exclusivas del autor que le permiten explotar por sí mismo su creación o autorizar su explotación a terceros" (Rengifo, 1998, pág. 149). Así esta posibilidad de explotación se convierte en un factor notable de la obra, pues implica, en la mayoría de casos, la explotación para recibir rentas económicas.

En esta medida, se comprende que los derechos patrimoniales son la reproducción de las obras, la comunicación pública, la distribución y la importación. Se debe tomar en cuenta que, este derecho, específicamente el de reproducción puede agotarse dependiendo de lo acordado entre el autor y quien lo reproduce. Ernesto Rengifo explica que "(…) en la concepción jurídica latina los derechos patrimoniales del autor no están sujetos a numerus clausus; serán tantas cuantas formas de utilización de la obra sean posibles a través de los medios conocidos" (Rengifo, 1998, pág. 150). Esto quiere decir que, en el sistema del Derecho de Autor latino, la reproducción de la forma puede darse de varios modos; sin embargo, existen especificidades para cada tipo de obra que dependerán del autor. En la ley ecuatoriana, el Código INGENIOS (2016, pág. 27) en el artículo 118, hace referencia a estos derechos:

> Artículo 120.- Derechos exclusivos.- Se reconoce a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos exclusivos sobre una obra:
> 1. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
> 2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
> 3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
> 4. La importación de copias hechas sin autorización del titular, de las personas mencionadas en el artículo 126 o la Ley;
> 5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra; y,
> 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.

### 2.2.1 Derecho de reproducción

Para tratar las facultades que tiene el titular de ciertas creaciones u obras, es permitente comprender que este trabajo está frente a esos diversos derechos como el de reproducción. Sin embargo, como esencia doctrinaria se debe decir que una tercera persona puede gozar del derecho de reproducir una obra, siempre y cuando su titular lo acepte, pues esto constituye un derecho fundamental del mismo.

Aclarando que, el titular de la obra permanece con el derecho a poder controlar la reproducción. Por ejemplo de libros y/o discos. Estos fundamentan la esencia natural y legal de un sinnúmero de creaciones y obras protegidas que se reproducen por terceras personas. Sin embargo, siempre dependerá de la normativa de cada país; por

ello, es menester analizar el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, respecto al derecho de reproducción que lo hacen terceras personas de obras protegidas. Y, es muy importante empezar por la disposición reformatoria décima primera que establece:

> DÉCIMA PRIMERA.- Refórmese en el Código Orgánico General de Procesos, lo siguiente:
>
> 11.1.- Agréguese a continuación del artículo 133 el siguiente artículo innumerado: "Artículo (…).- 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 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:
>
> 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 (COESCCI, 2016, pág. 113).

Es de trascendental valor para esta investigación, la precedente disposición reformatoria, pues incorpora al Código Orgánico General de Procesos un artículo que previene la reproducción de obras protegidas. Estableciendo que, con el objetivo de evitar que se den infracciones en materia de Propiedad Intelectual o que esta continúe, el Juez Civil podrá disponer providencias preventivas como la prohibición de reproducción, así como el secuestro sobre bienes que aseguren el pago de la indemnización, sobre los productos o mercancías que violen derechos de Propiedad Intelectual. Lo señalado en líneas precedentes permite concluir que puede existir un avance con respecto a derechos de protección.

De la misma forma, es necesario referirse a la disposición transitoria vigésima octava del mismo cuerpo legal, que tiene relación y concordancia con la reproducción por parte de terceras personas a obras protegidas que literalmente establece:

> VIGÉSIMA OCTAVA.- A fin de fortalecer las capacidades nacionales para la transferencia de tecnología, los trabajos de titulación de las carreras o programas académicos impartidos por las instituciones de educación superior podrán consistir en la

> reproducción o en la búsqueda de un segundo uso de patentes. (COESCCI, 2016, pág. 103).

Se observa que la disposición transitoria establecida en líneas anteriores, supuestamente tiende a fortalecer las capacidades en transferencias de tecnología, trabajos de titulación consistente en su reproducción. No obstante, se requiere analizar los resultados reales si esto en la práctica se llega a dar.

> Artículo 4.- Principios.- Para la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Código, se observarán los siguientes principios:
>
> 5.La generación, transmisión, gestión, uso y aprovechamiento de los conocimientos, la creatividad, la tecnología, la innovación y los conocimientos tradicionales se orientarán hacia la realización del buen vivir, buscando la satisfacción de las necesidades de la población, el efectivo ejercicio de los derechos y el aprovechamiento biofísicamente sustentable de los recursos del país, en el marco de la garantía de la reproducción de la vida; (COESCCI, 2016, pág. 4).

El artículo precedente determina algo sumamente inquietante, en virtud de que, se incorpora la frase *"buen vivir"*. Es decir, desde los principios que rigen esta normativa tiene una tendencia política socialista. Además, se puede observar que es proclive a que toda creación no solo física sino también abstracta se dirige al bien común con un manejo sustentable de los recursos del país.

> Artículo 122.- Reproducción de una obra.- Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su percepción, comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse (COESCCI, 2016, pág. 27).

### 2.2.2. Derecho de comunicación pública

El derecho de comunicación pública es "todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente decidan, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas" (COESCCI, 2016, pág. 27).

Este derecho es una nueva forma de explotación de las obras, la cual consiste en poner a disposición del público obras protegidas a través de las redes de forma interactiva. Lo cual significa que, una obra almacenada en formato digital se pone a

disposición de quienes estén interesado con el objetivo de que puedan acceder y solicitar su transmisión desde el lugar y momento que quieran (Palomar, 2012). En el Ecuador, se encuentran comprendidos, en especial, los siguientes actos:

> 1. Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;
>
> 2. La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;
>
> 3. La emisión de cualesquier obras por radiodifusión, televisión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de palabras, signos, sonidos o imágenes. En este concepto, se encuentra asimismo comprendida la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;
>
> 4. La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar, sea o no mediante abono;
>
> 5. La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;
>
> 6. La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra radiodifundida o televisada;
>
> 7. La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;
>
> 8. La puesta a disposición del público de obras por procedimientos alámbricos o inalámbricos; y,
>
> 9. En general, la difusión pública, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de palabras, signos, sonidos o imágenes.
>
> Se considerará pública toda comunicación que exceda del ámbito privado.

### 2.2.3. Derecho de distribución mediante la venta, arrendamiento o alquiler

Existen derechos que el autor no puede alquilar, donar, vender, o dejar. Estos son los derechos morales que son propios al mismo y son intransferibles e inalienables. Sin embargo, existen derechos que son exclusivos de su obra como el derecho de distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler. A continuación se estudiarán:

> Artículo 124.- Distribución de la obra.- Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o copias de la obra, en un soporte material, mediante venta u otra transferencia de la propiedad, arrendamiento o alquiler.
>
> Se entiende por arrendamiento la puesta a disposición del original o copias de una obra para su uso por tiempo limitado a cambio del pago de un canon o precio. Quedan excluidas del concepto de alquiler, para los fines de este artículo, la puesta a disposición con fines de exposición y las que se realicen para consulta in situ.
>
> No se considerará que existe arrendamiento de una obra cuando ésta no sea el objeto esencial del contrato. Así, el autor de una obra arquitectónica u obra de arte aplicada no

> puede oponerse a que el propietario arriende la construcción o cosa que incorpora la obra (COESCCI, 2016, pág. 28).

La forma más típica o usual de distribución de la obra es la venta. El autor tiene derecho a recibir una ganancia o provecho producto del intercambio realizado. Aunque con la primera venta u otra forma de transferencia el autor agota este derecho de distribución. Este derecho se agota respecto de las reventas sucesivas dentro del territorio nacional o fuera de este, pero no se agota ni afecta al derecho exclusivo para impedir el arrendamiento de los ejemplares vendidos (COESCCI, 2016, pág. 28).

El alquiler o arrendamiento de una obra contempla de esta manera, la posibilidad de un autor de recibir un rédito por la misma en donde debe existir un contrato previo para que esta se legalice. El alquiler de la obra no contempla ningún tipo de transformación, o reproducción indebida, todo esto debe estar claro en el contrato y las dos partes deben estar conformes, sin dejar de lado que el autor tiene derechos que no puede ceder, los cuales lo protegen –especialmente- del mal uso de una obra.

### 2.2.4. Derecho de importación de obras sin autorización

En principio, el derecho de importación es aquel por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no la explotación de su obra en cualquier forma o por cualquier procedimiento, salvo excepción legal expresa. De manera explícita, se puede disponer que la cesión del derecho patrimonial se limite a los derechos cedidos, al tiempo y al ámbito territorial, o prohibir la importación al territorio nacional de copias de la obra sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo transmisión (CERLAC, 2009).

Así, el Código INGENIOS (2016, pág. 28), lo regula de forma explícita facultando al titular de introducir en el territorio ecuatoriano copias de la obra hecha sin autorización del titular:

> Artículo 126.- Importación de obras sin autorización.- El derecho de importación confiere al titular la facultad de prohibir la introducción en el territorio ecuatoriano de copias de la obra hechas sin autorización del titular. Este derecho podrá ejercerse tanto para

> suspender el ingreso de dichas copias en puertos y fronteras, como para obtener el retiro o suspender la circulación de los ejemplares que ya hubieren ingresado. Este derecho no afectará los ejemplares que formen parte del equipaje de los viajeros.

### 2.2.5. Derecho de transformación

Para Bercovitz (2015, pág. 96), el derecho de transformación es el derecho exclusivo a modificar o transformar una obra, adquiriendo así la titularidad de la obra derivada o compuesta resultantes de dicha transformación. Ello, no significa que sea sencillo delimitar de la pura reproducción una transformación. Por supuesto, es un derecho que guarda cierto grado de complejidad al tener relación con el derecho moral de integridad, mismo que es irrenunciable e inalienable.

Por otro lado, el mismo autor tiene derecho a que el público no perciba su obra deformada o alterada, y claro, que no se le atribuya una obra alterada (Rodríguez Cano, 2015, pág. 96).

Este derecho plantea cuestiones interesantes respecto al avance tecnológico, mismo que el Código INGENIOS lo establece como excepción a la transformación, puesto que el digitalizar una obra o colocar una medida tecnológica no implica ninguna aportación original, es decir, no se configura una transformación.

> Artículo 137.- Excepción a la transformación.- No constituye transformación, a los efectos previstos en el presente Título, la adaptación de un software realizada por el propietario u otro usuario legítimo para la utilización exclusiva del software (2016, pág. 29).

### 2.2.6. Derecho a la puesta a disposición del público de sus obras

El derecho de puesta a disposición, entendido como un nuevo desarrollo o extensión de la comunicación pública. Es un derecho exclusivo del autor a autorizar o no las reproducciones de su obra en Internet mediante procedimientos alámbricos o inalámbricos. De tal forma que, cualquier persona pueda acceder a ella desde el lugar y el momento que elija. En consecuencia, es necesario contar con la autorización del autor, o a su vez de la entidad de gestión, previo la realización del acto de puesta a disposición de estas reproducciones en Internet. No obstante, se establecen tarifas

específicas para la puesta a disposición del público. El Código INGENIOS (2016, pág. 27) establece el mencionado derecho, en el artículo 120 numeral 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.

### 2.3. Dominio Público

El dominio público es definido como "(…) un conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen a una entidad estatal, hallándose destinados al uso público directo o indirecto de los habitantes" (Gordillo, 1967, pág. 5). En materia de Propiedad Intelectual, el dominio público está constituido por aquellas obras o creaciones que no se encuentran protegidas por el Derecho de Autor; y por lo tanto, pueden utilizarse de forma libre, sin tener que pagar al autor o pedir permiso. El dominio público al contrario de otro tipo de propiedades, no es indefinida en el tiempo. Puesto que, transcurrido un plazo, el autor deja de ser titular de los derechos patrimoniales, y su creación pasa a ser del dominio público (CEDRO, 2006). En el caso del Ecuador, el plazo de protección es de 70 años después de la muerte del autor. En este sentido, el Código INGENIOS, establece:

> Artículo 210.- Finalización de los plazos de protección de una obra.- Cumplidos los plazos de protección previstos en este parágrafo, las obras pasarán al dominio público y, en consecuencia, **podrán ser utilizadas libremente por cualquier persona, respetando la paternidad** (COESCCI, 2016)**.**

Entonces, cuando una obra pasa al dominio público implica únicamente la extinción de los derechos patrimoniales para su último titular. Como ya se revisó en párrafos anteriores, los derechos morales son imprescriptibles, inalienables, perpetuos e irrenunciables (Schmitz Vaccaro, 2009).

### 2.4 Duración del Derecho de Autor

Como se revisó con el tema de dominio público, las obras tienen un tiempo determinado para ser vigentes en cuanto al Derecho de Autor. Es por esto que, a

continuación se revisarán los diferentes escenarios de duración en el Código INGENIOS:

> Artículo 201.- Duración de los derechos patrimoniales.- La duración de la protección de los derechos patrimoniales comprende toda la vida del autor y setenta años después de su muerte. Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección señalado en el inciso anterior se contará a partir de la divulgación o publicación de la obra. Si la obra no se hubiese divulgado o publicado dentro del plazo de setenta años contados desde su realización, el plazo de protección señalado en el inciso anterior se contará a partir de la realización de la obra.
>
> Artículo 202.- Duración de los derechos patrimoniales en la obra póstuma.- Cuando se trate de obras póstumas, el plazo de setenta años se contará desde la muerte del autor.
>
> Artículo 203.- Duración de los derechos patrimoniales de obra anónima o seudónima.- La obra anónima o seudónima tendrá una protección de setenta años después de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público. Sin embargo, si el autor de una obra anónima o seudónima revela su identidad durante el antedicho tiempo de protección o, cuando el seudónimo adoptado por el autor no deje duda sobre su identidad, el plazo de protección será el previsto en el artículo 201. Si no se conociere la identidad del autor de la obra divulgada bajo un seudónimo, se la considerará anónima. Caso contrario, se estará a lo dispuesto en el artículo anterior.
>
> Artículo 204.- Duración de los derechos patrimoniales en obras realizadas en colaboración.- Para las obras en colaboración, el plazo de protección señalado en el 201 correrá desde la muerte del último coautor. (COESCCI, 2016, pág. 38)

En los artículos anteriores, se observó que el plazo de duración de la protección en una obra en cuanto al Derecho de Autor es de 70 años. Sin embargo, es importante advertir que sucederá en el caso de las instituciones, o empresas en cuya instancia recae la autoría del Derecho de Autor.

> Artículo 205.- Duración de los derechos patrimoniales en obras colectivas.- Si una obra colectiva se diere a conocer por partes, el período de protección correrá a partir de la divulgación o publicación de cada suplemento, parte o volumen.
>
> Artículo 209.- Cómputo del plazo de protección de una obra.- El plazo de protección se contará desde la fecha de la muerte del autor o de la realización, divulgación o publicación de la obra, según corresponda. Cuando no se conociere dicha fecha, el plazo de protección se contará a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra, según corresponda.
>
> Artículo 210.- Finalización de los plazos de protección de una obra.- Cumplidos los plazos de protección previstos en este parágrafo, las obras pasarán al dominio público y, en consecuencia, podrán ser utilizadas libremente por cualquier persona, respetando la paternidad de la obra (COESCCI, 2016, págs. 38-39)

# CAPÍTULO II: Autoría y Titularidad de las obras

Marysol Ferreyros explica que tanto el artículo 15.1 del Convenio de Berna y el artículo 8 de la Decisión 351, se presume autor "salvo prueba en contrario, a la persona natural que aparezca indicada como tal en la obra" (Antequera Parilli & Ferreyros Castañeda, 1996, pág. 96). Así, la titularidad existe en el momento de la creación de la obra, aunque puede existir de diversas formas.

## 1. Origen, naturaleza, definición y elementos de la titularidad

### 1.1. Origen de la titularidad

La autoría y la titularidad son terminologías distintas y que no siempre coinciden con el mismo sujeto de derechos morales y patrimoniales. Sin embargo, la concepción de Ricardo Antequera de que los conceptos de autoría y titularidad de la obra se relacionan en que si el derecho de autor pertenece al creador y el derecho nace con la creación, es evidente que el título originario sobre la obra debe corresponder a quien la ha creado (Antequera Parilli, Ricardo, 2003). De esta manera, la autora argentina Delia Lipszyc explica que únicamente las personas físicas pueden ser titulares de una obra, puesto que, las personas jurídicas solo pueden ser titulares derivados de algunos Derechos de Autor (Lipszyc, 1993).

> "Para atribuirles la autoría o la titularidad originaria sobre las obras es necesario recurrir a una ficción jurídica Las *fictio iuris* por las que la calidad de autor o la titularidad originaria sobre las obras se atribuyen a personas – físicas o jurídicas- distintas de la persona física que crea a obra, responden al interés de los terceros que explotan obras" (Lipszyc, 1993, pág. 124).

Esta ficción jurídica que posibilita a una persona natural convertirse en titular de la obra no contempla que la tradición latina del derecho de autor ceda su derecho de paternidad, sobre esta postura Lipszyc recoge lo planteado por Ricardo Antequera cuando explica que:

> *"*la ficción jurídica que atribuye la originalidad de la obra -calidad de autor o coautor- a personas que no son las personas físicas que creó la obra, lleva a una confusión entre

autoría  titularidad por un lado  titularidad originaria y titularidad derivativa por el otro" (Antequera, 2007).

En esta medida, es importante reconocer que la autoría y titularidad se encuentran en constante debate por los derechos que tiene cada una de estas, lo que si es necesario tomar en cuenta que este espacio de conflicto surge porque las obras del ingenio enfrentan dos sistemas de protección: el derecho de autor o tradición latina y el derecho anglosajón o copyright. En el sistema de tradición latina el principio aceptado es el de reconocer la calidad de titular a la persona física que realiza la creación; mientras que, en la tradición jurídica anglosajona es confusa la autoría con la titularidad de algunos de los derechos sobre la obra, ya que mediante una ficción jurídica se le otorga la calidad de titular a una persona distinta al creador de la obra, que en la mayoría de ocasiones es una persona jurídica (Vega, 2010, pág. 22).

### 1.2. Definición de la titularidad

Para Alejandra Castro Bonilla (2015) la titularidad se refiere no a la autoría sino a la propiedad de la obra, ya que la obra puede ser creada por un sujeto pero la titularidad del resultado recaerá sobre el autor o bien sobre una persona natural o jurídica distinta, situación que es clara y automática en las obras creadas por asalariados o en los programas de ordenador.

El artículo 108 del Código INGENIOS (2016, pág. 25) establece que "(...). Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos patrimoniales sobre una obra, de conformidad con el presente Título"; y, que "para la determinación de la titularidad se estará a lo que disponga la ley del país de origen de la obra, conforme con los criterios contenidos en el Convenio de Berna, Acta de París de 1971".

Por lo general, la titularidad recae sobre el autor de una obra individual, salvo los casos en que la persona ha encargado la obra a otra o en la que ha adquirido el derecho patrimonial de la misma. La autoría nunca puede recaer en quien no ha realizado una labor creativa. Es claro que, no es autor quien realiza una mera labor técnica y cuyo

aporte puede ser sustituido por otra persona. De igual manera, no puede poseer la autoría una persona jurídica  pues se conoce la incapacidad que tiene de concebir un acto de creación (Castro Bonilla, 2015).

La importancia de definir quién es titular de una obra es una cuestión donde imperan los intereses económicos y el interés de ostentar un prestigio determinado.

## 1.3. Tipos de titularidad

### 1.3.1 Titularidad originaria

Para Delia Lipszyc el titular originario "(...) es la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor" (1993, pág. 126). De esta manera, el título originario sobre la obra le pertenece a la persona física que la ha creado, ya que el derecho de autor pertenece al creador. Esta condición le permite al autor conservar los derechos morales, puesto que son intransferibles y los mantendrá aunque este haya cedido todos o parte de los derechos patrimoniales respecto a la obra (Vega, 2010).

### 1.3.2 Titularidad derivada

La titularidad derivada es aquella que permite a la persona física o jurídica obtener los derechos patrimoniales y la defensa del derecho moral del autor originario respecto a una obra determinada. Dicha titularidad, se la adquiere por cesión entre vivos, por presunción legal o por transmisión mortis causa. Ahora bien, esta situación se debe encontrar prevista por el legislador, quien da la posibilidad de un acto en contrario acerca de la titularidad de los derechos de autor sobre la obra, sea ésta colectiva, por encargo o bajo relación de dependencia (Castro Bonilla, 2015).

Por lo tanto, la titularidad derivada puede adquirirse por una cesión de derechos, por mandato de la ley, transferencia o transmisión. Para Delia Lipszyc la titularidad derivativa se puede obtener bajo tres razones:

- Por cesión (sea convencional o bien de pleno derecho por ministerio de la ley –*cesio legis*- (1993, pág. 127). Sobre esta forma, la autora explica que la cesión puede ser total o parcial, según el caso y las legislaciones específicas de cada

país. Además, esta cesión también varía en el caso de las obras colectivas o en colaboración o el tipo de obra como la cinematográfica o fonograma (1993, pág. 128).

- Por presunción de cesión establecida por la ley, salvo pacto en contrario (1993, pág. 127). La autora sobre este tipo de cesión explica que muchas veces existen leyes que benefician a los productores en el caso de una obra cinematográfica o al autor. Sin embargo, explica que en caso de suceder una disputa por una presunción de autoría (iuris *tantum*) se admite una prueba en contrario (1993, pág. 129).
- Por transmisión mortis causa (1993, pág. 127). Sobre este tema, la autora explica que los sucesores mortis causa reciben los derechos patrimoniales del autor por el acto inter vivos (1993, pág. 129). Cabe señalar que el derecho moral se mantiene intacto al autor.

En el Código INGENIOS (2016, pág. 25) en su artículo 108, se explica que únicamente las personas naturales pueden ser autores. Las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos patrimoniales sobre una obra, de conformidad con el presente Título. Esto quiere decir que, un autor únicamente podrá ser aquel empleado que realizando su trabajo condicionado por una relación contractual cree, invente o produzca una obra de cualquier tipo, aunque se encuentre bajo una relación de dependencia.

## 2. La titularidad en diversas formas

### 2.1. Titularidad en coautoría:

Para la autora Delia Lipszyc “La coautoría es cuando varios autores contribuyeron a la creación de una obra trabajando juntos, bien separados pero creando sus aportes del mismo o de diferente género, para que sean explotados en conjunto y formen una unidad” (1993, pág. 130). En esta medida, se entiende que la coautoría abarca el tema de la relación contractual existente entre un trabajador- empleador; o a

su vez entre varios autores dependiendo de la obras. A estas obras comprenden: obras en colaboración, obras colectivas y obras compuestas. Sin embargo, antes de seguir con los tipos de titularidad es importante señalar que sobre la titularidad de las obras el actual Código de Trabajo no contempla un artículo específico que corresponda a eliminar las dudas acerca del tratamiento del mismo en estas instancias. Esto es interesante especialmente porque el Código de Trabajo debería ir en concordancia de las diversas normativas en la medida en que estas dictaminan los derechos de los autores.

### 2.2 Titularidad en obras en colaboración

Para Ricardo Antequera “La obra en colaboración es la creada conjuntamente por dos o más personas físicas” (1996, pág. 83). A su vez, Delia Lipszyc explica que las obras en colaboración son las creadas por dos o más personas que trabajan juntas o al menos tienen mutuamente en cuenta sus contribuciones y bajo una inspiración común (1993, pág. 130). Sobre este tema, la autora explica que existen concepciones bajo las cuales se puede entender que en una obra en colaboración solo existe cuando los coautores han trabajado juntos con un grado de compenetración y en forma tal que, una vez concluida la obra, resulta imposible determinar cuál es la parte atribuible a cada uno de ellos (Lipszyc, 1993). O a su vez, que sea posible individualizar cada parte del trabajado sin ningún tipo de conflicto, especialmente por la diferenciación de sus funciones.

Por su parte, respecto de este tipo de titularidad, el Código INGENIOS explica en su artículo 112 que en las obras en colaboración son divisibles, salvo el pacto en contrario, cada colaborador es titular de los derechos sobre la parte de la que es autor. Esto quiere decir que, es importante entender que en estos casos existirían varios autores de una misma obra. Los cuales contarán con los mismos derechos y se necesitara la aprobación de estos sobre la obra completa. Además, el mismo artículo explica que en las obras en colaboración indivisible, los derechos pertenecen en común

y proindiviso a los coautores. Cada coautor, podrá explotar la obra sin el consentimiento de los demás. Siempre que no perjudique a la explotación normal de la obra y sin perjuicio de repartir a prorrata los beneficios económicos obtenidos de la explotación, previa deducción de los gastos efectuados y de un porcentaje del veinte por ciento de dichos beneficios a su favor. Este porcentaje se entenderá sin perjuicio de la participación que le corresponda al respectivo coautor por su cuota (COESCCI, 2016, pág. 26).

Esta concepción de la obra, en concordancia con lo que plantea la autora Lipszyc, proyecta la interrogante sobre la posibilidad de divulgación y difusión de esta obra para lo cual la autora aclara que debe existir el consentimiento de todos, y en caso de no llegar hacerlo se debe intervenir judicialmente. La autora señala además, que en estos casos la única forma de difusión se da si la colaboración es imperfecta, esto quiere decir que, cada parte de los autores es reconocible e individualizable fácilmente, en cuyo caso el autor puede proceder a difundir su parte de la obra (Lipszyc, 1993).

### 2.3 Titularidad en obras colectivas

Para Ricardo Antequera, las obras colectivas son las creadas por dos o más autores por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona, natural o jurídica, que la divulga y publica bajo su dirección y nombre en la que no es posible identificar los autores. (Antequera Parilli & Ferreyros Castañeda, 1996). En esta misma línea, la definición que brinda Delia Lipszyc es que una obra colectiva es “(...) aquella creada por la iniciativa y bajo la coordinación de una persona física o jurídica, quien la edita y divulga bajo su nombre, a partir de las contribuciones personales realizadas para tal fin por los autores” (1993, pág. 133).

De lo establecido por el artículo 113 del Código de Ingenios, se puede deducir que la titularidad de las obras colectivas que se dispondrá como titular de los derechos de autor de una obra colectiva a la persona natural o jurídica que haya organizado, coordinado y dirigido la obra. En esta medida, en una obra colectiva se debe establecer

claramente la persona que lidere cada una de las intervenciones y que sus funciones queden estipuladas en un contrato que sirva para solventar su autoría. Además, la ley explica que:

> Salvo pacto en contrario, los autores conservarán sus derechos respecto de sus aportes que puedan ser explotados de manera independiente, siempre que lo hagan de buena fe y no se perjudique injustificadamente la explotación normal de la obra colectiva.
>
> Se presumirá que ha organizado, coordinado y dirigido la obra la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en la misma (COESCCI, 2016, pág. 26).

En esta medida se comprende que, tanto la ley como los autores abordados sobre la titularidad de las obras colectivas explican que puede ser una persona natural o jurídica. Sin embargo, es necesario aclarar la diferencia entre obra colectiva y de la obra en colaboración. Sobre esto, señala Lipszyc (1993) que a diferencia de la importancia que se le atribuye a la función de la persona que la proyecta, coordina las contribuciones y las edita.

### 2.4. Titularidad en obras creadas en las instituciones de educación superior y centros educativos

Las obras creadas en las instituciones de educación superior y centros educativos es un nuevo tipo de obras determinada por el Código INGENIOS (2016, pág. 133) en su artículo 114. La titularidad de los derechos patrimoniales corresponderá a los autores:

> "En el caso de las obras creadas en centros educativos, universidades, escuelas politécnicas, institutos superiores técnicos, tecnológicos, pedagógicos, de artes y los conservatorios superiores, e institutos públicos de investigación como resultado de su actividad académica o de investigación tales como trabajos de titulación, proyectos de investigación o innovación, artículos académicos, u otros análogos, sin perjuicio de que pueda existir relación de dependencia, la titularidad de los derechos patrimoniales corresponderá a los autores. Sin embargo, el establecimiento tendrá una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra con fines académicos. Sin perjuicio de los derechos reconocidos en el párrafo precedente, el establecimiento podrá realizar un uso comercial de la obra previa autorización de los titulares y notificación a los autores en caso de que se traten de distintas personas. En cuyo caso corresponderá a los autores un porcentaje no inferior al cuarenta por ciento de los beneficios económicos resultantes de esta explotación. El mismo beneficio se aplicará a los autores que hayan transferido sus derechos a instituciones de educación superior o centros educativos. El derecho contemplado en el párrafo precedente a favor

> de los autores es irrenunciable y será aplicable también en el caso de obras realizadas dentro de institutos públicos de investigación".

### 2.5 Titularidad en obras anónimas y seudónimas

Para Delia Lipszyc, una obra anónima es la divulgada sin indicar el nombre o el seudónimo de su autor. Así mismo, esta última es la divulgada identificando a sus autor bajo un nombre artístico distinto del verdadero (Lipszyc, 1993). Sobre este tipo de titularidad, Antequera (1996) explica que la obra anónima es aquella en que no se menciona la identidad del autor por voluntad del mismo, pero no lo es si el seudónimo utilizado por el autor despoja cualquier duda sobre su verdadera identidad.

Sobre este tipo de titularidad, la autora Marisol Ferreyros explica que la dificultad que existe en este tipo de obras, es precisamente que no existe la posibilidad de establecer al autor; para lo cual, no se atribuye la autoría sino la titularidad de divulgación. De esta manera, explica que en el Convenio de Berna en el artículo 15, 3 se atribuye la titularidad de divulgación al editor de la obra (Antequera Parilli & Ferreyros Castañeda, 1996, pág. 98)

Delia Lipszyc señala además que, en este tipo de obras que el autor conserva la posibilidad de revelar su identidad en cualquier momento y ejercer sus derechos por sí mismo. Sin embargo, sus derechos patrimoniales si tienen un plazo desde su divulgación (Lipszyc, 1993). En este medida, se comprende que el editor tiene un papel central en este tipo de obras; y, en especial, en las obras anónimas la titularidad de los derechos morales y patrimoniales los ejerce el representante del autor hasta que el autor revele su identidad y justifique su calidad, como lo establece el artículo 117 del Código INGENIOS (2016, pág. 27):

> Artículo 117.- De las obras anónimas.- En la obra anónima, el editor cuyo nombre aparezca en la obra será considerado representante del autor, y estará autorizado para ejercer y hacer valer sus derechos morales y patrimoniales, hasta que el autor revele su identidad y justifique su calidad.

### 2.6 Titularidad en obras hechas por encargo

Delia Lipszyc explica que “el contrato de obra por encargo no origina una relación contractual laboral. La situación del autor que crea una obra por encargo es distinta de la del autor asalariado” (1993, pág. 145). Por su parte, Antequera señala que “en la obra realizada por encargo se trata de un contrato para la realización futura de una obra determinada, sin que medie entre el autor y quien la encomienda una relación de empleo” (1996, pág. 85).

En la obra por encargo el objeto del contrato es la creación de una obra, generalmente predeterminada al menos en su género y otras características (Antequera Parilli & Ferreyros Castañeda, 1996).

### 2.7. Titularidad en obras hechas en virtud de una relación laboral

La obra bajo relación laboral explica Antequera *“se trata de una prestación de servicios bajo la cual el autor recibe un salario a cambio de un conjunto de prestaciones subordinadas, entre las cuales – o la única-, está la creación de obras de ingenio”*. (1996, pág. 84). Así mismo, Deila Lipszyc explica que la terminación de las obras hechas como consecuencia de una relación contractual laboral plantea dificultades originadas en el choque que, en este aspecto, se produce entre los principios del derecho del trabajo y los que rigen el derecho de autor (1993, pág. 146).

La titularidad de esta obra es el análisis central de la investigación, por lo cual, será analizada en el siguiente capítulo.

### 2.8. Titularidad de las obras creadas por servidores públicos

Sin duda, este tipo de obras no son novedosas en el sistema jurídico, pero si su determinación en establecer la titularidad a los organismos, entidades, dependencias del sector público. El Código INGENIOS es claro en marcar diferencias entre el sector público y privado al establecer quién será el titular de derechos. El supuesto general en

el sector público es que la titularidad de los derechos patrimoniales le corresponda a la entidad contratante, es decir, el Estado. En el artículo 116 del Código Ingenios, se señala el caso específico de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral cuando el empleador es una persona jurídica del derecho privado con participación estatal mayoritaria o financiada con recursos públicos, la titularidad corresponde al empleador, una vez más, el Estado.

En la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, se establecía sin mostrar desigual, el otorgamiento de la misma calidad para los titulares de obras creadas en el sector público o privado. Entonces, llama la atención la distinción que hace el legislador entre las obras creadas en el sector público y privado.

> Artículo 116.- Derechos Patrimoniales del Sector Público.- La titularidad de los derechos sobre las obras creadas por servidores públicos en el desempeño de sus cargos, corresponderá a los organismos, entidades, dependencias del sector público respectivamente. En el caso de obras creadas bajo relación de dependencia laboral cuando el empleador sea una persona jurídica de derecho privado con participación estatal mayoritaria o financiada con recursos públicos, la titularidad del derecho patrimonial le corresponderá al empleador. Respecto de las consultorías, bienes y servicios contratados por el Estado dentro de un procedimiento de contratación regulado por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la titularidad de los derechos patrimoniales le corresponderá a la Entidad Contratante, que tendrá la obligación de hacerlo público y accesible a través del Sistema Nacional de Información de la Ciencia, Tecnología, Innovación y Conocimientos Tradicionales, de conformidad con el reglamento. En el caso de los demás bienes y servicios, salvo pacto en contrario, la titularidad será del autor. La información y el contenido de las bases de datos producto de las investigaciones financiadas con recursos públicos serán de acceso abierto. Las instituciones o entidades responsables de tales investigaciones deberán poner a disposición dicha información a través de las tecnologías de la información.

## 3. Derecho Comparado

A continuación se analizará la normativa con relación al derecho comparado sobre materia de Derecho de Autor, lo cual aportará a la investigación un panorama más amplio sobre el tema permitiendo identificar las falencias, similitudes y diferencias de la normativa ecuatoriana con legislaciones de diferentes países.

### 3.1 España

La Ley de Propiedad Intelectual española llamada Real Decreto-ley 12/2017, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, promulgada el 3 de julio del 2017, se encuentra vigente desde el 1 de agosto del 2017. Las obras creadas bajo relación de dependencia laboral en el sistema español no tienen un artículo que norme su situación exclusivamente como lo hace el Código ecuatoriano; sin embargo, establece las reglas de transmisión de los derechos del "autor asalariado". La regla general es que la titularidad de los derechos patrimoniales le corresponda al empleador, pero con determinados alcances. Contrario, a lo establecido por la legislación ecuatoriana.

> Artículo 51: Transmisión de los derechos del autor asalariado
> 1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.
> 2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.
> 3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.
> 4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato.
> 5. La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley. (Ley de Propiedad Intelectual, 1998).

### 3.2. Costa Rica

En Costa Rica, la Ley que regula la Propiedad Intelectual es la Ley número 7979 sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos **(2000)**. Dicha ley, establece que el empleador es el titular de los derechos patrimoniales, lo cual da a entender que no existe pacto contrario para que el empleador deje de ostentar dicha calidad.

> Artículo 40.- Cuando uno o varios autores se comprometen a componer una obra, según un plan suministrado por el editor, únicamente pueden pretender los honorarios convenidos. El comitente será el titular de los derechos patrimoniales sobre la obra, pero los comisarios conservarán sobre ella sus derechos morales; asimismo, **cuando el autor sea un asalariado el titular de los derechos patrimoniales será el empleador.** (Las negrillas son mías)

### 3.3. Guatemala

La Ley de Propiedad Intelectual de Guatemala se denomina Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos con Decreto número 33-98, según modificado por el Decreto número 11 del 2016 del Congreso de la República, promulgada en el año 1998 y su última reforma en el año 2006. La norma que regula lo relativo a las obras creadas bajo relación de dependencia laboral determina como titular originario de los derechos morales y patrimoniales a la persona que creó la obra. Sin embargo, se establece la misma regulación para obras por encargo, relación laboral y ejercicio en el sector público. Es rescatable la regulación sin distinción para el sector público y privado.

> Artículo 10. En las obras creadas para una persona natural o jurídica, por encargo, en cumplimiento de **una relación laboral** o en ejercicio de una función pública, **el titular originario de los derechos morales y patrimoniales es la persona natural que ha creado la obra o ha participado en su creación**.
>
> Sin embargo se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos a favor de quien la encarga o del patrono, según el caso, en los términos y con los límites previstos en el artículo 75 de esta ley, lo que implica además la autorización para el cesionario de divulgarla y ejercer la defensa de los derechos morales necesarios para la explotación de la obra, siempre que no cause perjuicio a la integridad de la misma o a la paternidad del autor.
>
> En caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y las del Código de Trabajo, prevalecerá la primera cuando el conflicto se derive o relacione con el derecho de autor (Decreto número 33-98, 1998).

### 3.4. Honduras

La Ley de Propiedad Intelectual de Honduras es llamada Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos mediante Decreto número 4-99, modificada por el Decreto número 16 del 2006, está en vigor desde el 2000 y la última versión de dicha ley es de 2006. La regulación de la Ley de Guatemala y de Honduras es similar, siendo el autor el titular originario de los derechos morales y patrimoniales. Excluye de dicha disposición a las obras por encargo.

> Artículo 19. En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de **una relación laboral o en ejercicio de una función pública, el titular originario de los derechos morales y patrimoniales es el autor**, pero se presume, salvo pacto en contrario, o disposición reglamentaria, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al empleador o al ente de derecho público, en la medida necesaria para sus

> actividades habituales en la época de creación de la obra, lo que implica, igualmente, la autorización para divulgarla y ejercer los derechos morales en cuanto sea necesario, para la explotación de la misma (Decreto número 4-99, 1999).

### 3.5. Perú

La Ley de Propiedad Intelectual del Perú fue aprobada mediante decreto legislativo el 23 de abril de 1996 y publicado el 24 de abril de 1996, misma que ha tenido modificaciones a lo largo de estos años y en cuanto al artículo de análisis, contempla lo siguiente:

> Artículo 16.- Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral **o** en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes.
>
> A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma (Ley de Propiedad Intelectual, 1996).

En este caso, si se determina la titularidad de las obras creadas bajo relación laboral, claro que también establece textualmente o por encargo, esto permite mencionar que en la normativa peruana figuran como que fueran sinónimos. En todo caso se determina en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes a excepción de lo establecido para las obras audiovisuales y programas de ordenador. Es decir, la norma peruana determina que la titularidad de las obras creadas bajo relación laboral obligatoriamente se regirá a las cláusulas determinadas o pactadas por empleador y trabajador. Por tal razón, se deduce una flexibilidad para establecer quien posee los derechos de autor sobre obras creadas bajo relación laboral.

Sin embargo, la norma determina que si no existen cláusulas específicas y concretas de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre las obras creadas bajo

relación laboral han sido cedidos al patrono pero de una manera no exclusiva, es decir el empleador cuenta con los derechos para explotar la obra y defender los derechos ciertos derechos morales al ser necesario para explotar la misma. Se puede determinar que, la normativa peruana sí contempla y regula el tema de investigación del presente trabajo, establece que los derechos patrimoniales son cedidos legalmente a su patrono, ya sea esta persona natural o jurídica, esto lo establece siempre y cuando no exista un convenio que contenga cláusulas que estipulen lo contrario.

### 3.6. México

La llamada Ley Federal de Derecho de Autor promulgada el 24 de diciembre de 1996 y su última reforma publicada el 13 de enero del 2016, establece lo siguiente en relación a las obras creadas bajo relación de dependencia:

> Artículo 84.- Cuando se trate de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral establecida a través de un **contrato individual de trabajo que conste por escrito**, a falta de pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales **se dividen por partes iguales entre empleador y empleado.**
>
> El empleador podrá divulgar la obra sin autorización del empleado, pero no al contrario. **A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al empleado**. (Las negrillas son mías) (Ley Federal de Derecho de Autor, 1996)

El presente artículo, al igual que las legislaciones revisadas anteriormente, hace mención al contrato de trabajo, siendo el medio por el cual las partes establecerán los derechos que le corresponden a cada uno. Lo novedoso es que a falta de éste, se presume que los derechos corresponderán por partes igual entre quien creó la obra y el empleador. Sin embargo, como regla general los derechos patrimoniales corresponden al empleado.

Por supuesto, el empleador tiene plenas facultades para divulgar libremente la obra sin previa autorización del empleado y se hace hincapié que el trabajador no puede divulgar la obra que creo sin autorización de su empleador. Por lo que resulta un tanto contradictorio este artículo, que supone la división de los derechos patrimoniales en partes igual, le faculta a uno y prohíbe al otro.

### 3.7 Bolivia

La ley que regula la Propiedad Intelectual boliviana, es la Ley número 1322 del 13 de abril de 1992 sobre el Derecho el Autor, promulgada el 2 de abril de 1992. De forma simple y bastante breve, la ley trata los derechos patrimoniales de obras creadas bajo relación de dependencia laboral, refiriendo exclusivamente a ciertas obras y personas como son el editor o productor, señalando que se estará a lo estipulado en el contrato que deberá ser realizado por escrito. Las partes tienen autonomía para determinar quién será el titular de los derechos patrimoniales y morales. No obstante, ello tiene dos aristas: beneficios para el empleador si se aprovecha de su condición o perjuicio para el trabajador sin garantizar su facultad sobre los derechos morales que en teoría le corresponden.

> Artículo 29.- El autor o sus causahabientes pueden conceder a otra persona el derecho a utilizar la obra, en su contenido patrimonial mediante el uso de una o de todas las formas de explotación reservadas al autor por la presente Ley, y ceder estos derechos total o parcialmente. Para que estos actos sean oponibles a terceros deberán hacerse por medio de contrato en documento privado registrado en la Dirección General de Derecho de Autor con las formalidades establecidas en la presente Ley:
>
> a) La transmisión a un editor o productor de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. (Ley número 1322, 1992).

### 3.8. Panamá

La Ley de Propiedad Intelectual de Panamá se llama Ley número 64 de 10 de octubre de 2012 sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos, entró en vigor el 1 de octubre del 2012. La regulación a las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponde al titular originario de los derechos morales y patrimoniales, establece la posibilidad de llegar a un acuerdo de forma expresa y no deja la posibilidad de que existan vacíos legales en su regulación, puesto que, como bien se puede observar lo que no se encuentre estipulado en el contrato beneficia y le corresponde al autor.

> Artículo 8. En las obras creadas para una persona natural o jurídica, en cumplimiento de un **contrato de trabajo** o en ejercicio de una función pública, **el autor es el titular originario de los derechos morales y patrimoniales**, pero se presume, salvo pacto en

contrario, **que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al empleador** o al ente de Derecho Público, según el caso**, solo en la medida necesaria para la explotación de acuerdo con sus actividades habituales en la época de creación de la obra** y que se deduzca necesariamente de la naturaleza y objeto del contrato o de la función pública desempeñada, según corresponda, lo que implica igualmente la autorización para que el patrono o ente público pueda divulgar la obra y ejercer la defensa de los derechos morales, en representación del autor, únicamente en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.

**Las modalidades de utilización no comprendidas en el párrafo anterior permanecerán en cabeza del autor**, salvo que se haya estipulado otra cosa en forma expresa.

Se exceptúan de la presunción de cesión a que se refiere el presente artículo las obras creadas en ejercicio de la docencia, así como las lecciones o conferencias y los informes resultantes de investigaciones realizadas en el ámbito académico, cuyos derechos pertenecerán a los respectivos autores, a menos que se haya estipulado expresamente otra cosa en el contrato respectivo **(Ley número 64, 2012)**.

### 3.9 Venezuela

La Ley de Propiedad Intelectual venezolana se llama Ley sobre el Derecho de Autor, promulgada el 14 de agosto de 1993 y vigente desde el 15 de octubre de 1993.

> Artículo 59.- Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo **o** por encargo, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley.
>
> La entrega de la obra al patrono o a quien encarga la creación, según corresponda, implica la autorización para que éstos puedan divulgarla, así como para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley y la de defender los derechos morales, en cuanto sea necesario para la explotación de la obra.
>
> La cesión a que se refiere este artículo, no se efectúa implícitamente respecto de las conferencias o lecciones dictadas por los profesores en universidades, liceos y demás instituciones docentes (Ley sobre el Derecho de Autor, 1993).

Este artículo en estudio ya trata específicamente sobre el tema de estudio de la presente tesis, esto es, los derechos de obras creadas bajo relación laboral en dependencia. Que determina que el trabajador creador de una obra en relación laboral se entiende que ha sido cedida al empleador y, este último posee el cien por ciento de los derechos patrimoniales sobre la obra creada por su trabajador y estableciendo que gozará de un derecho de explotación exclusivo. Por tal razón, parece coherente y positivo que se maneje de esa forma, por cuanto el empleador es quien incurre en gastos

como salarios y seguramente en otras cuestiones que empujan a la creación de la obra que su trabajador la materializa, y a su vez, el empleador genera bienestar económico no solo para él sino puede apoyo a la economía de todo un país, por generación de trabajo, inyección de capital, movimiento de dinero en la economía nacional.

### 3.10 Uruguay

La Ley uruguaya que regula la materia de Propiedad Intelectual y exclusivamente el Derecho de Autor es la Ley número 9.739 de diciembre de 1937 sobre Derechos de Autor, siendo modificada a la Ley número 18.046 de 24 de octubre del 2006. En relación al tema de investigación, esta Ley no abarca con amplitud como lo han hecho legislaciones revisadas anteriormente, puesto que, corresponde la titularidad de los derechos patrimoniales y morales únicamente al empleador.

> Artículo 22.- Salvo pacto en contrario, la autorización para el uso de artículos en periódicos, revistas u otros medios de comunicación social, otorgada por el autor sin relación de dependencia con la empresa periodística, sólo confiere al editor o propietario de la publicación, el derecho de utilizarlo por una vez, quedando a salvo los demás derechos patrimoniales del cedente o licenciante.
>
> **Los derechos de los autores contratados bajo relación laboral se presumen cedidos para utilizarlos únicamente por la empresa o medio de comunicación para el que se realiza el trabajo.**
>
> La utilización del artículo periodístico en medios distintos o con fines distintos para los cuales fue contratado el autor, debe contar con la autorización de éste.
>
> Toda vez que se vuelva a publicar total o parcialmente, el autor del artículo deberá ser identificado como lo fue la primera vez (Ley número 9.739, 1937).

De las legislaciones analizadas, se puede concluir que, el régimen para determinar la titularidad en los países andinos, de Centroamérica, Sudamérica y del país Ibérico, se regula bajo los dos sistemas de protección: el derecho anglosajón y el Derecho de Autor o de tradición latina. Siendo así que, en España la titularidad le corresponde al empleador, postura opuesta a la de Ecuador, ya que, el sistema bajo el cual está protegida dicha Ley es muy similar al sistema del “copyright”. Así, en países de la región, Costa Rica, Venezuela y Uruguay, se marca tendencia en el sistema anglosajón. Debido

a que, la titularidad de las obras en relación al ejercicio de los derechos patrimoniales, le corresponden al empleador, patrono o empresa respectivamente.

Por su parte, países como Guatemala, Honduras, Perú, Bolivia y Panamá, otorgan la titularidad de los derechos morales y patrimoniales al autor, salvo disposición establecida entre las partes para que los derechos patrimoniales sean cedidos al empleador. No obstante, hay casos como el de la legislación mexicana que establece que se presume el ejercicio de los derechos patrimoniales por partes iguales entre el empleador y trabajador.

# CAPÍTULO III: Análisis del cambio de régimen en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral

Este capítulo se realizará un análisis de la titularidad en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral y sus consecuencias jurídicas de la modificación del Código de Ingenios. Este análisis se lo plasmará a partir del estudio de los principios constitucional que amparan al Código INGENIOS, que se han considerado para la creación del mismo. Las disposiciones señaladas por el Código del Trabajo en referencia a dicha relación. Además de una comparación entre Ley de Propiedad Intelectual y el Código INGENIOS, para finalmente revisar lo contemplado en los Tratados Internacionales que el Ecuador es parte.

## 1. Antecedentes

Al revisar los antecedentes del Código INGENIOS no se encuentran numerosos estudios, al contrario los pocos que existen únicamente se remontan a la Ley de Propiedad Intelectual del año 1998. Sin embargo, es importante revisar la normativa del Derecho de Autor vigente al año 1976, misma que sirve de modelo de alguna forma en el Código INGENIOS. Argudo Carpio en su artículo "*Autoría y Titularidad del Derecho de Autor en las obras realizadas bajo una relación de trabajo en el texto" (Breviario del Derecho de Autor),* explica que:

> Al investigar a la bibliografía para realizar este estudio, encontré la publicación de las memorias del VII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales, que fue realizado en Santiago de Chile en el año de 1992, que contiene entre sus aportes literarios, uno titulado "Los contratos en las obras por encargo en las relaciones laborales" del señor Ulrich Uchtenhagen.
>
> Este autor, en diversas partes de su exposición resalta las bondades de la anterior legislación ecuatoriana sobre el derecho de autor, que en su artículo 37 hacía constar, por una parte, que aquel que da el encargo o el patrono del autor, está autorizado a utilizar exclusivamente la obra; sin embargo, solamente en la dimensión conocida por el autor en el momento de la creación de la obra y sin restricción alguna del derecho a la remuneración definido por ley de manera general. (Argudo, 2000, pág. 182)

En tal virtud, se comprende que existe una ley que no se ha advertido como un antecedente importante del Código INGENIOS la cual ya presentaba tal como lo explica Argudo Carpio que se entiende que el autor tiene derechos a una remuneración y mantiene tanto los derechos patrimoniales como los morales por su calidad de creador,

así éste previamente acuerde con el empleador sobre la transferencia de la titularidad. Es importante entonces entender dicha Ley de 1976 fue expedida en un contexto global de tensiones económica entre la URSS y Estados Unidos y en un ambiente de dictaduras a nivel de Latinoamérica, esta ley derogó a la Ley de Propiedad Intelectual codificada por la Comisión Legislativa el 25 de noviembre de 1959 fue una ley "proteccionista" como lo explica en su trabajo "Los nuevos desafíos del derecho de autor" Marco Rodríguez (Rodríguez, 2007, pág. 51) que:

> "En esas circunstancias, la pretensión de la dictadura de ese entonces, al codificar a la Ley de Derechos de Autor en un cuerpo separado, fue la de viabilizar un camino más accesible en el manejo tutelar de los derechos de autor. En términos globales, esta ley se caracterizó por tener un carácter proteccionista dirigido especialmente a la defensa del autor antes que al empresario y también por seguir los lineamientos monistas del derecho de autor, como consta en una resolución dictada por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), que señala que la norma de 1976, al no admitir sino la concesión de derechos de utilización o autorización de uso de las obras y no la cesión de éstas, ponía de manifiesto que se alineaba dentro del modelo monista de esta materia. Sin embargo, su carácter tutelar balanceado hacia el lado del autor, todavía acorde con el proceso histórico-jurídico que aún se vivía en los años 70 en esta materia, no se concretó con la fuerza que creemos se debió presentar en la práctica jurídica de Ecuador (…)".

Así se encuentra que, el Código INGENIOS retoma esta preocupación por el autor y las medidas que puedan brindar una protección, pero asimismo se resalta que esta Ley del 76 presenta una mirada tutelar sobre el autor, es decir, se mantiene la idea de que el empleador es un sinónimo de explotación, perjuicio y daño sobre el autor, o trabajador. En tal razón, si bien Argudo manifiesta en su trabajo para el texto Breviario del Derecho de Autor al referirse a la Ley del año 76 y la Ley de Propiedad Intelectual del año 1998 que:

> En relación con esta norma, cualquier juicio comparativo que pueda realizar en relación con la anterior legislación, sería precario, pues conforme advertí en la introducción de esta monografía, es la primera aproximación al estudio y tratamiento del Derecho de Autor. Sin embargo, quiero relevarme de comentarios citando otra de las afirmaciones de Ulrich Uchtenhagen, en el tantas veces citado artículo, cuando señala literalmente, con respecto al anterior norma que regía en el Ecuador lo siguiente:
>
> > "Ecuador es el único país de Latinoamérica que garantiza al autor en virtud de la ley una participación proporcional en el producto de su obra y aplica esta reglamentación bien en el caso de autor encargado o empleado, incluyendo esa indemnización proporcional en el honorario o en el salario. Esta reglamentación

> debe calificarse de ejemplar y queda por esperar que también tenga acceso a las leyes de otros países" (Argudo, 2000, pág. 191).

Así se encuentran varias posturas que convergen en referencia a la potestad del autor sobre su obra en especial a lo referente a los derechos patrimoniales y los derechos morales, los cuales eran protegidos en la Ley del año 76 siendo un referente para Latinoamérica. Sin embargo, este trabajo comprende que la protección del autor no debería estar en discusión pues es claro que este debe mantener una retribución de su obra, lo verdaderamente preocupante no es que el Código de INGENIOS retome lo planteado por dicha Ley, sino que el Estado en una postura ideológica busque complicar e incluso juzgar al empleador creando un panorama que no llega a una relación equitativa, en la cual los dos partes se encuentren protegidas. Es importante que el Ecuador se preocupe de la protección del autor e incentive esta práctica que dinamiza la economía pero sin perjudicar al empleador que en última instancia es quien provee los recursos para crear un ambiente óptimo para dichas creaciones. Además, el autor no se encuentra protegido de la misma forma cuando realiza esta obra para una institución pública, en dicha circunstancia este código de Ingenios no necesariamente vela por los intereses ni del autor ni del empleador. Así también, es importante resaltar la conclusión que brinda Argudo sobre la Ley del 76 y su derogación por la Ley de Propiedad Intelectual del año 1998:

> La conclusión a la que puedo arribar con relación a lo expresado, y vinculado este criterio con el desarrollo del tema materia del estudio, es que la derogatoria total que el legislador ecuatoriano hizo de la anterior ley del derecho de autor, fue inapropiada e irreflexiva, pues debió mantener en el cuerpo normativo aquellas instituciones desarrolladas en términos acordes con la doctrina general que, en materia de las obras realizadas bajo una relación de dependencia laboral, es predominante en el sistema jurídico de inspiración latino (Argudo, 2000, pág. 191)

En esta línea, tal como lo aclara Esteban Argudo, es de vital trascendencia que el legislador ecuatoriano mantenga un cuerpo que vaya acorde a lo establecido en la doctrina, los tratados del cual Ecuador es parte y de la Constitución de la República, la que claramente expresa que "todos y todas los ecuatoriano gozarán de los mismos

derechos". En tal medida, Ecuador se encamina en la lucha y búsqueda de protección creando en el año 1998 la Ley de Propiedad Intelectual, esta se consolido a través de una institución que permitió regular dicho cumplimiento de forma más específica; sin embargo, estas instituciones y leyes muchas veces no van acorde a los cambios históricos, o se plantean como insuficientes para ciertos sectores en la medida de sus intereses. Así, a continuación, se revisará que paso con la Ley de Propiedad Intelectual del país.

## 2. Propiedad Intelectual en el país

La Propiedad Intelectual se entiende que es un tema nuevo en el imaginario de la sociedad ecuatoriana. Así los antecedentes que se encuentra sobre esta materia que se remonta al 19 de mayo de 1998, fecha en la cual Ecuador se preocupa por la creación de una Ley de Propiedad Intelectual, regulada y controlada administrativamente por el IEPI que intentará dinamizar lo manifestado en dicha ley. La propiedad intelectual en el Ecuador ha buscado ir a la par de normas vigentes a lo largo del mundo, encaminándose en la protección del autor de la obra y también estableciendo normas para el control de su reproducción. Sin embargo, con el avance tecnológico y el libre acceso a la información pasará a ser parte de un eje central no solo en el país sino en el mundo que intentará reducir las brechas de conocimiento.

Esta ley en primera instancia, en lo referente a los derechos morales, se plantea como protectora de lo señalado en la Decisión 351 (1993) la cual consagra tres facultades morales: a) Conservar la obra inédita o divulgada; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) El derecho a la integridad de la creación. Sin embargo, deja en libertad a los estados miembros de la Comunidad. Así esta ley, rompe con esta capacidad intervencionista de parte del Estado y crea cierta autonomía en referencia especialmente a dichas obras creadas bajo relación de dependencia. Lo que si deja claro es que esta Ley de Propiedad Intelectual fracciona el imaginario en que el autor necesita tutelaje, y propone una diferente relación entre trabajador-empleador.

Por esta razón, es claro que, la Ley de Propiedad Intelectual tuvo varios cambios en referencia a la Ley del año 76, en especial en referencia a los derechos morales para esto, Marco Rodríguez explica que la Ley del año 1998 elimina *dos derechos morales que contemplaba la Ley de 1976: publicar, modificar y terminar su propia obra o autorizar a terceros para hacerlo y a retirar su obra de poder del empresario aun después de haber autorizado su uso* (Rodríguez, 2007, pág. 57). De ahí que, el actual código de Ingenios plantea nuevamente estos derechos morales: la irrenunciabilidad de la obra por parte del autor.

Ricardo Antequera (2003, pág. 1), en su obra "Transmisión del derecho. Obra bajo relación laboral. Obra por encargo: Efectos elaborado para la CERLAC", explica que pueden existir varias críticas por parte de quienes ven a la obra por encargo como *un esquema que puede poner en riesgo la protección debida al autor como el sujeto más débil de una relación contractual*, lo cual, es un elemento que obviamente advierte cierta inequidad existente en el país, pero que encasilla todos los empleadores en un camisa de fuerza que predispone que este perjudicará al trabajador, es decir entenderlo como la parte más débil de la relación contractual es desestimar cada una de las labores del empleador para que este tenga las condiciones óptimas para sus funciones atacando al empleador.

Asimismo, Antequera en este trabajo manifiesta que la transmisión de los derechos patrimoniales del autor puede realizarse convencionalmente a través de cualquier modalidad contractual no existe un argumento válido para afirmar que el contrato laboral no es un instrumento idóneo para transferir los derechos económicos derivados de la obra creada por el autor asalariado en cumplimiento de sus obligaciones laborales (Transmisión del Derecho. Obra bajo relación laboral. Obra por encargo, 2003). Es decir, el contrato laboral es el modo en que el empleador debe convenir obligaciones laborales para el autor , pero si en este como es el caso del país es necesario advertir que el empleador será el titular derivativo de la obra creará un

ambiente tenso pues no se está manifestando lo que el autor ganará por su trabajo sino que en esta calidad de inequidad entre el empleado y el empleador se busca aumentar este ánimo de explotación por parte del empleador, a quien se lo entiende peyorativamente en esta relación laboral y mucho más si debe insertar una clausula en un contrato de trabajo que estipule que este tendrá la originalidad de la obra. Esteban Argudo Carpio además explica sobre el contrato de trabajo que:

> "(…) el contrato de trabajo es *intuito personae* con respecto al trabajador, por lo que el empleador contrata los servicios con conocimiento de los méritos propios de esté, bien sea sobre la base de referencias laborales que le solicita previamente o luego de un breve lapso de prueba, esto quiere decir que está enterado del talento creativo del asalariado al que encarga la creación de la obra.
>
> Como conclusión a esta parte del tema, y por considerar pertinente, cito textualmente a Ulrich Uchtenhagen, quien sostiene lo siguiente:
>
> > "En el fondo tienen los mismos derechos del autor que crea obras por impulso de otras personas como el que crea por su propia iniciativa. Esto explica por el hecho de que el proceso creativo, el trabajo intelectual y la creación artística pasan por los mismos carriles en el caso de obras encargadas como en el caso de obras creadas por iniciativa propia. El que encarga una obra o el patrono no pueden participar en el proceso creativo, como máximo pueden darle, a través de condiciones que imponen cierta dirección y dificultarlo de esta manera como sucede frecuentemente" " (Argudo, 2000, pág. 180).

En esta línea, el autor resalta que los dos partes comparten los mismos derechos. Pues, se deduce que el empleador contrata los servicios con conocimiento de los méritos de este trabajador. También entiende que, para lograr las creaciones necesita obligatoriamente del empleador y de los recursos que este disponga para los mismos. En esta medida si se dificulta que los empresarios puedan ejercer sus derechos con el actual Código INGENIOS, puesto que este deberá necesariamente adaptarse ante este hecho, no perjudicando a los trabajadores pero si salvaguardando sus intereses y derechos.

### 3. Más allá del Código INGENIOS: Importancia de la reforma

Este apartado, no solo busca hacer un breve recorrido sobre el Código INGENIOS, sino advertir al lector porque es importante la realización de este estudio. Este trabajo es importante dentro del marco social porque para el gobierno actual implica

un cambio de paradigma que, según sus propulsores, busca cambiar de una economía de los recursos finitos a la de los recursos infinitos. Esto significa, dejar de ser un país exportador a uno que base su economía en el conocimiento y la creatividad del talento humano de sus ciudadanos; respondiendo así, según se afirma en su parte emotiva, a la construcción de un cambio en la matriz productiva y a todos los procesos que se encuentran implícitos. Los Derechos de Autor en las obras creadas bajo relación de dependencia bajo el mencionado Código otorga la titularidad de la realización de una obra al autor, es decir, centra los derechos en la persona natural, autora, a fin de impulsar y proteger los derechos patrimoniales y morales, con lo que fomenta un desarrollo de la actividad creativa y la innovación socio-económica, más no enfocándose netamente en los derechos patrimoniales que el empleador de la obra los tiene actualmente para la explotación de la misma. Hay que recordar al hablar de titularidad que la tradición jurídica latina establece que únicamente puede ser autor una persona física, lo contario de lo que manifiesta la vertiente jurídico anglosajona; la cual plantea que el autor sí puede ser una persona jurídica. En esta medida, Argudo explica que:

> En los países de tradición jurídica latina, prevalece el principio según el cual el autor es la persona física que crea la obra, lo que impide que la titularidad originaria del derecho de autor se puede atribuir al empleador aunque, salvo estipulación en contrario, se produzca una transferencia inmediata de derechos a favor de esté, sin embargo, el derecho moral sigue perteneciendo al autor empleado la concepción contraria se encuentra de lado de los países de tradición jurídica anglosajona en éstos las obras creadas por autores bajo la relación contractual laboral, otorgan al empleador la calidad de autor, a los efectos de la adquisición de la titularidad de copyright, salvo pacto en contrario. En este aspecto, podemos señalar que la tradicional discusión entre estos dos sistemas tienen como consecuencia en los países de tradición jurídica latina, que atribuye originalmente los derechos patrimoniales al autor, en cambio, en los países del "copyright" se le atribuye los derechos patrimoniales originarios al empleador (Argudo, 2000, págs. 181-182).

En esta medida, se advierten varios cambios producidos en este Código, la titularidad es un eje central al momento de entender al Derecho de Autor sobre todo en una economía popular que busca masificar el acceso a la obra y beneficiar en demasía a los creadores, sin entender el contexto determinante para cada obra. Se observa que el titular al responder a una institución, empresa o persona jurídica esta será

estrictamente analizada en un proceso que no necesariamente beneficia a dicho sujeto jurídico, sino que únicamente advierte las necesidades de un sector de la sociedad.

La importancia que tiene para el Derecho ecuatoriano examinar esta problemática es trascendente pues la pretendida innovación de un Sistema de Economía Social del Conocimiento se inscribe en la afectación a los Derechos de Propiedad Intelectual, las consecuencias jurídicas de un abrupto cambio planteado por el oficialismo, los principios que motivaron a la creación de este proyecto, los cambios en la titularidad de Derechos de Autor, el ejercicio de ciertos derechos que puedan ser beneficiosos o no, los posibles inconvenientes en el sector privado, y específicamente el tema central de la investigación en el ejercicio de la titularidad de los derechos de autor bajo relación de dependencia laboral con una nueva normativa que cambia la tendencia de esta norma.

Por esta razón, el presente estudio tiene la impresión que el Código INGENIOS, se sustenta en un interesante cambio de la Economía Social basada en el Conocimiento y la Creatividad del talento humano, que reforma el entorno académico e intelectual de la sociedad ecuatoriana sustentándose en cierta actitud reacia hacia la empresa privada. Lo cual causa cierta preocupación por la respuesta que los empleados, personas naturales o jurídicas, dan a este Código que plantea el cambio de titularidad del empleador al autor en las obras creadas bajo relación de dependencia y en qué medida aquello afecta o beneficia en una economía abierta la situación de los empleadores.

En lo referente al tema de estudio de este trabajo el Proyecto del Código INGENIOS (2015), el cual fue presentado el 3 de junio del mismo año, ante la Asamblea Nacional, en su texto original planteaba al autor el derecho irrenunciable de percibir al menos el diez por ciento (10%) de los beneficios derivados de la explotación de la obra.

Así se verifica que lo novedoso de este artículo es el cambio de régimen jurídico y enfoque sustancial que se le da a la titularidad de la obra. En la Ley de Propiedad

Intelectual se le otorgaba al empleador la totalidad de los derechos para que esta pueda ser explotada sin restricciones; mientras que, en el Código INGENIOS el titular es el trabajador que como bien lo señala el artículo a ser analizado goza de derechos de forma amplia y que, salvo pacto en contrario, pueda otorgar al empleador ciertos derechos.

Sin embargo, el texto final aprobado del Código INGENIOS (2016, pág. 26), otorga una titularidad conjunta a la obra creada en relación de dependencia laboral y la realizada por encargo. En ambas, la titularidad corresponde al autor empleado o encargado.

De igual manera, respecto al beneficio del que gozará el creador de la obra en relación de dependencia, el Código elimina el beneficio del 10% derivado de la explotación de la obra, por el derecho irrenunciable de remuneración equitativa.

Bajo este marco de referencia, la problemática que se desarrollará son las consecuencias jurídicas del cambio contenido en las reformas de Régimen de Propiedad Intelectual en las obras creadas bajo subordinación laboral. Por un lado, la Ley de Propiedad Intelectual planteaba la concepción del “copyright” o tradición jurídica anglosajona, en la cual se otorga al empleador la calidad de autor a efectos facultarle explotación de la obra y el ejercicio de ciertos derechos morales que le pertenecen al autor asalariado. En contraposición, el Código INGENIOS está influenciado por el sistema de tradición jurídica latina, que le atribuye al autor empleado la titularidad originaria del Derecho de Autor y, pese a que se produzca la transferencia de derechos a favor del empleador, éste conservará sus derechos morales.

El criterio de subordinación del autor asalariado conlleva ciertas limitaciones en el ejercicio de sus derechos de autor: el derecho moral y patrimonial. El derecho extrapatrimonial o moral es aquel que no representa beneficios económicos al autor, pero si poder sobre su obra como es el derecho de divulgación, derecho de paternidad,

derecho al respeto e integridad de la obra y el derecho de retracto (Argudo, 2000). En relación a los derechos pecuniarios, Rengifo (1996, pág. 145) manifiesta que son un cúmulo de facultades exclusivas del que le permiten explotar por sí mismo su creación o autorizar su explotación por parte de terceros.

El inconveniente que se suscita es la limitación al efectivo goce de los derechos de autor del creador de la obra y de quien, sea persona natural o jurídica, confiera “los recursos materiales, organizacionales y financieros” para la realización de una labor.

En este segundo apartado del tercer capítulo se tratará lo que determina la Constitución del Ecuador, con respecto a lo regulado por la nueva ley que regula y trata la propiedad intelectual a las obras creadas bajo relación laboral y analizar los principios que fundamentaron que se derogue la ley de propiedad intelectual y entre en vigencia el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, haciendo una analogía entre estas dos con respecto al fundamento objeto de esta investigación.

### 3.1. La Constitución del Ecuador y la protección del Derecho de Autor

La Constitución de la República del Ecuador (2008) es la base para la creación de la nueva normativa que propone un cambio que garantice los derechos de los creadores de las obras, puesto que, la Ley de Propiedad Intelectual, promulgada en el año 1998, no se encuentra en armonía con los derechos y garantías establecidos en la carta magna en su artículo 283 que establece: “el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”. En relación a los Derechos de Autor, la Constitución prevé “el derecho de las personas a beneficiarse de la protección de los

derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría".

> Art. 22.- Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.
>
> Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:
>
> 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales.
>
> Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:
>
> 3. El derecho a la integridad personal, que incluye:
>
> d) La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos.
>
> Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:
>
> 1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.
>
> Art. 277.- Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado:
>
> 6. Promover e impulsar la ciencia, la tecnología, las artes, los saberes ancestrales y en general las actividades de la iniciativa creativa comunitaria, asociativa, cooperativa y privada. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

La carta fundamental del Ecuador determina en los artículos anteriores, algunos temas sumamente interesantes como mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población, y la unión resultaría magnífica para apoyar al desarrollo de las capacidades y potencialidades de las personas para mejorar la calidad de vida. Además, que a todas las personas se les reconoce y garantiza el derecho a la integridad personal prohibiendo experimentaciones científicas genéticas, así como a no ser sacados de sus lugares ancestrales donde habitan. Garantizando a los ciudadanos de las bondades que brinda el desarrollo científico, haciendo hincapié en el disfrute de los conocimientos ancestrales y el derecho de las capacidades creativas, artísticas, literarias garantizando la protección de su autoría con respecto a los derechos morales y patrimoniales. Al parecer, es algo positivo, lo que determinan estos artículos constitucionales, en virtud de que se proteja el derecho de autor se garantice la creatividad y se promueva e impulse la tecnología,

la ciencia, las artes, es decir todas las iniciativas de las personas, ya sean en grupos asociados privados, comunidades.

> Art. 284.- La política económica tendrá los siguientes objetivos:
>
> Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémicas, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El artículo constitucional en estudio, determina algo que realmente puede sonar a letra muerta, ya que incontables economistas posiblemente opositores al régimen del ex presidente, economista Rafael Correa, técnicamente han criticado el derroche y la falta de incentivo a los productores y empresarios ecuatorianos. Sin embargo, todo esto en el marco legal y constitucional que persiguen siempre logar el llamado buen vivir, que también, fue materializado con su ministerio que todos conocieron como uno de los mayores desaciertos del gobierno de la revolución ciudadana. Y, lo anteriormente manifestado se lo enfatiza porque el artículo constitucional trata de la política económica.

> Art. 322.- Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones queseñale 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.
>
> Art. 385.- El sistema nacional de ciencia, tecnología, innovación y saberes ancestrales, en el marco del respeto al ambiente, la naturaleza, la vida, las culturas y la soberanía, tendrá como finalidad:
>
> 1. Generar, adaptar y difundir conocimientos científicos y tecnológicos.
>
> 2. Recuperar, fortalecer y potenciar los saberes ancestrales.
>
> 3. Desarrollar tecnologías e innovaciones que impulsen la producción nacional, eleven la eficiencia y productividad, mejoren la calidad de vida y contribuyan a la realización del buen vivir.
>
> Art. 386.- El sistema comprenderá programas, políticas, recursos, acciones, e incorporará a instituciones del Estado, universidades y escuelas politécnicas, institutos de investigación públicos y particulares, empresas públicas y privadas, organismos no gubernamentales y personas naturales o jurídicas, en tanto realizan actividades de investigación, desarrollo tecnológico, innovación y aquellas ligadas a los saberes ancestrales.
>
> El Estado, a través del organismo competente, coordinará el sistema, establecerá los objetivos y políticas, de conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo, con la participación de los actores que lo conforman. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Los artículos precedentes establecen el reconocimiento y tutela de la propiedad intelectual, generar y promover conocimientos científicos, fortalecer los conocimientos ancestrales, crear tecnología que impulse la producción nacional, todo esto cumpliendo con el respeto a la naturaleza, la vida, la soberanía, la vida, con el apoyo de políticas y programas y acciones que inserta a universidades y escuelas politécnicas públicas y privadas, así como personas naturales o jurídicas para la realización de investigación. Lo manifestado anteriormente tiene un fundamento concordante entre los mismos. En todo caso, dentro de lo que interesa para este proyecto de investigación la Constitución del Ecuador reconoce la Propiedad Intelectual, presentaba un cambio de filosofía y de régimen.

> Art. 387.- Será responsabilidad del Estado:
>
> 1. Facilitar e impulsar la incorporación a la sociedad del conocimiento para alcanzar los objetivos del régimen de desarrollo.
>
> 2. Promover la generación y producción del conocimiento, fomentar la investigación científica y tecnológica, y potenciar los saberes ancestrales, para así contribuir a la realización del buen vivir, al sumak kawsay.
>
> 3. Asegurar la difusión y el acceso a los conocimientos científicos y tecnológicos, el usufructo de sus descubrimientos y hallazgos en el marco de lo establecido en la Constitución y la Ley.
>
> 4. Garantizar la libertad de creación e investigación en el marco del respeto a la ética, la naturaleza, el ambiente, y el rescate de los conocimientos ancestrales.
>
> 5. Reconocer la condición de investigador de acuerdo con la Ley.
>
> Art. 388.- El Estado destinará los recursos necesarios para la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación, la formación científica, la recuperación y desarrollo de saberes ancestrales y la difusión del conocimiento. Un porcentaje de estos recursos se destinará a financiar proyectos mediante fondos concursables. Las organizaciones que reciban fondos públicos estarán sujetas a la rendición de cuentas y al control estatal respectivo.
>
> 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)

Los presentes artículos tratan acerca de los productos derivados obtenidos a partir del conocimiento colectivo que tiene relación con la biodiversidad nacional, que no es prohibido su otorgación de derecho, incluidos los de Propiedad Intelectual. Tratan del conocimiento científico y tecnológico, de la investigación científica, de la libertad de creación, de conocimientos, de descubrimientos, de hallazgos, creaciones, todo en el

marco del respeto a la ley y de esta manera lograr el buen vivir, el *sumak kawsay.* Con el compromiso que el Estado promueva, facilite, asegure, garantice su cumplimiento, con el aporte de recursos económicos concursales.

Es necesario manifestar que existe normativa constitucional que reconoce la Propiedad Intelectual, pero lo que resulta un tanto incierto es qué ocurrirá en la práctica con los derechos de propiedad intelectual, qué va a ocurrir en la realidad con las obras creadas bajo relación laboral, tomando en cuenta que toda la Constitución está alineada con lo que ya hasta resulta utópico, que es el buen vivir y que en diez años ha tenido resultado diferentes a los que venden en publicidad y lamentablemente algunas leyes muertas. Ahora, se analizará qué determina el nuevo Código con respecto al tema del proyecto de investigación.

La Constitución de la República del Ecuador determina el derecho al trabajo como un derecho fundamental, que es un deber social el cuál debe ser protegido y respaldado por parte del Estado. De ahí que, brindar la mayor atención posible al cumplimiento del mismo sea de vital importancia. Por esta razón, es importante advertir si el Código INGENIOS aporta o no al cumplimiento de este derecho que debe ser amparado y que la jerarquía de la norma lo determina como un derecho supremo. Por esta razón, se resalta lo dicho por Ricardo Antequera en su trabajo para la CERLAC expone que:

> (…) el citado profesor al hacer un paralelo entre el derecho de autor con el derecho de trabajo, advierte que el derecho del empleador a usar la obra debe circunscribirse dentro de un ámbito específico, de tal manera que no se use para fines distintos a los de la empresa o a los conocidos por el autor:
>
> > "Así en el contrato de trabajo se fincan importantes intereses patrimoniales, que surgen de la causa que motiva la vinculación entre el patrono y el trabajador. El trabajador presta sus servicios por el pago de un salario, y el empleador se beneficia a través de lucro que se genera con la prestación".
> >
> > "Lo manifestado, quiere decir que en el ámbito del derecho del trabajo se admite que los beneficios económicos derivados de la actividad del trabajador, se explotan libremente por parte de empleador, pues en contraprestación a este provecho, paga una retribución".

> “El salario que paga el empleador, en teoría debe ser equivalente al beneficio que recibe, de ahí el carácter conmutativo del contrato de trabajo. Con la cancelación del salario, el empleador cumple con la obligación principal que genera el vínculo contractual laboral, y a cambio tiene la libertad de disponer de la obra o servicio que ejecuta o presta el trabajador en su orden” (Antequera Parilli, Ricardo, 2003, págs. 23-24).

Es importante para el cumplimiento del Derecho al Trabajo protegido por la Constitución del Ecuador que se tome en cuenta que el empleador tiene derecho a la explotación de la obra siempre y cuando no salga del objetivo de la relación contractual y lo acordado ya con el trabajador beneficiando a las dos partes sin la necesidad que el trabajador tenga que mantener una relación obligada por un tiempo indefinido con el mismo. Así como cualquier otro trabajo, ambas partes se benefician: el trabajador con el salario que percibe y el empleador por la reproducción realizada por la obra que en conjunto han creado el empleador y el empleado. Así, el Estado deberá necesariamente crear leyes que vayan de la mano con el cumplimiento de los derechos fundamentales y permitir que el trabajo brinde tanto beneficios económicos como beneficios en la construcción social tanto del empleador como del empleado sin perjudicar a ninguna de las dos partes.

### 3.2. Análisis del Código INGENIOS

El Código INGENIOS, como lo explica Zelva González, en la entrevista realizada para este trabajo, en el Código se le da la titularidad y se reconoce por completo al autor de la obra que ha creado bajo relación de dependencia, así la autora explica que el cuerpo legal vigente coincide un poco con lo que dice la anterior Ley de Propiedad Intelectual, cuando dice que el autor seguirá siendo el autor pero la titularidad le corresponde a quien pago, o contrato o para quien trabaja el autor. Por su parte, la Ley de Propiedad Intelectual dice salvo pacto en contrario. Así es claro que en la Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 16 manifiesta que: “Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras”.

Así, el punto de ruptura entre la anterior Ley y el actual Código en referencia de la titularidad le corresponde a la empresa. Así, esta reforma se reafirma en un cambio de sistema en cuanto a la protección y titularidad que corresponde únicamente al autor. En el caso de empresas privadas, sin tomar en cuenta que son las personas que trabajan para el Estado, las que producen determinados documentos, entre otros. Sin embargo, este cambio de normativa está amparada y sustentada en el cambio de matriz productiva pero de forma más precisa en el cambio de economía solidaria que intento insertar el régimen. Este Código se sustenta en principios constitucionales, para lo cual, esta ley se convierte en un ente protector de esos derechos. A continuación se estudiará estos principios en los cuales se encuentran sustentados.

> Artículo 4.- Principios.- Para la aplicación de las disposiciones contenidas en el presente Código, se observarán los siguientes principios:
>
> 1. El conocimiento constituye un bien de interés público, su acceso será libre y no tendrá más restricciones que las establecidas en este Código, la Constitución, los tratados internacionales y la Ley y, su distribución se realizará de manera justa, equitativa y democrática;
> 2. Los derechos intelectuales son una herramienta para la adecuada gestión de los conocimientos. La adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual asegurarán un equilibrio entre titulares y usuarios. Además de las limitaciones y excepciones previstas en este Código, el Estado podrá adoptar las medidas necesarias para garantizar la salud, nutrición, educación, cultura, el desarrollo científico y tecnológico, la innovación y la transferencia y difusión tecnológica como sectores de importancia vital para el desarrollo socioeconómico y tecnológico del país. Nada de lo previsto en este Código podrá interpretarse de forma contraria a los principios, derechos y obligaciones establecidos en los Tratados Internacionales de los que Ecuador es parte, como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico (…).
> 3. Los procesos investigativos y generadores de tecnología e innovación, deberán precautelar y proteger los derechos, dignidad e integridad física y psicológica de las personas que intervengan en ellos. Cualquier riesgo o afectación sobre los derechos de las personas o la naturaleza, deberá ser legítima, proporcional y necesaria. En los casos pertinentes, se deberá contar con el consentimiento libre, previo e informado de los posibles afectado (…) (COESCCI, 2016).

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 424 y 425 determinan la jerarquía de la norma, estableciendo que la norma constitucional en referencia está por encima de toda ley, que los instrumentos internacionales reconocidos por el Ecuador, estarán por encima de la misma Constitución cuando estos sean más

favorables para los derechos humanos y se aplicará siempre en primer lugar la Constitución y no se podrá alegar falta de norma para hacerlo. Es decir, tanto los tratados internacionales como la Constitución, tienen un nivel jerárquico superior al Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que determina varios principios importantes.

Sin embargo, es menester referir a lo que tiene que ver con el objeto del proyecto de la presente investigación. El conocimiento constituye un bien de interés público, su distribución se hará de forma democrática, equitativa. Al determinar y establecer que los derechos intelectuales son una herramienta para la adecuada gestión de los conocimientos, que asegura el equilibrio del ejercicio de los derechos entre titular y usuarios, así como las limitaciones da la pauta para plantear de alguna manera el escenario del trabajador y empleador con respecto a obras creadas bajo relación laboral, cuya relación laboral entre las partes deberá mantener el pleno respeto de los derechos, dignidad e integridad física y psicológica en el desarrollo o creación de obras.

> Artículo 115.- Obras bajo relación de dependencia y por encargo.- Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente Título, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor.
>
> En caso de que el autor ceda sus derechos, conservará la facultad de explotar las obras en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no perjudique injustificadamente la explotación normal que realice el empleador o comitente.
>
> En cualquier caso, el autor gozará del derecho irrenunciable de remuneración equitativa por la explotación de su obra, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. Tratándose de software este derecho no será aplicable.
>
> Este derecho será aplicable aún en los casos de transferencia o transmisión de la titularidad de la obra creada bajo dependencia laboral y por encargo. (COESCCI, 2016, pág. 26)

El presente artículo es sumamente trascendental, pues constituye el objeto del cuestionamiento de la investigación. Por ello, cabe decir que, del análisis se colige que la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al trabajador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra, es decir que, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor-trabajador, e incorpora al inicio del mismo

las palabras “salvo pacto en contrario”, esto faculta a las partes empleador o empleado a decidir quién ejercerá la titularidad de la misma.

Se puede verificar un retroceso, inestabilidad e inseguridad para las personas que aportan a la economía del país, más aún cuando se determina que en cualquier caso, el autor gozará del derecho irrenunciable de remuneración equitativa por la explotación de su obra, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. Hay más dudas que certezas de la aplicación de la nueva normativa, y todo esto al aplicador de cierta normativa constitucional que busca el buen vivir que ha tenido como resultado adverso para diferentes sectores y áreas del país.

### 3.3 Comparación entre Ley de Propiedad Intelectual y Código Ingenios

Es claro que, el actual Código al otorgar la titularidad de la realización de una obra al autor, centra los derechos en la persona natural o jurídica, no se enfoca en los derechos patrimoniales que el empleador de la obra los tiene actualmente para la explotación de la misma, lo cual sin duda afecta la situación de los empleadores. Así, como se entiende con la entrevista realizada a Manuel Fernández de Córdova en la anterior Ley de Propiedad Intelectual, de alguna manera se satisfacía no solo la necesidad del empleado sino que se protegía también los intereses del empleador, pues la posibilidad de pacto estaba implícita, así el autor participaba continuamente de los beneficios derivados de la explotación patrimonial de la obra, o de alguna forma podía ceder esta posibilidad previo acuerdo económico, el empleador podía decidir si mantenía una relación a largo plazo sin obligarlo a perdurar en la misma.

Esta reforma en relación a la anterior Ley de Propiedad Intelectual y el Código INGENIOS no contempla que el empleador en la mayoría de casos es quien provee de los medios para un proyecto, un trabajo, una investigación o una labor proporcionándole todas las herramientas, los insumos, los medios operativos, y además cumpliendo a cabalidad una remuneración justa y acordada. Esta falta de observación al contexto, de

conocimiento del empleador, de ánimo de satanizarlo, y de sobre protección del empleado, no entiende que lo justo es que el empleador pueda ejercer la titularidad del derecho, reconociendo como lo establece la Ley al creador intelectual, sus beneficios y su participación. Esta reforma, como lo dijo Fernández de Córdova, sin duda disuade y ahuyenta a que se ejerzan los derechos de Propiedad Intelectual existiendo ahora resistencia por temor de tener que verse obligado a compartir una titularidad.

En tal virtud, es importante resaltar que la diferencia entre el Código vigente y Ley de Propiedad Intelectual se da especialmente en que la Ley de Propiedad Intelectual determina que la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos patrimoniales para la explotación de la obra. En cambio, el Código INGENIOS determina que la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor. Sin embargo, las dos normativas incorporan al inicio de los artículos las palabras “salvo pacto en contrario”. Esto faculta a las partes empleador o empleado a decidir quién es el titular por medio del contrato.

En tal medida, no se debe descuidar la autonomía de la voluntad contractual que se aplica a estos casos, lo cual si bien da la posibilidad que el empleador ejerza los derechos de paternidad, lo cual no siempre es un hecho, pues existe el evento que se pueda mediar y llegar a un acuerdo entre las partes, lo cual significa que se podría poner en desventaja al empleador quien necesariamente quien necesariamente debe brindar un ambiente “extra” favorable al autor de una investigación, o trabajo. Por esta razón, llegar a crear las condiciones necesarias para que no exista una cotitularidad puede llegar a ser una difícil labor por parte del empleado.

Es claro que existe indiscutiblemente un titular del derecho moral quien no puede transferir bajo ninguna circunstancia su capacidad y sus derechos por autoría, esta ley lo aclara, pues el autor, como lo explica Fernández de Córdoba, siempre va a ser titular de derecho en torno a su componente moral del derecho de propiedad intelectual. Sin

embargo, el conflicto surge de sobre manera al referir a la ficción sobre la capacidad de ejercer la titularidad del derecho patrimonial, pues como existe de alguna manera una mirada a partir de la ley que necesariamente responde al momento político que se vive en el país en donde el empleador es entendido como explotador, satanizando a la empresa privada no solo a partir del aumento de impuestos o trabas al realizar sus labores. Esto sin duda, no toma en cuenta que en el país cada vez es más difícil sostener una empresa, esto además se suma a que son los empleadores los que aportan a que existe un proyecto de economía sustentable lo cual es el fin de este ánimo de "buen vivir". Es decir, si se complica al empleador de todas las formas sin duda se está perjudicando a los trajadores y en última instancia se ataca a las creaciones e innovaciones en el país.

Es importante que se resalte lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual sobre la titularidad implícita que recae sobre el empleador y va de la mano el esquema aceptado y reconocido universalmente. Por esta razón, optar por un cambio como se platea en el Código INGENIOS, no necesariamente puede ser beneficioso, pues el autor ya cuenta con la titularidad que protege sus derechos morales. En tal virtud, la autonomía de la voluntad contractual es lo más sano, pues permite que la relación contractual entre trabajador-empleador se desarrolle de tal forma que ninguno de los dos se vea por un lado perjudicado; y por, otro obligado a mantener una relación de cotitularidad.

Es necesario también resaltar que, el cambio de titularidad que ahora recae en el trabajador denota claramente que el Estado tiene cierto ánimo de represalia contra la empresa privada principalmente pues en el artículo 116 del Código INGENIOS, establece que:

> La titularidad de los derechos sobre las obras creadas por servidores públicos en el desempeño de sus cargos, corresponderá a los organismos, entidades, dependencias del sector público respectivamente. En el caso de obras creadas bajo relación de dependencia laboral cuando el empleador sea una persona jurídica de derecho privado con participación estatal mayoritaria o financiada con recursos públicos, la titularidad del derecho patrimonial le corresponderá al empleador. (…) la

> titularidad de los derechos patrimoniales le corresponderá a la Entidad Contratante, que tendrá la obligación de hacerlo público y accesible a través del Sistema Nacional de Información de la Ciencia, Tecnología, Innovación y Conocimientos Tradicionales, de conformidad con el reglamento. En el caso de los demás bienes y servicios, salvo pacto en contrario, la titularidad será del autor. La información y el contenido de las bases de datos producto de las investigaciones financiadas con recursos públicos serán de acceso abierto. Las instituciones o entidades responsables de tales investigaciones deberán poner a disposición dicha información a través de las tecnologías de la información. (COESCCI, 2016, pág. 26)

Como se observa, claramente, en este articulo la titularidad para las obras creadas bajo relación de dependencia en instituciones públicas si recaen sobre las mismas y no sobre los autores como pasa con las empresas privadas. Esto evidencia una postura clara ante el empleador, el cual necesita bajo esta línea de pensamiento un control por parte del Estado, brindando un tutelaje extra al trabajador, quien siempre será "explotado" por el empleador, existiendo un control e intervencionismo por parte del Estado injustificado.

Aunque como lo explico Sebastián Páez, Director de Derechos de Autor del IEPI, esta Ley responde específicamente a una política de favorecimiento a la autoría de la obra por sobre los intereses de explotación económica del empleador quien puede a través del contrato modificar esta situación. Este favorecimiento al trabajador no toma en cuenta a las dos partes como sujetos de derechos, menoscabando los derechos del empleador sin entender que la Constitución establece en su artículo 11 el principio de igualdad, en el cual claramente manifiesta que todos gozarán de los mismos derechos, oportunidades y obligaciones. En tal virtud, se está entendiendo únicamente al empleador como una persona jurídica sin comprender que atrás de esta, existen sujetos con las mismas necesidades que los trabajadores, quienes además tiene la responsabilidad dar trabajo a varias familias, lo cual complica la estabilidad laboral y aumentando el desempleo en la sociedad ecuatoriana.

De esta forma, para finalizar este apartado de forma puntual es importante resaltar que la mayor desventaja de esta nueva regulación sobre titularidad de obras creadas bajo relación de dependencia laboral, es la necesidad de determinar

obligatoriamente una cláusula de titularidad en los contratos laborales o la celebración de un contrato de cesión de derechos, en caso de que los mismos vayan a pertenecer al empleador o comitente. La misma que causa una ruptura desde el inicio de la relación laboral entre el trabajador y empleador, promoviendo la desconfianza e incluso incentivando a que el flujo de creación entre el empleado y empleador quede regulado y coartado. Esto sin duda, rompe con lo planteado tanto en la Constitución de la República del Ecuador, como lo establecido en los Tratados Internacionales del cual Ecuador es parte.

El nuevo Código INGENIOS es una ley que se desarrolla bajo el ámbito del Derecho Comunitario Andino (Decisión 351) y los Tratados y Convenios Internacionales relacionados que regulan la materia de Propiedad Intelectual, la cual según los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República de Ecuador es jerárquicamente superior al Código Orgánico e incluso a la Constitución, si la favorabilidad es mayor para quien requiera la protección de sus derechos. En tal medida que, el contenido de la Decisión 351 tiene un valor prevalente sobre el ordenamiento jurídico de los países miembros. Así, la ley obligatoriamente deberá tomar lo dispuesto en los convenios tales como el Convenio de Berna, el Convenio de París, al Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, al tratado de la OMPI sobre interpretación y ejecución de fonogramas, a la Decisión 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial, a la Organización Mundial de Comercio y su Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

# CONCLUSIONES

1. Al estudiar el Código INGENIOS y la deroga Ley de Propiedad Intelectual, respecto a la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral, a simple vista parecería que el cambio de régimen presenta únicamente un cambio de forma. Frente a ello, en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, se observa que la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra. En cambio, el Código INGENIOS, en el artículo 115 determina que la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor. Las dos normativas incorporan al inicio de los artículos las palabras “salvo pacto en contrario”, esto faculta a las partes empleador o trabajador a decidir quién ejercerá la titularidad de la misma; y como consecuencia, se entendería que hay similitud de fondo entre las dos normativas.
2. La autoría y titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral son determinantes al momento de establecer los derechos patrimoniales y morales, así como el ejercicio de los mismos. En términos generales, autor es la persona natural que crea la obra, es decir, el titular originario; y la titularidad se refiere a la propiedad que recae sobre la obra a quien ha encargado realizarla o que ha adquirido el derecho patrimonial, atribuyéndole la calidad de titularidad derivada. La Ley de Propiedad Intelectual de 1998 estaba influenciada por el “sistema del copyright”; mientras que, el Código INGENIOS está afectado por el sistema de tradición jurídico latina. Como consecuencia, la Ley de 1998 le otorgaba

la titularidad derivada del Derecho de Autor al empleador, y en el Código INGENIOS le corresponde la titularidad al autor.

3. El legislador al establecer la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral al creador de la obra, autor- trabajador, limita el ejercicio de sus derechos patrimoniales. En teoría, le otorga la calidad de autor al trabajador remunerado y lo empodera frente a los diversos escenarios que la ley establece. Sin embargo, en la práctica, el trabajador al hallarse en una relación de subordinación o dependencia, se encuentra sometido a los parámetros y condiciones que el empleador determine. Por lo cual, la solución a los conflictos que dicha disposición genere, es: uno, se pacte la titularidad de las obras al empleador, con la finalidad de que no se le dificulte ejercer los derechos patrimoniales, puesto que los derechos morales son irrenunciables; y dos, a través de un contrato de relación de dependencia, en el cual se estipule una cláusula que asegure una participación equitativa y proporcional de los beneficios patrimoniales de la obra y ejercicio de los mismos.
4. Es lamentable que, en lugar de generar progreso y desarrollo con la creación del Código INGENIOS, se haya infundido inestabilidad e inseguridad para quienes aportan a la economía del país, siendo su efecto el desempleo, la desestabilidad laboral y la falta de inversión por parte de empresarios.
5. El Código INGENIOS no solo es fehaciente con el autor de las obras, sino que marca de forma tajante la diferencia entre el sector privador y público. La regulación para las obras creadas por servidores públicos es benévola al determinar la titularidad de dichas obras a los organismos, entidades y

dependencias del sector público; y, en cuanto a las obras creadas bajo relación de dependencia laboral es adversa porque establece que le corresponde la titularidad al autor. Siendo una ley discriminatoria, que violenta el marco constitucional del principio de igualdad, crea una afectación directa al emprendimiento y desarrollo del país.

# BIBLIOGRAFÍA


ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO. (15 de Abril de 1994). Marrakech. Obtenido de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

Álvarez Amézquita, D. F., Padilla Herrera, J. C., & Salazar, Ó. (enero-junio de 2015). Teoría de la Propiedad Intelectual. Fundamentos en la filosofía, el derecho y la economía. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales Humanas, 15*(28). Obtenido de http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v15n28/v15n28a06.pdf

Antequera Parilli, R., & Ferreyros Castañeda, M. (1996). *El nuevo Derecho de Autor en el Perú.* Lima: Peru Reporting E.I.R.L.

Antequera Parilli, Ricardo. (2003). *Transmisión del Derecho. Obra bajo relación laboral. Obra por encargo.* Bogotá: CERLAC.

Antequera, R. (2007). *Estudios de Derecho de autor y Derechos afines.* Madrid: Editorial Reus.

Argudo, E. (2000). Autoría y Titularidad del Derecho de Autor en las obras realizadas bajo una realación de trabajo. En B. Bugallo Montaño, M. Carracedo Gonzalez, G. Mata Mercano, M. Moreno Cruz, F. Fuentes, R. Bermudez , . . . E. Pachano Calderon , *Brevario del Derecho de Autor* (pág. 181). Caracas: Livrosca.

Arosemena, F. (2011). *Derechos de autor para autores y empresarios.* Quito: Cúbica.

Bercovitz, G. (2015). *Manual de Propiedad Intelectual.* Valencia: Tirant lo branch.

Bugallo, B. (2000). *Internet, comercio electrónico y propiedad intelectual.* Montevideo: Universidad de Montevideo.

Canaval Palacios, J. P. (2008). *Manual de Propiedad Intelectual.* Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de Manual de Propiedad Intelectual.

Cárdenas, D. (Abril de 2003). *Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual "Una propuesta conceptual".* Tesis doctoral, Nuevo León. Obtenido de Naturaleza Jurídica de la Propiedad Intelectual "Una propuesta conceptual": http://eprints.uanl.mx/5786/1/1020148445.PDF

Castro Bonilla, A. (01 de Abril de 2015). *AUTORÍA Y TITULARIDAD EN EL DERECHO DE AUTOR*. Recuperado el Julio de 2017, de Informática Jurídica: http://www.informatica-juridica.com/trabajos/autoria-y-titularidad-en-el-derecho-de-autor/

CEDRO. (Septiembre-Octubre de 2006). El dominio público, una cuestión de equilibrio de intereses. *Cedro boletin informativo* (56). Obtenido de http://www.cedro.org/docs/textos-de-inter%C3%A9s/quees56.pdf?Status=Master

CERLAC. (12 de agosto de 2009). *Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe*. Obtenido de Derecho de importación: http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1979

COESCCI. (9 de Diciembre de 2016). Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación. Ecuador. Obtenido de http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/private/asambleanacional/fil

esasambleanacionalnameuid-29/Leyes%202013-2017/133-conocimiento/ro-cod-econ-conoc-899-sup-09-12-2016.pdf

Colombet, C. (1997). *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo: estudio de derecho comparado.* Madrid: Editorial CSIC.

Constitución de 1845. (3 de Diciembre de 1845). Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Ecuador. Obtenido de http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf

Constitución Política del año 1835. (13 de Agosto de 1835). 22. Ecuador. Obtenido de http://www.derechoecuador.com/files/Noticias/constitucion_1835.pdf

Convencion Universal sobre Derechos de Autor. (06 de Septiembre de 1952). Ginebra. Obtenido de http://www.wipo.int/edocs/trtdocs/es/unesco1/trt_unesco1.pdf

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Arísticas. (9 de Septiembre de 1886). Berna, Suiza. Obtenido de http://www.sayce.com.ec/pdf/convenio-berna.pdf

De Pina, R. (1953). Introducción a la Metodología del Derecho. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, 27-47. Obtenido de https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/boletin-derecho-comparado/article/view/8902/7999

Decisión 351. (17 de Diciembre de 1993). 11. Lima, Perú. Obtenido de http://www.egeda.ec/documentos/Decision351.pdf

DECISION 486 Régimen Común sobre Propiedad Industrial . (14 de Septiembre de 2000). LA COMISION DE LA COMUNIDAD ANDINA.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). París. Obtenido de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Decreto número 33-98. (19 de Mayo de 1998). Guatemala.

Decreto número 4-99. (13 de Diciembre de 1999). Honduras.

EcuadorUniversitario.Com. (8 de Agosto de 2013). *Primera Ley de Derechos de Autor del Ecuador se creó en Agosto de 1887*. Recuperado el 26 de Junio de 2017, de EcuadorUniversitario.Com: http://ecuadoruniversitario.com/arte-y-cultura/primera-ley-de-derechos-de-autor-del-ecuador-se-creo-en-agosto-de-1887/

Fernández, C. (1997). El derecho de autor y los derechos conexos en los umbrales del siglo XXI. *Revista Colombiana de la Propiedad Industrial*(5).

García, R. (04 de Abril de 2003). *La Estética en Walter Benjamin y Theodor W. Adorno.* Obtenido de afoiceeomartelo: http://www.afoiceeomartelo.com.br/posfsa/Autores/Alonso,%20Rafael%20Garcia/[Aesthetics]%20-%20La%20est%E2%80%9Atica%20en%20Walter%20Benjamin%20y%20Theodor%20W.%20Adorno%20(R.%20Garc%C2%A1a%20Alonso).pdf

Gordillo, A. (1967). *Derecho administrativo de la economía.* Obtenido de Gordillo: http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo17.pdf

*La Propiedad Intelectual.* (s.f.). Obtenido de Registro de la Propiedad Intelectual: https://www.rpi.gob.gt/descargas/QU%C3%89%20ES%20LA%20PROPIEDAD%20INTELECTUAL.pdf

Ley de Propiedad Intelectual. (23 de Abril de 1996). Perú.

Ley de Propiedad Intelectual. (19 de Mayo de 1998). Ecuador. Obtenido de http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec031es.pdf

Ley Federal de Derecho de Autor. (24 de Diciembre de 1996). México.

Ley Nº 17.011. (25 de Septiembre de 1998). Uruguay.

Ley No. 7979. (6 de Enero de 2000). Costa Rica.

Ley número 1322. (13 de Abril de 1992). Bolivia.

Ley número 64. (10 de Octubre de 2012). Panamá.

Ley número 9.739. (17 de Diciembre de 1937). Uruguay.

Ley sobre el Derecho de Autor. (14 de Agosto de 1993). Venezuela.

Lipszyc, D. (1993). *Derecho de Autor y Derechos Conexos.* (Z. y. Unesco, Ed.) Buenos Aires: UNESCO.

Loredo Hill, A. (1998). Naturaleza Jurídica del Derecho de Autor. *Estudios de DErecho Intelectual en Homenaje a David Rengel*, 19-29. Obtenido de Naturaleza jurídica del derecho de autor: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/164/4.pdf

Madriñan, M. (2016). *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales.* Madrid: Editorial Reus.

Márquez, S. (2004). *Principios Generales del Derecho de Autor.* Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá.

OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). (11 de Agosto de 2000). *SEPTIMO CURSO ACADEMICO REGIONAL DE LA OMPI SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA PAisES DE AMERICA LATINA: "LOS DERECHOS DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS DESDE LA PERSPECTIVA DE SU GESTION COLECTIVA".* Recuperado el 5 de Junio de 2017, de WIPO: http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI-SGAE_DA_COS_00/OMPI-SGAE_DA_COS_00_3_S.pdf

OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). (21 de Octubre de 2004). *TERCER seminario regional sobre propiedad INTELECTUAL para jueces y fiscales de américa latina.* Obtenido de WIPO: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_18.doc

OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual). (2011). *WIPO.* Recuperado el 18 de Julio de 2017, de OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. ¿Qué es la Propiedad Intelectual?: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/intproperty/450/wipo_pub_450.pdf

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de Diciembre de 1966). Ginebra. Obtenido de http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx

Palomar, S. (15 de diciembre de 2012). *Ciberrevista sobre Propiedad Intelectual*. Obtenido de Los Derechos de explotación en la Directiva: http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/Autor_SPalomar.pdf

Proaño, M. (1993). *El derecho de autor. Un derecho universal.* Quito: El Gran Libro.

Proyecto de ley Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación. (03 de Junio de 2015). 223. Ecuador.

Ramírez, R. (7 de Enero de 2014). *Hacia la independencia intelectual*. Obtenido de ReneRamirez: http://reneramirez.ec/hacia-la-independencia-intelectual/

REGLAMENTO A LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. (25 de Enero de 1999). Ecuador.

Rengifo García , E. (1996). *Propiedad Intelectual: el Moderno Derecho de Autor.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rengifo, E. (1998). Contrato Electrónico, Documento Electrónico y Seguridad Jurídica. *Cecolda, Revista Del Centro Colombiano Del Derecho De Autor, 7*, 5-21.

Rey Vega , C. (2005). *La propiedad intelectual como bien inamterial.* Bogotá: Leyer.

Rodríguez Cano, R. B. (2015). *Manual de Propiedad Intelectual* (6 ed.). México: Tirant lo Blanch.

Rodríguez, M. (2007). *Los nuevos desafíos de los derechos de autor en Ecuador.* Obtenido de Repositorio Universidad Andina Simòn Bolivar: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/214/1/SM78-Rodr%C3%ADguez-Los%20nuevos%20desaf%C3%ADos%20de%20los%20derechos%20de%20autor%20en%20el%20Ecuador.pdf

Ruiz, M. (2013). *Manual de Propiedad Intelectual.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones- CEP.

Satanowsky, I. (1954). *Derecho intelectual.* Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Schmitz Vaccaro, C. (2009). PROPIEDAD INTELECTUAL, DOMINIO PÚBLICO Y EQUILIBRIO DE INTERESES. *Revista Chilena de Derecho, 36*(2).

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. (20 de Diciembre de 1996). 9. Ginebra. Obtenido de https://biblioteca.ua.es/es/propiedad-intelectual/documentos/legislacion/wct.pdf

Vega, A. (2010). *Manual de Derecho de Autor.* Bogotá: Dirección Nacional de Derechos de Autor.

## ANEXO 1

**Entrevistado:** Dr. Manuel Fernández de Córdova- Catedrático de la PUCE

**Fecha:** 6 de julio del 2017

1. **¿Cuáles son los principales cambios que usted resaltaría del Código de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación -también conocido como Código INGENIOS- y la antigua Ley de Propiedad Intelectual?**

Cambios sustanciales, francamente, no los veo. Si bien la intención del nuevo marco regulatorio ha sido de alguna manera vigorizar la posición del creador intelectual, pero cambios sustanciales no veo.

Si es curiosa la visión tras la expedición del Código que se pasa a tener del Derecho de Propiedad Inmaterial en general. Hablo de Propiedad Inmaterial en el contexto más amplio posible, Derecho de Autor, Propiedad Industrial, Derechos de Obtenciones Vegetales, y todo lo que está relacionado con ello.

Hay la intención de vigorizar la posición del creador intelectual. Pero hay casos en los cuales la Legislación Nacional por novelera choca con una preceptiva universal afianzada de hace décadas, que además busca poner las cosas en su lugar bajo un principio esencial de justicia distributiva, que pretende dar a cada uno lo que le corresponde. Esta reformulación del principio no es necesaria. Soy partidario de que hay ciertos principios que no deben ser reformulados porque no es necesario, lo que está bien no tiene por qué cambiar y esta es mi visión respecto a estos puntos.

Esto de una co-titularidad, porque ese es el espíritu de la modificación, es constante sobre el derecho patrimonial del autor, que ata para siempre al titular del derecho con el creador intelectual, independientemente de la forma en la que la obra haya sido creada, sea la obra por encargo o la obra bajo relación de dependencia laboral.

La fórmula generalmente aceptada y con la que todo el mundo ha quedado satisfecho, sin olvidar además que hay espacio para aplicar el espacio de la autonomía de la voluntad contractual inter-partes. Yo puedo pactar en contrario, lo decía la Ley de Propiedad Intelectual, ya está implícita esa posibilidad sin deformar al principio de que yo pueda participar por ejemplo de manera continua de los beneficios derivados de la explotación patrimonial de la obra o yo simplemente podría pactar con el titular del derecho a quien yo de alguna manera lo he cedido sea por mi propia decisión, sea por la ley así lo determina, que es lo justo además. Si pongo los medios para un proceso o proyecto de investigación, y le digo vea escriba un artículo, un ensayo sobre esta materia. Yo le proporciono todas las herramientas, los insumos, todos los medios operativos, lo justo es que yo pueda ejercer la titularidad del derecho. Evidentemente, reconociendo al creador intelectual una participación justa en los beneficios. No es que antes, no había eso, esa es la realidad. Entonces, en ese sentido, me parece que es una modificación que de alguna manera disuade o ahuyenta a que se ejerzan Derechos de Propiedad Intelectual dentro de esta lógica, la gente tiene temor.

“Yo porqué me voy a casar con esta persona,” es lo que dicen los productores, los que antes de la vigencia de la ley podrían haber pensado en formular un encargo a alguien para que pudiera desarrollar un proceso o un proyecto creativo de cualquier tipo. Entonces ahora ya hay resistencia. “Esto lo hago para después, o más bien trato de hacerlo por mis propios medios”, un poco con el temor de tener que verse obligado a compartir una titularidad que no tiene porqué ser así, no hay un motivo jurídico sustancial que así lo determine.

No hay que descuidarse, de que además el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, la Creatividad y la Innovación es una ley subsidiaria de un Régimen Supranacional. La Decisión 351 está jerárquicamente por encima del Código Orgánico.

Entonces habrá que estar a lo que diga ese marco regulatorio, ese marco normativo supranacional y subsidiariamente aplicar, en lo que sea factible, o en lo que sea viable

la Ley Nacional. Si en ese caso, el régimen supranacional, el régimen subregional la Decisión 351 crea un régimen diferente, hay que estar primero a eso, ni siquiera cabría en ese caso la aplicación estricta del principio de favorabilidad porque estos principios se aplican siempre, tratándose de conflictos entre normas de igual jerarquía. No puedo distorsionar el orden lógico del ordenamiento positivo, tratando de aplicar la norma jerárquicamente inferior por encima de la jerárquicamente superior, a pretexto de supuestamente aplicar la norma en beneficio de alguien en particular, no puedo caer en esa distorsión. Tengo que someterme incondicionalmente a lo que determina, en este caso, nuestra Constitución en el artículo 425, están por encima los Tratados Internacionales.

2. **¿Considera que el Código INGENIOS es un avance para el país y ha mejorado las condiciones legales del autor?**

No necesariamente, yo no he sido devoto, a lo mejor puedo tener una percepción un poco objetiva, incluso puede ser calificada de esa forma, pero yo no creo que ha habido ningún avance. Crea un marco institucional inmenso e inmensamente engorroso, como todo lo que se ha legislado en estos diez últimos años, complica las cosas innecesariamente. Entonces, los progresos son muy pocos sino muy inexistentes.

3. **¿Le parece adecuada la regulación vigente del derecho de autor en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral y que se encuentre prevista la misma para las obras por encargo como lo establece el artículo 115 del Código INGENIOS?**

No hay que descuidar que el principio de la autonomía de la voluntad contractual se aplica a estos casos. Se puede pactar con el comitente, con el que formula el encargo. Puedo pactar con mi empleador las condiciones para ejercer de alguna manera, no una co-titularidad porque no debería haber una co-titularidad. Hay indiscutiblemente titular del derecho moral y esa titular debe ser honrada y reconocida siempre. Ese es deber grave del titular del derecho haciendo una distinción conceptual fundamental entre el

autor y titular del derecho. Pensemos que el autor siempre va a ser titular de derecho siempre, porque al menos le quedo ejercer la titularidad del derecho moral, del componente moral del derecho de Propiedad Intelectual. No todo titular de derecho es autor- creador intelectual. La persona jurídica está en una imposibilidad de hacer, pero hay una ficción que le permite ejercer la titularidad del derecho patrimonial.

Vistas así las cosas, no creo que debería modificarse esa posibilidad, que como digo es el esquema universalmente aceptado y reconocido. Nosotros, no está bien inclinar innecesariamente la balanza de un lado, lo lógico sería que como es el Derecho sobre todas las cosas: equidad, dar a cada uno lo que le corresponde. Entonces, establecer un esquema donde la participación en los beneficios del creador intelectual sea un hecho objetivo, cierto. Eso está bien, eso es lo justo. Pero tampoco inclinar la balanza a tal manera que quedemos atados a una suerte de co- titularidad no declarada.

4. **En su opinión, ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del cambio de régimen respecto al autor de obras creadas en relación de subordinación?**

La relación de subordinación cae dentro de la relación de dependencia laboral, diferencias más menos de carácter conceptual estamos en una situación igual. La situación que esta jerárquicamente subordinado a otro es perfectamente asimilable con la relación de dependencia laboral o la obra creada por encargo.

5. **Desde la perspectiva del empleador, ¿El cambio de normativa es beneficioso? Si o no, ¿Por qué?**

No es beneficioso. Hay un ánima de versión natural en el régimen, en el sistema, en contra de quien ejerce la condición de empleador. El que debe estar declarando lo que debe y no debe, sobre el que pende una espada de Damocles sostenida por un marco constitucional agobiante, ese es el empleador, no es el ogro del cuento. Sin empleadores no habría trabajadores, sin empleadores no habría quien cotice la

seguridad social, no habría un régimen de solidaridad que pueda ser sustentable. Entonces, por que seguir al empleador con este tipo de cosas.

6. **A su criterio, ¿la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral debe corresponder al autor o al empleador? ¿Por qué?**

El autor creador intelectual es creador de derecho siempre porque al menos le concierne la titularidad del derecho moral. Lo que debe haber es una co-participación equitativa en la explotación patrimonial-pecuniaria de la obra, eso es lo justo. Pero, ¿por qué necesariamente atar una cotitularidad de derechos? El principio de la autonomía de la voluntad contractual es lo más sano, porque además es eso lo que estimula la actividad creativa. El que ya creó una vez ya puede hacer dos o tres veces y se puede mejorar lo que ya ha hecho. Con esto se está cerrando la puerta a la iniciativa creadora, sino más bien da un paso al costado. Cuando lo lógico es que fuera de un esquema de cotitularidad, que no es necesaria, desde el punto de vista, habrá personas que nos digan que sí, es el deber ser de las personas. El mío tal vez es de participar equitativamente en la explotación matrimonial. Obligar, quizá, a que se introduzcan cláusulas que aseguren esa posibilidad siempre dentro de marco de lo que da el principio de la autonomía de la voluntad contractual.

7. **¿Cuál es la diferencia entre autor y titular de una obra y específicamente en las obras creadas por asalariados?**

Ya se ha respondido con anterioridad.

8. **¿Cuál considera que es la mejor forma de transferir la titularidad en obras creadas bajo relación de dependencia laboral?**

Dependiendo de la titularidad de que derecho? Del derecho moral? El derecho moral es intransferible. Los derechos patrimoniales, el principio de la autonomía de la voluntad contractual, eso debería ser la regla siempre. Yo me pongo de acuerdo con usted para

ver la suerte que corre el Derecho. Yo no depende de usted para yo transferir el derecho a quien yo quiera.

¿Por qué usted tiene que en intervenir y limitar esa posibilidad? No, eso impide el libre flujo de ideas, impide el libre flujo de recursos, es una suerte de intervencionismo velado del Estado, eso no puede ser, eso es incompatible con el estado moderno de derecho. Entonces lo que hay que hacer, es eso, condiciones contractuales justas no exorbitantes que inclinen la balanza encima del uno o del otro.

9. **¿Qué pasa con los derechos morales y patrimoniales del autor al momento de transferirlos?**

Ya ha sido respondida.

10. **El autor al ceder los derechos patrimoniales, ¿pierde alguna facultad?**

Ya ha sido respondida.

11. **¿A qué se refiere el Código con el derecho irrenunciable de remuneración equitativa?**

Es la participación, constante, permanente, definitiva a la explotación patrimonial de la obra. Es una forma de cotitularidad no declarada del derecho patrimonial.

La titularidad del derecho patrimonial es, básicamente para eso, para explotar la obra económicamente y participar de los beneficios derivados de esa explotación.

12. **¿Cuáles son las repercusiones o implicaciones en el ámbito laboral con la vigencia del Código INGENIOS?**

Las leyes forman parte, se integran a los contratos, las leyes vigentes al momento de la celebración de un contrato se incorporan a otro automáticamente a su contenido y su contexto. Las leyes rigen para lo venidero, yo no podría aplicar retroactivamente el Código sino un contrato bajo la fórmula de dependencia laboral donde estén comprometidos los derechos de Propiedad Inmaterial. Entonces, quizá, para lo venidero

se podría aplicar la posibilidad de introducir nuevas clausulas siempre suponiendo el consentimiento libre de las partes, sin presión ni de uno ni de otro.

## Anexo 2

**Entrevistado:** Sebastián Páez- Director de Derechos de Autor IEPI

**Fecha:** 19 de julio del 2017

1. **Principales cambios del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESCI):**

- **Titularidad:** Con la regulación actual, la titularidad por defecto de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral y por encargo, pertenecen al autor; también las obras desarrolladas en entidades de educación superior (tesis).
- **Derechos de simple remuneración.**- Los autores de obras de artes plásticas tienen derecho a percibir una remuneración por la reventa de sus obras.
- **Régimen inclusivo de la Propiedad Intelectual:** INGENIOS recoge limitaciones y excepciones destinadas al acceso al conocimiento y a la cultura, por sobre los derechos de exclusividad, uno de los ejemplos más claros es la excepción destinada a facilitar el acceso a obras a personas con discapacidad, en implementación del Tratado de Marrakech, de conformidad con el artículo 212 del Código INGENIOS.

2. **Considera que INGENIOS es un avance para el país y ha mejorado las condiciones legales del autor?**

El COESCI establece condiciones que favorecen al autor, tal como la titularidad de las obras por encargo y en relación de dependencia laboral, anteriormente la Ley de Propiedad Intelectual señalaba que los derechos de explotación, salvo pacto en contrario, pertenecían al comitente o empleador, actualmente es lo contrario. Asimismo, se establecen derechos de simple remuneración que establecen una contraprestación equitativa por la reventa de obras de artes plásticas, mismas que a menudo tienden a revalorizarse, sin que el autor de la obra se beneficie de la misma.

3. **Le parece adecuada la regulación vigente del derecho de autor en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral y por encargo, según el Art. 115 COESCI?**

Esta regulación específica responde a una política de favorecimiento a la autoría de la obra por sobre los intereses de explotación económica del empleador o comitente, de tal forma que en ausencia de estipulación específica, los derechos patrimoniales de la obra permanecen bajo la titularidad del autor. Cabe señalar que esta regla no es inflexible, toda vez que mediante un contrato de cesión de derechos es posible pactar que la titularidad de los derechos económicos sobre la obra se transfieran al empleador o comitente.

4. **En su opinión, cuáles son las ventajas y desventajas del cambio de régimen respecto al autor de obras creadas en relación de subordinación?**

De forma puntual, una de las desventajas de la nueva regulación sobre titularidad de obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo, es la necesidad de estipular obligatoriamente una cláusula de titularidad en los contratos laborales o la celebración de un contrato de cesión de derechos, en caso de que los mismos vayan a pertenecer al empleador o comitente; esto sucede a menudo al momento del registro de obras por parte de comitentes o empleadores; anteriormente no era necesaria la aportación de dichos requisitos, toda vez que la ley les otorgaba la titularidad.

5. **Desde la perspectiva del empleador, ¿El cambio de la normativa es beneficioso?**

Como se mencionó anteriormente, la única condición que se le impondría al empleador para que las obras creadas en relación de dependencia le pertenezcan, sería una estipulación específica en el contrato de trabajo; hecho lo cual, no existe un perjuicio manifiesto a los intereses del mismo.

6. **A su criterio, ¿la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral debe corresponder al autor o al empleador?, ¿por qué?**

En términos generales no hay un criterio uniforme respecto a quién debería quedarse con la titularidad de los derechos, pues todo depende de los intereses laborales o económicos de las partes, o al giro específico del negocio del empleador, o a la calidad/valor de la obra de que se trate; en el COESCI se ha establecido que por defecto los derechos pertenezcan al autor en implementación de una política de favorecer al creador, salvo que mediante un contrato se pacte lo contrario.

7. **Cuál es la diferencia entre autor y titular de una obra, específicamente en las obras creadas por asalariados?**

El autor es quien crea la obra y posee los derechos morales que son inalienables, imprescriptibles e inembargables, entre los cuales están el derecho a la paternidad de la obra y el derecho de integridad de la obra, el autor únicamente puede ser persona natural. Los derechos patrimoniales de la obra son los derechos de explotación económica, tal como el derecho a la comunicación pública, reproducción, distribución, importación, entre otros; y su titularidad la puede ejercer una persona natural o jurídica.

8. **Cuál considera que es la mejor forma de transferir la titularidad en obras creadas bajo relación de dependencia laboral?**

Se podría decir que la forma más eficiente de transferir la titularidad en obras creadas bajo relación de dependencia laboral, es la estipulación contractual mediante una cláusula (que se incluya en el contrato de trabajo) que determine que las obras creadas en cumplimiento de obligaciones laborales, la titularidad corresponderán al empleador.

9. **Qué pasa con los derechos morales y patrimoniales del autor al momento de transferirlos?**

La ley determina que los derechos morales son intransferibles, únicamente se transfiere la titularidad de los derechos patrimoniales, quien ostente los mismos podrá beneficiarse de los derechos de explotación de la obra.

**10. El autor al ceder los derechos patrimoniales pierde alguna facultad?**

El autor al ceder sus derechos pierde su potestad de beneficios económicos sobre su obra; cabe señalar que hecha efectiva la cesión, el autor tiene derecho a una contraprestación económica, según sea convenido en el contrato.

**11. A qué se refiere el código con el derecho irrenunciable de remuneración equitativa?**

Los derechos de remuneración equitativa o de simple remuneración, establecen una contraprestación equitativa por la reventa de obras de artes plásticas, mismas que a menudo tienden a revalorizarse, beneficiándose el titular de la revalorización y la venta que pudiere sobrevenir de la misma. Un ejemplo claro es la de un cuadro realizado por un artista en sus inicios, la primera venta de dicho cuadro puede no ser significativa, pero conforme adquiera fama y renombre, sus cuadros tendrán un valor mayor, por lo que el artista tiene derecho a un porcentaje de la reventa de su primer cuadro que se enajene con un precio mucho mayor al de la primera venta.

**12. Cuáles son las repercusiones o implicaciones en el ámbito laboral con la vigencia del Código INGENIOS?**

Lo más probable que suceda en este campo es que los empleadores que deseen conservar la titularidad de las obras creadas por sus empleados, deban modificar los contratos de trabajo para añadir la cláusula de cesión de derechos.

**13. Cuál considera que es el mejor tratamiento que se le podría dar en cabeza del autor en obras creadas bajo relación de dependencia laboral, que beneficie tanto al trabajador como al empleador?**

En este caso depende del giro del negocio y de los intereses de las partes, el COESCI otorga preferencia al autor por sobre el empleador o comitente, sin perjuicio de que mediante un contrato se estipule el contrato, en cautela del mejor interés de las partes.

**14. Como Director Nacional de Derechos de Autor, ¿cuáles son los nuevos retos que le plantea el cambio de régimen de derechos de autor?**

Definitivamente existen retos y metas que deben alcanzarse al corto, mediano y largo plazo; en este sentido es deber de la autoridad establecer mecanismos que generen una cultura en la población de respeto al derecho de autor, una adecuada protección y observancia del mismo que integre talento humano calificado, la difusión del derecho de autor y su tratamiento en el marco de la normativa nacional y los convenios internacionales, el incentivo y fomento a las industrias y gestores culturales, establecer políticas alternativas de lucha contra la piratería, el eficiente control y vigilancia de las sociedades de gestión colectiva, la apertura necesaria hacia los artistas a fin de configurar un trabajo en equipo que permita generar políticas que los beneficie.

## Anexo 3

**Entrevistada:** Dra. Zelva González- Directora de EGEDA Ecuador

**Fecha:** 13 de julio del 2017

1. **¿Cuáles son los principales cambios que usted resaltaría del Código de la Economía Social de los Conocimientos, la Creatividad y la Innovación - también conocido como Código INGENIOS- y la antigua Ley de Propiedad Intelectual?**

En el Código INGENIOS le da la titularidad y le reconoce por completo al autor de la obra que ha creado bajo relación de dependencia. Un poco coincide con lo que dice la anterior Ley de Propiedad Intelectual, cuando dice que el autor seguirá siendo el autor pero la titularidad le corresponde a quien pago, o contrato o para quien trabaja el autor. Por su parte, la ley de propiedad intelectual dice salvo pacto en contrario.

En la antigua Ley de Propiedad Intelectual, el artículo 16 dice que "salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras". La titularidad le corresponde a la empresa que tiene relación de dependencia con el creador la obra. Mientras que, en el artículo 115 del INGENIOS dice "salvo pacto en contrario o disposición especial con el presente título, la titularidad corresponderá al autor". Es un cambio de sistema en cuanto a la protección y titularidad que corresponde al empleador. Más bien dicho en cuanto a la titularidad que corresponde al autor o al empleador que es la obra creada bajo relación de dependencia.

Pienso que hay una confusión, la titularidad es una figura legal que crea la ley para darle el derecho de ejercer los derechos morales y patrimoniales a una persona que no es el creador, esa es la titularidad. Le podríamos manejar así la figura para entender mejor. El autor es siempre la persona natural, el autor jamás puede ser la entelequia jurídica de la persona jurídica, por más prestigiosa o poderosa que sea nunca podrá ser, el Estado jamás podrá ser. Definitivamente, somos las personas las que trabajamos para

el estado, producimos determinados documentos o determinados datos, pero quienes pensamos somos las personas naturales. La Microsoft por más importante que sea, grande y que tenga su prestigio nunca la empresa como Microsoft se haya sentado en la silla sobre un escritorio a crear una obra, son las personas naturales las que crean, pero al estar bajo relación de dependencia aquellos autores, creador, están bajo un techo o paraguas, quien tienen la titularidad bajo esas creaciones es la empresa sobre la cual sobre la cual esta trabajando bajo relación de dependencia.

2. **¿Considera que el Código INGENIOS es un avance para el país y ha mejorado las condiciones legales del autor?**

Es complicado porque hay muchos artículos que se cambian y que están favoreciendo al autor, en este artículo le está favoreciendo, le está dando la autoría y titularidad de acuerdo a lo que dice el 115. Pero, pienso que hay ciertas cosas que podría decirse que le han beneficiado y ciertas cosas que no le han beneficiado. Es decir, un poco se viene hablar haciendo símil entre el martillo y el yunque, el autor a veces esta de martillo y otras está de yunque. La verdad es que hay un cambio de manejo de conceptos.

3. **¿Le parece adecuada la regulación vigente del derecho de autor en las obras creadas bajo relación de dependencia laboral y que se encuentre prevista la misma para las obras por encargo como lo establece el artículo 115 del Código INGENIOS?**

Retomo las palabras anteriores y digo que hay un cambio de sistemas en el manejo de conceptos. Estamos viendo que en la anterior Ley de Propiedad Intelectual que la titularidad se le da al empleador, en cambio, en el COESC 115 se le está dando la titularidad al autor, estamos viendo que son dos tratamientos distintos.

En la obra por encargo, el autor siempre seguirá siendo el que creó la obra, pero en la titularidad de la obra es quien lo tiene hecha por encargo. Entonces, hay un

cambio, un nuevo tratamiento con respecto a la autoría y titularidad de las hechas por encargo y las de relación de dependencia.

**4. En su opinión, ¿Cuáles son las ventajas y desventajas del cambio de régimen respecto al autor de obras creadas en relación de subordinación?**

Las obras audiovisuales tienen otro tratamiento muy especial y completamente diferente. Una película por ejemplo se hace en un sistema de agregaciones, de muchas personas, que pueden ser el actor, actriz, música, ambientación, fotografía, guionista, en la obra audiovisual tenemos que los autores son varios, pero tenemos quien ejerce la titularidad de la creación de la obra, que es una obra: original, unitaria, independiente, es el productor audiovisual. Porque las otras personas, son agregaciones que se hacen, pero quien encaja y ya tiene la obra en si ya producida, es el productor audiovisual, y él es el titular de los derechos. Eso lo dice la ley y los convenios internacionales. Se le considera al productor audiovisual como titular de la misma.

Entonces, aquí los abogados tendremos mucho trabajo en asesar a la producción audiovisual para que todos los términos queden absolutamente claros, a fin de que no haya inconvenientes en el momento mismo de la vida natural que debe llevar una película, que es esto: la reproducción, la exhibición, la comercialización, distribución. Esto lo hace el productor audiovisual. Que difícil resultaría que el productor audiovisual no tenga la titularidad de la obra y tenga que cada vez que tenga que hacer una distribución o exhibición tenga que llamar a todos quienes intervinieron en la obra audiovisual para hacer ese acto de explotación natural de la obra audiovisual, es inaplicable. Aquí quien tiene que ejercer definitivamente la titularidad es el productor audiovisual. Simplemente que las cosas de acuerdo al Código INGENIOS tiene que estar muy bien claras, muy bien sentadas en un contrato. Por eso, repito que los abogaos vamos a tener bastante trabajo en esto.

5. **Desde la perspectiva del empleador, ¿El cambio de normativa es beneficioso? Si o no, ¿Por qué?**

Le veo medio complicado, porque si el empleador es el Estado produce ciertos documentos o ciertos libros e investigaciones o proyectos, el autor viene a ser el creador y el Estado no puede ejercer esa titularidad. Hay un artículo que hablar expresamente de los derechos patrimoniales. Entonces, cuando se trata del sector público ahí si se acepta que ellos son los titulares y cuando es el sector privado no se acepta. Estamos es una contradicción, estamos en un Estado de derechos, democrático, igualitario y como es que hay estas discriminaciones. Pienso que el sector privado se ve afectado por esto.

6. **A su criterio, ¿la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral debe corresponder al autor o al empleador? ¿Por qué?**

Ya lo dije anteriormente.

7. **¿Cuál es la diferencia entre autor y titular de una obra y específicamente en las obras creadas por asalariados?**

Vuelvo a repetir, son principios reconocidos. Solo la persona física es quien puede crear y quien puede pensar. Por más prestigiosa que sea una persona jurídica, jamás vamos a poderle sentar y ponerle a pensar y a crear, quienes lo hacemos somos indiscutiblemente somos las personas físicas, que tenemos la capacidad natural de pensar, reflexionar y crear.

8. **¿Cuál considera que es la mejor forma de transferir la titularidad en obras creadas bajo relación de dependencia laboral?**

El tratamiento aceptable es que quien ejerza la titularidad de una obra creada bajo relación de dependencia es precisamente la empresa donde esta las persona creando

eso. Porque le estas pagando para eso, tiene su trabajo, si es por encargo le he contratado exclusivamente para que me haga este retrato o esta pintura. Quién le pago? La persona que le contrato. Otra cosa, es la forma de ejercer determinadas explotaciones de la obra. Lo cual debería quedar definitivamente en un contrato. Por ejemplo, si es que contrato un pintor para que me haga un retrato, ese retrato me pertenece porque le estoy pagando al pintor. Lo que no puedo hacer es duplicarle al retrato, sacar postales de ese retrato distribuir y cobrar sin retribuirle al pintor. Por eso debo contar con la autorización del autor, del pintor para una explotación determinada que se me ocurre hacer. Son tratamientos que se deben poner bien en claro a fin de que no se sienta ni se le esté disminuyendo los derechos que tiene el autor pero tampoco desconociendo el derecho de la titularidad del mandante.

9. **¿Qué pasa con los derechos morales y patrimoniales del autor al momento de transferirlos?**

10. **El autor al ceder los derechos patrimoniales, ¿pierde alguna facultad?**

11. **¿A qué se refiere el Código con el derecho irrenunciable de remuneración equitativa?**

Es cuando soy propietaria de una obra de Kingman, es una obra muy valiosa, dejo en la galería para que se me venda ese cuadro. Sobre esa venta, existe un porcentaje que tiene que ir a favor del creador de la obra o de los herederos.

Se refiere a distintas formas de explotación como dice el artículo 121, que habrá que reconocerle al autor cada vez que su obra sea exhibida o reproducida. En el caso de la obra audiovisual, será el autor del guión, autor de la música, que deba recibir una remuneración equitativa cada vez que se reproduzca la obra. Tienen que hacerse los contratos muy severos y con mucho cuidado.

12. **¿Cuáles son las repercusiones o implicaciones en el ámbito laboral con la vigencia del Código INGENIOS?**

Ahora los empleadores van a tener que repensarse y hacer un contrato realmente detallado para la explotación de la obra que se va a producir.

13. **¿Cuál considera que es el mejor tratamiento que se le podría dar a la titularidad en cabeza del autor en obras creadas bajo relación de dependencia laboral, que beneficie tanto al trabajador como al empleador?**

Mientras las cosas estén más clara y saber en qué ámbito van a explotar la obra y en que porcentajes les va a corresponder la explotación de los derechos patrimoniales de la obra. Porque definitivamente los derechos morales los tiene el autor, pero la titularidad la podría ejercer pero se le está restando aquí al empleador. Es un tema que en el contrato realmente se ponga lo que le corresponde a cada quien.

No estamos satisfechos con el Código INGENIOS pero tenemos que manejarnos con esto.

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Carmen María Rocha Vera, con cédula de ciudadanía número 1722487962, autora del trabajo de graduación intitulado: "Consecuencias jurídicas del cambio de titularidad en obras creadas bajo relación de dependencia laboral en el Código INGENIOS", previa la obtención del grado académico de ABOGADA 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 forma 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, 1 noviembre 2017




FIRMA Y CÉDULA

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



CÉDULA DE CIUDADANÍA
172248796-2

APELLIDOS Y NOMBRES
ROCHA VERA
CARMEN MARIA

LUGAR DE NACIMIENTO
STO DGO TSACHIL
SANTO DOMINGO
S DOMINGO DE LOS CLDS

FECHA DE NACIMIENTO 1992-10-03
NACIONALIDAD ECUATORIANA
SEXO F
ESTADO CIVIL Soltera

INSTRUCCIÓN
BASICA

PROFESIÓN / OCUPACIÓN
ESTUDIANTE

V4343V2242

APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE
ROCHA VELASCO JACINTO XAVIER

APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE
VERA CEDEÑO CARMEN HERLINDA

LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN
QUITO
2010-10-06

FECHA DE EXPIRACIÓN
2020-10-06



00042174 2

DIRECTOR GENERAL

FIRMA DEL CEDULADO

CERTIFICADO DE VOTACIÓN
ELECCIONES GENERALES 2017
2 DE ABRIL 2017

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

REPUBLICA DEL ECUADOR

031
JUNTA No.

031 - 020
NÚMERO

1722487962
CÉDULA

ROCHA VERA CARMEN MARIA
APELLIDOS Y NOMBRES



PICHINCHA
PROVINCIA

CIRCUNSCRIPCIÓN: 1

QUITO
CANTÓN

ZONA: 1

ITCHIMBIA
PARROQUIA

CNE
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

ECUADOR ELIGE CON TRANSPARENCIA

ELECCIONES 2017
GARANTIZAMOS TU DECISIÓN

CIUDADANA (O):

ESTE DOCUMENTO ACREDITA QUE USTED SUFRAGÓ EN LAS ELECCIONES GENERALES 2017

ESTE CERTIFICADO SIRVE PARA TODOS LOS TRÁMITES PÚBLICOS Y PRIVADOS

F.) PRESIDENTA/E DE LA JRV

IMP.IGM.MJ