



FACULTAD DE POSGRADOS

GUÍA PARA PUBLICISTAS SOBRE EL MANEJO LEGAL DE LA PROPIEDAD
INTELECTUAL EN LA PUBLICIDAD ECUATORIANA

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos
para optar por el título de Magíster en Propiedad Intelectual

Profesor Guía
Dr. Alfredo Corral Ponce

Autora
Janette Monserrat Apolo Herrera

Año
2015

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Dr. Alfredo Corral Ponce
Profesor guía
CC. 170760544-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Lcda. Janette Monserrat Apolo Herrera
CC. 1711612539

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor Alfredo Corral Ponce, quien me alentó a tomar el difícil pero gratificante reto de incursionar en el mundo de la propiedad intelectual.

A las autoridades de la UDLA por el apoyo recibido para la realización de este proyecto.

DEDICATORIA

Al hombre que me enseñó desde niña a mirar el mundo con irreverencia, valentía y sentido del humor... Mi admirado y querido padre, Guillermo Apolo, a 10 años de su partida :(

A la mujer de quien aprendí el poder de la fe y la oración, el valor del perdón y la magia de la intuición... Mi abnegada y querida madre, Rebeca Herrera.

RESUMEN

Este trabajo surgió de la necesidad de los publicistas ecuatorianos de conocer más sobre la protección legal que pueden o no tener sus creaciones y bajo qué condiciones, ello inspiró la investigación y el desarrollo de una guía que les explique sus derechos intelectuales, la protección de sus obras y las pautas a seguir para incorporar legalmente obras ajenas en sus piezas publicitarias.

A pesar de que la ley no menciona a las creaciones publicitarias como obras protegidas, mediante la investigación bibliográfica se concluyó que sí lo son y se determinó el tipo de protección legal que pueden tener a través de las diferentes áreas de propiedad intelectual, además de definir la relación entre publicidad y competencia desleal y sus implicaciones legales.

La tesis tiene un estudio descriptivo con un enfoque cualitativo; se tomó una muestra de expertos de 4 grupos involucrados; se aplicó entrevistas para identificar las infracciones más comunes en propiedad intelectual y competencia desleal cometidas por los publicistas, sus principales causas y formas de evitarlas; también se definieron los temas que los publicistas necesitan conocer para proteger sus obras creativas y evitar infracciones.

El estudio indicó que las principales infracciones son: uso de obras protegidas sin autorización, apropiación de elementos existentes mediante plagio servil o elaborado, uso de marcas sin autorización; en competencia desleal, actos de confusión, engaño, imitación, denigración, comparación sin pruebas, explotación de la reputación ajena. Entre las causas de estas infracciones están: desconocimiento y facilismo; las formas de evitarlas son: mayor conocimiento del tema y asesoramiento con abogados especialistas en propiedad intelectual.

En función del grupo objetivo, la propuesta tiene un esquema simple de pregunta y respuesta, un formato común en el medio publicitario; para quienes desconocen el vocabulario legal el lenguaje es sencillo y amigable sin perder la esencia jurídica; los temas desarrollados en la propuesta se basan en los resultados de la investigación.

Todos los entrevistados afirmaron que la guía será útil debido a la escasez de fuentes sobre el tema, lo que permite concluir que la divulgación de la investigación y de los lineamientos que de ella surgieron, sería una interesante contribución para el medio publicitario.

ABSTRACT

This research project grew out of the need for Ecuadorian advertising professionals to learn when and how to protect their intellectual property. This question inspired this research on this topic, as well as the development of a guide detailing the intellectual property rights of such professionals. The research project and guide examine how advertising professionals can protect their work. This project also develops a series of guidelines that should be followed in order to respectfully incorporate creative works by other professionals in their own advertising materials.

Even though the legal framework in Ecuador does not explicitly mention advertising material as intellectual property, this research shows that this material is in fact protected under Ecuadorian law. The research details what type of protection advertisements warrant, and which spheres of intellectual property law apply. Further, it explains the link that exists between advertising and unfair competition, and elucidates the legal implications of the latter.

This dissertation contains a descriptive study with a qualitative focus. A sample of experts was selected from 4 groups of stakeholders. They were interviewed in order to identify the most common violations of intellectual property law and the most prevalent unfair competition tactics employed by advertising professionals, as well as pinpointing the main causes of these issues, and how to avoid them. The research also provides advertising professionals with the information they need in order to protect their creative work and avoid infringing on other professionals' work.

The study highlights a few recurring breaches. With respect to intellectual property, it covers the use of protected material without authorization, the appropriation of existing elements whether through servile imitation or more elaborate forms of plagiarism, and the unauthorized use of branding. With regards to unfair competition, the thesis examines acts of confusion, deception, imitation, defamation, unfounded comparisons and misappropriation. Because some of these infractions are committed due to misinformation or expediency, the best way to avoid them is to become better informed on the subject and seek advice from attorneys specializing in intellectual property law.

For ease of use of the target group, the guide is presented in a simple question and answer format, which is fairly common in the advertising world. The decision was made to steer away from complex legal jargon, in order to aid comprehension in readers unfamiliar with legal terminology, without disregarding the legal issues involved. The issues discussed in this proposal are based on the results of the research carried out.

All of the interviewees have given their assurances of the usefulness of this guide. In fact, there is a dearth of such resources available to them. As such, this research, and the guide that has resulted from it, will make an indelible contribution to intellectual property scholarship, as well as to the Advertising field.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. Capítulo I:	
LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU RELACIÓN CON LA CREATIVIDAD PUBLICITARIA	4
1.1 Definición de propiedad intelectual y su justificación	4
1.2 Normativa nacional sobre propiedad intelectual y los organismos oficiales	7
1.2.1 Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)	9
1.2.1.1 Trámites que realiza el IEPI	10
1.2.2 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)	11
1.2.3 Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)	11
1.3 Lo que protege y no la propiedad intelectual	12
1.3.1 Alcance de la protección	15
1.3.2 División de los derechos intelectuales	15
1.4 Relación de la propiedad intelectual con la publicidad	20
1.4.1 La importancia de la publicidad y las marcas en la economía	25
1.4.2 Derechos de propiedad intelectual involucrados en publicidad	29
1.4.3 El uso del material de otros en la publicidad	30
2. Capítulo II:	
EL DERECHO DE AUTOR Y SU RELACIÓN CON LAS CREACIONES PUBLICITARIAS	32
2.1 Definición y objetivos del derecho de autor	32
2.2 Marco legal sobre derechos de autor en el Ecuador	33

2.3	La obra como objeto del derecho de autor	34
2.4	Lo que protege y no protege el derecho de autor	39
2.5	Principios fundamentales del derecho de autor	41
2.6	Tipos de obras, autoría y su titularidad	42
2.7	Las obras publicitarias	46
2.8	Derechos morales y patrimoniales conferidos por el derecho de autor	49
2.8.1	Derechos morales de las obras	50
2.8.2	Derechos patrimoniales de las obras	53
2.8.3	Transferencia del derecho patrimonial	59
2.8.4	Duración del derecho patrimonial y el paso de la obra al dominio público	60
2.8.5	Excepciones de los derechos patrimoniales	61
2.9	Derechos conexos	63
2.9.1	Derechos conferidos a los tres grupos involucrados	63
2.9.2	Importancia de los derechos de autor y conexos	65
2.9.3	Excepciones, limitaciones y duración de los derechos conexos	67
2.10	La gestión colectiva y las sociedades de gestión	68
2.10.1	SAYCE y la sincronización	69
2.11	El plagio, las ideas y las formas de expresión	72
2.12	El plagio en las obras publicitarias	73

3. Capítulo III:

	EL DERECHO MARCARIO Y SU RELACIÓN CON LA PUBLICIDAD EN EL ECUADOR	75
3.1	Concepto de propiedad industrial y sus ámbitos de protección en Ecuador	75
3.2	Descripción de los signos distintivos	78
3.2.1	La marca	79

3.2.1.1	Breve historia y concepto	79
3.2.1.2	La importancia de la elección de la marca	81
3.2.1.3	Realidades de la marca	85
3.2.1.4	Características que una marca debería tener	87
3.2.1.5	Funciones de la marca	88
3.2.1.6	Clasificación de las marcas bajo la óptica legal	89
3.2.2	Nombre comercial	95
3.2.3	Lema comercial	95
3.2.4	Apariencia distintiva	96
3.2.5	Indicaciones geográficas	96
3.2.6	Denominaciones de origen (DO)	97
3.3	Protección de los diferentes signos distintivos	98
3.3.1	Requisitos para el registro de marcas y principios fundamentales	99
3.3.1.1	Trámite de registro de una marca	100
3.3.1.2	Beneficios y derechos que confiere el registro de una marca	102
3.3.1.3	Motivos por los que se deniega una solicitud	102
3.3.1.4	Recomendaciones del IEPI para elegir o crear una marca	104
3.3.1.5	Clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas – Clasificación de Niza	105
3.3.2	Sistema de protección para el nombre comercial	106
3.3.2.1	Trámite de registro del nombre comercial	106
3.3.2.2	Duración, renovación y extinción del derecho	107
3.3.2.3	Prohibiciones de registro del nombre comercial	107
3.3.3	Trámite de registro del lema comercial	108
3.3.4	Trámite de registro de la apariencia distintiva	108
3.3.5	Tasas por trámites de registro de signos distintivos	108

4. Capítulo IV:

LA COMPETENCIA DESLEAL Y LOS LÍMITES QUE DEBE RESPETAR LA PUBLICIDAD EN ECUADOR 110

4.1	Definición de la competencia desleal y su organismo de control	110
4.2	Prácticas consideradas desleales según la ley ecuatoriana	111
4.3	Relación entre publicidad y competencia desleal	118
4.3.1	Publicidad confusionista	120
4.3.2	Publicidad engañosa o falsa	121
4.3.3	Publicidad denigratoria	124
4.3.4	Publicidad comparativa	125
4.3.5	Publicidad subliminal	127
4.3.6	Actos de imitación y de explotación de la reputación ajena	129

5. Capítulo V:

DIAGNÓSTICO DE LA INVESTIGACIÓN APLICADA A LOS GRUPOS INVOLUCRADOS 131

5.1	Objetivos de la investigación de campo	131
5.2	Metodología de la investigación	131
5.3	Grupos investigados y la justificación de su selección	134
5.4	Perfiles de los entrevistados	135
5.5	Temarios de las entrevistas aplicadas	140
5.6	Procesamiento de los datos obtenidos	141
5.6.1	Diagnóstico del GRUPO A (Abogados expertos en propiedad intelectual y competencia desleal) basado en el análisis de las respuestas obtenidas	141

5.6.2	Diagnóstico GRUPO B: Expertos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)	145
5.6.3	Diagnóstico GRUPO C: Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)	148
5.6.4	Diagnóstico GRUPO D: Creativos publicitarios	149
5.6.5	Diagnóstico general de la investigación	152

6. Capítulo VI:

GUÍA PARA PUBLICISTAS SOBRE EL MANEJO LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA PUBLICIDAD

ECUATORIANA **159**

6.1	Antecedentes	159
6.2	Finalidad de la guía	159
6.3	Estructura y formato	160
6.4	Desarrollo de las respuestas	163

CONCLUSIONES **220**

RECOMENDACIONES **222**

REFERENCIAS **223**

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la creatividad ha sido el motor de la innovación, una respuesta ante la necesidad humana de sobrevivir o de mejorar sus condiciones de vida, mediante el desarrollo de maravillosos avances en las distintas disciplinas; por este motivo resulta justo que quien aporte a la sociedad con sus creaciones, merezca retribución y tenga por parte del estado la protección legal sobre sus obras, de esta manera el fruto de esa creatividad puede traducirse en ingresos para su creador, quien al sentirse estimulado seguirá creando y aportando.

La publicidad es un campo creativo por excelencia; los publicistas son quienes profesionalizan la creatividad, ya que su reto diario es la reinención continua de la comunicación persuasiva y de las maneras de hacerla tangible, para contribuir al cumplimiento de los objetivos mercadológicos de las marcas y así obtener reconocimiento económico y profesional.

Donde hay creatividad surge la copia lamentablemente, así que cada país cuenta con un marco jurídico que garantiza la protección de las obras. El irrespeto a los derechos intelectuales ya sea o no por desconocimiento -ya que este no exime a nadie de la culpa- lleva a controversias legales que producen pérdida de tiempo, dinero y eventualmente el prestigio de los involucrados, por ello es mejor evitarlas.

Debido a la naturaleza de cada profesión el derecho y la publicidad manejan lenguajes diametralmente opuestos, mientras los textos publicitarios son muy sencillos, los documentos jurídicos resultan complejos, lo que provoca una innegable brecha que aleja al publicista del conocimiento legal básico sobre aspectos de propiedad intelectual relacionados por su profesión, lo que puede llevarle a ser el afectado o el infractor.

Con lo anteriormente mencionado, surge el interrogante de qué es lo que los publicistas deben conocer sobre el tema para proteger sus obras y evitar consecuencias legales por infracciones.

Objetivo general de la tesis:

Elaborar una guía para publicistas sobre el manejo legal de la propiedad intelectual en la publicidad ecuatoriana.

Objetivos específicos:

- Determinar el tipo de protección legal que pueden tener las obras publicitarias a través de las diferentes áreas de propiedad intelectual en el Ecuador.
- Definir la relación existente entre publicidad y competencia desleal, además de sus implicaciones legales.
- Identificar el tipo de infracciones más comunes cometidas por los publicistas relacionadas con la propiedad intelectual y la competencia desleal.
- Establecer los elementos que debe contener una guía para publicistas sobre el manejo legal de la propiedad intelectual y competencia desleal en el Ecuador.

Para el cumplimiento de los dos primeros objetivos específicos se procedió a realizar una investigación bibliográfica amplia, partiendo de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) que rige en Ecuador, ley No.83, Registro Oficial (RO) 320 del 19 de mayo de 1998 (Ley de Propiedad Intelectual, 1998) y de las consideraciones previas a la expedición de esta ley que afirman que el país es parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y ha ratificado el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), además de tratados relacionados con la materia, como los convenios de París y de Berna, el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV), la Convención de

Roma, los tratados de la OMPI, las Decisiones: 345, 351 y 486. Igualmente se consideró referencias bibliográficas diversas, principalmente los libros publicados por reconocidos abogados expertos en temas de propiedad intelectual como Antequera, Metke, Otamendi, que contribuyan a establecer los puntos de coincidencia con la publicidad y la protección de sus obras bajo las distintas ramas.

Para el cumplimiento de los objetivos específicos 3 y 4 se procedió a realizar una investigación de campo, aplicando entrevistas a profundidad a los expertos de las 4 partes involucradas directamente en el tema: los abogados concedores de propiedad intelectual y competencia desleal; la autoridad competente en propiedad intelectual, la autoridad competente en competencia desleal y los creativos publicitarios.

De los resultados obtenidos partió el desarrollo de la guía dirigida al publicista, con un formato sencillo, basado en el esquema pregunta y respuesta, que le permita resolver sus habituales dudas, le facilite lograr un conocimiento básico sobre el marco legal que delimita la acción publicitaria, ya sea para hacer valer sus derechos como para evitar inconvenientes legales, además de conocer en qué momento acudir a un abogado especialista.

1. Capítulo I: LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU RELACIÓN CON LA CREATIVIDAD PUBLICITARIA

En el presente capítulo de inicio se explicará lo que es y abarca la propiedad intelectual; se presentará el marco legal que debe considerarse como referencia, las autoridades competentes, lo que se protege y lo que no, el alcance de la protección. Se finalizará el capítulo analizando la relación que tiene la propiedad intelectual con la publicidad.

1.1 Definición de propiedad intelectual y su justificación

Tomando como base la definición de Delgado (como se citó en (Antequera, 1998, p. 37) y en Universidad de Margarita (2004, p. 16) en un sentido amplio se puede definir a los derechos intelectuales o propiedad intelectual (PI) como un espacio jurídico que abarca diferentes sistemas normativos de protección para bienes inmateriales de carácter intelectual y creativo; estas obras pueden ser artísticas, literarias, científicas, industriales, comerciales y técnicas.

Indica que por regla general, los derechos de PI tienen como denominador común el reconocer derechos exclusivos de explotación sobre esos bienes incorporeales. Además de las disposiciones reguladoras de esos derechos, están otras que otorgan o no derechos subjetivos que ponen disciplina a la actividad económica de explotación e inciden en la competencia.

Lo afirmado previamente está alineado al art. 27 inciso 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (UNESCO, 2008) “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.”

Antequera (Universidad de Margarita, 2004, p. 16) comenta que la PI como expresión no guarda el mismo sentido de un país a otro, en cuanto a lo que abarca o no, aunque tiende a universalizarse en su sentido más amplio.

Una publicación ecuatoriana (Chávez, Gómez, & Grijalva, 2007, p. 10) afirma que la PI es una disciplina normativa que a través de leyes y reglamentos “protege derechos sobre creaciones intelectuales, provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humana y que son dignos y susceptibles de reconocimiento jurídico.” Es importante explicar que dentro de esas creaciones se encuentran diversos bienes intangibles como “las obras literarias, artísticas y científicas, los inventos, los signos distintivos –como las marcas- y además las obtenciones vegetales.”

Los argumentos de la existencia e importancia de la protección de la PI son contundentes, el más importante es estimular el desarrollo de los países. Bentata (Universidad de Margarita, 2004, p. 70) define al desarrollo como “la producción de todas las potencialidades encerradas en las personas”; al excluir lo negativo, el término se limita a los talentos creadores, como los culturales (derechos de autor), comerciales (marcas) e industriales (patentes), lo que viene de la mano con plazas de empleo y cierta estabilidad social laboral. La PI lleva la misión de edificar; los creadores deben recibir de la sociedad una protección que compense el tiempo y talento invertidos en el proceso, el objeto de la ley es la protección de los agentes de desarrollo.

Tal como lo mencionan Tobón y Varela (2010, pp. 22-24) dentro de la PI, los derechos de autor tienen tres principios importantes: Primero, el de la recompensa; ya que se busca estimular económicamente por el esfuerzo realizado y alentarlos para que continúen con la creación artística y literaria. Segundo, de la recuperación; porque es importante que el autor recupere lo destinado a su creación. Tercero, del conocimiento público difundido; como la protección brindada es temporal, las creaciones llegarán en algún momento al dominio público, donde cualquiera podrá hacer uso de ellas sin costo.

Este tipo de propiedad no limita el desarrollo de las creaciones, es un incentivo para seguir creando riqueza y cultura al servicio de la sociedad. El derecho moral del autor (a que no se cambie o altere la obra) no limita la divulgación de las ideas, solo hace que mantenga la identidad legítima del creador y la personalidad de éste.

Como afirma el autor citado en los párrafos anteriores, uno de los componentes del crecimiento social y económico es sin duda el uso y explotación del conocimiento; cada vez es mayor la inversión en elementos intangibles. Los países desarrollados apoyan más y más a la investigación, pero también con ello ha surgido la necesidad de un sistema legal de protección eficaz que estimule a la creación; este esfuerzo con resultado creativo, permite dinamizar la economía de un país interna y externamente.

En un mundo donde el dinero proporciona mejores condiciones de vida, el contar con un estímulo económico, incentiva al creador a destinar tiempo e ingenio para generar obras creativas; dentro de este ámbito, la publicidad no es la excepción, ya que está ligada al desarrollo comercial de las marcas y por ende de las naciones, de tal manera que si existe protección, existe seguridad e incentivo para innovar.

Cuando la creación publicitaria (al igual que la relacionada con el arte y con las invenciones) está respaldada legalmente y recibe del Estado el derecho de tener el disfrute moral y los respectivos réditos económicos por la explotación de sus creaciones, el tiempo destinado a la creatividad se convierte en inversión; este es el fundamento esencial de la PI.

Definitivamente, una adecuada protección a los derechos intelectuales es indispensable para el desarrollo tecnológico, cultural, social y económico de cualquier país.

1.2 Normativa nacional sobre propiedad intelectual y los organismos oficiales

En materia de propiedad intelectual, en Ecuador rige la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) ley No.83, Registro Oficial (RO) 320 del 19 de mayo de 1998 (Ley de Propiedad Intelectual, 1998). Es importante aclarar que de aquí en adelante cuando se haga referencia a esta ley con sus siglas LPI corresponderá siempre a la misma ley del año indicado en este punto.

Según indican las consideraciones previas a la expedición de esta ley “la protección de las creaciones intelectuales es un derecho fundamental” según lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1948. El Estado debe “asumir la defensa de los derechos intelectuales”, su protección “es vital para el desarrollo tecnológico y económico” del Ecuador, ya que “fomenta inversión en investigación y desarrollo, estimula la producción tecnológica nacional y confiere al Ecuador una ventaja comparativa en el nuevo orden de la economía mundial.” La inadecuada protección de estos “restringe la libre competencia y obstaculiza el crecimiento económico.”

La competitividad comercial e industrial ecuatoriana en el mercado internacional depende en gran medida de su capacidad de incorporar avances tecnológicos a sus procesos. “La protección de los derechos intelectuales debe responder a los principios de universalidad y armonización internacional.”

En dichas consideraciones (Ley de Propiedad Intelectual, 1998) se afirma que el país es parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y ha ratificado el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); además, en el Ecuador están vigentes las siguientes normas de aplicación internacional, cuyo contenido es considerado en el Ecuador en materia de PI:

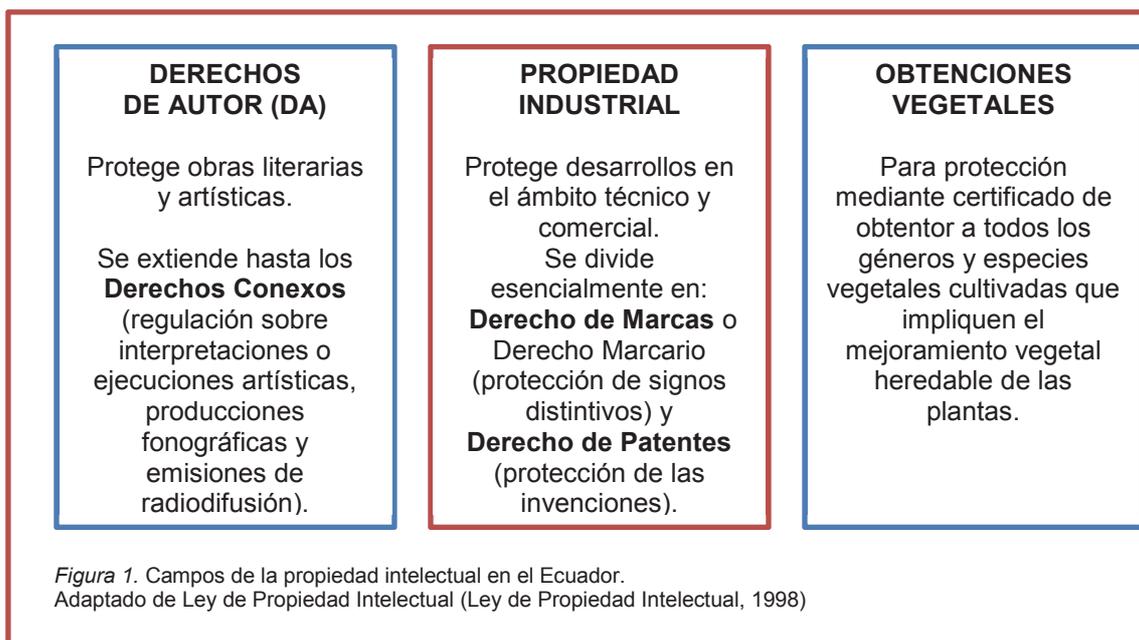
Tabla 1. Normas de aplicación internacional consideradas en Ecuador

NOMBRE DEL ACUERDO	REGISTRO OFICIAL Y FECHA*	PROTECCIÓN DE
Convenio de París	RO/ 244 de 29 de julio de 1999	Propiedad industrial
Convenio de Berna	RO/ 844 de 2 de enero de 1992	Derechos de autor para obras literarias y artísticas
Convención de Roma	RO/ 137 de 24 de diciembre de 1963	Los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión
Tratado de la OMPI	RO/ 711 de 25 de noviembre del 2002	Derechos de autor WCT (Wipo Copyright Treaty)
Tratado de la OMPI	RO/ 711 de 25 de noviembre del 2002	Interpretación o ejecución de fonogramas WPPT (Wipo Performances and Phonograms Treaty)
Decisión 345	RO/ 327 de 30 de noviembre de 1993	Obtendores de variedades vegetales
Decisión 351	RO/ 366 de 25 de enero de 1994	Derechos de autor y derechos conexos
Decisión 486	RO/ 258 de 2 de febrero del 2001	Propiedad industrial
UPOV	RO/ 413 de 8 de diciembre del 2006	Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
ADPIC	RO-S 977 de 28 de junio de 1996	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Nota: Adaptado de LPI (**Ley de Propiedad Intelectual, 1998**) y (**Régimen de Propiedad Intelectual, 2006**).
* De aquí en adelante, cuando se cite alguno de estos acuerdos, el registro oficial y la fecha serán los mismos que están aquí indicados.

Como lo afirma el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI), el Ecuador es parte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), un organismo especializado de las Naciones Unidas en este tema, que tiene como objetivo desarrollar un sistema internacional de propiedad intelectual equilibrado y accesible, que recompense la creatividad y estimule la innovación, que contribuya al desarrollo económico protegiendo a la vez el interés público. El Ecuador como miembro de este goza de todos los derechos que concede a los integrantes y debe cumplir con todo lo convenido.

Según el art.1 LPI, los campos de la PI en Ecuador se consideran los indicados en la tabla siguiente. Los derechos de autor serán tratados más detalladamente en el *capítulo 2* y el derecho de marcas en el *capítulo 3* de la presente tesis.



Los organismos oficiales relacionados con PI son tres: El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Superintendencia de Control del Poder del Mercado; a continuación se detalla cada uno.

1.2.1 Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)

Tal como se define así mismo en su página web “es el ente estatal que regula y controla la aplicación de las leyes de la propiedad intelectual, es decir, las creaciones.” Según añade “es el organismo administrativo competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la ley y en los tratados y convenios internacionales” , pero aclara que lo hará “sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sobre esta materia deberán conocerse por la Función Judicial.” (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI).

Administra y ampara los derechos de PI: nombres comerciales, marcas, denominaciones de origen, indicaciones geográficas, secretos industriales, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, derechos de autor y derechos conexos (...) de conformidad con el devenir tecnológico y comercial que se suscita en el desarrollo de la sociedad ecuatoriana y en el entorno mundial. Es el único responsable de los depósitos, registros y concesiones territoriales de los derechos de propiedad intelectual antes indicados.

Está compuesto por 3 Direcciones Nacionales: la de Propiedad Industrial, la de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y la de Biodiversidad, Conocimientos Tradicionales y Obtenciones de Variedades Vegetales. (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI, 2009, p. 1)

Como se puede concluir, su gestión está alineada con la Declaración Universal de los Derechos Humanos anteriormente citada.

1.2.1.1 Trámites que realiza el IEPI

Según los instructivos disponibles en su página web (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2014), al momento ofrece acceso a sus servicios en línea, para lo cual el interesado debe tener un casillero virtual con usuario y contraseña, seleccionar el tipo de solicitud que desea. Solicitudes disponibles: de signos distintivos, de patentes, de obtenciones vegetales, de derechos de autor y dentro de estos: registro de obras literarias, de obras artísticas y musicales, de obras audiovisuales, de programas de ordenador, de publicaciones periódicas y programas de radio, de fonogramas. Luego de verificar que todo haya sido llenado apropiadamente, se genera un comprobante de pago y luego de que la persona cancela ingresa nuevamente al sistema para registrar dicho pago e ingresar el proceso, el sistema asignará un número de trámite, llamado como expediente.

En cuanto a las tasas, los valores deben ser confirmados con el IEPI.

1.2.2 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)

Como indica en su página web (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2014) es el foro mundial sobre servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual. Es un organismo autofinanciado de las Naciones Unidas creado en 1967, que tiene la misión de llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de PI equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos. El mandato, sus órganos rectores y los procedimientos que la rigen constan en el Convenio de la OMPI.

Su nombre en inglés es WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO), su sede está en Ginebra, Suiza. Al momento cuenta con 187 estados miembros.

A través del motor de búsqueda de su portal se puede encontrar una serie de temas sobre PI, los mismos que serán tomados como referencias de esta tesis.

1.2.3 Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)

Según indica en su página web (Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2014), su misión es la de:

Controlar el correcto funcionamiento de los mercados, a través de la prevención de los abusos de poder de mercado y de todas aquellas prácticas que vayan en perjuicio de los consumidores y los operadores económicos a fin de construir con la competitividad, la eficiencia y el bienestar en general de toda la sociedad.

Esta superintendencia pertenece a la Función de Transparencia y Control Social (FTCS), considerada la quinta función del Estado, encargada del control

de la gestión pública en todos sus niveles: transparencia, eficiencia, equidad y lucha contra la corrupción (Función de Transparencia y Control Social, 2014). La FTCS en su página web define a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como:

Una entidad de control, con personería jurídica de derecho público y con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, cuyo ámbito de acción, funcionamiento y atribuciones derivadas de la Constitución de la República, se encuentran establecidas en la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado (LORCPM), que tiene como finalidad asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia económica; la prevención, investigación, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, de las conductas desleales previstas en la LORCPM; así como del control y regulación de las operaciones de concentración económica, de acuerdo con lo establecido en la Ley de la materia.

A partir de la vigencia de la LORCPM en octubre del 2011 (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011), la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es la autoridad nacional competente para la aplicación de esta ley.

En el *capítulo 4* se analizará con mayor detalle todo lo relacionado con la LORCPM y la Publicidad.

1.3 Lo que protege y no la propiedad intelectual

En 2004, Antequera (Universidad de Margarita, p. 18) indicó que como principio general:

Los derechos intelectuales protegen al resultado de una actividad creativa (...) de manera que es necesaria la existencia de un bien incorpóreo, perceptible a través del intelecto aunque su exteriorización se exprese a través de un soporte material, objetivamente identificable.

Indica el autor que no hay que confundir los objetos de protección comprendidos en la PI como: obras, inventos, diseños, marcas, lemas comerciales, prestaciones artísticas, producciones fonográficas, emisiones radiofónicas, con el mero trabajo intelectual que no tenga como resultado un bien inmaterial independiente, por ejemplo en una agencia de publicidad, un arte finalista, que aunque siga las instrucciones del diseñador o del director creativo, su esfuerzo creativo no se compara al del autor principal, ya que no produce un bien inmaterial distinto de la obra que ya estaba concebida, en este caso colabora en el proceso final.

Afirma el autor que no todos los bienes inmateriales están protegidos por los derechos intelectuales, en el caso de las invenciones no son patentables las contrarias a la salubridad, al orden público, o a la seguridad del Estado, tampoco son invenciones las teorías científicas ni los descubrimientos.

Metke (2006, p. 19) afirma que los derechos intelectuales son una amplia categoría de derechos subjetivos con una característica fundamental radicada en que su objeto de protección son los bienes inmateriales, que son los que no tienen una existencia sensible, porque “consisten en un concepto ideal y son fruto de una creación intelectual.”

Para ampliar la explicación del párrafo anterior, Gómez Segade (como se citó en Metke, 2006, p. 20) afirma que no puede definirse a los bienes inmateriales como aquellos que no son perceptibles por los sentidos, porque hay realidades en el mundo físico que existen aunque no son perceptibles por los sentidos; indica que las creaciones humanas que se hacen perceptibles mediante los

medios adecuados y utilizables en las relaciones sociales, son objeto de una tutela jurídica especial debido a su vital importancia económica.

Para aclarar lo anterior vale mencionar un ejemplo famoso; el caso del sonido de la moto Harley Davidson, es parte de su marca, está registrado como marca sonora, no es material, puede ser percibido por el oído en un momento determinado, pero no por los ojos, ni las manos, ni el olfato y dado el valor de la marca en mención, ese sonido característico está protegido por la ley y nadie más puede utilizarlo.

Metke (2006, p. 21) indica que los bienes inmateriales pueden clasificarse de la siguiente manera:

Tabla 2. Bienes inmateriales y su derecho que los protege		
Bien inmaterial	Descripción	Protegido por
Obras de ingenio	Creaciones intelectuales que aportan formas nuevas de expresión en las letras y las artes.	Derechos de autor
Signos distintivos	Contraseñas utilizadas por empresarios para distinguir su persona, su negocio, sus productos. Son el nombre, la enseña (rótulo) y la marca.	Propiedad industrial
Inventiones industriales	Creaciones intelectuales enfocadas en resultados utilitarios para lograr ventajas para la industria.	Propiedad industrial
Modelos y diseños industriales	Con el objetivo de facilitar el uso o mejorar presentaciones de objetos; dibujos y modelos que dan a objetos un aspecto exterior nuevo.	Propiedad industrial
Descubrimientos científicos	Reconocimiento al científico sobre sus descubrimientos, aún sin una aplicación industrial (lo que lo diferencia de las invenciones industriales).	No tienen un derecho de exclusiva. Derecho que sus nombres sean vinculados a sus descubrimientos y obtener beneficios del éxito de los mismos.

Adaptado de Metke (2006, p. 21).

Afirma el autor que el derecho sobre estas creaciones intelectuales tiene características especiales como su temporalidad, su forma originaria de adquisición, el derecho moral del autor sobre su obra o del inventor sobre su invento, además de las características que se deriven de su naturaleza

inmaterial, como la posibilidad de su reproducción ilimitada o uso simultáneo por varias personas.

1.3.1 Alcance de la protección

Retomando lo afirmado al inicio del capítulo, la propiedad intelectual abarca diferentes sistemas normativos de protección para obras artísticas y literarias, y sistemas normativos que protegen invenciones en cualquier campo de la tecnología, reconociendo derechos exclusivos de explotación a sus autores e inventores. En cuanto a la duración, en el caso de los derechos de autor, el Convenio de Berna indica que lo mínimo es de 50 años luego de la vida del autor, la LPI ecuatoriana otorga la vida del autor más 70 años; en el caso de las marcas, ADPIC señala el mínimo de 7 años, en Ecuador la ley otorga 10 años y debido al principio de territorialidad, solo se protege dentro de los límites fronterizos de ese país en donde se registró y en el caso de las patentes, el ADPIC obliga a proteger al menos por 20 años a estos desarrollos tecnológicos.

1.3.2 División de los derechos intelectuales

Los campos de los derechos de autor (DA) y de la propiedad industrial tienen similitudes (Metke R. , 2006, pp. 24-26) pero también tienen diferencias que vale visualizarlas y luego realizar un corto análisis.

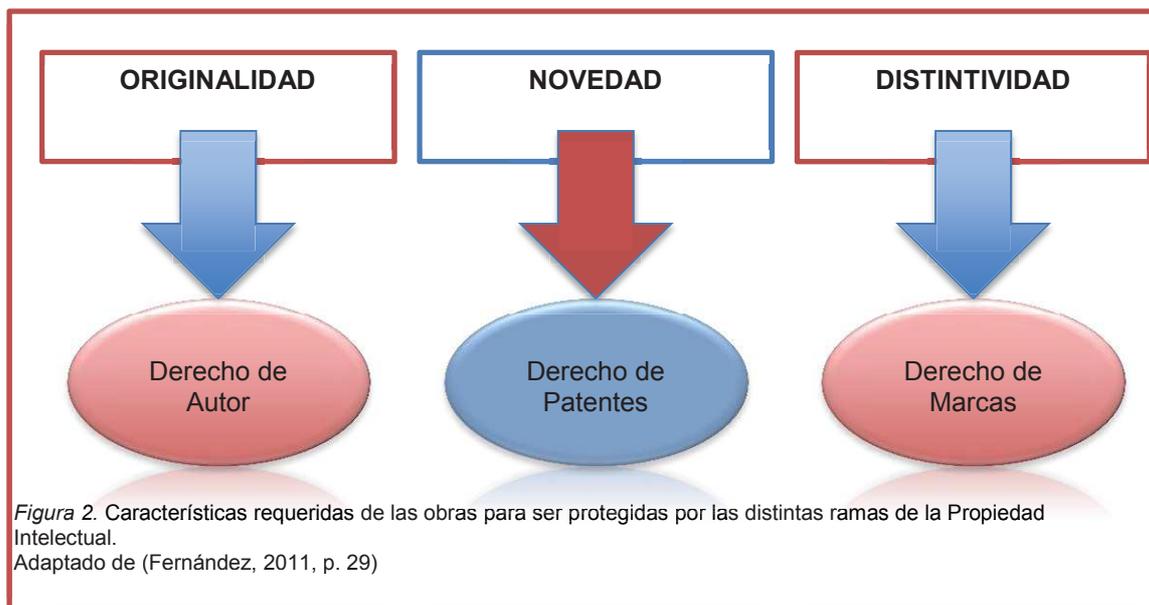
Según lo indicado en la *figura 1*, la PI en Ecuador abarca tres partes: derechos de autor, propiedad industrial y obtenciones vegetales; para el presente estudio, se considerará únicamente las que tengan relación con la publicidad, es decir las dos primeras; a continuación una comparación entre ellas.

Tabla 3. Comparación de los derechos de autor y la propiedad industrial		
Parámetro	Derechos de autor (DA)	Propiedad industrial
Objeto	Obras literarias, científicas y artísticas.	Inventiones industriales, creaciones formales y con aplicación industrial, signos distintivos.
Finalidad	Placer estético o goce intelectual.	Fin utilitario y aprovechamiento económico.
Aspecto que prima	Fundamentalmente refleja la personalidad del autor (derechos morales y patrimoniales)	Prima su aprovechamiento económico.
Requisito esencial	Su valor radica en la originalidad.	Su valor radica en la novedad a medida que sea un avance frente al estado de la técnica y en su distintividad.
Fuente del derecho	El derecho nace de la simple creación intelectual, una vez que se materializa.	Requiere del cumplimiento de requisitos legales y un pronunciamiento de la autoridad competente.
Interés	Tiene un interés más de carácter particular.	Tiene un interés social, por su incidencia en el progreso técnico y económico y en la competencia. La reglamentación es más exigente, con cargas al titular, un término de duración más corto luego del cual pasa al dominio público.
Tipicidad	El concepto de tipicidad es más amplio (obra literaria, científica o artística).	El concepto de tipicidad es más específico.

Adaptado de Metke (2006, pp. 25-26).

En otras palabras en los DA prima la personalidad del autor, el objetivo es el deleite estético, sus derechos nacen de la creación misma y su valor depende de la originalidad de la forma de expresión. En el caso de la propiedad industrial, el objetivo es la utilidad económica; en las invenciones el valor está dado por el grado de aporte al progreso técnico, es decir debe demostrar: novedad, altura inventiva y aplicación industrial; para la adquisición del derecho implica el cumplimiento de requisitos y formalidades.

Es válido establecer las características esenciales que las obras deben tener para ser protegidas bajo las diferentes ramas de la propiedad intelectual:



Hay que aclarar que no todos los bienes inmateriales están protegidos por la PI, en cada rama existen creaciones que no lo están.

A continuación se presenta un cuadro para indicar lo que se protege y lo que no:

Tabla 4. Lo que se protege y lo que no según la LPI

RAMA DE PI	SE PROTEGE	NO SE PROTEGE
<p>Derechos de Autor y Derechos Conexos</p>	<p>LPI - Art. 8. La protección recae sobre todas las obras de ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.</p> <p>a) 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;</p> <p>b) Colecciones de obras, tales como antologías o compilaciones y bases de datos de toda clase, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales, sin perjuicio de los derechos de autor que subsistan sobre los materiales o datos;</p> <p>c) Obras dramáticas y dramático musicales, las coreografías, las pantomimas y, en general las obras teatrales;</p> <p>d) Composiciones musicales con o sin letra;</p> <p>e) Obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales;</p> <p>f) Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, tebeos, comics, así como sus ensayos o bocetos y las demás obras plásticas;</p> <p>g) Proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería;</p> <p>h) Ilustraciones, gráficos, mapas y diseños relativos a la geografía, la topografía, y en general a la ciencia;</p> <p>i) Obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía;</p> <p>j) Obras de arte aplicada, aunque su valor artístico no pueda ser disociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas;</p> <p>k) Programas de ordenador; y,</p> <p>l) Adaptaciones, traducciones, arreglos, revisiones, actualizaciones y anotaciones; compendios, resúmenes y extractos; y, otras transformaciones de una obra, realizadas con expresa autorización de los autores de las obras originales, y sin perjuicio de sus derechos.</p>	<p>LPI - Art. 10. (...)</p> <p>a. Las ideas contenidas en las obras, los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí; los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial; y,</p> <p>b. Las disposiciones legales y reglamentarias, las resoluciones judiciales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como sus traducciones oficiales.</p>

RAMA DE PI	SE PROTEGE	NO SE PROTEGE
Propiedad Industrial	<p>LPI - Art. 1.</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Las invenciones; b. Los dibujos y modelos industriales; c. Los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados; d. La información no divulgada y los secretos comerciales e industriales; e. Las marcas de fábrica, de comercio, de servicios y los lemas comerciales; f. Las apariencias distintivas de los negocios y establecimientos de comercio; g. Los nombres comerciales; h. Las indicaciones geográficas; e, i. Cualquier otra creación intelectual que se destine a un uso agrícola, industrial o comercial. 	<p>Art. 125.</p> <p>No se considerarán invenciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Los descubrimientos, principios y teorías científicas y los métodos matemáticos; b) Las materias que ya existen en la naturaleza; c) Las obras literarias y artísticas o cualquier otra creación estética; d) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de ordenadores o el soporte lógico en tanto no formen parte de una invención susceptible de aplicación industrial; y, e) Las formas de presentar información. <p>Art. 126.</p> <p>Se excluye de la patentabilidad expresamente:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o para evitar daños graves al medio ambiente o ecosistema; b) Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales; y, c) Las plantas y las razas animales, así como los procedimientos esencialmente biológicos para obtenciones de plantas o animales. <p>Para efectos de lo establecido en el literal a), se consideran contrarias a la moral y, por lo tanto, no son patentables:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Los procedimientos de clonación de seres humanos; b) El cuerpo humano y su identidad genética; c) La utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales; y, d) Los procedimientos para la modificación de la identidad genética de animales cuando les causen sufrimiento sin que se obtenga ningún beneficio médico sustancial para el ser humano o los animales.

Tomado de LPI (Ley de Propiedad Intelectual, 1998).

1.4 Relación de la propiedad intelectual con la publicidad

Para establecer con claridad la relación existente entre estas dos áreas, que constituyen la piedra angular de esta tesis y luego de haber definido la primera al inicio de este capítulo, en este subtema es importante presentar un análisis de lo que es publicidad como producto comunicacional y como profesión, y en qué parte se articula la creatividad, ya que si bien es un término de uso común, en la práctica hay una evidente falta de conocimiento y confusión sobre el trabajo profesional que realiza un publicista.

La publicidad en el sentido más general y simple, es un proceso de comunicación que esencialmente tiene por objetivo informar y persuadir. Al hablar de comunicación, sus elementos esenciales como: emisor, mensaje, receptor y respuesta o retroalimentación, están presentes pero con ciertas particularidades. Generalmente en publicidad el emisor que inicia dicho proceso tiene 2 actores, el primero es el anunciante (o empresa) que posee el dinero y maneja marcas con problemas comunicacionales, y el segundo, una estructura publicitaria (generalmente una agencia de publicidad) o asesores publicitarios; mediante un proceso estratégico y creativo (que toma como insumo la información de todas las variables en juego), se define el mensaje publicitario (que por esencia es persuasivo) y se lo codifica, es decir se establece y se combina los códigos elegidos (tipografía, colores, imágenes, formas, sonidos, etc.) para elaborar las piezas (comerciales, cuñas radiales, avisos gráficos, formatos no convencionales, etc.) de manera paralela con la selección de los medios (on-line y off-line) más adecuados (según las variables previas) para enviar el mensaje al grupo de receptores, en el que está el grupo objetivo de la comunicación, que finalmente está en condiciones de decodificar el mensaje y de responder favorablemente, si el mensaje fue de su interés, con lo que se completaría idealmente el proceso.

La estrategia de comunicación publicitaria se compone de 3 partes que pueden ser formuladas a manera de preguntas: *qué decir, cómo decir y a través de qué*

medios; las respuestas obtenidas van dando las pautas de los caminos a seguir.

La primera es el punto de partida, la respuesta a la pregunta *qué decir* permite establecer con claridad lo que se desea comunicar; con esta información se puede redactar la plataforma de comunicación o *copy* estratégico (texto que incluye los beneficios racionales y emocionales del producto promocionado, además de la justificación de por qué se debe elegir una marca); con esta información se formula la segunda pregunta, *cómo decirlo*, aquí se analizan los posibles caminos creativos que se pueden tomar para dar al mensaje un toque diferente y atractivo; este es el campo de la estrategia creativa; estas alternativas creativas son analizadas a la par del cuestionamiento *a través de qué medios*, debido a que la creatividad puede irse adaptando según los medios o canales que permiten llevar el mensaje hacia los grupos objetivos de interés, este es el ámbito de la estrategia de medios, es decir la selección justificada de los medios más idóneos para llevar el mensaje.

Si bien años atrás, estas tres preguntas se hacían y respondían de manera estrictamente secuencial, ya que los creativos definían la estrategia y luego se escogían los medios; actualmente se mantiene la primera etapa como inicio fundamental y las 2 siguientes son analizadas y manejadas de manera simultánea.

Si alguien pregunta en cuál de las partes mencionadas está la creación misma, la respuesta sería: en el todo; ya que si bien la estrategia creativa es el clímax de la creación, esta no podría surgir sin la base de un análisis racional y tampoco podría hacerse visible sin una forma tangible para ser difundida, por lo que podría afirmarse que el producto creativo final (la obra publicitaria como tal), es el resultado de la sinérgica combinación de las mencionadas partes, ya que cada una en su momento aporta lo que debe, de no ser así, el proceso fracasa.

Este proceso tiene tras de sí el cumplimiento de objetivos mercadológicos, relacionados generalmente con cifras de mercado que se desean alcanzar, ya sea en ventas y/o participación de mercado; de estos surgen los objetivos comunicacionales, los mismos que deben tener una perfecta alineación a los primeros para que el logro en conjunto sea posible.

Para definir a la publicidad como profesión, se tomará de base el texto del video ¿Qué es Publicidad? (Apolo, 2013).

Es la combinación de tres pilares: estrategia, creatividad y tecnología con el fin de persuadir a un grupo determinado para que compre un producto (publicidad comercial), apoye una causa (publicidad social) o comparta una ideología política (publicidad política). Pilar 1: Estrategia; el publicista analiza todas las variables en juego y propone al cliente una estrategia de comunicación que luego se hace tangible gracias al trabajo complementario de diseñadores gráficos y multimedia, productoras, imprentas, etc. Pilar 2: Creatividad; es encontrar soluciones nuevas a problemas comunes de manera innovadora y genial, si bien todos somos creativos en mayor o menor medida, la creatividad es una destreza que se desarrolla (...) Así como los deportistas deben ejercitar su cuerpo los publicistas ejercitamos nuestra mente para lograr cada vez mejores resultados en un medio competitivo. Pilar 3: Tecnología, la publicidad va de la mano con la innovación y las nuevas tecnologías como aplicaciones para dispositivos móviles, *smartphones*, *tablets*, desarrollo para neo social media, geo-localización, realidad aumentada, códigos QR y más.

Con el párrafo anterior queda claro varios puntos, por un lado, que la publicidad no solo es comercial sino también social y política, lo que le permite tener un amplio campo de acción en la sociedad con una mayor visibilidad de sus obras. Por otro lado, la publicidad no es solo la parte de ejecución; el publicista no es quien pinta los rótulos, como equivocadamente varios lo asumen; muchos ven

el resultado final y no dimensionan el trabajo intelectual creativo, estratégico y el equipo que existe tras él. El publicista es sinónimo de estrategia y para generar una propuesta y asesorar a los clientes realiza un amplio análisis que incluye importantes dosis de investigación, aquí interviene su hemisferio izquierdo que maneja la racionalidad; luego interviene su hemisferio derecho que controla la creatividad, el manejo equitativo de ambos permite la genialidad en las creaciones, que deben estar alineadas a los objetivos mercadológicos de los anunciantes; de esta manera se logra solucionar de manera innovadora los problemas de las empresas y sus marcas.

La misión de la publicidad es hacer que lo difícil se entienda fácil, se requiere de una gran capacidad de abstracción mental para simplificar los mensajes independientemente del medio en que se vaya a pautar; generalmente se aplica una regla de oro compartida por los conocedores del tema, “lo menos es más”, lo complejo es hacerlo fácil; la buena publicidad debe ser simple pero neuronalmente estimulante. En el medio se dice (sin la intención de ofender), que la publicidad debe ser “a prueba de mudos”, es decir, fácilmente decodificable por el grupo objetivo, para que este responda de la manera esperada por el anunciante, caso contrario el dinero destinado a su difusión pasa de ser inversión a gasto sin retorno.

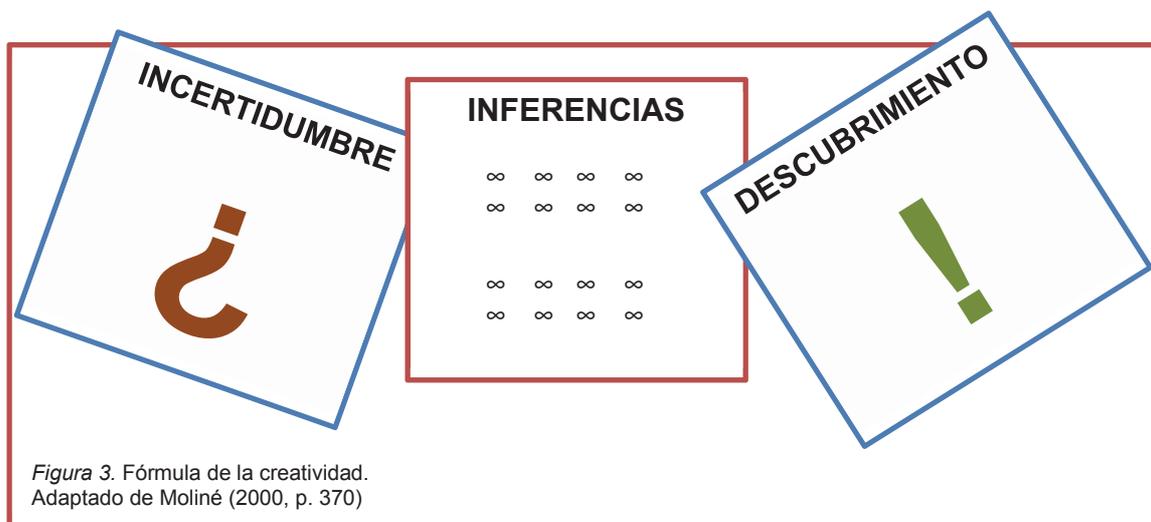
Una de las características de la buena publicidad es la simplicidad, que como se lo mencionó previamente, es el resultado final de un proceso de análisis y simplificación, así que algunas personas sin formación profesional y desconocedoras del proceso, asumen que hacer piezas publicitarias es fácil y ofrecen sus servicios a bajos costos, lo que daña el mercado, ya que empresarios terminan seducidos por bajos costos y optan por contratar gente sin conocimiento, que recurrirá a la copia de obras ya realizadas por otros sin ningún remordimiento, lo que ocasiona que exista mucha copia e irrespeto a los derechos intelectuales de los demás.

Una de las confusiones más comunes es la de asumir que publicidad y marketing son lo mismo, para ello se cita nuevamente otra parte explicativa del video ya mencionado (Apolo, 2013).

¿Publicidad y Marketing son lo mismo? No, el marketing identifica necesidades, crea productos y servicios les asigna un precio y luego los pone en un punto de venta, en este momento contacta el publicista para que realice una comunicación creativa que dé a conocer al grupo objetivo que existe ese producto, a ese precio, en ese punto de venta. La Publicidad está dentro del Marketing.

Si bien la publicidad parte del marketing y conserva de él elementos esenciales, hay un interesante complemento adicional de creatividad, arte y tecnología, que le da a la profesión un toque artístico característico de la buena publicidad, que debe ser simple pero neuronalmente estimulante.

Moliné (2000, pp. 370-372) indica que para que un mensaje sea bueno, ajustando la publicidad a la ciencia, debe seguir 3 pasos, que los identifica como: incertidumbre, inferencias y descubrimiento. Como antecedente, si una publicidad da todos los datos no resulta novedosa, según la fuente, los psicólogos afirman que la mente solo acepta como información lo nuevo, lo que hasta el momento no se sabía, lo desconocido es incierto y provoca un interrogante, frente a ello la mente intenta entender, la creatividad de un aviso incentiva a que este sea analizado, lo que ocurre mediante inferencias que surgen al hacer deducciones para llegar a un resultado; hacer inferencias es buscar en el archivo mental, ahí surgen hipótesis con el objetivo de resolver el interrogante; se produce un interés mental y por ello una actividad neuronal; al producirse este pensamiento intenso, las neuronas se juntan para quedar soldadas formando circuitos de memoria, gracias a los cuales la persona recordará lo que fue resultado de su esfuerzo mental.



Lo anteriormente explicado, sintetiza la base de la creación publicitaria, lograr ese resultado de manera efectiva implica un riguroso proceso, que es muy sesudo y nada improvisado. Frente a la creciente competencia de las marcas por lograr un espacio en la mente de sus consumidores, la creatividad efectiva tiene un rol importante que puede ocasionar que una marca viva o muera.

Para analizar los temas que vienen a continuación, desde el punto de vista legal, se tomará como eje central un extenso e interesante documento publicado por la OMPI en su página web, desarrollado por la consultora de la división de pymes, Lien Verbauwheide (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2005) pero de inicio las fuentes serán publicitarias.

1.4.1 La importancia de la publicidad y las marcas en la economía

La publicidad es parte del comercio y la civilización prácticamente desde sus orígenes. Como afirma Tungate (2008, p. 22) “la publicidad ha estado entre nosotros hace tanto tiempo como productos para vender” presente el momento en que el vendedor gritaba en las esquinas hasta el trozo de papel que se clavaba en el árbol; sería difícil pensar que griegos y romanos no hubieran

ofertado sus productos de manera convincente; en “las ruinas de Pompeya se encontraron ejemplos tempranos de avisos.”

Como se dice comúnmente, lo que no se anuncia no se vende, así que en la carrera por lograr mayor participación de mercado y mejores réditos económicos, las compañías buscan incesantemente crecer, sacar a la venta productos y servicios que satisfagan las expectativas de los consumidores, ganar espacios de por vida en sus cabezas, corazones y bolsillos; pero como el mercado sigue creciendo y cada día se oferta más opciones de consumo, el camino más viable es ofrecer al consumidor marcas con las características que busca, a precios razonables y que además de estar fácilmente disponibles, mantengan un diálogo interactivo y continuo por los medios que el consumidor prefiere.

Como a lo largo de esta tesis se referirá a productos y servicios, es pertinente citar a Kotler y Armstrong (2008, p. 199) quienes definen al producto “como cualquier cosa que se puede ofrecer a un mercado para su atención, adquisición, uso o consumo, y que podría satisfacer un deseo o una necesidad” pero en la práctica este término abarca más allá de los objetos físicos, como: “servicios, eventos, personas, lugares, organizaciones, ideas o combinación de todo esto” por este motivo en la presente tesis se empleará el término producto para referirse a productos y servicios.

Es pertinente aclarar que los consumidores no compran productos, ellos eligen marcas, así que es válido definir este concepto desde el punto de vista publicitario, ya que en el *capítulo 3* se analizará ampliamente el tema desde la óptica legal. Para Arens, Arens y Weigold (2008, p. 192) marca es:

El dispositivo de diferenciación fundamental para todos los productos (...) que es la combinación de nombre, palabras, símbolos o diseño que identifica al producto y su origen, y lo distingue de productos

competidores. Sin marcas, los consumidores no podrían distinguir un producto de otro y la publicidad sería casi imposible.

A lo dicho previamente, Kotler y Armstrong (2008, p. 208) añaden que los consumidores ven a la marca como algo que es parte del producto y que le añade valor, por esto la marca es una herramienta poderosa porque ayuda al consumidor de varias maneras.

Una marca desconocida carece de valor; la gente opta por productos con marcas conocidas que garanticen seguridad por su calidad y su origen; la notoriedad se obtiene por medio de la comunicación, especialmente con la publicidad “necesariamente apoyada en la calidad del producto y superando la prueba del tiempo” (García-Uceda, 2008, p. 102). Marcas notorias o notoriamente conocidas son las que logran reconocimiento por su uso intensivo en el mercado y su efectiva promoción publicitaria; la marca se ha difundido sin perder su fuerza distintiva, llegando a ser generalmente conocida al menos por los sectores interesados en la categoría de productos y servicios a la que la marca pertenece, ejemplo OMEGA para los relojes (Ruiz, 2013, p. 92). Vale definir también a las marcas renombradas o de alto renombre, que son las que gozan de un carácter distintivo excepcional además de un elevado prestigio o *good will*, mantienen un estatus muy superior al de las marcas comunes inclusive están un paso más allá de las marcas notorias, ya que su uso ha sido tan fuerte que además de ser conocidas por el segmento de consumo interesado, son plenamente identificadas por las personas en general aunque no sean sus consumidoras, por ejemplo: ADIDAS, COCA COLA, NIKE, VOLVO, entre otras más (Ruiz, 2013, p. 93).

Como afirma la autora citada en el párrafo anterior, la marca es un valor de referencia que permite identificar al producto para facilitar la comparación con otros como paso previo a la libre elección. La marca es una firma, la reivindicación de una paternidad, sinónimo de garantía y responsabilidad; es también un seguro de progreso, ya que obliga al fabricante al mejoramiento

continuo, ya que debe realizar ajustes acordes a los cambios de deseos y preferencias de su grupo objetivo “la gente elige las marcas por afinidad con su personalidad” (García-Uceda, 2008, p. 102).

Como afirma Moliné (2000, p. 90) la marca es “tan persona como una persona”, la marca está viva (García-Uceda, 2008, p. 102) porque tiene un ciclo vital: nace, crece, evoluciona, enferma y muere; lo que detiene su muerte es la innovación, tanto de sus componentes como producto, como de la comunicación con códigos que le permitan diferenciarse frente a la competencia, ahí entra con fuerza la estrategia publicitaria.

Por lo mencionado previamente, se puede concluir que la marca es un motor permanente de la innovación; una marca sin publicidad no es conocida, por lo tanto no tiene valor, ahí radica la relación de la publicidad con la economía.

En la búsqueda de notoriedad, los anunciantes requieren realzar la diferenciación de sus marcas para que resulten atractivas frente al consumidor, por eso solicitan a sus agencias de publicidad, mensajes persuasivos en distintos soportes, enviados por varios medios dependiendo de su presupuesto, pero siempre con el objetivo de promocionar sus marcas y lograr rentabilidad, pero esos mensajes que han sido elaborados con inversión de dinero y creatividad pueden verse en peligro si no tienen una protección legal.

La publicidad es una forma de enviar información a los consumidores que permanece en constante renovación, para lograr una verdadera distinción. Según afirma el documento de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2005), muchas veces los contenidos de un anuncio no se mantienen fieles a la realidad y por la tendencia humana a exagerar los beneficios de los productos, en ocasiones pueden atravesar la delgada línea y convertirse en publicidad engañosa o falsa. Por ello, crear una comunicación persuasiva sin riesgos a menudo es un arduo trabajo, considerando que la

Internet y las tecnologías digitales ofrecen facilidad y velocidad para organizar y distribuir el contenido publicitario a nivel mundial.

La PI se relaciona con la publicidad como creación materializada, desde cómo las empresas pueden proteger a través de derechos exclusivos sus creaciones hasta cuáles son los peligros de atentar contra los derechos de propiedad intelectual de otros al crear o utilizar contenidos publicitarios sin los respectivos permisos y autorizaciones de sus autores; a través de los contenidos se puede afectar además el mercado y a la competencia si se lo hace deslealmente, como se verá en el *capítulo 4*.

1.4.2 Derechos de propiedad intelectual involucrados en publicidad

Si bien la ley ecuatoriana no habla específicamente de las creaciones publicitarias como obras protegidas (como se analizará en el capítulo de derecho de autor) estas sí lo están, por lo pronto en este tema se identificará de manera general, las piezas publicitarias que están protegidas por PI y se dejará para los siguientes capítulos la explicación de qué derecho protege a qué tipo de obra mediante qué procedimiento.

A continuación se dividirán los contenidos creativos en grupos dependiendo del carácter, siguiendo el criterio de Antequera (2007, p. 77); aunque hay que aclarar que esta división es hecha por motivos meramente didácticos, ya que las obras publicitarias son el resultado de una combinación difícil de dividir tal como se plantea.

En un primer grupo se tiene aquellos de *carácter literario*, que son los que llevan texto, como es el caso de la folletería; de guiones con las historias para comerciales y cuñas de radio; *copy* para vallas y promocionales, redacción utilizada para jingles, anuncios en revistas y periódicos impresos y digitales, el nombre de cada marca y su eslogan, nombres de dominio, nombres comerciales, entre otros.

En un segundo grupo, están los de carácter artístico, como pinturas, ilustraciones, fotografías, dibujos, las composiciones de forma y color de las piezas publicitarias, formas tridimensionales (como envases) y más elementos de este tipo asociados a las marcas, como es el caso de los personajes caricaturizados, el *pack shot* o foto del producto, creación de una tipografía determinada, entre otros.

En un tercer grupo, están los de carácter musical como por ejemplo las composiciones musicales inéditas realizadas para una marca determinada ya sea sin letra o con ella si se va a crear un jingle.

En un cuarto grupo, están los de carácter audiovisual, como por ejemplo la producción de los comerciales para TV e Internet, cuñas radiales, jingles, promocionales con animación, juegos interactivos, páginas web con efectos audiovisuales, entre otros.

Si bien en los capítulos siguientes se lo tratará a detalle, vale cerrar este tema indicando que algunas piezas publicitarias, como por ejemplo un aviso, puede estar protegido simultáneamente por derecho de autor (la fotografía) y por derecho marcario (la marca y el eslogan).

1.4.3 El uso del material de otros en la publicidad

La creatividad publicitaria permite combinar obras ya existentes, modificarlas para adaptarlas a nuevas creaciones para las marcas como: fotografías, música famosa, textos literarios, pinturas, gráficos, personajes caricaturizados, fragmentos de películas, ilustraciones, etc. Utilizar obras ajenas en la publicidad es totalmente válido siempre y cuando se cuente con la autorización de sus autores y se haya pagado los valores respectivos para su uso en un tiempo determinado; la utilización sin permiso, es un irrespeto a la ley que puede traer problemas legales.

La explicación sobre la utilización legal de las obras de otros, será presentada más ampliamente en el *capítulo 2* de derechos de autor.

Luego de haber determinado la relación que tiene la propiedad intelectual con la publicidad, en los siguientes capítulos se analizarán las ramas de PI a través de las cuales las creaciones publicitarias pueden o no estar protegidas.

2. Capítulo II: EL DERECHO DE AUTOR Y SU RELACIÓN CON LAS CREACIONES PUBLICITARIAS

En este capítulo se explicará la definición y los objetivos del derecho de autor, el marco legal, lo que protege y no, los principios fundamentales, tipos de obras, autoría y titularidad. Se definirán los motivos por los cuales las creaciones publicitarias son obras protegidas por el derecho de autor, se analizarán los derechos morales, patrimoniales y conexos, la labor de las sociedades de gestión colectiva, SAYCE y la sincronización, finalmente se abordará el tema del plagio, las ideas y sus formas de expresión, y el plagio en las obras publicitarias.

2.1 Definición y objetivos de derecho de autor

Combinando lo afirmado por Ruiz (2013, pp. 2-3) y por la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2014); derecho de autor (DA) se utiliza para describir los derechos que adquiere una persona sobre su creación intelectual en los ámbitos literario y artístico, en obras como: libros, música, pintura, escultura, películas, programas informáticos, bases de datos, publicidades, mapas y dibujos técnicos. Para que surja la protección debe existir concretamente la creación, es decir la obra debe haber sido materializada a través de algún medio.

El IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009, p. 3) afirma que es el derecho que garantiza a los autores, compositores, programadores, informáticos, diseñadores web entre otros la protección legal de sus creaciones u obras. Este derecho otorga al creador derechos exclusivos sobre su obra por un periodo de tiempo limitado y considerablemente extenso. Permite al autor llevar el control económico de su obra y recibir pagos por la misma. La legislación también reconoce los derechos morales, que protegen entre otras cosas, la reputación e integridad del autor.

Ruiz (2013, pp. 3-4) indica que sus objetivos son dos: que el autor siga la suerte de su obra y que pueda mejorar la calidad de vida gracias a su arte. El DA debe procurar un equilibrio entre los intereses públicos y privados, ya que si bien el autor de la obra puede disponer de ella, es importante que facilite el acceso a la sociedad.

Al decir que siga la suerte de su obra, quiere decir que si la obra tiene éxito, es ideal que su autor tenga éxito también y reciba ingresos que le permitan gozar de una mejor calidad de vida.

Como no se menciona nada sobre la publicidad, es necesario profundizar y establecer si las creaciones publicitarias entran o no dentro de la categoría de obras protegidas por el DA.

2.2 Marco legal sobre derechos de autor en el Ecuador

Tal como se indicó en el primer capítulo, en Ecuador, la normativa jurídica de protección de derechos de autor se basa en la Ley de Propiedad Intelectual (Ley de Propiedad Intelectual, 1998), además de los siguientes acuerdos:

Tabla 5. Acuerdos internacionales relacionados con derechos de autor		
NOMBRE DEL ACUERDO	REGISTRO OFICIAL Y FECHA*	PROTECCIÓN DE
Convenio de Berna	RO/ 844 de 2 de enero de 1992	Derechos de autor para obras literarias y artísticas
Convención de Roma	RO/ 137 de 24 de diciembre de 1963	Los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión
Tratado de la OMPI	RO/ 711 de 25 de noviembre del 2002	Derechos de autor WCT
Tratado de la OMPI	RO/ 711 de 25 de noviembre del 2002	Interpretación o ejecución de fonogramas WPPT
Decisión 351	RO/ 366 de 25 de enero de 1994	Derechos de autor y derechos conexos
ADPIC	RO-S 977 de 28 de junio de 1996	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Adaptado de LPI (Ley de Propiedad Intelectual, 1998) y (Régimen de Propiedad Intelectual, 2006).
* De aquí en adelante, cuando se cite alguno de estos acuerdos, el registro oficial y la fecha serán los mismos aquí indicados.

2.3 La obra como objeto del derecho de autor

El art. 22 de la Constitución Ecuatoriana RO/ 449 (Constitución de la República del Ecuador, 2008) indica que:

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.

Según lo establece el art. 7 LPI, obra es “toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.”

Según el art. 8 LPI:

La protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Los derechos reconocidos por el presente Título son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad.

Sobre lo citado, Ruiz (2013, p. 4) enfatiza que el goce de los derechos de autor de las obras de ingenio se da por el solo hecho de su creación, sin que dependa del cumplimiento de formalidad alguna, el registro tiene un carácter exclusivamente declarativo y no constitutivo de derechos. Esto quiere decir que el registro de una obra puede realizarse pero lo que le da el derecho es ser el verdadero autor. Se puede dar el caso de que el IEPI, sin saberlo, emita el

certificado a una obra plagiada, pero en el momento en que aparezca su verdadero autor, ese certificado pierde valor y se anula.

Antequera (1998, pp. 126-131) indica que para hablar de obra se debe partir de tres premisas fundamentales y las explica individualmente:

Tabla 6. Premisas previas para hablar de obra		
PREMISA 1	PREMISA 2	PREMISA 3
El objeto de protección debe proceder del talento creativo en el dominio literario, artístico o científico.	Se reconoce la protección independientemente del género de la obra (<i>artístico, científico o literario</i>), su forma de expresión (<i>escrita, sonora o audiovisual</i>), mérito (<i>porque la valoración de la obra no corresponde al derecho sino a la crítica</i>) o destino (<i>creada para ser divulgada o quedar inédita, para expresar su contenido estético o promocionar un producto comercial</i>).	Ese producto del ingenio humano, exige originalidad en su forma de expresión.
Adaptado de Antequera (1998, pp. 126-129)		

Explicación premisa 1: En cuanto al dominio literario, artístico o científico, el autor afirma que permite excluir por un lado los resultados de un trabajo intelectual no tienen un aporte creativo propio, como el de un arte finalista en una agencia de publicidad que sigue las instrucciones del director creativo, y por otro las invenciones que son objeto de la propiedad industrial. Los conceptos: literario, artístico y científico deben tomarse con un criterio amplio, ya que pueden protegerse obras que en estricto sentido tienen poca relación con las letras, las artes o la ciencia, por ejemplo un dibujo de ingeniería. Las obras científicas no están protegidas por su contenido sino por su forma de expresión, así por ejemplo un manual médico será una obra literaria aunque su contenido no sea estético, pero es expresado mediante el lenguaje.

Explicación premisa 2: El mérito de la obra no es relevante para el DA, siempre que exista un aporte creativo; sobre el destino o finalidad, el autor podrá hacer uso de su derecho exclusivo de no divulgar su obra o hacerlo mediante cesión o concesión de derechos o licencia de uso.

Explicación premisa 3: Según el art. 7 Decisión 351 (Régimen de Propiedad Intelectual, 2006) “queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras” el artículo añade además que “no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas” con este antecedente Antequera afirma que el DA no protege las ideas sino “el ropaje con el que ellas se visten, de manera que a partir de la misma idea pueden surgir diversas obras, cada una de ellas con su propia originalidad” que en DA esta originalidad se enfoca en su individualidad mas no a su novedad, es decir que la forma de expresión del producto creativo debe tener características propias para distinguirse de otro de su mismo género, lo que es opuesto al plagio como copia total o parcial, o la mera aplicación mecánica de conocimientos o ideas de otros sin un sello personal.

Según lo afirmado por Satanowsky (como se citó en Antequera, 1998, p. 131) “la originalidad se presume y quien la niega debe probarla.”

Ruiz (2013, pp. 9-11) abogado ecuatoriano, explica los requisitos de originalidad y exteriorización para una obra.

Tabla 7. Requisitos para que una obra sea considerada como tal	
REQUISITO	EXPLICACIÓN
Originalidad	Equivale a creatividad; es absoluta cuando es nueva y no depende de una obra anterior y relativa cuando se creó tomando otra obra existente de base.
Exteriorización o divulgación	Luego de hacer pública la obra, se evidencia una realidad objetiva y no un contenido abstracto.

Adaptado de Ruiz (2013, pp. 9-11).

Sobre el tema, Fernández (2011, pp. 28-29) señala que la creatividad y la originalidad son condiciones necesarias para que una obra esté protegida por DA; a diferencia de una invención, la novedad no es un requisito, mas sí lo es la originalidad vista como individualidad, que se evidencia cuando la obra

expresa de alguna manera el espíritu creador del autor sobre un tema, la impronta de su personalidad, como lo afirman algunos.

Manifiesta este autor que la protección no considera las cualidades intrínsecas de las obras porque aunque su calidad y extensión sean escasas “están protegidas si son personales, integrales, creativas y si son el resultado de la actividad intelectual de su autor”.

En este punto es pertinente abordar el tema de la creatividad. Como lo define De Bono (2008, pp. 14-15) “creatividad es traer a la existencia algo que tenga valor” y en ese proceso el elemento novedad es fundamental, porque la repetición no se considera creativa.

Como se define en el video promocional de la carrera de publicidad de la UDLA (Apolo, 2013) creatividad es el resultado de encontrar soluciones nuevas a problemas comunes de manera innovadora y genial si bien todos los seres humanos son creativos en mayor o menor medida, la creatividad es una destreza que se desarrolla.

Es equivocado pensar que la creatividad nace de la nada ya que siempre parte de elementos existentes, y lo que hace es combinarlos; mientras más geniales sean esas asociaciones y el resultado final solucione lo que se pretende, la creatividad es más valorada. La originalidad se aprecia por la novedad en la asociación de los elementos que conjuga.

Frente a lo explicado, se puede concluir que la obra publicitaria sí es una obra protegida por DA. Según mencionan los expertos en PI, la mayoría de legislaciones en el mundo incluyen frases como: *se protegen entre otras... particularmente tales obras...* se presentan listados ejemplificativos, es decir dan ejemplos de qué obras pueden estar protegidas, pero no es una lista cerrada, lo que no quiere decir que lo que no está ahí no se protege.

Si se aplica las 3 premisas analizadas, tomando como base lo dicho por Antequera, se puede afirmar enfáticamente que las creaciones publicitarias cumplen con la premisa 1 porque están dentro de los campos artístico y literario, debido a que la comunicación persuasiva utiliza los códigos del lenguaje para transmitir los mensajes y lo hace considerando valores estéticos inspirados en las artes, se puede considerar que la publicidad es un arte persuasivo.

En cuanto a la premisa 2, la protección se da independientemente del género (que ya fue explicado), la expresión, mérito o destino; en este caso, la forma de expresión publicitaria puede ser escrita, sonora o audiovisual, ya sea por separado según el formato o puede combinarlas a todas según el medio o canal que los comunique; para este análisis el mérito no es relevante por cuanto no es valorado por el derecho; en el caso del destino, publicidad busca promocionar productos, apoyar causas o defender ideologías.

Respecto a la premisa 3, que indica que ese producto del ingenio humano debe tener originalidad en su forma de expresión, se puede afirmar que el componente creativo en las formas de expresión de las creaciones publicitarias suele ser muy representativo, debido a la marcada competitividad del mercado al cual se debe su actividad, ya que la dinámica de negocios en el mundo exige innovación en los productos y a la par de los códigos de comunicación, cada vez es más difícil sorprender, lo que se convierte en el continuo reto del mundo de la publicidad, evidencia de ello son los múltiples festivales y concursos creativos a nivel mundial en los que participan las agencias de publicidad con el fin de obtener reconocimiento internacional por su creatividad, ya que esa visible asociación con la innovación creativa le representa fama, prestigio, clientes y dinero. Cabe aclarar que no toda creación publicitaria entra en la categoría de obra protegida por el DA, que lo sea o no depende de su grado de creatividad y originalidad.

En conclusión, cualquier creación intelectual publicitaria que cumpla con las características de originalidad puede entrar a ser parte de las obras protegidas por el DA, aunque en el listado ejemplificativo que presenta la ley ecuatoriana, venezolana, peruana, alemana, francesa, etc. no consta la obra publicitaria, esta va a estar protegida por los motivos anteriormente expuestos.

2.4 Lo que protege y no protege el derecho de autor

Este principio está en los arts. 8 y 10 LPI (Ley de Propiedad Intelectual, 1998), que fueron previamente citados en la *tabla 4 del capítulo 1*.

Según el art. 9 LPI “sin perjuicio de los derechos que subsistan sobre la obra originaria y de la correspondiente autorización” se protegen como obras derivadas “siempre que revistan características de originalidad” las siguientes: traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones y anotaciones, resúmenes y extractos, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística.

Las creaciones o adaptaciones (...) basadas en la tradición, expresada en un grupo de individuos que reflejan las expresiones de la comunidad, su identidad, sus valores transmitidos oralmente, por imitación o por otros medios, ya sea que utilicen lenguaje literario, música, juegos, mitología, rituales, costumbres, artesanías, arquitectura u otras artes, deberán respetar los derechos de las comunidades de conformidad a la Convención que previene la exportación, importación, transferencia de la propiedad cultural y a los instrumentos acordados bajo los auspicios de la OMPI para la protección de las expresiones en contra de su explotación ilícita.

Según el art. 10 LPI no se protege:

- c. Los procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí; los sistemas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial; y,
- d. Las disposiciones legales y reglamentarias, las resoluciones judiciales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como sus traducciones oficiales.

Tres datos importantes que menciona Ruiz (2013, pp. 8-9) primero, que el DA protege a la obra en sí, su contenido pero no el título de la obra; segundo, que en el art. 8 LPI no menciona las obras orales, por lo que estarían excluidas y tercero, de acuerdo al Art. 2 bis del Convenio de Berna, se suma a lo ya mencionado, los discursos políticos.

Las ideas contenidas en las obras no están protegidas en su sentido abstracto; el objeto de protección del DA se enfoca en la forma original en la que los autores han desarrollado sus ideas (Fernández, 2011, p. 23).

El Derecho de Autor ampara exclusivamente las obras, que son la expresión de una idea, pero no la idea en sí misma (...) La exclusión de las ideas y demás conceptos afines del dominio del Derecho de Autor se funda en promover un balance justo y adecuado en los derechos que otorga esta propiedad intelectual. Si el derecho amparara las ideas, se estaría dando al titular de una obra un derecho mucho mayor que la obra en sí: se impediría el desarrollo de obras ulteriores que podrían ser fruto de la propia expresión del nuevo autor, elaboradas en forma independiente, pero con base en una idea similar. En materia de obras utilitarias, incluso se generaría un freno a la competencia, pues se daría al primer autor una suerte de monopolio sobre la idea autoral (Palazzi, 2009).

El autor citado afirma además que el DA tampoco protege: “temas, lugares comunes, datos, hechos, acontecimientos e información”.

De lo enunciado, tres puntos se relacionan con la publicidad: Primero, la no protección de las ideas contenidas en las obras, que suele ser una de las confusiones o creencias equivocadas en el medio de que sí se pueden registrar. Segundo, la protección de las adaptaciones que pueden realizarse de obras artísticas y literarias a las que se les puede cambiar previa la autorización respectiva, esto es muy utilizado en publicidad, por ejemplo cuando se le cambia la letra a una canción por una que hable sobre una marca. Tercero, los publicistas deben respetar los derechos de las comunidades según el artículo anteriormente mencionado.

2.5 Principios fundamentales del derecho de autor

Ruiz (2013, pp. 19-20) indica que son los siguientes: trato nacional, protección automática, independencia de la protección y retroactividad, de los que hace las siguientes descripciones:

- **Trato nacional:** Según el art. 5 inciso 3 del Convenio de Berna (Régimen de Propiedad Intelectual, 2006), la protección en el país de origen se registrará por la legislación nacional, pero cuando el autor no sea nacional, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.
- **Protección automática:** Según indica el art. 5 LPI, el DA “nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión.” La obra se protege desde su exteriorización por cualquier medio.
- El registro o depósito realizado ante la Dirección Nacional de DA y derechos conexos, tiene carácter declarativo y no constitutivo de derechos. Este

proceso genera una presunción de hecho lo que admite prueba en contrario (Ruiz, 2013, p. 19).

- **Independencia de la creación:** Según el art. 5 inciso 2 del Convenio de Berna establece que la extensión de la protección y los medios procesales para la defensa de DA se regirán por la legislación del país en que se reclama la protección.
- **Retroactividad:** Según el art. 18 del mismo convenio, establece protección para obras ya existentes.

2.6 Tipos de obras, autoría y su titularidad

Para explicar este tema se debe citar algunas definiciones establecidas en el art. 7 LPI que tienen precisamente relación con la publicidad.

Tabla 8: Tipos de obras y sus definiciones	
TIPO DE OBRA	DEFINICIÓN
Autor	Persona natural que realiza la creación intelectual.
Obra en colaboración	La creada conjuntamente por dos o más personas naturales.
Obra colectiva	Es la creada por varios autores, por iniciativa y bajo la responsabilidad de una persona natural o jurídica, que la publica o divulga con su propio nombre, y en la que no es posible identificar a los autores o individualizar sus aportes.
Obra por encargo	Es el producto de un contrato para la realización de una obra determinada, sin que medie entre el autor y quien la encomienda una relación de empleo o trabajo.
Titularidad	Calidad de la persona natural o jurídica, de titular de los derechos reconocidos por el presente Libro.

Tomado de LPI (Ley de Propiedad Intelectual, 1998)

En este punto es importante citar lo que indica la Decisión 351 (Régimen de Propiedad Intelectual, 2006) sobre los titulares del derecho:

Art. 8. Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra.

Art. 9. Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los países miembros.

Art. 10. Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario.

En esta normativa se indica la posibilidad de que exista un seudónimo o signo que identifique la obra y en el tema de derechos patrimoniales direcciona a la legislación del país respectivo.

Según lo indicado expresamente en el art. 11 LPI, el autor de la obra (quien realiza la obra intelectual) solo puede ser una persona natural, mientras que quien tiene la titularidad de los derechos puede ser una persona natural o jurídica, con lo que el autor no necesariamente es el titular de la obra.

Independientemente de que esa obra sea realizada por iniciativa del creador o por un pedido de una obra por contrato o bajo relación laboral, la autoría corresponde a la persona natural que la creó; Antequera (2007, p. 31) enfatiza que la obra como acto creativo debe diferenciarse del mero trabajo intelectual que no tiene una forma de expresión original como resultado; el esfuerzo que no tenga como resultado un bien inmaterial independiente no está al mismo nivel de autoría, por ejemplo los colaboradores o asistentes técnicos.

Para el caso de la publicidad, se debe analizar lo concerniente a las obras creadas bajo dependencia laboral y las creadas por encargo.

Sobre la autoría y titularidad en las obras creadas bajo dependencia laboral, Antequera (2007, pp. 40-41) indica que la creación es un acto personal y aunque el empleado deba cumplir sus obligaciones laborales y deba recibir instrucciones sobre la obra y ciertas características, la forma de expresión es suya y nadie puede desconocerlo como creador, “si el patrón fuera el creador, no contrataría al autor.” El contrato firmado por el empleado no puede quitarle sus derechos morales, ya que estos son irrenunciables de acuerdo a la ley, tal como se analizará más adelante.

En el caso de la autoría y la titularidad en las obras creadas por encargo, se cumple lo mismo que en párrafo anterior, es aconsejable que las condiciones se coloquen por escrito en el contrato; la cesión de derechos implicaría únicamente los patrimoniales, ya que los derechos morales son irrenunciables.

Usualmente en publicidad se aplica la figura de la obra por encargo; el anunciante contrata a un creativo o una agencia publicitaria, por la necesidad (comercial, social o política) de realizar una comunicación persuasiva dirigida a sus públicos de interés; este proporciona a la agencia la información básica y una serie de parámetros para que se inicie el proceso de creación y al final le paga por dicho trabajo. Si bien la agencia y sus creativos reciben pautas previas por parte del anunciante, ese aporte es mínimo en comparación al componente creativo y original desarrollado por el equipo de la agencia a partir de lo solicitado por el cliente; la agencia crea la obra por encargo, cobra su dinero por ella, por lo tanto la obra es del anunciante.

A su vez, la agencia (como persona jurídica) contrata bajo relación de dependencia a sus publicistas (creadores de obras publicitarias) y por el trabajo que realizan día a día les paga su salario acordado previamente, lo que quiere decir que los empleados tienen una remuneración por todo lo que ellos hagan bajo pedido de la agencia.

En síntesis, la obra es encargada a la agencia, pero la agencia es una persona jurídica, no es una persona física, no es una persona natural; la agencia debe contratar creativos para que hagan las campañas, porque solo el ser humano puede crear, por lo tanto el creativo va a tener el derecho moral de la publicidad que hizo y en el medio se reconocerá que ese aviso lo hizo Patito Pérez, pero la titularidad de esos derechos de ese creativo le pertenecen a la agencia para la cual trabaja bajo relación de dependencia, pero como a esa agencia a su vez la contrató una empresa, la obra pertenece a quien encarga la obra, los derechos económicos o patrimoniales son del anunciante que pagó por esa publicidad.

La publicidad es una profesión que tiene como principal ingrediente la sinergia resultante del trabajo en equipo, ya que las obras producidas, generalmente surgen de la sumatoria de los esfuerzos individuales; la ley las denomina obras complejas, que son en las que intervienen varias personas y se dividen en obras en colaboración y obras colectivas. La regla más aplicada en la legislación comparada iberoamericana es que los coautores de la obra creada en colaboración son los titulares de los derechos morales y patrimoniales (conceptos que se verá más adelante), que deben ser ejercidos de común acuerdo, pero cuando los aportes son identificables o de géneros distintos, cada uno puede explotar individualmente su colaboración, siempre y cuando esto no afecte a la explotación de la obra en común (Antequera, 2007, pp. 36-37).

Como indica el art. 13 LPI “en la obra en colaboración divisible, cada colaborador es titular de los derechos sobre la parte de que es autor (...) en la obra en colaboración indivisible, los derechos pertenecen en común (...) a los coautores” salvo que se pacte lo contrario en cada caso.

Según el art. 15 LPI el titular de los DA de una obra colectiva será “la persona natural o jurídica que haya organizado, coordinado y dirigido la obra, quien podrá ejercer en nombre propio los derechos morales para la explotación de la

obra.” Tal como lo establece la normativa ecuatoriana, si bien hay varios creadores, la obra se da por la iniciativa de una persona natural o jurídica que publica o divulga; en esa obra no se puede identificar los aportes; Antequera añade que es una obra única y autónoma, y que salvo pacto en contrario, los derechos de la obra colectiva le pertenecen a la persona que edita y divulga.

En el caso de la obra en colaboración, puede o no identificarse los aportes, por ejemplo uno escribe la letra y otro compone la música. En el caso de la obra colectiva, la iniciativa se da por una persona natural o jurídica, que en el caso de la publicidad viene a ser la agencia de publicidad.

2.7 Las obras publicitarias

Luego de haber establecido mediante análisis que la creación publicitaria es una obra protegida por el DA, a continuación se profundizará en el tema considerando la normativa ecuatoriana.

Según lo define Antequera (2007, pp. 76-77) las obras publicitarias son las creadas...

Especialmente para su difusión con el fin de promocionar la venta o presentación de bienes o servicios, no constituye por su forma de expresión un género autónomo, ya que sus características especiales se encuentran en la finalidad (...) las obras están protegidas por el derecho de autor cualquiera que sea su destino.

Afirma el autor que su protección se dará “en la medida que tengan formas expresivas artísticas y literarias con características de originalidad”, menciona que mensajes sin creatividad no lo están.

A continuación se analizará el carácter literario, artístico, musical, audiovisual o científico de las obras publicitarias:

Tabla 9. Carácter de las obras publicitarias protegidas por derechos de autor		
Carácter de la obra publicitaria	Descripción	Ejemplos
Carácter LITERARIO	Si consiste solo en un texto.	Folletería; guiones de las historias para comerciales y cuñas de radio; copy para vallas y promocionales, redacción utilizada para jingles, anuncios en revistas y periódicos impresos y digitales, el nombre de cada marca y su eslogan, nombres de dominio, nombres comerciales, entre otros.
Carácter ARTÍSTICO	Expresiones artísticas.	Pinturas, ilustraciones, fotografías, dibujos, las composiciones de forma y color de las piezas publicitarias, formas tridimensionales (como envases) y más elementos de este tipo asociados a las marcas, como es el caso de los personajes caricaturizados, el <i>pack shot</i> o foto del producto, creación de una tipografía determinada, entre otros.
Carácter MUSICAL	Composiciones musicales con o sin letra.	Composiciones musicales inéditas realizadas para una marca determinada ya sea sin letra o con ella si se va a crear un jingle.
Carácter AUDIOVISUAL	Con los diferentes elementos artístico-literarios que integran estas producciones, especialmente si se trata de creaciones para ser difundidas por cine y/o TV.	Producción de los comerciales para TV e internet, cuñas radiales, jingles, promocionales con animación, juegos interactivos, páginas web con efectos audiovisuales, entre otros.
Contenido CIENTÍFICO	Cuando el texto del aviso explica algo de este tipo.	Un aviso que especifique las cualidades terapéuticas de un medicamento, en la publicidad de este tipo de productos.

Adaptado de Antequera (2007, p. 77)

En la práctica el carácter de la obra publicitaria puede ser de un género o la combinación de ellos, debido a que dependiendo de una serie de factores (objetivos de marketing y comunicación, presupuesto, medios, etc.) la campaña puede estar compuesta por elementos de diferentes tipos.

Lo afirmado a continuación por Antequera ratifica el análisis previo; él dice que debido a que las obras publicitarias no pertenecen a un género de expresión distinto al artístico o al literario, no son mencionadas expresamente en las leyes internacionales ni en la mayoría de las nacionales, lo que no impide que gocen

de la protección de DA siempre que “reúnan los requisitos existenciales exigibles a toda obra y sin perjuicio de la tutela compatible que se encuentra también en la esfera del derecho marcario”, lo que no interfiere con las regulaciones relacionadas con la actividad publicitaria establecidas locales. Debido a que los mensajes publicitarios parten de ideas comunes como por ejemplo la tersura de la piel para promocionar una crema corporal o el cabello sedoso y brillante para un champú, la originalidad de dichos mensajes se basará en la forma de presentar esas particularidades en el producto promocionado (Antequera, 2007, p. 77).

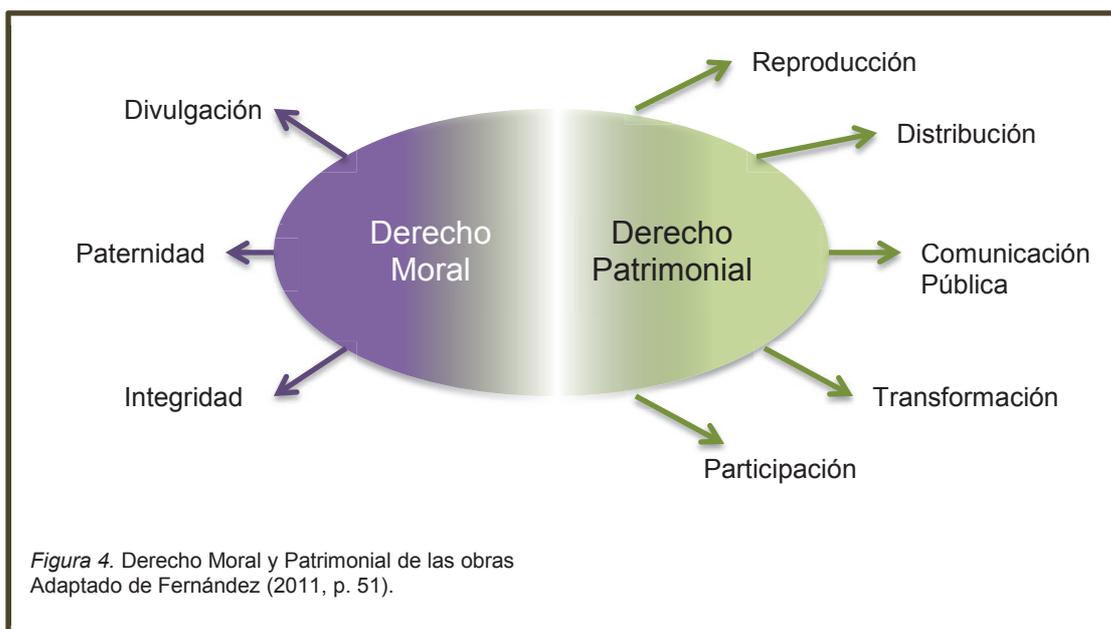
A continuación se relacionará lo explicado por Antequera con los artículos de la normativa nacional sobre la protección de las obras, para detallar más ejemplos de obras publicitarias. El art. 8 LPI menciona algunas obras protegidas por DA, de ellas se seleccionará las que pueden relacionarse de alguna manera con el campo de la publicidad:

Tabla 10. Ejemplos de obras publicitarias protegidas por derechos de autor	
OBRAS PROTEGIDAS POR DA SEGÚN EL ART. 8 LPI	EJEMPLOS DE OBRAS PUBLICITARIAS
Folletos, impresos, artículos, cuentos, poemas, misivas, guiones para teatro, cinematografía, televisión, discursos, memorias y otras obras de similar naturaleza, expresadas en cualquier forma.	Publicidad gráfica (avisos para prensa, revista, valla, folletería, afiches, etc.), las historias para comerciales y cuñas de radio (guiones).
Obras dramáticas y dramático musicales las coreografías, las pantomimas y, en general las obras teatrales.	Comerciales dramatizados con fines comerciales, sociales y políticos; <i>flash mobs</i> (coreografías para eventos de marcas).
Composiciones musicales con o sin letra	Letra y música para jingles, para cuñas.
Obras cinematográficas y cualesquiera otras obras audiovisuales.	Comerciales para TV e internet, animaciones, videos promocionales.
Las esculturas y las obras de pintura, dibujo, grabado, litografía y las historietas gráficas, comics, así como sus ensayos bocetos y las demás obras plásticas.	Expresiones de <i>Artvertising</i> (combinación de las palabras en inglés <i>Advertising</i> (publicidad) y <i>Art</i> (arte)). Mensajes publicitarios basados en comics, expresiones artísticas urbanas.
Ilustraciones, gráficos, obras fotográficas y las expresadas por procedimientos análogos a la fotografía.	Fotografía publicitaria.
Programas de ordenador.	Juegos para las marcas aplicando el <i>Advergaming</i> , que resulta de la combinación de <i>Advertising</i> (publicidad) y <i>Games</i> (juegos).
Información de columna izquierda adaptada de LPI (Ley de Propiedad Intelectual, 1998)	

De lo visto en la tabla anterior, parte de la obra publicitaria la protege el DA, porque todo lo que involucra a las marcas es protegido a través del derecho marcario, como se verá más ampliamente en el *capítulo 3*.

2.8 Derechos morales y patrimoniales conferidos por el derecho de autor

Según Fernández (2011, p. 51) el DA confiere el derecho de propiedad a los autores sobre sus obras “si bien es un derecho único, incluye aspectos o derechos de carácter moral o extrapatrimonial y aspectos o derechos materiales o patrimoniales.” Los primeros garantizan al autor intereses personales y de integridad de la obra, mientras los segundos le permiten obtener beneficio económico por la utilización de ella por parte de terceros.



Indicando lo afirmado por los tribunales argentinos (como se citó en (Fernández, 2011, pp. 51-52):

Los derechos intelectuales tienen una naturaleza *sui generis*, son autónomos y están integrados por dos elementos: el personal o moral del

autor y el patrimonial o económico. La distinción entre ambos es únicamente científica y didáctica, ya que en realidad el intelectual es indivisible, pues el llamado derecho moral no es un derecho distinto e independiente del patrimonial, sino un haz de facultades inalienables e imprescriptibles, porque están en la raíz del derecho del creador.

El derecho intelectual tiene por fundamento a través de la obra misma, la personalidad de su autor y se trata de un derecho integrado por dos elementos el inmaterial o personal por una parte y el patrimonial o económico por la otra.

Antequera (CERLALC, 2008) realiza un análisis e indica que dicho fallo:

Parece adoptar la corriente monista (de recepción en el derecho alemán), por la cual los derechos morales y patrimoniales del autor son manifestaciones de un derecho único que vela en su conjunto por los intereses espirituales y materiales del autor, razón por la cual ambos derechos son derivaciones de una sola figura.

Adicionalmente, Antequera reflexiona que las tesis de los dualistas, acogidas por países latinoamericanos, del DA surgen dos derechos distintos que interactúan entre sí, uno personal que tutela lo afectivo y otro patrimonial que protege los intereses económicos del autor, por lo tanto, en este caso hay dos derechos subjetivos autónomos con sus propias características, el moral y el patrimonial, mientras el primero es inalienable, el otro es transferible.

2.8.1 Derechos morales de las obras

A continuación se presentará tres conceptos que enfocan aspectos que pueden resultar complementarios, luego de lo cual se profundizará en la doctrina y analizará el marco legal respectivo.

Según Ruiz (2013, p. 12) derechos morales son los que adquiere el autor de una obra, a quien se le atribuye la paternidad de la misma. Lipszyc (Universidad de Margarita, 2004, p. 374) afirma que “derecho moral designa el conjunto de facultades destinadas a la protección de la personalidad del autor en relación con su obra.” Fernández (2011, p. 52) indica que “son una parte del derecho que tiene el autor sobre su obra y constituyen prerrogativas personales inherentes a la persona y por tanto de carácter perpetuo.”

Partiendo de lo indicado por Lipszyc (como se citó en Antequera (1998, p. 365) si bien desde la antigüedad se ha respetado la paternidad del autor sobre su obra, la concepción moderna del derecho moral como doctrina judicial nació en Francia en el siglo XIX, cuando sus tribunales declararon que más allá del interés económico, existe uno más precioso para el artista, la reputación; dijeron además, que debía respetarse la integridad de la obra aún después de su cesión total.

Antequera (1998, p. 365) indica que con el antecedente mencionado, la jurisprudencia influyó en las legislaciones de tradición jurídica latina, que fueron incorporando progresivamente el derecho moral, según se contempló en la Revisión del Convenio de Berna de 1928, que indica básicamente que independientemente de los derechos patrimoniales y después de la cesión de estos, el autor conserva el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a toda modificación de la misma que fuere perjudicial a su honor o reputación.

Afirma Antequera (1998, pp. 365-366) que todos los países de América Latina, exceptuando Nicaragua, contemplan en sus legislaciones nacionales el derecho moral, sin que esta expresión esté relacionada “con la moralidad o inmoralidad del autor o su obra, sino con las facultades de orden personal que vinculan al hombre con su creación intelectual.” Este autor enfatiza que el derecho moral es absoluto, porque “debe ser respetado por todos los demás

sujetos jurídicos, inclusive el propietario del soporte material que contiene la obra o el cesionario en exclusiva del derecho de explotación.”

A continuación se citará lo indicado por la Decisión 351 (Régimen de Propiedad Intelectual, 2006) sobre el derecho moral.

Art. 11. El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

Art. 12. Las legislaciones internas de los países miembros podrán reconocer otros derechos de orden moral.

Por las definiciones y artículos citados, se concluye que el derecho moral permite al autor ser reconocido como tal y le otorga la potestad de divulgar su obra, de dejarla inédita o mantenerla tal cual como la creó, sin que terceros la alteren o modifiquen sin su consentimiento. Este derecho no puede ser vendido a alguien más; no puede ser embargado debido a que no existe un elemento patrimonial; no prescribe y no se puede renunciar a él, cualquier cláusula contractual contraria será nula.

Lo anteriormente mencionado contribuye a sustentar el análisis realizado en el tema anterior sobre: *Tipos de obras, autoría y su titularidad* y lo que ocurre en

la publicidad; aunque el autor de la obra publicitaria –sea hecha por encargo o por estar bajo relación de dependencia- no tenga el derecho patrimonial (que le corresponde al anunciante) mantendrá por siempre su derecho moral, el que le facultará a inscribir todas sus creaciones en concursos y festivales de publicidad, con las que podrá obtener premios y reconocimiento profesional.

Por otro lado, el publicista que utilice en sus creaciones, obras de otros autores y requiera modificarlas o adaptarlas a piezas publicitarias, deberá contar previamente con la respectiva autorización del autor de dicha obra para poder efectuar cualquier cambio antes de pautar cualquier pieza de una campaña, es decir no solo de su uso sino también de su modificación; esta licencia de uso podrá obtenerla mediante las sociedades de gestión como se lo verá más adelante.

Es de vital importancia que el publicista haga valer su derecho moral cuando sea él el creador o lo respete cuando se trate de obras de otro creador. Este conocimiento y respeto de los derechos morales puede evitar muchas controversias legales, ya que el desconocimiento de la ley no exime a nadie culpa.

2.8.2 Derechos patrimoniales de las obras

Antequera (2007, p. 93) menciona que muchas repúblicas latinoamericanas luego de sus independencias consideraron en sus constituciones el derecho de propiedad sin realizar distinción alguna entre los bienes materiales e inmateriales y podría considerarse que en los últimos estaban las obras artísticas y literarias.

Según menciona Fernández (2011, p. 57) los derechos patrimoniales son derechos subjetivos que dan al autor y a sus herederos o derechohabientes, la exclusividad de explotar su obra por cualquier procedimiento y la facultad de gozar de los beneficios económicos derivados de ello, por un tiempo

determinado; son transmisibles a terceras personas físicas o jurídicas ya sea gratuitamente o por un valor. Por lo general los autores o sus herederos delegan a terceros la utilización de sus obras, ya sea a editores o a sociedades gestión colectiva -como se analizará más adelante- que son los encargados de la explotación de la obra en nombre del autor.

Según cita Fernández lo incluido en un fallo de la Corte Suprema argentina, hay que distinguir...

Entre el derecho de los autores al disfrute patrimonial de su creación intelectual, del derecho a que se les reconozca la paternidad espiritual de la obra que, dada su intrínseca naturaleza moral, resulta inseparable de la personalidad de los creadores.

El mencionado autor afirma que los derechos patrimoniales se encuentran dentro del ámbito de los derechos reales “pero como un típico dominio imperfecto sobre un bien inmaterial, tanto por la limitación del plazo para los herederos o derecho habientes del autor, como por su condición de revocable”, así lo ha entendido la doctrina. La PI que confiere los DA, se diferencia del dominio clásico, ya que su forma de adquisición es el acto mismo de la creación del autor. Los derechos patrimoniales de un autor sobre su obra son de carácter temporal, irrenunciable y transmisible.

A continuación se explicará las características o principios de los derechos patrimoniales: exclusividad, contenido ilimitado y la independencia de los derechos.

Antequera (2007, p. 96) afirma que la primera de las características del derecho patrimonial es la de ser exclusivo; no se utiliza la obra primero y luego se obtiene el consentimiento; solo le pertenece al autor o a sus derechohabientes la potestad de autorizar o no la explotación de su creación intelectual. En caso de que la ley no disponga otra cosa, se vuelve ilícita la

comunicación, reproducción o distribución (total o parcial) de la obra original o modificada (traducida, adaptada, arreglada mediante cualquier procedimiento) sin el consentimiento del autor.

Lipszyc (2007, p. 175) indica otra particularidad de estos derechos y afirma que:

Los derechos patrimoniales no están sujetos a *numerus clausus*. Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra sino durante el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado.

Numerus clausus quiere decir número limitado. Con lo citado anteriormente se entiende que la cantidad de derechos patrimoniales de explotación que un autor puede tener sobre su obra son igual de numerosos como las formas de explotación que se las pueda dar a la misma, por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse.

Antequera (2007, p. 97) explica que el principio llamado independencia de los derechos “implica que cada modalidad de explotación es independiente de las demás y cada una de ellas requiere de consentimiento expreso.”

A continuación se presenta la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (como se citó en (Antequera, 2007, p. 97) en materia de DA, en el sentido de que los derechos patrimoniales:

Son independientes entre sí: fundamental importancia reviste este punto, toda vez que el hecho de haber un titular autorizado o permitido la explotación de su obra, mediante licencia o cesión, no implica que se han consentido las restantes formas de utilización, para las cuales se requerirá de la correspondiente autorización. Por tanto, la licencia o cesión dada sólo

surtirá efecto respecto de aquella forma de explotación que se encuentre debidamente especificada, y durante el lapso y lugar geográfico previsto.

El párrafo anterior es bastante claro, cada forma de utilización de una obra, deberá estar debidamente especificada, junto con el tiempo y lugar; no cabe asumir que la autorización incluye lo que no está especificado, ahí puede producirse una infracción.

Los artículos citados a continuación pertenecen a la Decisión 351 (Régimen de Propiedad Intelectual, 2006) sobre los derechos patrimoniales a los que se añadirá ciertas aclaraciones dadas por Antequera (2007, p. 101).

Art. 13. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) La importación al territorio de cualquier país miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Art. 14. Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.

Es pertinente aclarar que la reproducción no solo implica la obtención o multiplicación de varios ejemplares, la simple fijación o incorporación en un soporte material o físico lo es también.

Art. 15. Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener

acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes: a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento; b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales; c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes. El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación; d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono; e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada; f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión; g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones; h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e, i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Sobre este tema, Antequera, basándose en abundante jurisprudencia comparada da varios ejemplos sobre las formas de comunicación pública además de la radiodifusión (radio y TV) y las transmisiones o retransmisiones por cable o inalámbricas, están:

(...) conciertos, festivales, salas de cine, bares, restaurantes, salas de fiestas, clubes deportivos y sociales, albergues infantiles, cárceles, hospitales, condominios, bancos, supermercados, medios de transporte, cabinas personales en *sex-shops* y tiendas musicales, sea *en vivo* mediante televisores, altavoces o aparatos electromecánicos reproductores de sonido

colocados en lugares públicos o bajo la modalidad de *música en espera* por vía telefónica, solo para poner algunos ejemplos.

Art. 16. Los autores de obras de arte y, a su muerte, sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los países miembros reglamentarán este derecho.

La publicidad es una profesión creativa que busca realizar una comunicación persuasiva basada en la combinación hábil de códigos fonéticos y cromáticos fácilmente identificables por sus grupos objetivos, por lo que en muchos casos deberá acudir a la utilización de obras, muchas de ellas muy conocidas, para incorporarlas en diversas campañas, el motivo principal es que estas obras aportarán enormemente a ese proceso de codificación del mensaje que se quiere transmitir, tanto por su riqueza estética y/o conocimiento de ella en el mercado al cual se dirige la publicidad; la fama y reconocimiento adquiridos por la obra o el éxito logrado por un tema musical puede transferirse de alguna manera a la publicidad con la que se desea asociar, por este motivo esta acción es tan utilizada en el medio publicitario.

Cada vez la publicidad encuentra nuevas maneras y canales para comunicarse con sus públicos; la profesión exige la creación de nuevos formatos y sus combinaciones para generar mensajes y plasmarlos en una serie de piezas publicitarias, y es así como durante ese proceso requiere utilizar fotografías con diversas temáticas, ya sea que contrate a alguien que las tome o las alquile, reproducir letras de canciones, composiciones musicales, partes de películas, textos de libros, la imagen de personajes conocidos etc. Muchas veces requiere reproducir las piezas tal como el autor las hizo, otras veces se deseará modificarlas y aunque habitualmente una agencia de publicidad trabaja contra reloj, es importante que conozca la manera de proceder legalmente, de forma que evite controversias y juicios por irrespeto a la autoría ajena.

Actualmente la publicidad es una forma de comunicación transmitida públicamente por diferentes canales, porque en muchos casos se pretende que sea lo más masiva posible, ya sea utilizando medios audiovisuales o directamente en escenarios públicos como es el caso de las activaciones que tienen como finalidad dar una mayor experiencia con la marca y pueden ser realizadas en centros comerciales, cine o instalaciones de un cliente.

Independientemente de los formatos y canales que la publicidad utilice, si va a utilizar obras ajenas, debe respetar los derechos morales y patrimoniales, solicitando previamente las autorizaciones y haciendo los pagos previamente, no después de utilizarlas. Más adelante se tratará sobre las sociedades de gestión colectiva, que tienen como misión facilitar la administración de las obras por encargo de sus autores.

2.8.3 Transferencia del derecho patrimonial

Según el art. 27 LPI el derecho exclusivo de explotación o de sus modalidades puede ser transferido y el adquirente ejercerá la titularidad; se deberá especificar las modalidades que comprende, porque el derecho de reproducción no implica el de la comunicación pública ni viceversa. La enajenación del soporte material no implica cesión del DA sobre la obra que incorpora. Es válida la transferencia del derecho de explotación sobre obras futuras, si se las determina particularmente o por su género, pero en este caso el contrato no podrá durar más de cinco años.

Los publicistas deben verificar quién tiene la titularidad de los derechos de la obra que desea incorporar a su trabajo creativo.

2.8.4 Duración del derecho patrimonial y el paso de la obra al dominio público

El art. 80 LPI establece que el derecho patrimonial dura toda la vida del autor más 70 años después de su muerte, cualquiera que sea el país de origen de la obra. En el caso de las obras en colaboración, se tomará en cuenta la fecha de fallecimiento del último coautor.

En caso de obras anónimas en las que el autor no se diera a conocer en el plazo de 70 años a partir de la primera publicación, pasará a dominio público; si se revelara el nombre durante ese mismo tiempo, se cumplirá lo indicado en el párrafo anterior. Si se desconoce la identidad del seudónimo de una obra, se la considerará como anónima. Si se trata de una obra colectiva que se ha dado a conocer por partes, la protección partirá desde la fecha de publicación de la última parte.

Cuando desde su creación, la titularidad corresponde a una persona jurídica, los 70 años iniciarán a partir de la realización, divulgación o publicación, el que fuere posterior, según el art. 81 LPI.

Según el art. 82 LPI, cuando terminan los plazos de protección, las obras pasan al dominio público, podrán ser aprovechadas por cualquiera pero se debe respetar los derechos morales.

Es fundamental que los publicistas puedan verificar si las obras que van a incorporar a sus creaciones pueden ser o no utilizadas libremente; si no hay presupuesto para pagar derechos, es preferible utilizar obras que ya han pasado al dominio público.

2.8.5 Excepciones de los derechos patrimoniales

Como bien se mencionó antes, el derecho de explotación es ilimitado, pero las excepciones legales a dicho derecho deben interpretarse en sentido restrictivo, de no ser así el autor podría explotar su obra como quisiera, de tal manera que las disposiciones legales expresarán los límites de ese derecho (Antequera, 1998, p. 453). Este autor indica que la Decisión 351, además de establecer algunas limitaciones del derecho patrimonial, habilita a los países de la Comunidad Andina reconocer otros límites y añadir excepciones bajo el principio de *usos honrados*, es decir, siempre y cuando no atenten contra la normal explotación de las obras o no perjudiquen injustificadamente a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Según el art. 83 LPI siempre que respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni se cause perjuicios al titular de los derechos, son lícitos los siguientes actos sin la necesidad de autorización ni pago alguno:

- a) La inclusión de fragmentos de obras escritas, sonoras, audiovisuales, plásticas, fotográficas, figurativas o análogas ajenas ya divulgadas en una obra propia; esta debe citarse con fuente y nombre de autor y solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación.
- b) La ejecución de obras musicales en actos oficiales de las instituciones del Estado o ceremonias religiosas, de asistencia gratuita, siempre que los participantes en la comunicación no perciban una remuneración por su intervención.
- c) La reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre hechos de actualidad e interés colectivo por medios de comunicación; esta debe mencionar fuente y autor si el artículo original lo indica y no tiene derechos reservados.
- d) La difusión de conferencias, discursos, obras similares divulgadas en asambleas, reuniones públicas o debates públicos sobre asuntos de interés general, vía radio o prensa con fines informativos.

- e) La reproducción de las noticias del día o de hechos diversos como simples informaciones de prensa, publicados por ésta o radiodifundidos, siempre que se indique su origen.
- f) La reproducción, comunicación y distribución de las obras que se encuentren permanentemente en lugares públicos, con el objetivo de difundir el arte, la ciencia y la cultura, se lo podrá hacer mediante fotografía, pintura, dibujo o cualquier procedimiento audiovisual, siempre que se indique el nombre del autor y el lugar donde se encuentra.
- g) La reproducción de un ejemplar de una obra que se encuentra en la colección permanente de bibliotecas o archivos, con el fin exclusivo de reemplazarlo, siempre que dicha obra no se encuentre disponible para la compra.
- h) Las grabaciones efímeras que sean destruidas inmediatamente después de su radiodifusión.
- i) La reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas.
- j) La parodia de una obra divulgada, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor, o del artista intérprete o ejecutante.
- k) Las lecciones y conferencias dictadas en universidades, colegios, escuelas y centros de educación y capacitación en general, que podrán ser anotadas y recogidas por aquellos a quienes van dirigidas para su uso personal.

En el caso de la publicidad, como el interés comercial prima, salvo en casos especiales, no aplicarían las excepciones.

Según el art. 84 LPI indica que la propiedad material de una carta pertenece a la persona a quien haya sido dirigida, pero su autor conserva los derechos intelectuales sobre esa carta. La persona a quien haya sido dirigida, si no obtuviere la autorización del autor luego de haber empleado razonables

esfuerzos para obtenerla, podrán solicitar al juez dicha autorización para divulgarlas, en la forma y extensión necesaria para defender su honor personal.

2.9 Derechos conexos

Conocidos como derechos afines o conexos al DA u otros derechos de propiedad intelectual, son los que “protegen prestaciones personales y/o actividades técnico-empresariales que se configuran como auxiliares de la creación o contribuyen a su difusión” (Antequera, 2007, p. 129).

Las mencionadas prestaciones se refieren a personas que sin ser los autores o editores “son titulares de derechos por colocar las obras a disposición del público” (Fernández, 2011, p. 115).

Según define el art. 7 LPI “son los derechos económicos por comunicación pública que tienen los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radio-difusión.”

Según lo afirmado por Ruiz (2013, p. 26) se derivan de los DA y son los que ponen las obras a disposición del público. Esta protección está relacionada con la utilización pública de obras de autores y representaciones de artistas, la transmisión pública de acontecimientos, información, sonidos e imágenes.

2.9.1 Derechos conferidos a los tres grupos involucrados

Tomando como referencia la Decisión 351 y la publicación del IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009) los derechos de los tres grupos son los siguientes.

Grupo 1: Artistas, intérpretes o ejecutantes. Según los arts. 34 y 35 de esta Decisión, tienen el derecho de:

- a) Autorizar o prohibir la comunicación pública de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones, aunque no podrán oponerse cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada.
- b) Exigir que su nombre figure o se asocie a cada interpretación o ejecución que se realice.
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o cualquier otro atentado sobre su interpretación o ejecución que pueda afectar su prestigio o reputación.

Ejemplo: el caso de interpretaciones de actores o músicos; puede ser la presentación en vivo de una obra artística, dramática o musical preexistente; puede ser la recitación o lectura en vivo de un trabajo literario. La obra presentada no necesita haber sido previamente fijada en un medio o forma, puede ser de dominio público o protegido por DA. La interpretación puede ser improvisada, original o basada en una obra existente.

Grupo 2: Productores de fonogramas, en sus discos por ejemplo. Según el art. 37 de esta Decisión, tienen el derecho de:

- a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas.
- b) Impedir la importación de copias del fonograma sin la autorización del titular.
- c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público.
- d) Percibir una remuneración por cada utilización del original o copia del fonograma con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones de los Países Miembros.

Grupo 3: Organismos de Radiodifusión. Según el art. 39 de esta Decisión, tienen el derecho de autorizar o prohibir:

- a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento.
- b) La fijación de sus emisiones sobre una base material.
- c) La reproducción de una fijación de sus emisiones.

Por ejemplo, en el caso del pasillo "Sombras", el DA protege la música del compositor y la letra del escritor. Los derechos conexos aplicarían a las ejecuciones de músicos y cantantes que interpretan el pasillo, la grabación del productor que incluye el pasillo y la producción del programa de radio o TV que contiene el pasillo "Sombras" y difunde dicho programa.

Según el art. 118 LPI se establece que "todos los organismos de radiodifusión y en general quien realice cualquier acto de comunicación pública de manera habitual, deberán llevar catálogos, registros o planillas mensuales" ya que deben mantener el registro "por orden de difusión, título de las obras difundidas y el nombre de los autores o titulares de los derechos de autor y conexos que correspondan" para que luego las envíen a las sociedades de gestión y a la entidad única recaudadora de los derechos por comunicación pública.

Cuando hay obras que por algún motivo adquieren fama y reconocimiento, resultan atractivas para una serie de intérpretes, que desean darle un toque personal, hacen como una nueva versión y muchas veces ese resultado viene a ser atractivo para su utilización en la publicidad y obviamente aquí también se aplicaría el respeto a los derechos conexos.

2.9.2 Importancia de los derechos de autor y conexos

Según lo afirma el IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009), el DA "protege elementos literarios, artísticos, dramáticos o de otra índole de un producto o servicio, donde el titular del derecho puede prevenir

que estos elementos originales sean usados por otros.” Según el IEPI los DA y conexos permiten a una empresa:

El control de la explotación comercial de una obra original como: libros, música, programas informáticos, bases de datos, publicidad, contenido en sitios web, juegos de video, grabaciones de sonido, programas de radio y TV o cualquier otro elemento creativo. Las obras protegidas no podrán ser copiadas o explotadas económicamente sin autorización previa del titular de los derechos. Esta exclusividad de DA y conexos ayuda a las empresas a ganar y mantener competitividad sustentable en el mercado.

Genera ingresos: Como titular del derecho de autor o conexo “puede usarlo, venderlo, cederlo o heredarlo.” Formas de comercializar: Opción 1: “crear y vender copias de un trabajo protegido” por DA o conexo, por ejemplo fotografías impresas. Opción 2: ceder su derecho a otra persona o empresa. Opción 3: otorgar una licencia sobre la obra, permitiendo a otros usarla a cambio de un pago, en condiciones de mutuo acuerdo.

Incrementar su capital: Las empresas que poseen un portafolio de activos de DA y conexos “pueden solicitar prestamos a una institución financiera, basando sus obligaciones en el conjunto de derechos y generando en los acreedores e inversores interés seguro sobre los mismos.”

Tomar acciones legales contra infractores: se puede proteger de quien intente lucrar y atente frente a su derecho exclusivo; puede destruir la copia ilegal, y recuperar costes judiciales. En Ecuador, existen sanciones penales a los infractores de DA.

Usar creaciones de otros con fines comerciales: para añadir el valor a un negocio o de una marca, por ejemplo poner música en un gimnasio o heladería, puede producir una grata experiencia al consumidor mientras visita

un lugar. En Ecuador, los lugares deben pagar a SAYCE para tener autorización para poner determinada música en lugares comerciales.

Comprender los derechos de autor y derechos conexos permite conocer cuándo resulta necesaria una autorización y cómo obtenerla. Tener una licencia del titular del derecho de autor y/o del derecho conexo para usar la creación es casi siempre la mejor manera de prevenir disputas con desgaste de tiempo y altos costos procesales.

2.9.3 Excepciones, limitaciones y duración de los derechos conexos

Según lo indicado por Ruiz (2013, pp. 28-29) en el Ecuador son las siguientes:

- Cuando se trata de uso privado
- Uso con fines docentes o de investigación científica
- Uso de fragmentos con motivos de información sobre sucesos de actualidad
- La fijación efímera realizada por un organismos de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones.

Según indican los arts. 91, 96 y 101 LPI, la duración de la protección de los derechos de los artistas, intérpretes, ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, será de setenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente a que tuvo lugar la interpretación, ejecución, fijación, la fecha de la primera publicación del fonograma, la fecha de emisión o transmisión, respectivamente.

Las mencionadas excepciones no tienen que ver con la publicidad, pero vale tener claro como referencia general.

2.10 La gestión colectiva y las sociedades de gestión

En Ecuador, la Gestión Colectiva de los DA y Derechos Conexos están bajo el control del Estado a través de la Dirección Nacional de DA y Derechos Conexos.

Las sociedades de gestión colectiva según lo define el art. 109 LPI, son personas jurídicas de derecho privado y sin fines de lucro, con el objetivo social de gestionar los derechos patrimoniales de autor y/o conexos.

Según comenta Ruiz (2013, pp. 31-34) en el país hay las siguientes sociedades de gestión colectiva; la pionera fue SAYCE que se fundó en 1973.

Tabla 11. Sociedades de Gestión Colectiva en el Ecuador

SIGLAS	NOMBRE	REPRESENTA A
AEDRA	Asociación ecuatoriana para la gestión colectiva de derechos reprográficos de autor	escritores y editores
ARTEGESTIÓN	Sociedad ecuatoriana de gestión de artistas plásticos y visuales	artistas plásticos como pintores, escultores, fotógrafos, etc.
ASOCINE	Asociación de cineastas del Ecuador	autores cinematográficos
EGEDA - ECUADOR	Sociedad de gestión colectiva de derechos de los productores audiovisuales	productores audiovisuales
SARIME	Sociedad de artistas, intérpretes y músicos ejecutantes del Ecuador	artistas, intérpretes y músicos ejecutantes
SAYCE	Sociedad de autores y compositores ecuatorianos	autores y compositores musicales
SOPROFON	Sociedad de productores de fonogramas	productores de fonogramas

Adaptado de Ruiz (2013, pp. 31-34).

La afiliación de los titulares de los DA o conexos a una sociedad de gestión colectiva es voluntaria, ya que pueden hacer ejercer sus derechos directamente. Estos organismos están controlados por la Dirección Nacional de DA y establecerán tarifas para las licencias de uso sobre las obras o producciones, las mismas que serán publicadas en el registro oficial siempre que hayan cumplido los requisitos formales, según se indica en el art. 116 de la LPI.

Un publicista debe tener a la mano una guía con los datos de las diferentes sociedades de gestión colectiva con el fin de verificar previamente la disponibilidad y acceso a autorizaciones de las obras que pretende incorporar a sus obras creativas.

Lo que tiene que ver con las zonas fronterizas entre el DA y los signos distintivos será tratado al final del siguiente capítulo, luego de analizar lo relacionado con el Derecho Marcario.

2.10.1 SAYCE y la sincronización

SAYCE es la sigla de la sociedad de autores y compositores ecuatorianos. En su página web (SAYCE, 2014) se define como una entidad de gestión colectiva, que protege y administra los derechos económicos de autores y compositores (nacionales y extranjeros), resultantes de la utilización de sus obras musicales. No es una entidad gremial, sino una entidad jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, legalmente constituida, habilitada para contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente en el ámbito nacional e internacional.

Como entidad autoral es miembro de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC), a la que pertenecen 227 sociedades de 120 países.

Cuando un usuario desea utilizar música (que no sea parte del dominio público) como parte principal o complementaria de su actividad económica (empresarial o comercial), independientemente del medio por el que se difunda: radio, televisión, parlante fijo, interpretaciones en vivo, entre otros, debe contactar a SAYCE, para conocer el valor a pagar para que emita una licencia de autorización por el uso de una música específica, en representación y por pedido de su afiliado (autor de dicha música). El dinero pagado es destinado a los autores y compositores, creadores de las obras musicales.

Como lo afirma la entidad, el 70 % del dinero recaudado por SAYCE se destina a los creadores de las obras más utilizadas (pago de regalías) y de acuerdo a la ley, el 30% se destina a gastos administrativos y un 10% para un seguro médico privado y seguro de vida.

Los interesados que requieran utilizar obras musicales nacionales o extranjeras en su negocio de manera parcial o total, sean empresarios de espectáculos públicos o dueños de medios de comunicación a nivel nacional, pueden obtener la licencia que les faculta a su uso autorizado, a través del pago anual correspondiente, dependiendo del tipo de establecimiento; las tarifas están en la página web de la organización.

Vale aclarar que el autor de una obra musical puede ser simultáneamente el escritor de la letra y compositor de la melodía, pero puede darse el caso de que uno escriba y otro componga la música de una canción, en tal caso serían co-autores de la obra musical.

Para registrar las obras musicales, los autores y compositores se afilian a SAYCE, presentan las obras a registrar, llenan un formulario de declaración de obras, cancelan el valor respectivo, presentan solicitud de afiliación, entregan CDs y papeles requeridos y suscriben un contrato de mandato, que autoriza a SAYCE la administración y recaudación en forma exclusiva de los derechos que generen sus obras, así como las facultades de cobrar, autorizar, prohibir, convenir, pactar, requerir, licenciar, negociar, demandar, querellar, desistir y defender la protección de sus creaciones.

En su página web, SAYCE publica al tarifario actualizado (SAYCE, 2012), en el que indica lo siguiente sobre el derecho de sincronización y sus tarifas:

Por la adaptación, arreglo u otra transformación de obras musicales administradas por SAYCE, con miras a su sincronización en mensajes publicitarios de cualquier género, realizadas para ser difundidas a través de

cualquier medio de comunicación al público, se establece la tarifa mediante acuerdo bilateral con los usuarios. Para la utilización lícita de las obras administradas por SAYCE, será menester un contrato individual de licencia, la misma que no afecta los derechos adquiridos con anterioridad por las empresas de edición a través de contratos que hubieren suscrito con socios de SAYCE, ni tampoco los derechos conexos por la utilización en cualquier forma del fonograma.

Obras musicales creadas para mensajes publicitarios (jingles) las obras creadas exclusivamente para mensajes publicitarios en los medios: radio, cine, televisión, unidades móviles, perifoneo y otros medios conocidos o por conocerse se establece la tarifa mediante acuerdo bilateral con los usuarios.

Es fundamental que los publicistas consideren y respeten ese derecho de sincronización, ya que la música es un componente importante dentro de la codificación de los mensajes persuasivos diseñados para las marcas, es un elemento que contribuye positivamente a que una campaña cumpla su objetivo. El motivo por el cual en publicidad se utiliza música compuesta por otros, es que ese ritmo está ya en el recuerdo del consumidor antes de que sea utilizada en alguna pieza publicitaria, así que al combinar con la marca, no se partirá de cero en el mensaje, sino que ya existirá una asociación.

En publicidad la música puede ser parte de varias piezas audiovisuales como comerciales, cuñas de radio, jingles, activaciones de marca, entre otras. En muchos casos la pieza musical escogida por el creativo requiere ser adaptada a la pieza audiovisual, por lo que se requiere modificarla, alterar su letra y/o música; así que antes de hacerlo, la agencia de publicidad debe gestionar la autorización respectiva, no solo del uso sino también de cualquier modificación en caso de haberla, ya que por el derecho moral del autor, anteriormente analizado, este puede negarse a que se realicen tales cambios, si considera que irán en menoscabo de su obra. Por ello es indispensable que los publicistas consideren dentro de su planificación, los tiempos para gestionar las

autorizaciones de este tipo y saber que su solicitud puede ser negada; deben tener consciencia del riesgo que corren las propuestas creativas algo atrevidas que podrían herir susceptibilidades de los autores y compositores, lo que presentaría un contratiempo en cualquier campaña.

En el caso de algunos jingles, se pide autorización para cambiar la letra y realizar una composición alusiva a la marca, en cualquier caso, la tarifa se definirá mediante acuerdo bilateral, para esto se debe contactar al Departamento Fonomecánico de SAYCE.

En la página web de SAYCE, hay disponible la opción de búsqueda de temas musicales registrados en su base de datos. Es importante saber que muchos temas han pasado al dominio público y ya no se necesita pagar derechos por su uso, como por ejemplo temas de música clásica.

2.11 El plagio, las ideas y las formas de expresión

El plagio constituye el atentado más grave contra los derechos de autor, porque anula frente a los demás el vínculo de parentesco entre la obra y su creador; aniquila el legítimo anhelo del autor a la fama e incluso a la inmortalidad, cuando pierde la oportunidad de que el público lo asocie con su creación y, cuando la obra es explotada por un tercero con la paternidad usurpada, el verdadero autor deja de percibir los beneficios derivados de esa utilización, que irían a manos del usurpador (Antequera, 2007, p. 86).

Este autor (2007, p. 87) afirma que “el plagio también implica un atentado contra la fe pública, porque engaña a la colectividad sobre la verdadera paternidad del autor y posiblemente acerca de la integridad de su obra” inclusive puede darse el caso de que el patrimonio cultural sea afectado “porque muchos plagios desnaturalizan la obra originaria”.

Como se explicó en temas anteriores, el DA no protege las ideas en sí mismas, sino la manera en como estas son materializadas. Las ideas no son obras aún cuando sean novedosas. Por ejemplo la típica historia de telenovela de la empleada pobre que va a trabajar en casa de una familia adinerada y se enamora de uno de sus patrones y finalmente resulta que ella resultó ser de noble cuna y no lo sabía; cuantas novelas han tenido similar historia de fondo, pero cuando son producidas, cada una debe tener una expresión diferente; así no se monopoliza las ideas. Si bien es válido inspirarse en ideas no lo es copiar las expresiones ya existentes de las mismas.

Antequera (2007, p. 92) comenta el caso de una empresa que para promocionar sus productos utilizó dibujos animados y a una imitación del ratón Mickey Mouse de Disney y ante el reclamo legal, la Corte del Distrito de California afirmó que la idea de Mickey Mouse es la de un ratón, pero la expresión particular de aquel ratón tiene un importante valor comercial. Como se mencionó en el *capítulo 1*, en publicidad, la gente que cree que es fácil hacerlo, comete la tentación de copiar y modificar ligeramente el esfuerzo de otros, tanto en logotipos como en campañas o creaciones en general.

2.12 El plagio en las obras publicitarias

Hay que diferenciar entre plagio y falsificación, como dice Antequera (2007, pp. 107-108) ambos tienen el propósito de engañar pero en modalidades diferentes. “Plagio es la apropiación de una obra ajena para hacerla pasar como propia” en este caso el usurpador figura como autor de una obra que no hizo. “En la falsificación se utiliza la obra propia pero atribuyéndosele a un tercero”.

Un ejemplo de plagio muy conocido en el medio jurídico, es el caso del comercial de “Doña Gallina” hecho y pautado por la empresa QUALA en 1998 y el de “Doña Criollita” de la empresa NESTLÉ del 2003. El grado de similitud es innegable por lo que el plagio es evidente; en los dos comerciales, aparece una

mamá pidiendo a su hijo pequeño que vaya a la tienda a comprar el producto, el niño aparece cantando el nombre de la marca mientras va a la tienda, llega a y le pide al tendero el producto, este le vende y luego aparece una niña pidiendo el mismo producto.

Está claro que no se puede impedir que varias marcas de champú utilicen en sus comerciales brillantes, largas y abundantes cabelleras, debe estar claro también que si la publicidad además de eso replica la forma de expresión existente ya sea total o parcialmente, resulta una burda copia, aunque esto le corresponde establecer a la autoridad competente.

Tal como se analizó en el punto 1.4 del *capítulo 1*, el mensaje publicitario puede tener fines comerciales, sociales y políticos, y es el resultado de un complejo proceso que parte del análisis de la realidad mercadológica del mercado y de una serie de variables como: objetivos, características del grupo objetivo, beneficios del producto, presupuesto, medios, entre muchas otras más, con ese insumo se procede a estructurar dicho mensaje de una forma en particular que como afirma Antequera (2007, p. 149) puede tener protección por DA, si tiene “elementos de originalidad en su expresión o en la particular selección o disposición de los elementos preexistentes”; en la copia no existe ni originalidad ni ética alguna.

Luego de haber analizado el tipo de protección que otorga el derecho de autor a las obras publicitarias, a continuación se abordará todo lo relacionado con la protección que pueden tener las creaciones publicitarias mediante derecho de marcas o marcario.

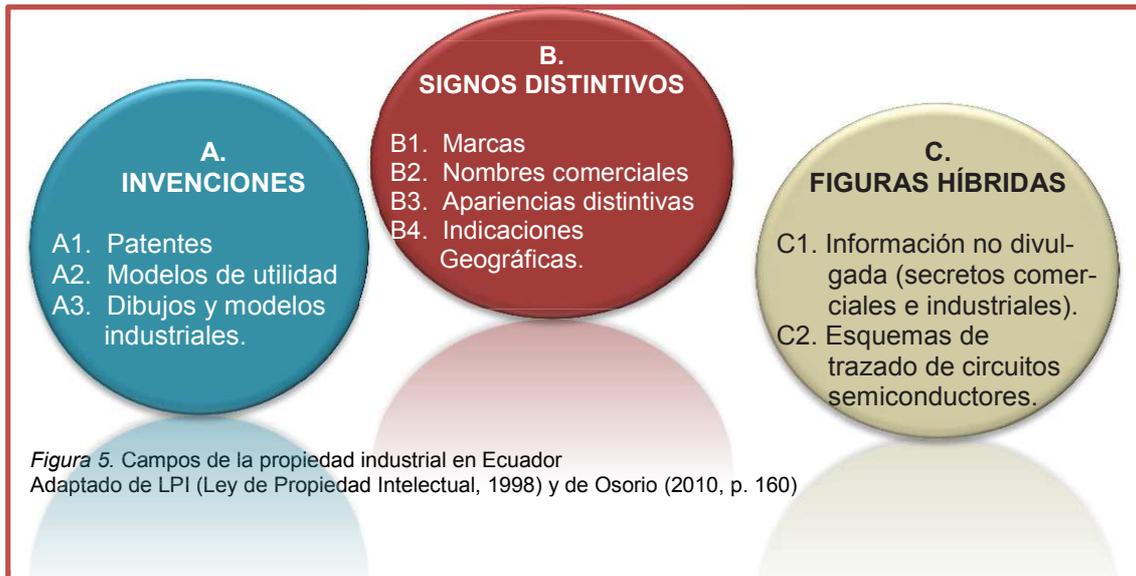
3. Capítulo III: EL DERECHO MARCARIO Y SU RELACIÓN CON LA PUBLICIDAD EN EL ECUADOR

Tal como se indicó en el *capítulo 1*, el derecho marcario o derecho de marcas (DM) es una parte de la propiedad intelectual que se encuentra dentro del campo de la propiedad industrial; a lo largo de este capítulo se explicarán los aspectos más relevantes relacionados con el campo de la publicidad, como la descripción de los signos distintivos, las realidades de la marca, sus funciones y clasificación desde la óptica legal, luego se presentarán las definiciones y trámites para la protección de nombres comerciales, lemas comerciales, apariencias distintivas, indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

3.1 Concepto de propiedad industrial y sus ámbitos de protección en Ecuador

La propiedad industrial es una rama del derecho comercial que estudia el régimen de las invenciones industriales y de los signos distintivos como bienes mercantiles del empresario, hace parte igualmente de la disciplina de la competencia, en cuanto los derechos de propiedad industrial constituyen posiciones privilegiadas que permiten excluir legítimamente a terceros de ciertos sectores de la actividad económica, particularmente en los casos de las patentes de invención y de las nuevas creaciones en general (Metke R. , 2006, pp. 19-20).

Tomando como referencia lo estipulado en la LPI (Ley de Propiedad Intelectual, 1998) y la clasificación realizada por Solorio (2010, p. 160), se presenta la siguiente figura para visualizar los campos de la propiedad industrial y luego dar las definiciones respectivas como introducción, ya que el campo más relacionado con la publicidad es el de los signos distintivos que se desarrollará con mayor profundidad.



A continuación se explicará cada una de las obras conservando la misma identificación de letras y números; en las siguientes definiciones se tomará como referencia principal la información publicada por el IEPI en sus folletos informativos, para garantizar una adecuada alineación con el marco legal ecuatoriano (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009).

A. INVENCIONES: Para hablar del tema hay que diferenciar entre descubrimiento e invención; el primero es encontrar por primera vez algo que ya existe en la naturaleza, lo cual no es patentable, en cambio una invención es una solución nueva, creativa, ingeniosa y novedosa a un problema técnico, ya sea la creación de un mecanismo, producto, método o proceso nuevo, o ser simplemente una mejora de un producto o proceso ya desarrollado previamente.

A1. Patente: Es un derecho exclusivo concedido por el Estado a una nueva invención que ha demostrado tener una actividad inventiva y es susceptible de tener una aplicación industrial. Como indica el IEPI, este derecho le permite impedir que otros “fabriquen, utilicen, ofrezcan para la venta, vendan o importen un producto o un proceso basado en la invención patentada sin la autorización previa de su titular” la patente se convierte en

un poderoso instrumento comercial, ya que por un lado tiene la exclusividad del nuevo producto o proceso y por otro puede obtener ingresos adicionales a través de la concesión de licencias.

Productos complejos como TV o lavadoras, pueden incorporar en sus mecanismos varias invenciones cubiertas por varias patentes, que pueden o no pertenecer a titulares diferentes.

La patente es concedida generalmente por la oficina nacional de patentes de un país y es válida durante un tiempo, que suele ser de 20 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud de patente, bajo la condición de que se paguen a tiempo las respectivas tasas de mantenimiento. Una patente es un derecho territorial, es decir limitado a las fronteras limítrofes del país o región correspondiente.

A cambio de ese derecho exclusivo que brinda la patente, el solicitante está obligado a divulgar públicamente la invención, debe presentar una solicitud de patente con “una descripción detallada, precisa y completa de la invención.” En muchos países las patentes concedidas se hacen públicas en boletines o gacetas oficiales.

A2. Modelos de utilidad: Son conocidos como pequeñas patentes, ya que consisten en algunos tipos de mejoras o pequeñas adaptaciones a productos ya existentes pueden ser protegidos bajo esta figura.

A3. Diseños industriales: Comprenden dibujos y modelos industriales. A través de esta figura de protección es posible tener la exclusividad sobre características ornamentales o estéticas de un producto.

B. SIGNOS DISTINTIVOS: Serán explicados de manera más detallada en el tema siguiente.

C. FIGURAS HÍBRIDAS:

C1. Información no divulgada (secretos comerciales e industriales): Una empresa podría proteger la información confidencial como secreto comercial siempre y cuando no sea conocida por las demás personas que tratan con ese tipo de información, si por ser secreta tiene un valor comercial y si su titular ha tomado acciones para mantenerla en secreto ya sea limitando el acceso a esta información y estableciendo acuerdos de confidencialidad o de no divulgación.

C2. Esquemas de trazado de circuitos semiconductores (o topografías): Se puede obtener protección para el original de estos utilizados en microchips y chips semiconductores y puede extenderse también al producto final que incorpora el esquema de trazado.

3.2 Descripción de los signos distintivos

Ruiz (2013, p. 83) indica que los signos distintivos “son señales, gráficos y en general todo tipo de expresiones que se utilizan para distinguir productos, servicios o actividades dentro del comercio o de la industria.”

A continuación se analizará las diferentes figuras que tienen como fin el proteger la reputación y el prestigio de una empresa, asociada con los signos o las marcas que crea para distinguirse de su competencia.

La clasificación que presenta Ruiz (2013, p. 84) es la siguiente:

Tabla 12. Tipos de signos distintivos reconocidos en Ecuador

Marcas	Nombres comerciales	Lemas comerciales	Apariencias distintivas	Indicaciones geográficas	Denominaciones de origen
--------	---------------------	-------------------	-------------------------	--------------------------	--------------------------

Nota: Adaptado de Ruiz (2013, p. 84)

A continuación se explicará cada uno de estos términos, en el mismo orden del cuadro, iniciando por el primero de manera más amplia.

3.2.1 La marca

3.2.1.1 Breve historia y concepto

Según afirma Davis (2006, pp. 18-20) el vocablo *marca* viene de la palabra nórdica *marcar* que tiene como significado *quemar* o *herrar*; las marcas han sido utilizadas siglos atrás para indicar origen o propiedad en el caso de animales domésticos o esclavos; muchas veces era símbolo de vergüenza para identificar a gitanos, ladrones y prisioneros. Tal como se las conoce actualmente, las marcas deben haber aparecido a inicios del siglo XIX luego de la revolución industrial y el surgimiento de una serie de negocios que ponían a disposición más productos que competían entre sí. En los años 20 los conceptos de publicidad masiva y de relaciones públicas fueron impulsados por el tabloide, un periódico popular, a partir de que las organizaciones empezaron a diversificar su producción; la gestión de marca como concepto fue introducido en 1931 e implicó que una sola persona o entidad tomara el control. Gracias al boom económico, la televisión como nuevo invento y la publicidad, en los años 50 las marcas fueron ya algo común en la vida cotidiana. En los 80 las acciones publicitarias llevaron la comercialización de las marcas a otro nivel; en los 90's las ventas fueron mayores aún por el avance de la tecnología y la aparición de empresas de servicios, ahí surgió en las compañías la necesidad de lograr mayor diferenciación entre productos similares.

La estructura de la implementación y la gestión de marca ha contribuido a crear negocios, productos de mercado y servicios, y a administrar la reputación conseguida. Detrás de la marca hay un cuidadoso control de gestión en el que el negocio se identifica con ella. El *branding* ha dejado de ser una práctica restringida a expertos dentro de una empresa y a agencias

publicitarias, para ser una necesidad en muchos sectores por una simple cuestión de estar presentes y sobrevivir (Davis, 2006, p. 22).

Según lo previamente citado, la marca en su sentido más básico, ha existido desde épocas inmemoriales con el objetivo de diferenciar una cosa de otra; esa misma esencia es la que se ha mantenido a lo largo de los años, aunque asumiendo un rol protagónico en la economía, haciéndose indispensable que su construcción o gestión sea estratégicamente realizada sobre la base de una protección legal antes de iniciar cualquier actividad.

En el *capítulo 1* la marca ya fue definida desde el punto de vista publicitario, ahora se analizará su concepto desde el punto de vista legal.

Solorio (2010, p. 199) presenta un par de conceptos pertinentes. El primero considera lo observado en varias legislaciones e indica que la marca es un género que protege diversas clases de signos, elementos o indicaciones, ya sean palabras, figuras, logos, frases o eslóganes; todas estas categorías integran el género marcas. El segundo tiene un toque más jurídico, indica que:

Marca es un dispositivo que permite a su titular excluir a terceros del uso del mismo, fundamentado en teorías de la competencia económica, según las cuales no es lícito aprovecharse del prestigio legítimamente ganado por un competidor, al utilizar el mismo elemento o uno parecido, de tal forma que produzca o induzca a la confusión de los competidores.

En la legislación ecuatoriana, el art. 194 LPI afirma que “se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado.”

El IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2014) en su sitio web define a la marca como:

Un signo que distingue un servicio o producto de otros de su misma clase o ramo. Puede estar representada por una palabra, números, un símbolo, un logotipo, un diseño, un sonido, un olor, la textura, o una combinación de estos. Para efectos del registro de marcas deben distinguirse los tipos y las clases de marcas.

Comparando lo mencionado en este tema, con lo afirmado en el punto 1.4.1 del *capítulo 1* además de lo graficado en la *figura 2*, se puede establecer las siguientes conclusiones:

- La distintividad de la marca es la característica esencial que le permite tener reconocimiento y protección legal para excluir a terceros del uso del mismo y evitar usos desleales.
- La definición del IEPI incorpora a las marcas no tradicionales (que se analizarán en el siguiente punto), lo que es un avance muy positivo, porque hay apertura a lo nuevo.

3.2.1.2 La importancia de la elección de la marca

Un nombre es un vocablo que tiene la función de identificar a algo o a alguien; para la gente en general su nombre es música para sus oídos y hace que su atención se dirija inmediatamente a quien lo ha pronunciado. La manera de diferenciar a un ser humano de otro al nacer, es darle un nombre, que como se verá más adelante, podrá estar a su favor o en contra. En un reconocido *best seller* escrito por Carnegie (2006, p. 113) él afirmó que “para toda persona, su nombre es el sonido más dulce e importante en cualquier idioma”.

Dentro del lenguaje, cada nombre provoca asociaciones inmediatas con solo escucharlo, ya sea por su significado, por su fonética o ambos; si bien estas asociaciones dependen de las experiencias previas de cada persona, la combinación de sonidos puede producir cierta musicalidad que llega o no a resultar agradable en diferente medida.

Si se considera que una marca tiene vida porque tiene un ciclo vital ya que: nace, crece, evoluciona, enferma y puede morir, resulta válido considerar que puede ser “tan persona como una persona” (Moliné, 2000, p. 90), inclusive en el medio publicitario se habla de la personalidad de la marca, que viene a ser similar a la de un ser humano, por lo tanto el nombre juega un rol más importante de lo que se podría pensar, ya que puede influir en el éxito o fracaso de un producto en el mercado.

Tomando como base un libro que se convirtió en uno de los *best seller* más importantes de los 80's con su segunda edición en los 90's, *Posicionamiento*, a continuación se analizará aspectos interesantes de los nombres de las marcas.

Según lo mencionan Ries y Trout (1992, pp. 3-4) posicionamiento fue un término que marcó el curso de la publicidad, mencionado ya desde 1972 en una serie de artículos publicados en la revista *Advertising Age*. El posicionamiento fue concebido como el espacio ocupado por una marca en la mente del consumidor y para conseguirlo, el reto era encontrar un espacio o ventana mental libre para llegar ahí antes que ningún otro competidor; si bien en la actualidad las estrategias para lograr mejores asociaciones mentales han ido evolucionando, sigue siendo válido el análisis realizado en esta fuente sobre la importancia del nombre.

El capítulo 9 del mencionado libro (Ries & Trout, 1992, pp. 95-100), habla sobre el poder del nombre y afirma que “la decisión más importante que se puede tomar en cuestión de mercadeo es el nombre del producto” es decir el nombre de la marca. En el caso del perfume *Charly* que en su momento tuvo un memorable éxito en ventas, tal vez no lo hubiera tenido al llamarse *Alfred* o el caso de *La Isla de los Cerdos* en el Caribe que fue cambiada por *Isla del Paraíso*.

Al momento de elegir nombres es arriesgado mirar al pasado y crearlos a la manera antigua en la que se podía escoger el apellido de un piloto de autos francés, como Chevrolet. Un nombre trivial no dice nada ni tiene la fuerza para impactar la mente del grupo objetivo, usar nombres descriptivos es inadecuado, es más apropiado escoger nombres inventados o de fantasía para lograr mayor diferenciación, ejemplo: Kodak y Xerox, como se explicará más adelante.

En el libro se citan interesantes ejemplos de nombres descriptivos fuertes con corte genérico, que a pesar de sonar bien, en su historia han corrido el riesgo de tambalear cuando un competidor crea otro similar o mejor pensado: *People* (Gente) suena bien para revista de temas sociales, pero motivó a que un competidor llame *US* (Nosotros) a su revista y de alguna manera resulte molesto para la primera aunque siga siendo más fuerte hasta el momento. *Time* para semanario no es tan adecuado como el más genérico *Newsweek*, aunque Time resulta breve, pegajoso y recordable, puede ser engañoso ya que podría ser para una industria relojera. *Fortune* podría ser una revista para corredores de bolsa o juegos de azar, mientras que *Business Week* es más apropiado para el segmento. Cuando prácticamente toda la publicidad era impresa en periódicos y revistas, *Printer's Ink* (Tinta de imprenta) era un nombre acorde a una revista dirigida a publicistas, pero desapareció, mientras *Advertising Age* (Era de la Publicidad) mantiene una imagen sólida hasta hoy.

Según mencionan los autores, “el hecho de que un nombre sea mejor que otro puede significar millones de dólares de diferencia en ventas”, un ejemplo muy ilustrativo de lo afirmado es el desodorante *Mennen E*, que estaba predestinado al fracaso a causa del nombre, a pesar de los USD 10 millones de su campaña publicitaria; la E se refería a la vitamina E, así que parecía que se dirigía a personas deseosas por tener axilas sanas y mejor alimentadas.

En el caso del inglés, las 5 letras iniciales más comunes son: S, C, P, A y T y las 5 menos comunes: X, Z, Y, Q, K; una de cada 8 palabras en inglés inicia con S y una de cada 3000 comienza con X, según mencionan los autores.

Dentro de este mismo capítulo, los Ries y Trout (1992, pp. 104-108) recalcan que “el nombre de una persona desempeña un papel importante en el juego de la vida”, comentan que los profesores de psicología Herbert Harari y John W. McDavid, realizaron un experimento para conocer el por qué los niños de primaria se burlaban de compañeros que tenían nombres raros; escogieron 2 nombres populares: David y Miguel y 2 impopulares: Hubert y Elmer y bajo estos 4 nombres entregaron trabajos similares entre sí a profesores de primaria para que los calificaran; el resultado fue que los que tenían los nombres populares obtuvieron mayor puntaje que los de nombres impopulares, debido a que Hubert o Elmer se asocian con estudiantes percibidos como torpes. Los autores ponen como ejemplos las elecciones americanas, ganadas por Richard Nixon frente a Hubert Humphrey; nombres ganadores: Jimmy, Jerry, Richard, John, Dwight, Franklin. Otro ejemplo, Edsel era un nombre perdedor antes de que Ford bautizara así a un auto, inspirado en el nombre de su hijo y esa elección contribuyó a un desastre comercial. Es así como frente a un Cyril y un John, se puede esperar que el primero sea un bobo mientras el segundo digno de confianza; como dicen los autores:

Se ve lo que se espera ver. Y un nombre inapropiado provoca una reacción en cadena que solo sirve para confirmar la desfavorable opinión inicial (...) el nombre es el primer punto de contacto entre el mensaje y la mente. No es la bondad o inconveniencia del nombre en un sentido estético lo que determina la eficacia del mensaje; es la idoneidad del nombre.

Un último ejemplo; dentro de la industria de la aviación norteamericana, las 4 grandes compañías eran en su momento: United Airlines, American Airlines, Trans World Airlines y Easter Airlines; esta última aparecía en cuarto lugar en los resultados de encuestas a pasajeros, debido a que su nombre (Oriental) sugería lo regional y la ubicaba en una categoría distinta frente a los nombres de las que abarcaban todo el país como American y United “la percepción es la realidad”.

Como bien afirma Wilensky (2014, p. 63) “el principal cuidado en la elección de un nombre de marca se debe a que una vez establecido es muy complejo y costoso cambiarlo.”

3.2.1.3 Realidades de la marca

Según lo plantea García-Uceda (2008, p. 102) la marca cuenta con dos realidades, una material y una psicológica.

La realidad material de la marca es la identidad de marca, que está conformada por los siguientes 3 elementos:

- El nombre o fonotipo, es lo que se pronuncia (su identidad verbal).
- El logotipo, que es la representación visual o gráfica del elemento anterior, es tipografía con la que se escribe (primera parte de su identidad visual).
- Los grafismos, que son las representaciones gráficas y cromáticas de lo que se puede ver pero no pronunciar (segunda parte de su identidad visual).

Tabla 13. Elementos de la realidad material de la marca

ELEMENTOS	DESCRIPCIÓN	EJEMPLO	IDENTIDAD
Nombre o fonotipo	Lo que se puede pronunciar	supermaxi	Identidad Verbal
Logotipo	Representación gráfica del nombre, la grafía propia con la que se escribe.		Identidad Visual
Grafismos	Dibujos, colores o representaciones no pronunciables.		

Adaptado de (García, 2008, p. 103)

La realidad psicológica de la marca es la imagen de marca, que es el resultado del conjunto de asociaciones mentales que el receptor realiza, a partir de lo que percibe y/o ha experimentado considerando el conjunto de signos emitidos por la marca a través del producto, de la empresa, del envase, y de las acciones comunicacionales emitidas por la marca a través de su publicidad.

Como ya se lo ha mencionado antes, la razón esencial de la marca, es la diferenciación, la misma que se inicia con una diferenciación fonética y visual en el plano material, para luego fortalecerse con una diferenciación psicológica en el plano mental, que viene a ser la que mayor peso tiene.

Por lo tanto, luego de las decisiones del nombre y la manera de expresarlo visualmente, la diferenciación más sólida se logra en la mente del consumidor, ahí es el verdadero campo de batalla en el que todas las marcas quieren tener un mejor y mayor espacio, que implique una preferencia que sea demostrada en la adquisición repetida de la marca en el tiempo.

En el campo de la publicidad, la aspiración máxima no está en que la marca llegue a la mente del consumidor, sino a su corazón, por ello surgió el término *Lovemarks* creado por Kevin Roberts en su libro del mismo nombre.

En su publicación, Roberts (2005, pp. 148-149) menciona que los factores que deben combinarse para que una marca llegue al nivel de *lovemark* es el amor y el respeto; al cruzar estos dos elementos se obtiene 4 cuadrantes o escenarios: el poco respeto y poco amor corresponde a los genéricos, el mucho amor y poco respeto corresponde a las modas pasajeras, el mucho respeto y poco amor corresponde a las marcas en general, pero el mucho amor y mucho respeto corresponde a las *lovemarks*.

Pero para que una marca llegue a ese óptimo nivel, debe realizar una serie de decisiones acertadas a lo largo de su trayectoria, iniciando por lo más básico, un buen nombre, que deberá estar legalmente protegido para evitar que terceros se aprovechen de la reputación que va logrando a lo largo de su existencia; en caso de no gozar con protección legal, la marca no tiene derechos que reclamar.

3.2.1.4 Características que una marca debería tener

Al crear una marca, esta debe cumplir con ciertas características, para que logre la función de diferenciación de manera efectiva iniciando por un sonido agradable.

Según lo afirmado por Díez de Castro y Martín (como se citó en (García-Uceda, 2008, pp. 103-104) es aconsejable que un nombre de marca reúna idealmente, las siguientes características:

- Brevidad: 1 ó 2 palabras con 1 ó 2 sílabas, que faciliten su recordación. Ej. Lan, Taca, Fab, Omo.
- Fácil lectura y/o pronunciación: Lo óptimo es que la marca se pronuncie de una sola manera sin complicaciones al momento de leerla. Nombres difíciles de pronunciar han hecho un mayor esfuerzo para ser recordados, ej. Volkswagen, Alka-seltzer, Schweppes.
- Eufonía: El nombre debe tener una agradable musicalidad, según menciona el autor, l, r, t, d, son de grata audición; g, k, causan desagrado; x, k, j, t, d, dan sensación de robustez, ej. Kotex, Protex, aunque todo depende de la combinación de estas letras.
- Memorización: El nombre debe dar las facilidades para su fácil recordación mental por su sonido y su imagen visual. Ej. Cruz Roja
- Asociación y/o evocación: En ciertos casos puede convenir que la marca indique el tipo de producto; como en consumo masivo porque se facilita la asociación pero no lo describe. Ej Sí Café (café), Vita Leche (leche), Cuota Fácil (tarjeta de crédito para pagar por cuotas) Preventor (condones para prevenir embarazo); se asocian a sonidos que corresponden al efecto del uso de los productos Plushezz (zapatos de cama con cápsula de aire).

- Adaptable al envase y rotulación.
- Aplicable a nivel internacional, en caso de que tenga esta proyección, se debe considerar que su evocación y pronunciación sean válidas en otros países de interés.

El autor Wilensky (2014, pp. 69-77) afirma que existe un conjunto de 6 reglas básicas que dan mayor probabilidad de éxito, que aunque no garantizan que se elija un buen nombre, evita errores. Además de brevedad, pronunciabilidad, recordación y eufonía, explicadas previamente, este autor añade 2 más, la sugestión, mediante la cual se puede sugerir alguna cualidad o atributo y la originalidad, como el aspecto más importante que lo ayuda a diferenciarse de la competencia; desde el punto de vista legal, es importante que la marca tenga la mayor fantasía posible.

3.2.1.5 Funciones de la marca

Otamendi (2010, pp. 1-5) plantea las funciones de la marca; la primera es la indicación de origen; antiguamente la marca identificaba su proveniencia, el público consumidor podía saber quiénes eran los fabricantes de cada producto, en la actualidad se resta importancia a quién fabrica el producto que se adquiere, aunque no faltan casos en los que la marca está formada por el nombre del fabricante, de esta manera esta función pasa a ser secundaria.

La segunda es la distinción de productos y servicios, que viene a ser la esencial y verdadera función de una marca, tal como ya se ha mencionado anteriormente, ya que el consumidor podrá elegir entre varios productos o servicios similares y luego repetir la acción porque la marca permite ser identificada. Si el signo no permite dicha diferenciación entre otros, simplemente no podrá ser una marca.

La tercera es la garantía, quiere decir que la marca debe garantizar una calidad uniforme; quien repite la compra de un producto o servicio espera tener la misma calidad que tuvo con anterioridad. En el caso de las franquicias, este punto es muy relevante, ya que el vínculo común que mantiene la unidad de la marca es esa calidad uniforme del producto o servicio, si estos pierden calidad, con seguridad perderán consumidores que optarán por la competencia y las marcas tendrán el riesgo de salir del mercado, ya que toma más tiempo en ganar mercado que en perderlo.

La cuarta es la publicidad, la marca es el único nexo entre el consumidor del producto o servicio y su titular; la buena calidad del producto o servicio debe ir de la mano con la publicidad adecuada, en vano pueden hacerse esfuerzos por mejorar los productos si estos siguen siendo desconocidos. Aún cuando no se haga publicidad, la marca debe tener un atractivo que llame la atención del posible comprador.

La publicidad basa su mensaje en la marca, sin ella la comunicación no tendría sentido ya que no estaría claro qué es lo que se está anunciando, así que sin las marcas el mercado sería un caos, ya que nada estaría identificado y diferenciado con claridad y la publicidad no sabría la manera de motivar el consumo de un producto que no tenga una diferenciación gráfica y fonética.

3.2.1.6 Clasificación de las marcas bajo la óptica legal

A continuación se presenta un cuadro con la clasificación de las marcas propuesta por un abogado ecuatoriano (Ruiz, 2013, pp. 87-94). Muchos de los ejemplos de casos fueron sacados de la página web del IEPI.

**Tabla 14. Tipos de marcas
POR LA FORMA DEL SIGNO**

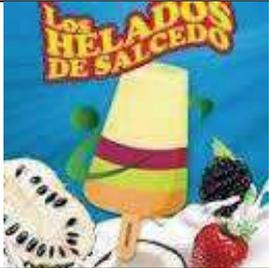
Perceptibles a la VISTA			
<p>Marcas denominativas o verbales: Formadas por palabras, frases, letras, números o combinaciones que formen algo legible y pronunciable, con o sin significado conceptual.</p>			
Tipo		Descripción	Ejemplos
Marcas de fantasía o caprichosas		Son inventadas y no tienen significado ya que no existían, aunque también se consideran aquí a las marcas en otros idiomas si su significado no es conocido. Son las más distintivas, un típico ejemplo es KODAK para cámaras fotográficas, 3M para diversas líneas de productos.	
Marcas arbitrarias		Nombran productos con los que no guardan ninguna relación ni por su significado ni sugieren nada de ellos, aquí encaja el ejemplo de APPLE para computadoras y dispositivos tecnológicos, MINERVA para café.	
Marcas evocativas o sugestivas		Son las que llevan al consumidor a asociar productos con ciertas características, aplicaciones o funciones, sin que llegue a ser algo descriptivo o genérico. Son consideradas marcas débiles. Ejemplo: CHOCOLISTO para chocolate, NESCAFÉ para café.	
Marcas figurativas			
Marcas gráficas		No tienen ni letras ni números, pueden ser únicamente gráficas que no evocan ningún concepto que es el caso del swoosh de NIKE o pueden ser figurativa porque representa la figura de algo existente, por ejemplo de un animal.	

<p>Marcas mixtas o compuestas</p>	<p>Formadas por un elemento denominativo y uno gráfico o figurativo, llamadas marcas bidimensionales. Ejemplo: Starbucks.</p>	
<p>Marcas tridimensionales o plásticas</p>	<p>Tienen las tres dimensiones (ancho, largo y profundidad); se trata de formas particulares de envases, contenedores especiales de producto, embalajes u otros acondicionamientos especiales dada por la forma de los mismos o de las formas de los dispensadores de los productos u ofrecimiento de servicios, ejemplo clásico es la botella de COCA COLA.</p>	
<p>Marcas de color</p>	<p>Son las que tienen uno o varios colores delimitados por una forma específica, ya que el color en sí no puede ser considerado como una marca; ejemplo TARGET que tiene una circunferencia y un círculo que representan de manera estilizada el tiro al blanco.</p>	
<p>Perceptibles por OTROS SENTIDOS: Según afirma la OMPI (OMPI, 2009) olfato, oído y gusto son los sentidos de las marcas no tradicionales, dentro de las marcas que son perceptibles por otros sentidos distintos a la vista están:</p>		
<p>Tipo</p> <p>Olfativas</p>	<p>Descripción</p> <p>Compuestas por olores y la presentación de la fórmula química que sería la formalidad requerida para cumplir con el requisito de representación gráfica para el registro. Ejemplos de estos casos son: las pelotas de tenis con olor a hierba recién cortada fabricadas por una empresa holandesa, o los neumáticos con un aroma o fragancia floral que recuerda al de las rosas y los dardos con el olor acre de la cerveza amarga registrados en el Reino Unido.</p>	<p>Ejemplos</p> 

	Sonoras o auditivas	Representadas por uno o combinación de sonidos suficientemente distintivos, que pueden traducirse en notas musicales, ejemplos el tono de la MAC al iniciar sesión, el rugido del león de la Metro-Goldwyn-Mayer Inc. o MGM, el tono característico de NOKIA, el sonido de las motos HARLEY DAVIDSON.	 
	Táctiles o de textura	Las constituidas por una superficie particular del producto, por la que podría ser reconocido; por ejemplo por tener una textura específica reconocible, la representación gráfica del signo se efectúa por impresión en relieve, tipo braille.	
	Gustativas	Algunas oficinas admiten el registro de marcas gustativas, pero resultan ser muy excepcionales, el tema sigue en debate si el sabor puede funcionar como marca y qué puede considerarse una representación suficiente de tales signos (OMPI, 2007).	

POR LA FUNCIÓN DEL SIGNO

	Tipo	Descripción	Ejemplos
	De productos y servicios	Distinguen a bienes tangibles como los productos o bienes intangibles o inmateriales como los servicios.	 

<p>Colectivas</p>	<p>Signos adoptados por entidades colectivas, como asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones legalmente establecidas; tienen la función de distinguir ante el consumidor los productos y servicios elaborados por los miembros de un grupo en particular de los ofrecidos por otros productores ajenos a este; es el caso de los HELADOS DE SALCEDO.</p>	
<p>De Certificación</p>	<p>Signos que sirven para certificar el origen, la calidad, ciertas características o factores relacionados con el producto. Se registran a nombre de la entidad que da la certificación; si esta es de calidad, implica que el producto distinguido por esta marca ha seguido acertadamente las normas y procedimientos requeridos, este es el caso del INEN.</p>	

POR EL USO Y DIFUSIÓN DEL SIGNO

	Tipo	Descripción	Ejemplos
<p>Notorias o notoriamente conocidas</p>	<p>Son las que logran reconocimiento por su uso intensivo en el mercado y su efectiva promoción publicitaria; la marca se ha difundido sin perder su fuerza distintiva, llegando a ser generalmente conocida al menos por los sectores interesados en la categoría de productos y servicios a la que la marca pertenece, ejemplo OMEGA para los relojes.</p>		
<p>Renombradas o de alto renombre</p>	<p>Son las que gozan de un carácter distintivo excepcional además de un elevado prestigio o <i>good will</i>, mantienen un estatus muy superior al de las marcas comunes inclusive están un paso más allá de las marcas notorias, ya que su uso ha sido tan fuerte que además de ser conocidas por el segmento de consumo interesado, son plenamente identificadas por las personas en general aunque no sean sus consumidoras, por ejemplo: ADIDAS, COCA COLA, NIKE, VOLVO, entre otras más.</p>		

OTROS TIPOS DE MARCAS			
	Tipo	Descripción	Ejemplos
	Marca blanca:	Es la marca genérica que pertenece al distribuidor; ejemplos locales: SUPERMAXI, MI COMISARIATO, en los EU están WALLMART, TARGET, WALGREENS.	
	Marca paraguas	La que identifica a todos los productos que la empresa comercializa; puede o no ser el mismo de la empresa. Esta estrategia tiene pros y contras, la mayor ventaja es el ahorro en los lanzamientos de nuevos productos, ya que el prestigio previo logrado por la empresa los apadrina; la desventaja principal se da cuando un producto fracasa y eso afecta a toda la marca. Esta estrategia puede ser adecuada para productos de una misma industria, una misma marca para sectores industriales distintos puede generar confusión en el posicionamiento de marca.	
	Marca de reserva	La que se registra para utilizarla a futuro; en la legislación ecuatoriana hay obligación de uso, así que puede tener inconvenientes si no se lo hace.	
	Marca arquitectónica	Es una variación de la marca tridimensional, se trata de la forma o estructura de un edificio.	

Adaptado (Ruiz, 2013, pp. 87-94) y OMPI (OMPI, 2009).

3.2.2 Nombre comercial

Ruiz (2013, p. 198) lo define como un tipo de signo que sirve para identificar las actividades económicas de una empresa con su competencia, en algunos casos puede ser la misma razón social.

Según el IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009) puede ser el nombre del empresario individual, la designación, la sigla o el nombre de fantasía que hayan adoptado para identificarlo; desde el momento que comienza la actividad comercial y en la medida que se lo use para identificarla, goza de protección amparada en la ley de marcas, sin necesidad de registro.

El uso del nombre comercial es una cuestión de hecho sujeta a ser probada; en cambio una marca es el signo distintivo del producto de la empresa. Una empresa puede ser el titular de varias marcas, en caso de que una empresa desee usar su nombre comercial como marca de productos, deber registrarlo como marca para obtener protección.

3.2.3 Lema comercial

En el art. 175 de la Decisión 486, lo define como la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca.

Según afirma Ruiz (2013, pp. 202-203) el lema comercial solo puede ser denominativo; en Europa se lo conoce como marca-eslogan; slogan en inglés y eslogan en español, es una expresión fácilmente comprensible, breve, original y recordable que da a conocer la ventaja competitiva del producto o servicio que se promociona.

El lema comercial o eslogan es una extensión de la marca destinada a reforzar el mensaje publicitario y aportar distintividad a la marca, por ello debe especificarse en el registro la marca con la cual se usará.

Según se conoce en publicidad, un eslogan no debe tener más de 7 palabras y poseer cierta musicalidad fonética que resulte agradable.

Ejemplos en publicidad: Pilsener, orgullosamente ecuatoriana; Coca Cola a lo largo de su historia ha tenido muchos, como “siempre Coca Cola”, “Destapa la felicidad”.

3.2.4 Apariencia distintiva

El art. 235 LPI la define como “todo conjunto de colores, formas, presentaciones, estructuras y diseños característicos y particulares de un establecimiento comercial, que lo identifiquen y distingan en la presentación de servicios o venta de productos.”

Ruiz (2013, p. 205) indica que en la Decisión 486 los coloca como rótulos o enseñas, no presenta una definición, pero señala que se registrarán por las disposiciones relativas al nombre comercial, con lo que se entiende que la duración es para 10 años renovables por tiempos iguales.

Ejemplo: la combinación de colores, formas y diseños que McDonald’s utiliza en sus lugares de comida rápida.

3.2.5 Indicaciones geográficas

El art. 237 LPI define indicación geográfica como la que:

Identifique un producto como originario del territorio de un país, de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable fundamentalmente a su origen geográfico, incluidos los factores naturales y humanos.

El art. 238 LPI establece que:

La utilización de indicaciones geográficas, con relación a los productos naturales, agrícolas, artesanales o industriales, queda reservada exclusivamente para los productores, fabricantes y artesanos que tengan sus establecimientos de producción o de fabricación en la localidad o región designada o evocada por dicha indicación o denominación.

El art. 239 LPI afirma que:

El derecho de utilización exclusiva de las indicaciones geográficas ecuatorianas se reconoce desde la declaración que al efecto emita la Dirección Nacional de Propiedad Industrial. Su uso por personas no autorizadas, será considerado un acto de competencia desleal, inclusive los casos en que vayan acompañadas de expresiones tales como “género”, “clase”, “tipo”, “estilo”, “imitación” y otras similares que igualmente creen confusión en el consumidor.

Ruiz (2013, p. 207) afirma que pueden ser de 2 tipos: las directas que indican el nombre de una localidad, y las indirectas que aluden o asocian a una localidad. Las indicaciones geográficas no se eligen arbitrariamente, corresponden al nombre de donde proviene el producto, es un nombre geográfico existente.

3.2.6 Denominaciones de origen (DO)

Tomando como referencia el art. 201 de la Decisión 486, DO es una indicación geográfica constituida por la denominación de un país, región o un lugar determinado, o referida a una zona geográfica en particular “utilizada para designar un producto originario de ellos, cuya calidad, reputación u otras

características se deban exclusiva o esencialmente al medio geográfico en el cual se produce, incluidos los factores naturales y humanos.”

Ruiz (2013, p. 207) afirma que una DO puede considerarse un tipo especial de indicación de procedencia, ya que el producto que la lleva debe poseer una calidad y características atribuibles exclusiva o esencialmente a su origen. Para considerarse DO deben cumplir lo siguiente:

- El producto debe originarse de la región o localidad.
- Las características, reputación o calidad deben ser atribuibles a ese origen geográfico.
- La producción y elaboración de los productos deben hacerse en esa zona.

Ejemplos de DO protegidas en el mundo: Bordeaux para el vino, Tequila para el licor, Noix de Grenoble para las nueces. En Ecuador, una DO protegida es la de los sombreros de paja toquilla de Monsecristi.

Ruiz (2013, p. 207) establece que el término más general es indicación de procedencia, que comprende indicación geográfica y denominación de origen (DO), la diferencia entre estas dos radica en que, en la primera la reputación de la calidad u otra característica se la atribuye al origen geográfico sin consideración de factores naturales o humanos, mientras que en la segunda las características tienen origen en el ambiente geográfico considerando factores naturales y humanos.

3.3 Protección de los diferentes signos distintivos

En Ecuador rige el sistema atributivo, que es la forma que ha adoptado la ley para la adquisición del derecho exclusivo sobre una marca, el sistema atribuye ese derecho a quien obtiene el registro de la marca, es decir existe derecho cuando existe el registro (Ruiz, 2013, p. 103). Adicionalmente el autor

menciona la triple protección, ya que hay signos que pueden protegerse como marca, diseño industrial y obra artística (2013, p. 173).

3.3.1 Requisitos para el registro de marcas y principios fundamentales

Tomando como base la información de las publicaciones del IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009) la regulación ecuatoriana está contenida en la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y en el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, Decisión 486 de la Comunidad Andina.

En el art. 194 LPI afirma que “se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica.”

Ruiz (2013, pp. 94-96) define así los requisitos del signo:

- **Distintividad:** La capacidad de un signo para diferenciarse extrínseca e intrínsecamente de otros, es el requisito principal que debe tener para ser registrado como marca; esta diferenciación que logra transmitir al producto facilitará al consumidor reconocerlo y elegirlo entre otros similares.
- **Representación gráfica:** Para su registro el signo debe tener la posibilidad de ser expresado o descrito mediante palabras, dibujos, signos, colores, etc., para que sus componentes puedan ser apreciados por el observador. Este requisito permite la publicación de las solicitudes de registro en medios oficiales o gacetas de PI.

Según lo afirma Bugallo (2006, pp. 71-72) la marca está determinada por dos principios fundamentales: el principio de territorialidad, que coincide con el territorio del estado emisor de la norma legal respectiva; y el principio de

especialidad, implica que la marca se limita al uso de objetos determinados en la solicitud realizada, mas no para los productos o servicios de todas las clases.

3.3.1.1 Trámite de registro de una marca

Según lo indica el IEPI cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera puede registrar una marca. Según la ley, los derechos conferidos por la marca registrada se limitan al territorio ecuatoriano.

El interesado debe seguir el procedimiento indicado en el punto 1.2.1.1 del *capítulo 1*, (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2014), es decir obtener un casillero virtual con usuario, contraseña y seleccionar la solicitud para signos distintivos; luego de verificar que todo se haya llenado apropiadamente, se genera un comprobante de pago y después de que la persona cancela ingresa nuevamente al sistema para registrar dicho pago e ingresar el proceso, el sistema asignará un número de trámite, llamado como expediente.

Si la marca es denominativa (no reivindica características gráficas o color específico) se deberá consignar su denominación en escritura normal; si es mixta o figurativa (reivindica tipografía y/o diseños o logos), se adjuntará 6 etiquetas a color de 5 por 5 cm, en papel adhesivo. Con respecto a la protección de los productos o servicios a distinguir, debe describirlos e indicar a qué clase internacional pertenecen (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009).

Como indica el documento citado, el área encargada de este proceso es la Dirección Nacional de Propiedad Industrial (DNPI), el procedimiento es el siguiente:

Examen de forma: Se examina la solicitud para verificar que cumple requisitos de carácter administrativo, si se pagó la tasa de la solicitud y el formulario fue llenado correctamente.

Publicación y plazo para oposiciones: Se publica un extracto de la solicitud en la Gaceta de Propiedad Industrial para que terceros tengan conocimiento de las peticiones efectuadas; durante 30 días podrán presentarse las oposiciones al registro solicitado. Este plazo puede ampliarse por 30 días laborables más, a petición del interesado en presentar oposición.

Examen de fondo o de registrabilidad: Se examina si la solicitud cumple todos los requisitos sustantivos, por ejemplo, si la marca solicitada no está en conflicto con una existente.

Registro: Una vez verificada la inexistencia de motivos para denegar la solicitud, se concede el registro de la marca, la DNPI emite la resolución, caso contrario se rechaza el registro.

El solicitante debe pagar la tasa y se le entrega el título de marca ya registrada.

Duración de la protección y renovación: El registro se mantendrá vigente por 10 años, contados desde la fecha en que fue notificada la solicitud de concesión del registro de la marca, y podrá renovarse indefinidamente en subsecuentes períodos de 10 años mediante el pago correspondiente. La renovación podrá presentarse en un plazo de 6 meses previos al vencimiento del registro y hasta 6 meses después de vencido el plazo de vigencia, esto se llama plazo de gracia.

El tiempo que toma registrar una marca depende de si hay oposición y prórrogas. Generalmente, luego de que el IEPI realice exámenes de forma y de fondo para emitir el título de registro, toma 6 meses aproximadamente. Para

evitar problemas en la promoción publicitaria, hay que presentar la solicitud de marca anticipadamente.

3.3.1.2 Beneficios y derechos que confiere el registro de una marca

Según explica el IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2014):

- Derecho al uso exclusivo del signo por parte del titular.
- En caso de uso indebido de una marca, el titular puede iniciar acciones civiles, penales y administrativas.
- Protección en todo el país y derecho de prioridad en los países de la Comunidad Andina de Naciones (Colombia, Perú y Bolivia), dentro de los primeros seis meses de presentada la solicitud en Ecuador.
- Derecho de presentar acciones legales civiles, penales y administrativas en contra de infractores.
- Desalienta a los piratas al uso de una marca registrada.
- Protege la prioridad del registro en otras naciones.
- Permite restringir la importación de bienes que utilizan marcas que infringen derechos.
- Derecho de otorgar licencias y de cobrar regalías.
- Derecho de franquiciar el producto o servicio.
- Ceder derechos sobre la marca a terceros.
- Posibilidad de garantizar un crédito con la marca.
- Al registrar la marca se convierte en un activo intangible, en ocasiones el más valioso de la empresa.

3.3.1.3 Motivos por los que se deniega una solicitud

Cuando se va a crear una marca que pretende ser registrada, es importante conocer previamente los motivos que impedirían dicho registro, para ahorrar tiempo y dinero (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009).

Una solicitud de registro puede desestimarse sobre una nulidad absoluta, en los siguientes casos:

Tabla 15. Causas para que la solicitud de marca sea negada	
SITUACIONES	EJEMPLOS
Formas usuales de los productos o sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate.	Intentar registrar una botella con una forma común.
Formas que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican.	Intentar registrar un abre fácil.
Un signo o indicación que pueda servir en el comercio, para calificar o describir alguna característica del producto o servicio de que se trate, incluidas las expresiones laudatorias de ellos.	<i>"manzanas chilenas"</i> para manzanas.
Un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate; o sea una designación común o usual del mismo en el lenguaje corriente o en la usanza comercial Ecuatoriana	Intentar registrar <i>"Biela"</i> para cervezas.
Un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica, salvo que se demuestre que haya adquirido distintividad.	Intentar registrar el color verde o cualquier otro para cualquier actividad, el único reconocido es el rojo de PORTA.
Cuando sean signos contrarios a la ley, a la moral o al orden público.	<i>"Cevichería dos sin sacar"</i> .
Cuando puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, características o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate.	<i>"Chocolates de suiza"</i> cuando no son de dicho país.
Reproduzcan o imiten una denominación de origen protegida, una indicación geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión; o, que en su empleo puedan inducir al público a error con respecto al origen, procedencia, cualidades o características de los bienes.	<i>"Champagne"</i> para un vino espumoso ecuatoriano.
Cuando el signo imite el nombre, escudos, banderas y otros emblemas, siglas, denominaciones o abreviaciones de denominaciones de cualquier Estado o de cualquier organización internacional, que sean reconocidos oficialmente, sin permiso de la autoridad competente.	El intentar registrar la bandera de México para un restaurant de comida mexicana.
Cuando imiten signos, sellos o punzones oficiales de control o de garantía, a menos que su registro sea solicitado por autoridad competente.	<i>"Hecho en Ecuador"</i> .
Cuando reproduzcan monedas o billetes de curso legal, títulos valores y otros documentos mercantiles, sellos, estampillas, timbres o especies fiscales.	Intentar registrar el billete de un dólar para el establecimiento comercial en el cual todo se vende por esa cantidad.
Cuando viole derechos de terceros (marcas notorias, derechos de autor, nombres y lemas comerciales, derechos de autor, obtenciones de variedades vegetales, etc.)	Por ejemplo se intentó registrar <i>"Platero y Yo"</i> para un bar.
Adaptado de (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009)	

Las solicitudes son denegadas por motivos relativos cuando la marca a registrarse entra en conflicto con otras existentes. La coexistencia de dos marcas idénticas o muy similares de un mismo tipo de producto puede generar confusión a los consumidores. Se puede considerar si el conflicto se da con marcas famosas no registradas, o solo si la marca es impugnada por terceros una vez publicada en la gaceta.

Si la oficina de registro considera que una marca es idéntica a una existente o tan similar que podría inducir a confusión con productos idénticos o similares, será denegada. Por lo tanto, no usar marcas que puedan causar confusión por su similitud con marcas existentes.

3.3.1.4 Recomendaciones del IEPI para elegir o crear una marca

Aunque no hay reglas fijas, el IEPI (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2014) sugiere:

- Comprobar que la marca elegida cumpla con todos los requisitos legales de registro.
- Realizar una búsqueda de marcas ya registradas o en trámite para verificar que la marca que se desea registrar no es ni igual ni similar a otra, situación que pueda crear confusión. El costo de la búsqueda de USD 16.
- La marca debe ser fácil de leer, escribir, deletrear, recordar y que se pueda adaptar a todo tipo de medios publicitarios.
- Verificar que la marca no tenga connotaciones negativas ni en español ni en otros idiomas de posibles mercados de exportación.
- Comprobar la posibilidad de registrar el nombre de dominio correspondiente.

Al definir palabras para la marca, es importante saber que las palabras inventadas o de fantasía, que no tienen ningún significado como ya se vio en anteriormente, son más fáciles de registrar, porque podrían tener mayor

distintividad, característica principal para el registro; aunque por otro lado será más difícil recordar y requerirá de mayor publicidad.

En el caso de las marcas arbitrarias, con palabras que no guardan relación con el producto, también son más fáciles de proteger, pero igualmente se necesitará más publicidad para lograr asociar el nombre con el producto, por ejemplo pantera para trapos de limpieza.

En el caso de las marcas sugerentes o evocativas, insinúan uno o varios atributos del producto, ya que comunican una asociación, pero corren el riesgo de que se considere que es demasiado descriptiva y se niegue su registro. Ejemplo: La marca Frutos del Mar para comercializar platos típicos de la costa ecuatoriana.

3.3.1.5 Clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas – Clasificación de Niza

Según lo explica en su página web la oficina española de patentes y marcas (OEPM) la Clasificación de Niza es una división por clases de los productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica, de comercio o de servicios.

Se basa en un tratado multilateral de la OMPI, firmado en 1957, que se denomina el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, y está disponible en varios idiomas para los países que son parte del Convenio de París.

Su utilización en los países simplifica el trámite de las solicitudes, ya que los productos y servicios a los que aplica una marca estarán clasificados de la misma manera en todos los países que la hayan aplicado.

Esta clasificación se compone de una lista de 45 clases: 34 de productos y 11 de servicios, con notas explicativas y de una lista alfabética que indica la clase

a la que pertenece cada uno de los productos o servicios. Contiene alrededor de 10.000 partidas relativas productos y 1.000 partidas relativas a servicios.

La Clasificación de Niza va actualizándose, al momento está vigente la 10ma. edición, que puede encontrarse en el link de esta referencia (Registro de La Propiedad Intelectual de Guatemala, Centro América, 2011).

3.3.2 Sistema de protección para el nombre comercial

Según afirma Ruiz (2013, p. 198) el derecho nace por el uso del nombre y para exigirlo se requiere la declaración del titular, es decir rige el sistema declarativo porque “el registro declara un derecho existente y este derecho está supeditado al uso del nombre comercial.”

El art. 230 LPI dispone que “el nombre comercial será protegido sin obligación de registro. El derecho al uso exclusivo de un nombre comercial nace de su uso público y continuo y de buena fe en el comercio, por al menos seis meses.”

Afirma Ruiz (2013, p. 199) que “el uso del nombre comercial es un hecho que debe ser probado” y en caso de controversia, la autoridad competente recurrirá al análisis de los medios probatorios.

3.3.2.1 Trámite de registro del nombre comercial

El art. 234 LPI establece que “las disposiciones de esta Ley sobre marcas serán aplicables en lo pertinente a los nombres comerciales. Las normas sobre marcas notoriamente conocidas y de alto renombre se aplicarán a nombres comerciales que gocen de similar notoriedad o alto renombre.”

3.3.2.2 Duración, renovación y extinción del derecho

Según los arts. 191 y 197 de la Norma Andina 486, el derecho exclusivo del nombre comercial es indefinido, cesa al dejar de usarlo, pero cuando se lo ha registrado, al igual que las marcas, su duración será de 10 años contados desde la fecha de su registro o depósito y puede ser renovable por iguales períodos.

Según menciona el art. 198 de la misma norma, la renovación deberá solicitarse ante la oficina nacional competente, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de su expiración, aunque el titular gozará de 6 meses de gracia a partir de la fecha de vencimiento; la oficina en mención podrán exigir pruebas de uso del nombre comercial.

El derecho se extingue con el cese definitivo de la actividad económica del establecimiento.

3.3.2.3 Prohibiciones de registro del nombre comercial

Según el art. 194 de la Decisión Andina 486, un nombre comercial no se registrará cuando:

- a) consista, total o parcialmente, en un signo contrario a la moral o al orden público;
- b) su uso sea susceptible de causar confusión en los medios comerciales o en el público sobre la identidad, la naturaleza, las actividades, el giro comercial o cualquier otro aspecto de la empresa o establecimiento designado con ese nombre;
- c) su uso sea susceptible de causar confusión en los medios comerciales o en el público sobre la procedencia empresarial, el origen u otras características de los productos o servicios que la empresa produzca o comercialice; o,

d) cuando exista una solicitud o registro de nombre comercial anterior.

3.3.3 Trámite de registro del lema comercial

En la legislación ecuatoriana, dentro del art. 194 LPI se afirma que “podrán registrarse como marca los lemas comerciales, siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas.”

Según el art. 179 de la Decisión 486, se aplican las disposiciones relativas al título de marcas de la misma decisión. Según Ruiz (2013, p. 204) el lema comercial sigue la misma suerte de la marca bajo la cual fue registrado, no necesita renovación, caduca con la marca.

3.3.4 Trámite de registro de la apariencia distintiva

Según indica el art. 236 LPI “serán protegidas de idéntica manera que los nombres comerciales.”

3.3.5 Tasas por trámites de registro de signos distintivos

A continuación se presenta una tabla con las tasas que cobra el IEPI, según el Registro Oficial (RO) Suplemento No. 326 del 4 de septiembre de 2014.

SOLICITUDES	TASAS USD
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marcas.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Nombre Comercial.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Lema Comercial.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Apariencias Distintivas.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marcas Colectivas.	400
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marcas de Certificación.	400
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marca Tridimensional.	1.002
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Denominación de Origen.	

Trámite de reconocimiento de Denominación de Origen extranjera.	
Informe de búsqueda general de Signo Distintivo.	16
Informe de búsqueda especial con base en cualquiera de los siguientes criterios: titular, clase internacional, año de registro y solicitudes en trámite en determinado período (por cada signo distintivo encontrado).	2
Trámite de solicitudes de reconocimiento de marca notoria.	3.270 - 10.800
CERTIFICADOS	
Certificado de autorización de Denominación de Origen Ecuatoriana.	32
Otorgamiento de autorización de uso y explotación de Denominación de Origen Ecuatoriana.	40
RENOVACIONES DEL REGISTRO	
Trámite de solicitud de renovación de Signos Distintivos.	208
Trámite de solicitud de renovación de Nombre Comercial.	208
Trámite de solicitud de renovación de Lema Comercial.	208
Trámite de solicitud de renovación de Apariencias Distintivas.	208
Trámite de solicitud de renovación de autorización de uso y explotación de Denominación de Origen Ecuatoriana.	40
Trámite de solicitud de emisión de certificado de renovación de autorización de uso y explotación de Denominación de Origen Ecuatoriana.	32
Trámite de solicitudes de renovación de reconocimiento de marca notoria.	4.300 - 14.400
MODIFICACIONES AL REGISTRO	
Trámites de modificaciones relacionadas con Signos Distintivos (cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio).	101
Trámites de modificaciones relacionadas con Nombre Comercial {cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio}.	101
Trámites de modificaciones relacionadas con Lema Comercial {cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio}.	101
Trámites de modificaciones relacionadas con Apariencias Distintivas (cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio).	101
INSCRIPCIÓN DE CONTRATOS	
Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Signos Distintivos.	72
Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Nombre Comercial.	72
Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Lema Comercial.	72
Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Apariencias Distintivas.	72
INSPECCIONES Y TUTELAS ADMINISTRATIVAS	
Trámite de acciones para el ejercicio de la tutela administrativa de Signos Distintivos.	208
Inspecciones realizadas por el IEPI para el ejercicio de la tutela administrativa.	132 - 1.360
Inspecciones realizadas por el IEPI para el reconocimiento del lugar, previo a la emisión de la autorización de Denominación de Origen ecuatoriana.	132 - 1.360
Adaptado de Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, Registro Oficial Suplemento No. 326 (2004, pag. 3)	

Luego de haber analizado la relación del derecho marcario con el mundo publicitario, a continuación se presentará el último capítulo del marco teórico sobre competencia desleal enfatizando en su relación con la publicidad.

4. Capítulo IV: LA COMPETENCIA DESLEAL Y LOS LÍMITES QUE DEBE RESPETAR LA PUBLICIDAD EN EL ECUADOR

En este capítulo se tomará en cuenta la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011) y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODCon) (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000), de aquí en adelante no será necesario citar las fuentes nuevamente ya que son las mismas.

No se topará ni la normativa de etiquetado ni la Ley Orgánica de Comunicación, ya que si bien ambas incluyen temas relacionados con el ámbito publicitario, no se enfocan en propiedad intelectual.

En este capítulo es importante partir de la definición de conceptos y organismos de control, para luego establecer las prácticas que en publicidad pueden resultar desleales según la ley, como lo es la confusionista, la engañosa, la denigratoria, la comparativa que no pueda demostrar lo afirmado, la subliminal y finalmente los actos de imitación y de explotación de la reputación ajena.

4.1 Definición de competencia desleal y su organismo de control

Ruiz (2013, p. 252) indica que “todo acto realizado en el ejercicio de una actividad comercial contraria a los usos y prácticas honestas” se considera desleal.

La competencia desleal (CD) se encontraba normada por la LPI, actualmente rige la LORCPM, la que en su art. 25 le da la siguiente definición:

Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas,

incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras.

La Norma Comunitaria o Decisión 486, en el art. 258 define como desleal “todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.”

Según lo indicado en el punto 1.2.3 del *capítulo 1*, a partir del registro de la LORCPM en octubre del 2011 (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011), la Superintendencia de Control del Poder de Mercado es la autoridad nacional competente para la aplicación de esta ley, que antes constaba dentro de la LPI bajo Competencia Desleal.

4.2 Prácticas consideradas desleales según la ley ecuatoriana

De acuerdo al art. 27 de la LORCPM se consideran prácticas desleales, las siguientes:

1.- Actos de confusión.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, crear confusión con la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento ajenos. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad,

precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

3.- Actos de Imitación.- Particularmente, se considerarán prácticas desleales:

- a) La imitación que infrinja o lesione un derecho de propiedad intelectual reconocido por la ley.
- b) La imitación de prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando resulte idónea para generar confusión por parte de los consumidores respecto a la procedencia empresarial de la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno. Las iniciativas empresariales imitadas podrán consistir, entre otras, en el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de un anuncio de un tercero.
- c) La imitación sistemática de las prestaciones o iniciativas empresariales de un tercero cuando dicha estrategia se halle directamente encaminada a impedir u obstaculizar su afirmación en el mercado y exceda de lo que, según sus características, pueda reputarse como una respuesta natural a aquél.

4.- Actos de denigración.- Se considera desleal la realización, utilización o difusión de aseveraciones, indicaciones o manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Constituyen actos de denigración, entre otros:

- a) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones incorrectas o falsas u omitir las verdaderas, con el objeto o que tengan por efecto, real o potencial, menoscabar el crédito en el mercado del afectado.
- b) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.
- c) Realizar, utilizar o difundir aseveraciones, indicaciones o manifestaciones que, debido al tono de desprecio o ridículo, sean susceptibles de menoscabar el crédito del afectado en el mercado. Las conductas descritas en los literales b) y c) del presente artículo se presumen impertinentes, sin admitir prueba en contrario.

5.- Actos de comparación.- Se considera desleal la comparación de la actividad, las prestaciones, los productos o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, inclusive en publicidad comparativa, cuando dicha comparación se refiera a extremos que no sean análogos, relevantes ni comprobables.

6.- Explotación de la reputación ajena.- Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

7.- Violación de secretos empresariales.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que:

- a) La información sea secreta en el entendido de que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;
- b) La información tenga un valor comercial, efectivo o potencial, por ser secreta; y,
- c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control haya adoptado medidas razonables para mantenerla secreta.

Se considera desleal, en particular:

- a) La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, como resultado de alguna de las conductas previstas en el literal siguiente o en el numeral 8 de este artículo.
- b) La adquisición de información no divulgada, cuando resultara, en particular, de:
 - 1) el espionaje industrial o comercial;
 - 2) el incumplimiento de una obligación contractual o legal;
 - 3) el abuso de confianza;
 - 4) la inducción a cometer cualquiera de los actos mencionados en los numerales 1), 2) y 3); y,
 - 5) la adquisición por un tercero que supiera o debía saber que la adquisición implicaba uno de los actos mencionados en los numerales 1), 2), 3) y 4).

A efectos de conocer y resolver sobre la violación de secretos empresariales, se estará a las siguientes reglas:

- a) Quien guarde una información no divulgada podrá transmitirla o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgarla por ningún medio, salvo pacto en contrario con quien le transmitió o autorizó el uso de dicho secreto.
- b) Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a una información no divulgada, deberá abstenerse de usarla y de divulgarla, sin causa justificada, calificada por la autoridad competente, y sin consentimiento del titular, aún cuando su relación laboral, desempeño de su profesión o relación de negocios haya cesado.
- c) Si como condición para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o de productos químico-agrícolas que utilizan nuevas entidades químicas productoras de químicos, se exige la presentación de datos de pruebas u otra información no divulgada cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, las autoridades protegerán esos datos u otra información contra su uso comercial desleal. Además, protegerán esos datos u otra información contra su divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público o que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra su uso comercial desleal.
- d) La actividad relativa a la aprobación de comercialización de productos de cualquier naturaleza por una autoridad pública competente en ejecución de su mandato legal no implica un uso comercial desleal ni una divulgación de los datos u otra información que se le hubiesen presentado para ese efecto.
- e) La información no divulgada podrá ser objeto de depósito ante un notario público en un sobre sellado y lacrado, quien notificará a la autoridad nacional competente en Propiedad Intelectual sobre su recepción. Dicho depósito no constituirá prueba contra el titular de la

información no divulgada si ésta le fue sustraída, en cualquier forma, por quien realizó el depósito o dicha información le fue proporcionada por el titular bajo cualquier relación contractual.

- f) La persecución del infractor, incurso en las violaciones de secretos empresariales señalados en los literales anteriores, se efectuará independientemente de la realización por éste de actividades comerciales o de su participación en el tráfico económico.

8.- Inducción a la infracción contractual.- Se considera desleal la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído. Al tenor de lo dispuesto en este párrafo, no será necesario que la infracción se refiera a la integridad de las obligaciones contraídas mediante el contrato, sino que bastará que se vincule con algún aspecto esencial del mismo. Del mismo modo, para que se verifique la deslealtad, no será necesario que el tercero que interfiera se subrogue en la relación contractual que mantenía su competidor con quien infrinja sus obligaciones contractuales.

La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

9.- Violación de normas.- Se considera desleal el prevalecer en el mercado mediante una ventaja significativa adquirida como resultado del abuso de procesos judiciales o administrativos o del incumplimiento de una norma jurídica, como sería una infracción de normas ambientales, publicitarias, tributarias, laborales, de seguridad social o de consumidores

u otras; sin perjuicio de las disposiciones y sanciones que fuesen aplicables conforme a la norma infringida.

La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes configura una práctica desleal cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa.

10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se consideran prácticas desleales, entre otras:

- a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor.
- b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor.
- c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarle a seguir largos y/o complicados procedimientos.
- d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas.
- e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.

La LORCPM sustituye el art. 339 de la LPI por el siguiente: “Art. 339.- Concluido el proceso investigativo, el IEPI dictará resolución motivada. Si se determinare que existió violación de los derechos de propiedad intelectual, se sancionará al infractor con la clausura del establecimiento de 3 a 7 días y o con una multa de entre quinientos (500) dólares de los Estados Unidos de América y cien mil (100.000) dólares de los Estados Unidos de América y, podrá disponerse la adopción de cualquiera de las medidas cautelares previstas en esta Ley o confirmarse las que se hubieren expedido con carácter provisional. La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia

desleal. Si existiere la presunción de haberse cometido un delito, se enviará copia del proceso administrativo a la Fiscalía.”

Según lo establecido en la ley, la publicidad puede ser parte de la CD cuando genere confusión, engaño, imite infringiendo derechos de PI, sea denigratoria, cuando compare sin argumentos comprobables, se aproveche de la reputación adquirido por otro en el mercado o viole secretos empresariales. La publicidad debe evitar prácticas agresivas de acoso o influencia indebida contra los consumidores por su desconocimiento. A continuación se analizará lo afirmado más detenidamente, manteniendo el mismo orden establecido en la ley enunciada.

4.3 Relación entre publicidad y competencia desleal

En el capítulo anterior se definió la marca y su rol como elemento esencial de diferenciación física y psicológica, ahora es pertinente analizar de qué manera los esfuerzos de las marcas para diferenciarse y lograr reconocimiento pueden verse afectados por competidores desleales en busca de ganar réditos tomando el camino fácil.

Como se analizó en el punto 3.2.1.3 realidades de la marca, la diferenciación física o visual de la marca es el inicio, su verdadera diferenciación se completa con la personalidad percibida de la marca, que debe ser procesada en la mente del consumidor. El dueño de la marca debe tener claro el tipo de asociación mental que desea que sus consumidores tengan de ella, porque de ahí surge el posicionamiento de la marca, en otras palabras que los consumidores tengan clarísimo que la marca XYZ es sinónimo de ABC característica, por ejemplo Volvo igual a seguridad.

Hay que tener en cuenta que este posicionamiento o asociación mental de ciertas características de la marca están unidas a sus formas cromáticas, es decir que cuando el consumidor percibe estímulos visuales como las formas de

los logos y sus colores, los asocia a sus percepciones mentales, es decir se forma una especie de simbiosis entre la identidad y la imagen de la marca, el estímulo visual conecta con la percepción mental de manera instantánea y automática, según se analizó en el punto 3.2.1.3.

Luego del posicionamiento, la marca podría despertar sentimientos más profundos de amor y admiración hacia ella, logrando convertirse en un *Lovemark*, una marca amada y respetada, aunque estos son casos excepcionales.

Las empresas realizan un gran esfuerzo económico y estratégico para lograr una clara y sólida diferenciación de sus marcas; de inicio pagan por una diferenciación física que resulte atractiva, con los códigos cromáticos y fonéticos que le faciliten conectarse con su grupo objetivo, pero luego deben destinar mucho dinero para ir construyendo con el tiempo una imagen positiva, consistente, coherente, que evolucione y se mantenga viva con los años; forjar una imagen sólida toma tiempo, debe irse sumando aciertos en las decisiones de marketing, relacionadas a las mejoras constantes de producto, a las estrategias de precio, a los canales de distribución y especialmente en las acciones publicitarias que dan a conocer masivamente a la marca y sus atributos.

Llegar a tener una imagen consolidada toma tiempo, dinero, esfuerzo intelectual, investigación; las marcas que sobreviven, son las que se reinventan, las que están en capacidad de ser innovadas en sus características y en sus códigos de comunicación.

Si cada empresario hiciera lo suyo y emprendiera su camino de desarrollo propio e innovación, no surgirían inconvenientes legales, estos aparecen por actos de quienes quieren tomar ventaja de los resultados de años de esfuerzo y copian deliberadamente elementos o la combinación de ellos para

usufructuar sin haber invertido lo suficiente, lo que se conoce como explotación de la reputación ajena.

Luego de esta introducción se procederá a analizar los tipos de publicidad en los que se atenta contra la diferenciación y la imagen de las marcas, que son considerados actos contrarios a los usos y prácticas honestas.

4.3.1 Publicidad confusionista

En la fuente (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, pp. 363-364) indica que “es desleal la publicidad que induce a confusión con las empresas, productos, actividades, nombres, marcas, signos distintivos de los competidores.” La publicidad confusionista atenta contra la diferenciación que es la base de la competencia en el mercado; el riesgo de confusión perjudica los intereses de empresarios y consumidores, ya que los primeros buscan distinguirse a través de los signos distintivos de sus productos y servicios, mientras que los consumidores desean distinguir con claridad los productos y servicios que se ofertan para elegir lo que requieren para satisfacer sus necesidades.

La publicidad confusionista se evidencia en los signos distintivos, principalmente en las marcas, cuando un anunciante tiene una marca idéntica o semejante al de su competencia genera confusión y el riesgo de que los consumidores cometan errores al identificar el origen de los productos o servicios ofertados.



Figura 6. Fotografía marcas Mazeratto y Baileys. Tomada por la autora.

Como se analizó previamente, al existir una especie de simbiosis entre la identidad y la imagen de marca, las formas y colores característicos de una marca están ligados a una percepción determinada; si un competidor toma ciertos elementos visuales de otra marca más conocida, sabiendo que el consumidor ya los asocia con características propias de su posicionamiento, está apelando deslealmente a que esa persona se confunda y crea que compra su producto

conocido, ahí existe una afectación a la marca original.

Por ejemplo la confusión causada por la imitación de Mazeratto (licor ecuatoriano) con una imagen muy parecida al Baileys y están en la percha las dos marcas juntas; foto tomada en el Megamaxi.

4.3.2 Publicidad engañosa o falsa

El art. 2 LODCon (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000) la define como:

Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.

Para Calle, autor peruano, publicidad falsa o engañosa (2002, pp. 167-170) es la que directa o indirectamente conduce a error, engaño o confusión al consumidor, ya sea por exageración, omisión o ambigüedad. Puede considerarse engañosa cuando omite datos esenciales, lo que conduce a una falsa impresión y las expectativas sobre bienes y servicios no puedan ser satisfechas.

Menciona el autor que estos actos son castigados por la ley debido a que incitan a los consumidores a tomar decisiones de consumo que no son afines a sus intereses, les llevan a optar por opciones que no hubieran elegido de tener la información real, lo que perjudica a los competidores honrados. Aclara que el engaño publicitario es solo una parte dentro de la práctica comercial desleal.

Cita que hay 3 tipos de publicidad engañosa: la que es absolutamente falaz, la que es parcialmente inexacta y la que omite cierta información. En el primer caso, el mensaje es falso cuando no hay veracidad, no se puede comprobar lo dicho en él debido a que se aleja de la realidad del producto o servicio, por ejemplo cuando se dice que una lavadora tiene un mecanismo que en realidad no tiene. En el segundo caso, el mensaje puede ser literalmente verdadero, pero el consumidor puede ser inducido a tener una percepción distorsionada por la forma en que se presenta el anuncio, por ejemplo cuando se compara dos detergentes, de uno de ellos se anuncia una serie de características reales susceptibles a ser comprobadas y del otro no se menciona nada, a pesar de que tiene beneficios superiores; en esta situación el consumidor puede concluir que el primero es superior, lo cual no es real. En el tercer caso, hay engaño al omitir información relevante sobre características o elementos del bien o servicio; para que esta omisión sea considerada engañosa, es necesario que induzca a error al consumidor de manera efectiva, no se trata de que exista susceptibilidad de engaño únicamente.

Según lo afirman (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, p. 354) para establecer que existe engaño, este no debe afectar a todo el

mensaje publicitario, si es parcialmente veraz o parcialmente engañoso e induce a error al consumidor, podrá ser considerado engañoso en su totalidad; no es necesario que la publicidad induzca a error, basta con la susceptibilidad o potencialidad de hacerlo, para que ésta sea engañosa.

Al igual que en la vida diaria, la mentira es mentira si es pequeña o grande; no porque sea una mentira pequeña deja de ser mentira y todo lo que se anuncie sin que sea real cae en desleal. En este punto hay que considerar la pequeña línea que existe entre exagerar y mentir; se debe tener cuidado con las exageraciones que pueden ser decodificadas como reales, lo que puede traer inconvenientes legales.

En este caso, mentir es un acción contraproducente, ya que con un falso ofrecimiento puede que se genere más ventas, pero mientras más gente evidencie que no es verdad, la mala publicidad del producto hecha por la gente es muy poderosa y puede causar descrédito de la marca.

Un ejemplo se da en los restaurantes o lugares de comida rápida, una persona pide un plato incentivado por la fotografía, pero en el momento en que le pasan el plato este no es igual o equivalente al que miró en la imagen. Esto se da muchas veces porque en fotografía publicitaria se maquillan los alimentos para que se los vea más apetitosos.

Un ejemplo local de publicidad engañosa es el caso de Naranyá; en su comercial aparecía una figura conocida en la tv ecuatoriana, recomendando el consumo del producto afirmando que no tiene conservantes, ni colorantes artificiales y es fuente de vitaminas que es el único aprobado por la federación médica ecuatoriana; además se presenta a un médico pediatra con nombre y número de registro que apoya el consumo del producto. Esta publicidad resultó engañosa debido a que las afirmaciones con falsas y debió salir del aire.

4.3.3 Publicidad denigratoria

En la fuente (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, p. 361) indica que publicidad desleal es la que por su contenido, forma de difusión o presentación provoca el descrédito o menosprecio indirecto o directo de personas, empresas, sus productos o servicios, actividades de sus marcas, nombres comerciales o sus signos distintivos. Aunque el mensaje publicitario sea veraz puede ser desleal por el hecho de generar menosprecio.

Como ya se vio previamente, la imagen es el resultado de una inversión de tiempo, dinero y esfuerzo intelectual, por lo que atentar contra ella tiene consecuencias legales; desde el punto de vista creativo, es más positivo crear comunicación que hable bien de la marca propia en lugar de poner tierra a los demás.

Un ejemplo internacional es el de FedEx y Ups, las dos son empresas de curier en EU, en el aviso un camión grande de FedEx transporta en su interior a Ups y eso lo denigra porque llega a su destino gracias al primero (Observatorio jurídico de la publicidad, 2014).



Figura 7. Aviso publicitario de FedEx incluyendo logos de Ups. Tomado de Observatorio jurídico de la publicidad (Publicidad denigratoria del competidor, 2014).

Un ejemplo local, es la controversia legal provocada por el comercial pautado en Ecuador por la empresa colombiana Quala para su marca EGO gel prevention para hombres. En esta pieza publicitaria, aparece un hombre joven que se acerca a la percha

de un autoservicio, mientras un locutor dice que él va a tomar una decisión que cambiará el resto de su vida; en la siguiente imagen se ve a la izquierda dos filas de envases con etiqueta amarillo y azul con la palabra gel en mayúsculas

y a la derecha el gel Ego; el hombre escoge el producto de la izquierda; luego pasan una serie de imágenes que dan a entender el paso del tiempo en la vida del hombre, hasta que se empieza a ver como va perdiendo su cabello y aparece con problema de calvicie, luego se retroceden todas esas imágenes hasta el momento de la elección del producto y el locutor dice que todavía está a tiempo, mientras el modelo del comercial elige el envase de Ego y a continuación se mencionan las características del producto. El problema se dio porque el comercial estaba denigrando a una marca de la competencia, directamente a Sabijers, que tiene los colores amarillo con azul, motivo por el cual surgió una demanda, ya que si bien no aparecía la marca como tal, sí aparecían los colores de esa marca.

El mensaje de ese comercial, fue que si el consumidor optaba por la marca de la competencia sería una mala decisión, porque perdería el cabello, por ser un mal producto, así que al compararse con lo dicho por la ley, la marca Ego está menoscabando el crédito de la marca de la competencia en el mercado, al afirmar algo en su contra de su calidad.

4.3.4 Publicidad comparativa

La que muestra o contrapone la oferta de un anunciante frente a un competidor, con el fin de mostrar que ciertas características de productos o servicios son superiores a la competencia (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, p. 367).

En la legislación ecuatoriana este tipo de publicidad no se considera desleal siempre y cuando lo afirmado pueda ser comprobado.

Según lo recuperado de la página oficial de la OMPI (Verbauwhede) afirma que los países mantienen enfoques diferentes con relación a la publicidad comparativa; mientras en los Estados Unidos se la apoya abiertamente porque consideran que las comparaciones honestas son informativas para los

consumidores y beneficiosas para la competencia, mientras que en países europeos se la permite como principio general con ciertos requisitos para ser legítima. Otros países la prohíben en general o para productos determinados.

La publicidad comparativa puede ser directa o indirecta; en el primer caso el producto anunciado se describe como superior a los competidores con relación a determinadas características o beneficios; en el segundo, no se nombra a los competidores, simplemente la marca se publicita como superior con relación a determinados atributos o beneficios.

No se debe permitir comparaciones despectivas o difamatorias, no se puede usar la marca para perjudicar a otro competidor injustamente. Las comparaciones engañosas cometen infracción. Las comparaciones deben ser ciertas y exactas, las opiniones no deben expresarse como hechos. No se debe permitir comparaciones que dan lugar a confusión con productos o servicios del competidor, hay que evitar desacreditar injustamente a los competidores con los que se hace la comparación.

Por lo antes expuesto, muchas legislaciones establecen severas restricciones a la publicidad comparativa; el riesgo de cometer errores en este campo es mayor cuando se hace comparaciones y se nombra explícitamente al competidor.

En Ecuador es válida la publicidad comparativa, siempre y cuando se pueda probar lo que se está afirmando en dicha comparación.

Un caso internacional muy conocido y controversial es la guerra entre Coca-Cola y Pepsi, que viene dándose por años, que muchas veces es no solo comparativa sino denigratoria. El pasado Halloween, Pepsi lanzó un aviso alusivo a la fecha burlándose de Coca Cola y no se imaginó la magistral respuesta que daría la aludida utilizando exactamente la misma imagen.

Como se puede observar en la siguiente figura, Pepsi hizo un aviso con la imagen de una lata de su gaseosa con una capa de Coca Cola como si fuera un disfraz con la frase en inglés *We wish you a scary Halloween!* lo que en español significa “Les deseamos un Halloween terrorífico”, pero Pepsi no se esperó que los creativos de Coca Cola utilicen el mismo aviso y le den un giro contra Pepsi, solo escribieron la frase *Everybody wants to be a hero!* que en español significa “Todos quieren ser un héroe”, así que la misma imagen con distinto texto o *copy* como se llama en publicidad, hace una gran diferencia, es un buen ejemplo de la frase, le salió el tiro por la culata (Barradas, 2014).



Figura 8. Comparación de los avisos pautados por Pepsi y Coca Cola en Halloween. (Barradas, 2014).

Otro caso internacional muy renombrado es la guerra entre McDonald's y Burger King, en una pieza muy recordada, el payaso Ronald pide una hamburguesa en el local de Burger King.

4.3.5 Publicidad subliminal

Según lo definido por el art. 7 de la Ley General de Publicidad (LGP) que rige en España “es la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida” (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, p. 371).

Según lo afirmado por García (2008, p. 83) es la que utiliza estímulos que no son percibidos a nivel consciente, ya que son emitidos con una intensidad inferior a este, pero que pueden influir en la conducta de los destinatarios para inducirlos a la compra o convertirlos en adeptos o seguidores; en este proceso el receptor no es consciente de que recibe dichos estímulos.

En definitiva los estímulos subliminales son los que llegan a la parte no consciente del individuo, es decir bajo el umbral de su consciencia, supuestamente para obtener de él un determinado comportamiento. Arens (2008, p. 64) indica que Wilson Bryan Key ha promovido que para seducir a los consumidores, los anunciantes pueden crear anuncios con mensajes sexuales ocultos justo bajo del limen o umbral de la percepción, supuestamente al incrustar palabras sucias en cubos de hielo de un aviso de licor, se puede provocar el deseo de comprar dicho licor; pero según menciona este autor, muchos estudios académicos han desacreditado completamente esta teoría y hasta la fecha ningún estudio ha demostrado que existe dicho incrustamiento y que de existir tendría algún efecto; desafortunadamente, esta ficción a Key le ha representado ingresos por venta de miles de libros y ha ocasionado que se propague esta creencia equivocada, que coloca al consumidor como una presa indefensa capturada en las fauces de los depredadores del marketing, finalmente la publicidad subliminal termina siendo un mito, pero considerada jurídicamente ilícita.

En el art. 2 LODCon luego de definir como publicidad abusiva a:

Toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, infringir valores sociales y culturales o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva (...) se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.

Resulta irónico que conste como ilegal algo que en la práctica no existe porque no está comprobado. Lo manifestado se sustenta en la fuente española (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, p. 371) que afirma que no han encontrado pronunciamientos sobre este tipo de publicidad en su jurisprudencia, indica que la prueba debe ser complicada ya que “la Ciencia no acaba de unificar criterios sobre sus posibles efectos.”

4.3.6 Actos de imitación y de explotación de la reputación ajena

Imitar es copiar o reproducir elementos de algo ya creado; cuando eso sucede en el campo de la publicidad, este acto puede estar infringiendo derechos de propiedad intelectual de terceros. Lamentablemente la pereza creativa puede caer en la tentación de tomar sin permiso, algo que por sus aciertos ha logrado tener reconocimiento público; el apropiarse ilegalmente de esos elementos pretende transferir parte de ese prestigio al producto imitador para atraer beneficios económicos, delito conocido legalmente como el aprovechamiento de la reputación ajena.

Como se vio anteriormente, esa especie de simbiosis existente entre la realidad material y la realidad psicológica de la marca, es deslealmente aprovechada por competidores sin escrúpulos.

Si un anunciante hace una publicidad que imite signos distintivos de otra marca, crea confusión para aprovecharse de la reputación ajena, de una sola está infringiendo la ley de manera triple, todos los delitos se conectan.



Figura 9. Fotografía marcas Mazeratto y Baileys juntas en percha.
Tomada por la autora.

En conclusión, los actos desleales en publicidad pueden ser evitados en cierta medida con una adecuada difusión de lo que implica cada infracción.

Luego de haber desarrollado 4 capítulos de marco teórico considerando las ramas de la PI

relacionadas con publicidad, a continuación se presenta la investigación de campo.

5. Capítulo V: DIAGNÓSTICO DE LA INVESTIGACIÓN APLICADA A LOS GRUPOS INVOLUCRADOS

5.1 Objetivos de la investigación de campo

- Identificar las infracciones más comunes cometidas por los publicistas en materia de propiedad intelectual y competencia desleal en el Ecuador, sus principales causas y formas de evitarlas.
- Definir los temas sobre propiedad intelectual y competencia desleal que los publicistas desean conocer y en qué formato prefieren hacerlo.
- Verificar el grado de aceptación que puede tener una guía dirigida a publicistas sobre el manejo de propiedad intelectual.
- Establecer los temas que deben conocer los publicistas para proteger sus obras creativas y evitar infracciones en aspectos relacionados con propiedad intelectual y competencia desleal.

5.2 Metodología de la investigación

- **Alcance de la investigación:** Descriptiva. Se seleccionará una serie de aspectos relacionados con el fenómeno a investigar y se recolectará información sobre cada uno de ellos, se especificará características y rasgos importantes de dicho fenómeno y se describirá tendencias de la población.
- **Método aplicado:** Inductivo, ya que se analizará una porción del todo, partiendo de hechos particulares para luego llegar a un concepto y generalizarlo.

- **Enfoque de la investigación:** Cualitativo. Los significados se extraerán de los datos y no se fundamenta en la estadística; como ya se afirmó, será inductivo, se analizará la realidad subjetiva, permitirá ahondar en las ideas, para lograr una riqueza interpretativa y contextualizar el fenómeno.
- **Tipo de muestreo:** Será no probabilístico o circunstancial, según afirma Méndez caracterizado “porque a los elementos de la muestra no se les ha definido la probabilidad de ser incluidos en la misma. Además, el error de muestreo no puede ser medido”. Específicamente será un muestreo por criterio, ya que la selección se realiza considerando “el criterio de quien determina la muestra y considera que son los más representativos de la población” (2001, p. 184).

Según lo previamente afirmado, la muestra estará integrada por expertos en temas de propiedad intelectual (PI), de competencia desleal (CD) y de creatividad.

- **Técnica a aplicar:** Entrevistas
- **Tipo de población:** En esta investigación se consideró la opinión de 4 grupos involucrados en el tema, identificados de aquí en adelante como A, B, C y D.

En primer lugar se consultó al GRUPO A, conformado por 4 abogados expertos en el tema de propiedad intelectual y competencia desleal, quienes conocen de primera mano las infracciones que se cometen y se llevan ante las autoridades competentes para ser denunciadas; durante estos procesos legales, ellos tienen contacto con las partes acusadoras y acusadas. El número de abogados obedece a que en el medio no existen muchos especialistas, además los expertos consultados tienen

perfiles muy completos con una experiencia de más de 20 años en su mayoría, lo que brinda más peso a su criterio.

En segundo lugar se consideró al GRUPO B, integrado por 2 abogados que han trabajado en el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) que al ser la autoridad competente en el tema de la presente tesis, conocen muy de cerca las infracciones y sus causas. Los expertos consultados son abogados con experiencia en el IEPI, con más de 10 años de experiencia profesional, además de contar con estudios en propiedad intelectual.

En tercer lugar se consultó al GRUPO C, representado por 2 miembros de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, autoridad a cargo de competencia desleal, que conoce sobre infracciones y sus causas. Si bien hubiera sido suficiente con la entrevista con el Superintendente, su asesor pudo proporcionar datos que aportaron a la investigación.

Finalmente en el GRUPO D están 12 publicistas que enfocan su tarea diaria a la creatividad, es decir los creativos publicitarios, quienes generan las campañas persuasivas para los anunciantes y a quienes esencialmente va dirigida la guía propuesta en la presente tesis. La elección de los creativos se basó en los años de experiencia y la variedad de marcas manejadas en dicho tiempo; los publicistas entrevistados tienen entre 5 y 20 años, según consta en el detalle que se presenta más adelante y pertenecen a diferentes tipos de agencias que existen en el medio: nacionales con y sin afiliación internacional, además de multinacionales.

En total se entrevistaron a 20 personas en los 4 grupos mencionados, a continuación se presentan sus perfiles y la justificación de la elección realizada.

5.3 Grupos investigados y la justificación de su selección

Tabla 17. Justificación de la elección de los grupos investigados			
Grupo u organización	Entrevistados	Perfiles generales	Justificación de la elección
(A) Abogados especializados en propiedad intelectual y competencia desleal	4	Expertos en temas de propiedad intelectual y competencia desleal con experiencia entre 8 y 20 años.	Según lo afirmado por los entendidos en la materia, muchos de ellos profesores de la Maestría en Propiedad Intelectual UDLA, hay pocos estudios jurídicos y pocos abogados especialistas en el tema de PI, quienes son muy reconocidos.
(B) Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)	2	Abogados del IEPI que han manejado temas de propiedad intelectual, con experiencia de más de 10 años.	El IEPI es la autoridad competente en materia de PI y conoce a profundidad el tema.
(C) Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)	2	Intendente a cargo de competencia desleal.	La SCPM es la autoridad competente en materia de competencia desleal y conoce a profundidad el tema.
(D) Creativos Publicitarios	12	Creativos a nivel senior y directivo, que tienen entre 5 a 20 años de experiencia profesional y trabajan para reconocidas agencias de publicidad del medio y han manejado importantes marcas de diferentes sectores del comercio y la industria.	Dentro de los publicistas, los creativos son los gestores de la obra publicitaria en las agencias, por eso fueron considerados para el estudio, descartando quienes se enfoquen en áreas como medios, producción, cuentas, etc. Con 5 años como mínimo, el creativo ya tiene un panorama claro del quehacer publicitario. Se consideró 3 agencias multinacionales, 4 agencias locales con afiliación y 4 sin afiliación internacional. Todos los creativos consultados han manejado marcas locales e internacionales de prestigio.

5.4 Perfiles de los entrevistados:

Tabla 18. (A) ABOGADOS EXPERTOS EN PROPIEDAD INTELECTUAL		
Nombre	Estudio Jurídico	Perfil
Dr. Carlos Arroyo del Río	Socio Gerente del Estudio Falconí Puig	<p>Renombrado especialista en Propiedad Intelectual (PI), con énfasis en marcas y patentes de acuerdo a la publicación Chambers & Partners, ediciones 2010, 2011, 2012; además enfoca su práctica en Derecho Publicitario y en el Derecho Comercial, incluyendo el aspecto litigioso.</p> <p>Es asesor en campañas publicitarias, programas, comerciales, promociones y concursos para compañías de diversas áreas industriales. Designado como el miembro ecuatoriano de la Global Advertising Lawyers Alliance GALA desde el año 2009, reconocido como “el experto recomendado en Derecho Publicitario” por Global Law Experts, Award 2010, 2012 y 2013 y como “el experto líder en asesoría publicitaria” por parte de Corporate INTL 2011 y 2012. Reconocido en 2013 como el experto ecuatoriano en Derecho Publicitario y como la Firma del Año en Derecho Publicitario en Ecuador por parte Global 100. Entre los varios reconocimientos que ha tenido el Estudio Jurídico Falconí Puig Abogados, están: “La firma recomendada” para Derecho publicitario, en la edición 2013 de Global Law Experts. “La firma del Año-Publicidad-Ecuador” (año 2013) por Global 100. “La firma del Año en Ecuador en el área legal de Publicidad” (año 2014) por Corportate INTL.</p> <p>Tiempo de experiencia profesional: 20 años.</p> <p>Empresas y marcas que ha manejado: 1500 empresas y 35000 marcas, entre ellas: Pronaca – Supan – Tesalia – Banco de Guayaquil – Banco del Pichincha – Banco del Pacífico – Ingenio San Carlos – Noé – Al Forno. Agencias de publicidad asesoradas: McCann Erickson – Publicis.</p>

Nombre	Estudio Jurídico	Perfil
Dr. José Meythaler	Meythaler & Zambrano Abogados (originalmente llamado Larreátegui Mendieta Abogados).	<p>Socio principal de Larreátegui, Meythaler & Zambrano. Abogado en libre ejercicio profesional y asesor en Derecho Público, de Empresas, de Competencia y PI. Abogado litigante y profesor de la Maestría en Propiedad Intelectual UDLA. Miembro de la Junta Directiva del IEPI. Profesor de derecho en las universidades: PUCE, Central y SEK. Conferencista en eventos de la OMPI. Autor de varios análisis en materia de Derecho Administrativo, Competencia Desleal y de Propiedad Intelectual para revistas jurídicas especializadas. Reconocido internacionalmente como uno de los abogados con mayor experiencia en América Latina en litigio de Patentes y Competencia Desleal. Ha liderado importantes casos de defensa de patentes farmacéuticas en Ecuador.</p> <p>Tiempo de experiencia profesional: 26 años.</p>
Dr. José Villamarín	Asociado en Fabara & Compañía Abogados	<p>Experiencia en Derecho Económico Internacional con énfasis en Propiedad Intelectual, Dumping, Solución de Diferencias y, Servicios; Derecho Comunitario; y, Código Civil con énfasis en materia de Obligaciones en General y Contratos.</p> <p>Tiempo de experiencia profesional: más de 20 años.</p>
Dr. Leonidas Rojas	Abogado de Julio Guerrero por 7 años, actualmente es abogado en libre ejercicio.	<p>Propiedad Intelectual. Ha manejado casos para las marcas: Unilever, Bayer, Sanofi, Ferrari, Volvo, principalmente marcas europeas.</p> <p>Tiempo de experiencia profesional: 8 años.</p>

Tabla 19. (B) REPRESENTANTES DEL IEPI

Nombre	Cargo	Tiempo de experiencia en PI	Responsabilidades principales en el IEPI
Dr. Óscar David Reyes	Asesor del Comité de Propiedad Intelectual. Trabaja 2 años en el IEPI	12 años	Realiza proyectos de resolución. Comparece como delegado y acude como representante del IEPI a reuniones nacionales e internacionales, exposiciones y eventos académicos.
Dra. Ana Sofía Moreno	Experta Legal en Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Actualmente capacitadora externa por contrato para el IEPI. Ha trabajado 6 años para el IEPI.	10 años	Asesoría al usuario, Secretaria de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Delegada del Director Nacional para los trámites de tutelas administrativas, capacitadora.

Tabla 20. (C) SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO

Nombre	Cargo	Responsabilidades en la SCPM
Dr. Javier Freire	Intendente de Investigación de Prácticas desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado	Investigar casos de CD y sancionar los actos que violen la ley en este campo.
Dr. Renato Delgado	Asesor del Intendente de Investigación de Prácticas desleales de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado	Asesoría y gestión de apoyo en el área.

Tabla 21. (D) CREATIVOS PUBLICITARIOS

Nombre	Agencia y Cargo	Años de experiencia	Marcas que ha manejado
Xavo Barona	La Facultad – Presidente y Director Creativo	20	Birm, El Comercio, Alpina, UDLA, Salud, Franz Viegner, Renault, Confiteca, Asamblea Nacional, Tower Records, Markka Registrada, Mutualista Pichincha, etc.
George Bohórquez	Rivas Herrera Y&R – Director Creativo	20	Ford, Honda, Nissan, Toyota, Xerox, Canon, Microsoft, AT&T, Ericsson, BellSouth, Alegro PCS, Frito-Lay, Danec S.A., Indurama, Repsol, Pinturas Cóndor, Konica, Erco Tires, KFC, LG, DHL, Quifatex, Mentos, Vodka Kremlin, Chaide, Citibank, Gamavisión, Canal 1, El Comercio, Tesalia, Agua Mineral Imperial, Municipio de Quito, Editorial Santillana, Últimas Noticias, Lufthansa, Varig, Iberia, Club V.I.P., Novartis, Theraflú, Mebocaína, Bunky, Induallas, Wartsila NSD, Pirelli, Optica Los Andes, Bacardí, Vicuña, Parmalat, Martinizing, Ocean Adventure, Líderes, Quicentro Shopping, Miraflores, Nestlé, Sumesa, Kimberly Klark, Malecón 2000, El Universo, DHL, Mi Comisariato, Ferrisariato Rio Store, Biela, Seguros Equinoccial, Tracklink, Ecuasanitas, LIFE, Bupa, OLX, etc.
Fabián Chimbo	Saltiveri Ogilvy & Mather – Creativo Senior	5	Coca-Cola, Mondelez International (Royal, Club Social, Tang, Clight), Supermaxi, Megamaxi, Mr. Books, Fybeca, Produbanco,
Javier Prado	McCann Erickson – Director Creativo	10	Coca-Cola, UDLA, Renault, El Comercio, Nestlé, Kraft, BDF, Eveready del Ecuador, Gobierno Nacional, Ferrero, Mutualista Pichincha, Tame, Salud S.A. Pepsico, Confiteca, etc.
Santiago Villota	BBDO – Director de Arte	5	MNG (Mango), Interactive, Naranjo Ordóñez, Papa John`s, Grupo Jardines del Valle, Concesionario Mazda, Concesionario Volkswagen, AUDI, Seitur Agencia de Viajes, Discoteca BE, Pentaedro, Ecuador Tv, Imporlex, Yasuní, BDF, NIVEA, etc.
Omar Palomeque	Carpe Diem Advertising & Design – Director General Creativo y dueño.	16	CARPE DIEM ADVERTISING & DESIGN: Seguros del Pichincha, Seguros Cóndor, Indualca, Equifax, Art Roses, Native Flowers, Ministerio de Turismo, Trajes Records, Copprende, Farmagé, René Chardon, Coca- Cola de Ecuador, Zaimella del Ecuador. DELTA

			COMUNICACIONES: Zaimella del Ecuador (Panolini, Panolini Plus, Panolini Confort Sec, Pompis, PompeiFresh, Para mi Bebé), Banco Pichincha, Banco General Rumiñahui, Grupo Superior, Visa Banco Pichincha, Diners Club del Ecuador, Colineal, Revista Cosas, Humana, Dinediciones (SoHo, Fucsia, Gestión, Diners), Citotusa, Volkswagen, Alfa Romeo, Yagé, Teleamazonas, Microsoft. McCANN ERICKSON: Coca-Cola, Fanta, Sprite, BonAqua, Goodyear, General Motors Chevrolet, Nestlé (La Lechera, Nido, La Vaquita, Nescafé, Maggi, Purina, Electrolux, Cinemark, Domino's Pizza, Juguetón, Pfizer (Viagra). NORLOP THOMPSON: Marlboro, Lark, Lider, Belmont, BellSouth, Radios Motorola, Warner Lambert (Halls, Chiclet's, Trident, Lubriderm).
Carlos Mera	Publicis – Director Creativo	9	Movistar, El Comercio, Toyota, Nissan, Kia, Chaide, Pinturas Cóndor, UDLA, Yanbal, Olimpiadas Especiales, CNT, Güitig, Nescafé, Purina, Nestlé, Zhumir, San Luis Shopping, Paseo San Francisco, Salud S.A., entre otras.
Manuel Martín	Saltiveri Ogilvy & Mather – Director General Creativo	16	Reebok, Renault, Pony, Supermaxi, Megamaxi, Bonella, Rexona, Banco Bolivariano, American Express, Royal, Tang, Juguetón, Salticas, y otras.
Andrés Rodríguez	Publicis – Redactor Senior	7	Pepsi Co, Frito- Lay, Alka-Seltzer, Aspirina, Maggi, La Vaquita, Nido, La Lechera, Óptica Los Andes, Chaide y Chaide, Movistar, Tracklink, Laboratorios Life, Seguros Equinoccial, entre otros.
Felipe Arcos	Mayo – Director Creativo	12	Movistar, Sanofi Aventis, Patio Bullrich, Buenos Aires Design, Quicentro, Biersdorf, Nestlé, Jabonería Wilson, Mead Johnson, Unilever, AeroGal, Sukasa, Tecniseguros, Imptek Chova, Vicepresidencia de la República, Marathon Sports.
Nicolás Lugo	TBWA – Director Creativo	8	Adidas, Municipio de Quito, Vicepresidencia de la República, Equivida, Alimentos Don Diego, Óptica Los Andes, IESS, Grupo El Comercio, Nissan, Continental Tire Andina.
Javier Reyes	Punto99 – Gerente General y Director Creativo	16	Grupo KFC, Marcas Corporación GPF (Fybeca, Sanasana, OkiDoki), Banco Internacional, Assa, Levapan, Gelada, Familia, Trade CBC (Pepsi), Sukasa, Todohogar, UNICEF, Pronaca, Nestlé, Coca-Cola.

5.5 Temarios de las entrevistas aplicadas

Tabla 21. Temarios de cada uno de los grupos	
Grupo u organización	Temario
<p>(A)</p> <p>Abogados expertos en propiedad intelectual y competencia desleal</p>	<p>Infracciones más comunes cometidas por los publicistas en el campo de la PI y la CD, casos relevantes, las causas de estas infracciones y recomendaciones para evitarlas. Opinión sobre la utilidad de la guía y sugerencias sobre el contenido (temas) y de forma de la misma (presentación).</p>
<p>(B)</p> <p>Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)</p>	<p>Infracciones más comunes cometidas por los publicistas en el campo de la PI y la CD, casos relevantes, las causas de estas infracciones. Si los publicistas conocen y ejercen sus derechos. Cómo se determina que hubo infracción y recomendaciones para evitarlas. Acciones de difusión del IEPI. Opinión sobre la utilidad de la guía y sugerencias sobre el contenido (temas) y de forma de la misma (presentación).</p>
<p>(C)</p> <p>Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)</p>	<p>Infracciones más comunes cometidas por los publicistas en materia de competencia desleal. Anunciantes que más infringen. Causas y sanciones o multas. Responsabilidad del publicista en infracciones de CD. Utilidad de la guía. Recomendaciones.</p>
<p>(D)</p> <p>Creativos Publicitarios</p>	<p>Consideración de aspectos legales al momento de realizar y lanzar una campaña al aire; conocer los casos que se asocian más comúnmente con conflictos de la publicidad con PI y CD. Saber la opinión sobre la utilidad de la guía y su criterio sobre el contenido tanto de fondo como de forma.</p>

5.6 Procesamiento de los datos obtenidos

A continuación se presentarán los diagnósticos de cada uno de los 4 grupos investigados y al final un solo consolidado que incluya toda los resultados.

5.6.1 Diagnóstico del GRUPO A (Abogados expertos en propiedad intelectual y competencia desleal) basado en el análisis de las respuestas obtenidas

Las INFRACCIONES más comunes de los publicistas son:

- Utilizar obras protegidas sin autorización del autor aunque sea una mínima fracción es una infracción de DA.
- Copiar; los publicistas desconocen la línea entre inspiración y copia, esta última es la apropiación de elementos existentes protegidos por PI para utilizarlos en beneficio propio. Plagio servil: es copiar una pieza publicitaria, ej: producir en el país comerciales de fuera con las mismas características (guiones, escenografía, trama, personajes). Plagio elaborado: es tomar una pieza (gráfica, comercial, fotografía, logo, eslogan) y cambiar ciertos elementos tratando de disfrazar la copia, lo que es una infracción de DA, DM y un acto de CD.
- Actos de confusión, en etiquetas, envases, el “trade dress” o ropaje del producto. Actos de engaño al consumidor. Actos de imitación y actos de denigración por comparación entre marcas. Explotación de la reputación ajena y violación de secretos empresariales cuando el publicista accede a ellos para realizar un trabajo, su compromiso es guardar en reserva esos secretos, la divulgación o uso de ellos sin autorización de su titular, es una práctica desleal.

Las CAUSAS de estas infracciones son:

- DESCONOCIMIENTO de lo que es un derecho de PI y del ámbito de protección; se cree que algo está protegido y no está, las ideas no se registran, sino la forma de expresión de esas ideas. Desconocimiento de lo

que se puede y no hacer. Es inconcebible que agencias soliciten registro de DA de una obra plagiada. Desconocimiento de como una agencia puede proteger las ideas de una campaña que presenta a un cliente, firmando previamente un convenio de confidencialidad y de no competencia para que no use esas ideas por su cuenta o con otra agencia, para que no tome los elementos de la presentación para mejorar, cambiar, utilizar, si no lo hace está desprotegida de la copia o utilización.

- **FACILISMO:** Un creativo no lo es tanto cuando en lugar de buscar inspiración copia, toma piezas de un banco de imágenes y sobre ellas desarrolla piezas gráficas (caso IEPI) hay infracciones de DA y DM. La intención del creativo no necesariamente es meter en líos a su cliente, pero no se dio el trabajo de desarrollar algo propio y original optó por lo fácil, lo que termina en litigio por DA o CD. Hay facilismo cuando se aprovecha que un producto tiene prestigio porque ha penetrado en el mercado, los infractores buscan evitar esfuerzo y lograr rápida ganancia, por ausencia de buena fe.

RECOMENDACIONES para evitar INFRACCIONES:

- Informarse sobre lo que se puede o no hacer, saber que no se puede utilizar una obra ajena sin autorización.
- Capacitarse y asesorarse por profesionales especializados en PI y no con cualquier abogado, consultar cuando se tenga dudas sobre publicidad comparativa al referirse al producto de la competencia, saber que la SCPM está controlando las afirmaciones publicitarias y que los beneficios mencionados de los productos deben estar en capacidad de probarse, porque sino es un engaño.
- No copiar, ser creativos, el publicista es el individuo que básicamente profesionaliza la creatividad.

Los CONTRATOS como forma de evitar **INCONVENIENTES** cuando se contrata varios talentos:

- Los publicistas a nivel general no se asesoran y el anunciante termina pagando los platos rotos porque sobre él recae la responsabilidad. De la AUSENCIA DE CONTRATOS nacen los problemas, firmarlos es imprescindible, debe haber el convenio madre entre cliente – agencia con derechos y obligaciones de las partes y luego los demás según el tipo de trabajo contratado. En los contratos con modelos se debe establecer 3 ámbitos: material, espacial y temporal. **ÁMBITO MATERIAL:** las piezas pueden ser utilizadas en cualquier tipo de publicidad o se va a limitar a un soporte específico (folletos, camiones de distribución, vallas). **ÁMBITO TEMPORAL:** el tiempo que se va a utilizar y puede establecerse por tiempo indefinido, que es lo que se entiende si no hay acuerdo entre las partes (ahí surgen los problemas). Existe una creencia común de creer que los derechos duran 1 año, eso no está dicho en ningún lado de la ley. **ÁMBITO ESPACIAL:** solo en la República de el Ecuador, solo en la Comunidad Andina, solo la provincia del Guayas, caso contrario se la puede utilizar de la manera más amplia que al anunciante le parezca.
- Aclarar a todos que quien encarga la obra y la paga es dueño de la obra encargada, en este caso el anunciante tiene los derechos patrimoniales. Debe haber contratos firmados desde la cadena más baja, con todas las personas que participen en la producción de una pieza publicitaria.

Duración de los CONTRATOS

- Existe una mala interpretación al art. 79 LPI, primero, lo del año de los derechos no existe. Lo que está mal interpretado es que se refiere a los contratos que tienen por finalidad la explotación de una obra; si se encarga la realización de una obra (fotografía), ese contrato no tiene por finalidad su explotación, porque la obra no existe, el contrato tiene por finalidad el crear la obra y ese es un contrato de encargo de obra, primero hay que crear la obra y luego se la explota, esto se refiere solo a aquellos contratos en los que se tiene una obra y lo que se pretende es explotarla, por ejemplo el alquiler de un espacio publicitario, a eso es lo que se está refiriendo.

Derechos sobre una FOTOGRAFÍA

- El derecho patrimonial sobre una fotografía le puede pertenecer al fotógrafo, pero no es lo mismo que derecho a la imagen. Cuando un cliente contrata al fotógrafo por una sesión, todo el producto de la sesión es del cliente, pero si se le contrata para que entregue un determinado número de fotos, las que él tome y no sean pagadas le pertenecen y al no haber contrato que lo especifique, el fotógrafo podría disponer de las no escogidas. Debe haber contrato.

Aceptación de la GUÍA

- La ACEPTACIÓN es absoluta; consideran que sería una herramienta necesaria, útil e indispensable para publicistas y abogados, ya que facilitaría que hagan mejor su trabajo y evitar ir donde un especialista en consultas sencillas. Como ejemplo, existe una guía para abogados de PI que trabajan en oficinas de marca y que se convirtió en la biblia y ayudó a que mejore el servicio que daban; cualquier manual en cualquier ámbito del ejercicio profesional resulta válido.

TEMAS de la guía

- PI tiene que hablar sobre DA, DM y CD.
- DA: Nociones básicas, explicar lo que es y su alcance, qué es un plagio servil, qué es un plagio elaborado, por qué no es inspiración y qué sí es inspiración y cuál es el alcance de los derechos, qué se llama agotamiento, hasta dónde llega, derechos morales y patrimoniales del autor, tipos de obras, la obra publicitaria cómo se protege en PI.
- DM: Nociones básica, signos distintivos, lemas comerciales (eslogans), sonidos, logotipos, nombres comerciales (marcas, fachadas), nombres de dominio, marcas, diseños industriales, denominaciones de origen (podría dependiendo del sector específico), programas informáticos, diseños de web, envases, secretos comerciales, bases de datos, ni patentes, ni variedades vegetales. En la parte de signos distintivos, qué tipo de marcas se pueden registrar, para que un creativo publicitario que le diga a su cliente

qué tipo de marcas se pueden registrar, que un envase se le puede registrar como marca si es distintivo y tiene su novedad, lo que dice la normativa, los principios, decir cómo se hace un cotejo marcario, si le van a sugerir una marca a un cliente, tienen que hacer una búsqueda primero; explicar que si van a desarrollar una campaña, verificar primero si el nombre elegido como marca es registrable y no pertenece ya a otra empresa. Deben tener un manual interno de un proceso de pre-aprobación, indicar al abogado la marca, eslogan, imagen, mascota, para verificar.

- CD: Identificar la casuística más recurrente en CD (actos de imitación, etc) identificar cuáles han sido las conductas que universalmente han sido calificadas como CD e identificar a medida de lo posible aquellas que podrían ser consideradas como CD en función de los nuevos inventos sociales, las redes sociales.

FORMATO de la guía

- Hay una marcada preferencia por la presentación impresa, aunque la tendencia actual sea digital; debe ser sencilla con ejemplos.

ESTUDIOS JURÍDICOS: Bustamante & Bustamante - Corral y Rosales - Bermeo & Bermeo - Estudio Fabara - Paz Horwitz - Izurieta Mora Bowen - Lexim - Meythaler & Zambrano - Fabara & Compañía - Julio Guerrero - Quevedo & Ponce - Pérez, Bustamante y Ponce, Falconí Puig.

5.6.2 Diagnóstico GRUPO B: Expertos del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI)

Las INFRACCIONES más comunes de los publicistas son:

- Las formas de infracción han sido diversas y se han dado básicamente en el campo del DA y propiedad industrial.
- Vulneración del DA, es muy común que utilicen una pista o canción para un comercial sin la autorización respectiva, sin saber que es un acto ilegal ya que es una obra protegida por DA.

- La falsificación y utilización indebida de una marca que no le pertenece sin la autorización de su titular, infracción de DM.
- Por CD no han ingresado muchos casos, pero en sí las infracciones existen, algo de publicidad comparativa.

Las CAUSAS de estas infracciones son 2:

- La primera por un supuesto desconocimiento, por no saber que no se puede hacer algo, aunque obviamente la falta de conocimiento no les exime de su culpa. La segunda, es intencional, la intención de aprovecharse del prestigio ajeno o denigrar al competidor, mala fe.

Cuándo hay INFRACCIÓN y cuáles son las sanciones:

- Hay 2 vías para tomar medidas frente a una infracción, la primera es mediante tutela administrativa que se presenta ante el IEPI y otro camino es vía jurisdiccional, solicitando un juicio de medidas cautelares.
- LPI considera ciertos parámetros para determinar si hay infracción, para ello requiriere información, luego la inspección para ver los productos infractores; el IEPI puede determinar un monto aproximado por perjuicio e indemnizaciones que van de USD 500 a 100.000.
- Cuando hay disputa entre pares y se trata de un tema de PI y afecta el orden público interviene la SCPM. Si la controversia es entre pares y se afecta únicamente el interés privado interviene el IEPI. En todo caso la SCPM lo define.
- En cuanto a quiénes infringen más, no hay estadísticas es muy relativo, pero más infringen comerciantes a escala internacional de China en marcas de falsificación, son empresas grandes que viven de la mala fe y la piratería.

PUBLICISTAS y sus derechos

- Dentro del IEPI los publicistas casi nunca ejercen sus derechos, solo en casos muy excepcionales.

RECOMENDACIONES para evitar INFRACCIONES:

- Difusión y capacitación; capacitar a los publicistas en la materia de PI para que conozcan sus derechos y sus obligaciones. Un publicista de buena fe debe saber cómo utilizar una obra protegida.
- En cuanto a difusión, el IEPI participa en las ferias ciudadanas del enlace ciudadano; acude a colegios, universidades, entidades educativas. A través de medios estatales de difusión, como el programa Gran Cacao en Ecuador TV, un programa con la DO ecuatoriana el Cacao Arriba que recorren en una moto y visitan regiones cacaoteras y cuentan su experiencia y se explica temas de PI, todos los martes o miércoles 10pm. No hace nada enfocado esencialmente a publicistas.

Aceptación de la GUÍA, temas y formato

- Aceptación total. Como es para publicistas, debe transmitir un conocimiento básico; el contenido debería tener conceptos sencillos de marca, DA y CD. Debería tratar de desentrañar las infracciones marcarias, en DA cómo evitar infracciones, saber cuándo se comete infracción o tiene una conducta infractora. DA, propiedad industrial, excepciones, límites de protección, licencias de uso, *creatives commons*, bases de datos de libre uso, trámites de registro. En CD los tipos de publicidades que no deben realizarse. Aprovechar que el IEPI da asesoría gratuita permanente.
- Los publicistas deberían poner más atención en los contratos. Asesorarse con abogados especialistas en PI, no con otra especialidad; deben trabajar en equipo el abogado y los publicistas, así se complementan porque cada uno sabe de lo suyo. Ejemplo para una cuña se requiere música y por lo tanto licencia de uso; con un contrato entre agencia y anunciante, la agencia deslinda responsabilidad para que no se le culpe estar llevando a cabo una conducta infractora. Las cosas en cada negocio pueden variar, por eso se requieren contratos diferentes. El formato podría ser digital, esto facilitaría el acceso.

5.6.3 Diagnóstico GRUPO C: Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM)

Las INFRACCIONES más comunes de los publicistas por CD son:

- Las más comunes son actos de engaño, violación de norma, actos de confusión en menor grado. La infracción por engaño es la más frecuente; se da un servicio se ofrece algo pero en letras pequeñas, como promoción sujeta a stock, eso no existe, si tiene en stock tiene que vender, eso es todo, por qué ofrece algo que no va a dar. Eso está mal, en esa publicidad que ofrecen algo y abajo le ponen promoción válida del 3 al 4 de septiembre, de 16:00 a 17:00, solo si llueve. Si se llega con un mensaje profundo y convincente al consumidor se arraiga en él que va a haber esta acción y cuando llega le dicen que debe pagar más.
- Los anunciantes más infractores pertenecen a telecomunicaciones y bancos.

Las CAUSAS de estas infracciones son:

- Desconocimiento de la ley, una costumbre mercantil, que le ha acostumbrado al consumidor que es el receptor de la publicidad, ciertas prácticas contrarias a la norma por la repetición terminan siendo comunes y normales.
- Desconocimiento que existe esta institución que vela por los derechos de los consumidores.
- Ambición de algunos operadores económicos que quieren seguir abarcando más y más mercados, no es jurídico, trasciende los preceptos legales.

La responsabilidad del PUBLICISTA y las SANCIONES

- La norma no hace una distinción, es de manera general, el tema no está definido en la ley sobre el tipo de responsabilidad, no dice que hay una responsabilidad subsidiaria, compartida, pero la agencia de publicidad es un medio, no es la dueña de la empresa, entonces en ese sentido no hay responsabilidad de la agencia de publicidad, la sanción va a la empresa que

le dice a la agencia “mira esta es mi publicidad y quiero que se la transmita en algún medio escrito o hablado”. Los publicistas son un canal y no tendrían la responsabilidad, salvo que haya vinculación de la empresa con la agencia de publicidad. El órgano investigativo está integrado por las Intendencias, un segundo órgano que es la comisión de resolución de primera instancia. Las Intendencias hacen la investigación en la parte técnica, y la comisión de resolución de primera instancia es la que se encarga de sancionar, establece la sanción. Por norma es el 10% hasta 12% del último giro comercial que ha tenido una empresa, período de ventas de un año por ejemplo. El procedimiento inicia al presentar una denuncia ante la SCPM para que se haga un proceso de investigación y se compruebe o no si hay esa presunción de una práctica desleal.

Aceptación de la GUÍA

- Sí totalmente útil; si se establece un instructivo para educar a las empresas de publicidad dándoles los parámetros mínimos que deben observar cuando van a registrar su marca o lanzar su publicidad, es muy útil, porque se le educa, y en función de principios de economía procesal por ejemplo, no se le va a hacer incurrir a la institución en gastos innecesarios, investigación requiere gasto. Las herramientas pueden actuar bien desde la primera vez.

5.6.4 Diagnóstico GRUPO D: Creativos publicitarios

ASESORÍA legal pedida por los publicistas

- La mayoría no tiene habitualmente asesoría, eventualmente por el costo. A partir de la LOC la buscan más, algunos ya tuvieron inconvenientes legales y quieren prevenirlos. Hablan de abogados no necesariamente expertos en PI. Comentan que sus clientes grandes tienen un departamento legal para consultas.

CONFLICTOS recordados

- La expulsión de la agencia De Maruri por la copia de un comercial hecho en Nueva Zelandia para Porta por exigencia del cliente, es muy recordado a pesar de haber sucedido en los 90's. El más reciente el caso del IEPI y organizaciones estatales. Hablan de copias flagrantes que han quedado en la impunidad y algunos prefieren ni hablar de los casos que conocen. Un tema que siempre está en debate en las agencias es que muchas veces los caminos de inducción hacia una idea pueden ser similares si los parámetros se dan de una determinada forma, salen propuestas similares y no por un afán de copiar algo.

La protección de las OBRAS publicitarias

- Se desconoce el procedimiento por completo, no hay la práctica de hacerlo, se utiliza inapropiadamente la frase "patentar ideas".

Aceptación de la GUÍA:

- Completa aceptación mediante las palabras: absolutamente, por supuesto, definitivamente, completamente, totalmente. Debe haber una fuente para que los publicistas accedan y conozcan temas legales, lo que menos sabe un publicista es de leyes; existe un deseo de conocer los límites. Muy necesario tenerla para evitar problemas graves y no perjudicarse ni a las marcas.

TEMAS de la guía

- Quiénes poseen los DA, alcance, limitaciones, restricciones, normativa, tiempos de duración de las licencias, obligaciones, costos, trámites, registros.
- Tener claro qué se puede y qué no.
- ¿Quién es el propietario de los derechos de las ideas, la agencia, el creativo, la productora, el cliente?
- ¿Qué debe tener una idea para ser considerada propia? Si el cliente paga por esa idea... ¿A quién pertenece?

- Cuando pagas por una pieza ¿eres dueño de la misma?
- ¿Cómo se puede proteger las creaciones publicitarias, cuáles son los pasos a seguir, qué se necesita para hacerlo, qué se puede y no se puede proteger.
- Derechos sobre piezas audiovisuales.
- Derechos y propiedad sobre una idea. ¿Cómo protejo una idea?
- ¿Es necesario registrar las ideas para que sean de tu propiedad?
- ¿Cuál es el procedimiento para registrar las ideas?
- ¿Existe un tiempo de caducidad o la propiedad es para siempre?
- ¿En el caso de plagio cuál es la repercusión legal?
- Uso de fotografía, música, material final que sale al aire.
- ¿Qué se debe hacer para poder utilizar una foto, frase, concepto? Costos de utilización.
- ¿Cuándo se renuevan derechos y quiénes pueden hacerlo en el caso de ilustradores, músicos, etc.
- Derechos de uso de propiedad intelectual en internet.
- ¿Cuándo algo puede ser considerado público? Lo público puede ser usado con fines comerciales?
- Normativas básicas de propiedad intelectual, preguntas frecuentes, derechos y responsabilidades de quienes generan ideas para clientes e información para saber el real valor de las ideas.
- Registro de marcas, conceptos y campañas.
- Guía de palabras, frases que no se pueden utilizar.
- Costos de aplicación de conceptos de campaña para uso en otros países.
- Lista de abogados, tips que resuelvan dudas, recomendaciones para trabajos éticos, lista de penas por cometer ilícitos.

Características y FORMATO de la guía

- Más que la ley, un resumen en palabras más coloquiales, que sea comprensible, porque para el ámbito creativo es difícil comprender las confusas normativas. Un documento práctico, breve y sencillo, puede ser un E-book, una guía digital con índice por tema, sería interesante poder pagar

un *fee* para consultar vía Internet. Debe ser amigable, disponible en las 2 versiones, preferiblemente digital para rápido acceso, navegación móvil, web con buscador de palabras; la impresa debe ser práctica y bonita para tenerla sobre el escritorio.

5.6.5 Diagnóstico general de la investigación

Luego de considerar las respuestas de todos los grupos involucrados, a continuación se presenta los resultados finales, que brindan las pautas básicas para el desarrollo de la propuesta del siguiente capítulo.

Las INFRACCIONES más comunes de los publicistas se dan en DA, cuando utilizan obras protegidas sin autorización del autor; cuando se apropian de elementos existentes protegidos por PI (plagio servil y plagio elaborado), si se copian o utilizan indebidamente marcas sin autorización del titular se incurre en infracción de DM. En el campo de CD, actos de confusión, en etiquetas, envases, el “trade dress” o ropaje del producto; actos de engaño al consumidor, actos de imitación y actos de denigración por comparación entre marcas, explotación de la reputación ajena. Violación de secretos empresariales cuando el publicista accede a ellos para realizar un trabajo, su compromiso es guardar en eserva esos secretos, la divulgación o uso de ellos sin autorización de su titular, es una práctica desleal.

Las CAUSAS de estas infracciones son desconocimiento y facilismo. DESCONOCIMIENTO de la ley, de lo que es un derecho de PI y del ámbito de protección; se cree que algo está protegido y no está, las ideas no se registran; Falta de conocimiento de lo que se puede y no hacer, es inconcebible que agencias soliciten registro de DA de una obra plagiada. Desconocimiento de cómo una agencia puede proteger las ideas de una campaña que presenta a un cliente. FACILISMO: Un creativo no lo es tanto cuando en lugar de buscar

inspiración copia, toma piezas de un banco de imágenes y sobre ellas desarrolla piezas gráficas o se aprovecha el esfuerzo de un producto que tiene prestigio y lograr rápida ganancia, por ausencia de buena fe. Hay que aclarar que la falta de conocimiento no exime a nadie de la culpa.

Cuándo hay INFRACCIÓN y cuáles son las sanciones: Hay 2 vías, la primera mediante tutela administrativa que se presenta ante el IEPI y otro camino es vía jurisdiccional, solicitando un juicio de medidas cautelares. La LPI considera ciertos parámetros para determinar si hay infracción, se requiere información, luego la inspección para ver los productos infractores; el IEPI puede determinar un monto aproximado por perjuicio e indemnizaciones que van de USD 500 a 100.000.

RECOMENDACIONES para evitar INFRACCIONES: El publicista es el individuo que básicamente profesionaliza la creatividad, debe ser creativo y no copiar. Informarse sobre sus derechos y obligaciones, lo que se puede o no hacer, saber que no se puede utilizar una obra ajena sin autorización. Capacitarse y asesorarse por profesionales especializados en PI y no con cualquier abogado, consultar cuando tengan dudas sobre publicidad comparativa al referirse al producto de la competencia, saber que la SCPM está controlando las afirmaciones publicitarias y beneficios anunciados de los productos, deben estar en capacidad de probarse, porque sino es un engaño.

Cuando se contrata varios talentos, de la ausencia de CONTRATOS nacen los INCONVENIENTES, así que firmarlos es imprescindible; debe haber el convenio madre entre cliente y agencia con derechos y obligaciones de las partes y luego los demás según el tipo de trabajo contratado, debe haber contratos firmados desde la cadena más baja, con todas las personas que participen en la producción de una pieza publicitaria. En los contratos con modelos se deben establecer 3 ámbitos: material, espacial y temporal. **ÁMBITO MATERIAL:** las piezas pueden ser utilizadas en cualquier tipo de publicidad o se va a limitar a un soporte específico (folletos, camiones de distribución,

vallas). **ÁMBITO TEMPORAL:** el tiempo que se va a utilizar y puede establecerse por tiempo indefinido, que es lo que se entiende si no hay acuerdo entre las partes (ahí surgen los problemas). Existe una creencia común de creer que los derechos duran 1 año, eso no está dicho en ningún lado de la ley. **ÁMBITO ESPACIAL:** solo en la República de el Ecuador, solo en la Comunidad Andina, solo la provincia del Guayas, caso contrario se la puede utilizar de la manera más amplia que al anunciante le parezca.

Según el IEPI, los PUBLICISTAS casi nunca ejercen sus derechos, solo en casos muy excepcionales. Los publicistas **desconocen por completo** el procedimiento para la **protección de las OBRAS publicitarias**, no hay la práctica de hacerlo, se utiliza inapropiadamente la frase “patentar ideas”.

En cuanto a la ASESORÍA legal pedida por los publicistas, la mayoría no solicita habitualmente asesoría, eventualmente por el costo. A partir de la LOC la buscan más, algunos ya tuvieron inconvenientes legales y quieren prevenirlos. Hablan de abogados no necesariamente expertos en PI. Comentan que sus clientes grandes tienen un departamento legal para consultas.

La responsabilidad del PUBLICISTA. En casos de CD, no hay responsabilidad de la agencia de publicidad, la sanción va a la empresa que solicita el trabajo publicitario, porque la norma no hace una distinción, no dice que hay una responsabilidad subsidiaria, compartida, la agencia de publicidad es un medio, no es la dueña de la empresa. Los publicistas son un canal y no tendrían la responsabilidad, salvo que haya vinculación de la empresa con la agencia de publicidad.

La aceptación de la GUÍA en todos los grupos fue absoluta; consideran que sería una herramienta necesaria, útil e indispensable para publicistas y abogados, ya que facilitaría que hagan mejor su trabajo y evitar ir donde un especialista en consultas sencillas. Cualquier manual en cualquier ámbito del ejercicio profesional resulta válido, para dar parámetros mínimos que deben

observar cuando van a registrar su marca o lanzar su publicidad, es muy útil, porque se le educa, y en función de principios de economía procesal por ejemplo, no se le va a hacer incurrir a la institución en gastos innecesarios, investigación requiere gasto. En el caso de los publicistas, las respuestas fueron de aceptación total porque existe un deseo de conocer los límites.

En cuanto a los TEMAS que debe tener la guía, los abogados mencionan los contenidos de una manera más técnica y ordenada sugiriendo un panorama más completo, mientras que los publicistas plantean interrogantes a ser resueltos en la guía.

Los abogados indican que debe contener:

- PI tiene que hablar sobre DA, DM y CD, cuándo se comete infracción o tiene una conducta infractora.
- DA: Nociones básicas, explicar lo que es y su alcance, qué es un plagio servil, qué es un plagio elaborado, por qué no es inspiración y qué sí es inspiración y cuál es el alcance de los derechos, qué se llama agotamiento, hasta dónde llega, derechos morales y patrimoniales del autor, tipos de obras, la obra publicitaria cómo se protege en PI.
- DM: Nociones básicas, signos distintivos, lemas comerciales (eslogans), sonidos, logotipos, nombres comerciales (marcas, fachadas), nombres de dominio, marcas, diseños industriales, denominaciones de origen (podría dependiendo del sector específico), programas informáticos, diseños de web, envases, secretos comerciales, bases de datos, ni patentes, ni variedades vegetales. En la parte de signos distintivos, qué tipo de marcas se pueden registrar, para que un creativo publicitario que le diga a su cliente qué tipo de marcas se pueden registrar, que un envase se le puede registrar como marca si es distintivo y tiene su novedad, lo que dice la normativa, trámite de registro, límites de protección, *creative commons*, los principios, decir cómo se hace un cotejo marcario, las infracciones marcarias, si le van a sugerir una marca a un cliente, tienen que hacer una búsqueda primero; explicar que si van a desarrollar una campaña, verificar

primero si el nombre elegido como marca es registrable y no pertenece ya a otra empresa. Tienen que tener un manual interno de un proceso de *clearance* de pre-aprobación, indicar al abogado la marca, eslogan, imagen, mascota, para verificar.

- CD: Identificar la casuística más recurrente en CD (actos de imitación, etc) identificar cuáles han sido las conductas que universalmente han sido calificadas como CD e identificar a medida de lo posible aquellas que podrían ser consideradas como CD en función de los nuevos inventos sociales, las redes sociales, sí se puede poner creativa en el momento de identificar en dónde se puede ausencia de criterio general de buena fe para sacar rédito económico.
- Poner más atención en los contratos.

En el caso de los publicistas, lo plantean como interrogantes y desean conocer lo siguiente:

- Quiénes poseen los DA, alcance, limitaciones, restricciones, normativa, tiempos de duración de las licencias, obligaciones, costos, trámites, registros.
- Tener claro qué se puede y qué no.
- ¿Quién es el propietario de los derechos de las ideas, la agencia, el creativo, la productora, el cliente?
- ¿Qué debe tener una idea para ser considerada propia? Si el cliente paga por esa idea... ¿A quién pertenece?
- Cuando pagas por una pieza ¿no eres dueño de la misma?
- ¿Como se puede proteger las creaciones publicitarias, cuáles son los pasos a seguir, qué se necesita para hacerlo, qué se puede y no se puede proteger?
- Derechos sobre piezas audiovisuales.
- Derechos y propiedad sobre una idea. ¿Cómo protejo una idea?
- ¿Es necesario registrar las ideas para que sean de tu propiedad?
- ¿Cuál es el procedimiento para registrar las ideas?

- ¿Existe un tiempo de caducidad o la propiedad es para siempre?
- ¿En el caso de plagio cuál es la repercusión legal?
- Uso de fotografía, música, material final que sale al aire.
- Qué se debe hacer para poder utilizar una foto, frase, concepto. Costos de utilización.
- ¿Cuándo se renuevan derechos y quiénes pueden hacerlo en el caso de ilustradores, músicos, etc.
- Derechos de uso de propiedad intelectual en internet
- ¿Cuándo algo puede ser considerado público? ¿Lo público puede ser usado con fines comerciales?
- Normativas básicas de propiedad intelectual, preguntas frecuentes, derechos y responsabilidades de quienes generan ideas para clientes e información para saber el real valor de las ideas.
- Registro de marcas, conceptos y campañas.
- Guía de palabras, frases que no se pueden utilizar.
- Costos de aplicación de conceptos de campaña para uso en otros países.
- Lista de abogados, tips que resuelvan dudas, recomendaciones para trabajos éticos, lista de penas por cometer ilícitos

En cuanto a características y FORMATO de la guía, más que la ley, los publicistas esperan un resumen en palabras más coloquiales, que sea comprensible, porque para el ámbito creativo es difícil comprender las confusas normativas, un documento práctico, breve, sencillo y amigable.

Sobre su presentación, los publicistas afirman que estaría bien en las 2 versiones, la impresa debe ser práctica y bonita para tenerla sobre el escritorio, pero preferiblemente digital para rápido acceso, navegación móvil, web con buscador de palabras o como un *E-book*, una guía digital con índice por tema, inclusive sugieren que sería interesante poder pagar un *fee* para consulta vía Internet.

En el caso de los abogados, afirman que debe transmitir un conocimiento básico de los aspectos más importantes, debe ser sencilla con ejemplos; en cuanto a su presentación, si bien indican que la tendencia actual es digital, muestran una marcada preferencia por la presentación impresa.

ESTUDIOS JURÍDICOS: Bustamante & Bustamante - Corral y Rosales - Bermeo & Bermeo - Paz Horwitz - Izurieta Mora Bowen - Lexim - Meythaler & Zambrano - Fabara & Compañía - Julio Guerrero - Quevedo & Ponce - Pérez, Bustamante y Ponce, Falconí Puig.

6. Capítulo VI: GUÍA PARA PUBLICISTAS SOBRE EL MANEJO LEGAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LA PUBLICIDAD ECUATORIANA

6.1 Antecedentes

La propuesta se desarrollará tomando como base los contenidos del marco teórico y las respuestas de los grupos involucrados obtenidas en el capítulo V sobre los aspectos que los publicistas quieren y deben conocer sobre PI y CD.

6.2 Finalidad de la guía:

Proporcionar al publicista un panorama claro sobre la relación existente entre propiedad intelectual y publicidad, incluyendo aspectos legales que le faciliten realizar su trabajo dentro de los límites legales permitidos.

La necesidad de esta guía surge del hecho de que el publicista y el abogado manejan lenguajes con características distintas; el primero tiende a emplear una codificación sencilla, mientras que el segundo emplea términos propios del derecho que no son de uso común, por este motivo la literatura jurídica resulta compleja y difícil de comprender a quien no es abogado, así que se requiere una interpretación de los términos legales con palabras más sencillas que permitan una mejor comprensión sin que se pierda la esencia jurídica.

Por lo tanto la guía debe ser concreta, manejar un lenguaje sencillo y amigable para quienes no conocen el vocabulario legal, con sus explicaciones debe convertir en fácil lo complejo, para que se asimile el contenido de manera más simple.

Cabe indicar que en ningún momento la guía propuesta pretende sustituir la asesoría legal de un especialista, ya que su intervención es irremplazable; lo

que busca es resolver las preguntas más comunes que se hacen los publicistas sobre propiedad intelectual y con ello evitar infracciones por desconocimiento.

6.3 Estructura y formato:

A continuación se desarrollará la guía, la misma que se dividirá en 5 partes, tomando en cuenta los temas que abarca la PI. En el siguiente cuadro, a la izquierda constan los temas en términos legales y a la derecha están transformados en preguntas. El formato de pregunta y respuesta es muy utilizado dentro del proceso de creación publicitaria, ya sea en la fase de levantamiento de la información para obtener el *brief* o para definir un concepto de campaña, por eso fue el elegido para el desarrollo de esta guía; el lenguaje sencillo es clave, este formato resulta más amigable para el grupo a quien va dirigida la presente guía. La pregunta está formulada en primera persona a propósito.

Tabla 22. Terminología legal y su versión en formato de preguntas

TEMAS EN TERMINOLOGÍA LEGAL	TEMAS EN FORMATO DE PREGUNTAS
<p>PARTE 1: Propiedad Intelectual (PI)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definición de PI y su importancia • Derechos intelectuales relacionados con la publicidad • Organismos oficiales en Ecuador (IEPI /LPI – SCPM/LOCPM) 	<p>PARTE 1: Propiedad Intelectual (PI)</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.1 ¿Qué es Propiedad Intelectual? 1.2 ¿Por qué un publicista debe conocer sobre Propiedad Intelectual? 1.3 ¿Qué relación hay entre Propiedad Intelectual y Publicidad? 1.4 ¿Qué características esenciales deben tener las obras para ser protegidas bajo las diferentes ramas de la Propiedad Intelectual?
<p>PARTE 2: Derechos de Autor (DA)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definición DA e importancia • La creación publicitaria como obra protegida • El plagio 	<p>PARTE 2: Derechos de Autor (DA)</p> <ol style="list-style-type: none"> 2.1 ¿Qué son los Derechos de Autor? 2.2 ¿Los publicistas somos autores? 2.3 ¿La creación publicitaria es una obra protegida? 2.4 ¿Cuáles son ejemplos de obras

- Lo que no se protege... las ideas
- Tipos de obras, autoría y titularidad
- Derechos morales y patrimoniales
- Derechos conexos
- Sociedades de gestión colectiva
- Contratos de las partes
- Sanciones por infracciones

- publicitarias protegidas por Derechos de Autor?
- 2.5 ¿Puedo “patentar” mi idea?
 - 2.6 ¿Qué debo hacer para proteger mis obras? ¿Es necesario registrarlas?
 - 2.7 Los publicistas no plagiamos... ¿O sí?
 - 2.8 Si yo hago un aviso dentro de una agencia para un cliente... ¿El aviso es mío o es del anunciante?
 - 2.9 ¿Qué derechos tengo yo sobre mis creaciones como publicista y cuáles el anunciante que paga por ellas?
 - 2.10 ¿Qué debo saber antes de usar una canción famosa u otras creaciones?
 - 2.11 ¿A quién y en dónde pago para poder usar otras obras?
 - 2.12 ¿Qué tipo de obras puedo utilizar sin tener que pagar derechos?
 - 2.13 ¿Cómo hago para saber si puedo utilizar una canción famosa?
 - 2.14 ¿De qué manera un autor registra sus obras en SAYCE?
 - 2.15 ¿Se puede evitar conflictos con los proveedores de la agencia?
 - 2.16 ¿Qué se debe tener en cuenta en los contratos?
 - 2.17 Cuando se contrata un fotógrafo ¿De quién son las fotos?
 - 2.18 ¿Cuáles son las principales causas de las infracciones cometidas por los publicistas en el campo de la Propiedad Intelectual y cuáles las sanciones?

PARTE 3: Derecho Marcario (DM)

- La propiedad industrial y la protección de signos distintivos
- Marca: tipos (de fantasía, arbitrarias, evocativas, gráficas, mixtas, tridimensionales, no convencionales, colectivas, notorias, renombradas, de reserva) – trámite de protección – beneficios – como elegir una marca registrable.

PARTE 3: Derecho Marcario (DM)

- 3.1 ¿Signo distintivo es igual a marca o qué relación tienen?
- 3.2 ¿Qué tipo de marcas hay según la ley?
- 3.3 ¿Se puede registrar un envase especial como marca?
- 3.4 ¿Qué son marcas no convencionales?
- 3.5 ¿Es necesario registrar los signos distintivos?
- 3.6 ¿Cuáles son los requisitos y trámites para registrar una marca?
- 3.7 ¿Qué es la clasificación de Niza?
- 3.8 ¿Qué beneficios y derechos se tiene al registrar una marca?
- 3.9 ¿Qué motivos impedirían el registro de una marca?

<ul style="list-style-type: none"> • Nombre comercial – definición – trámite de registro – renovación – extinción del derecho – prohibiciones • Lema comercial – definición y trámite de registro • Apariencia distintiva – definición y trámite de registro • Tasas por trámites 	<p>3.10 ¿Qué recomienda el IEPI para elegir o crear una marca?</p> <p>3.11 ¿Se puede registrar un nombre comercial?</p> <p>3.12 ¿Cuáles son los motivos para que un nombre comercial no pueda ser registrado?</p> <p>3.13 ¿Se puede registrar un slogan?</p> <p>3.14 ¿Qué es una apariencia distintiva?</p> <p>3.15 ¿Cuánto cuesta el registro de los signos distintivos</p>
<p>PARTE 4: Competencia Desleal (CD)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Definición de CD • Publicidad comparativa • Publicidad confusionista • Publicidad engañosa • Publicidad denigratoria • Publicidad subliminal • Imitación y explotación de la reputación ajena • Organismo regulador • Sanciones por infracciones 	<p>PARTE 4: Competencia Desleal (CD)</p> <p>4.1 ¿Qué es un acto desleal en publicidad?</p> <p>4.2 ¿Es legal la publicidad comparativa?</p> <p>4.3 ¿Qué es publicidad confusionista?</p> <p>4.4 ¿Qué es publicidad engañosa?</p> <p>4.5 ¿Qué es publicidad denigratoria?</p> <p>4.6 ¿Existe la publicidad subliminal?</p> <p>4.7 ¿Qué relación hay entre la imitación y la explotación de la reputación ajena?</p> <p>4.8 ¿Qué organismo regula la Competencia Desleal en el Ecuador?</p> <p>4.9 ¿Cuáles son las sanciones frente a la ilícita y cuál es mi responsabilidad como publicista?</p>
<p>PARTE 5: Datos de interés</p> <ul style="list-style-type: none"> • Datos IEPI – SAYCE • Lista de estudios jurídicos especialistas en PI (nombres y teléfonos) • Links de interés: LPI – LOCPM - Clasificación NIZA 	<p>PARTE 5: Datos de interés</p> <p>5.1 ¿Quién regula la Propiedad Intelectual en Ecuador y en base a qué?</p> <p>5.2 ¿Cuál es la base legal de la Propiedad Intelectual y dónde encuentro las leyes relativas al tema?</p> <p>5.3 ¿Cuál es la función del IEPI y qué trámites realiza?</p> <p>5.4 ¿Dónde queda el IEPI?</p> <p>5.5 ¿Dónde queda SAYCE?</p> <p>5.6 ¿Dónde encuentro la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado (LORCPM)?</p> <p>5.7 ¿A quién puedo acudir para asesorarme en temas de Propiedad Intelectual?</p> <p>5.8 ¿Y las categorías de la clasificación Niza dónde las encuentro?</p>

6.4 Desarrollo de las respuestas

A continuación se presenta el desarrollo de las respuestas a las preguntas que un publicista puede plantear debido a su deseo de conocer más del tema.

Al igual que en la tesis, se utilizará las siguientes abreviaturas: propiedad intelectual (PI), derecho de autor (DA), derecho marcario (DM), competencia desleal (CD), Ley de Propiedad Intelectual (LPI), Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM).

PARTE 1: Propiedad Intelectual (PI)

1.1 ¿Qué es Propiedad Intelectual?

Es la rama del derecho que a través de diferentes sistemas normativos protege de manera legal a los bienes intangibles que nacen del esfuerzo intelectual creativo como lo son las obras: artísticas, literarias, científicas, industriales, comerciales y técnicas. Los derechos de PI reconocen a sus creadores derechos exclusivos para la explotación o aprovechamiento económico de esos bienes incorporeales.

Como se explicará más adelante, para que las obras gocen de protección jurídica, deben cumplir con las condiciones que establece la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) vigente en Ecuador y los acuerdos internacionales a los que el país está suscrito.

La PI tiene como misión salvaguardar la creatividad de los autores a quienes los considera agentes de desarrollo, que deben recibir de la sociedad una adecuada protección que compense el tiempo y talento invertidos en el

proceso, para que así se sientan estimulados y sigan creando para aportar al desarrollo tecnológico, cultural, social y económico del país.

La publicidad es un trabajo que implica un proceso esencialmente creativo, que tiene a la innovación como su ingrediente fundamental, debido al creciente nivel competitivo de las marcas generado por la cambiante dinámica propia de su mundo, en el que la reinención es la base de la diferenciación. El publicista crea a través de la combinación de elementos existentes, entre ellos obras de diversos autores que están legalmente protegidas y su uso requiere autorización.

A leves rasgos, los sistemas normativos que están dentro de la PI según la ley ecuatoriana son:

- (A) Derechos de Autor, que protegen las obras literarias y artísticas; se extienden hasta los llamados Derechos Conexos, que son los que regulan las interpretaciones o ejecuciones artísticas entre otras. Ejemplo: una canción que se desea utilizar para un comercial.
- (B) Propiedad Industrial, que protege desarrollos en el ámbito técnico y comercial; se divide en Derecho de Marcas o Marcario, que se encarga de la protección de signos distintivos (marcas, nombres comerciales, slogans, etc.) y Derecho de Patentes que protege las invenciones.
- (C) Obtenciones vegetales, que protege mediante certificado de obtentor a todos los géneros y especies vegetales.

De los 3 campos mencionados, los 2 primeros mantienen una estrecha relación con la publicidad, es decir, Derechos de Autor y el Derecho Marcario que es una parte de la Propiedad Industrial.

1.2 ¿Por qué un publicista debe conocer sobre Propiedad Intelectual?

Por 2 motivos; el primero porque un publicista es un creador, un autor con derechos legales sobre sus obras y segundo, porque el publicista en su proceso creativo incorpora otras obras que pueden ser utilizadas previa autorización y/o pago de tarifas por uso, es decir, el publicista debe conocer la existencia de los derechos propios y ajenos, para evitar controversias legales.

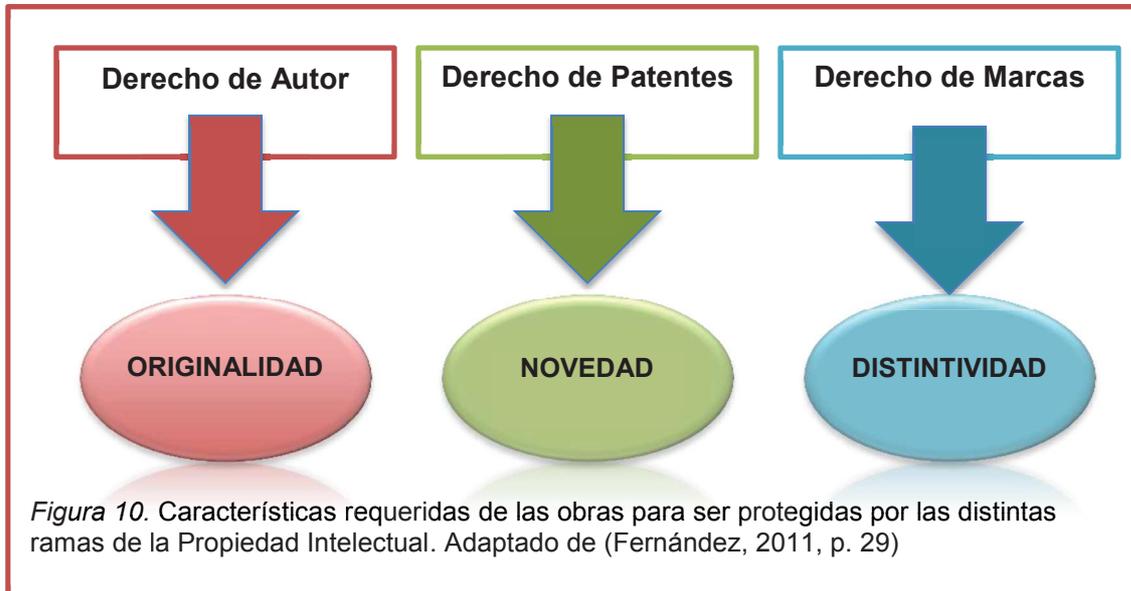
En la publicidad se crean diariamente obras que –en caso de tener las características requeridas por la ley- podrían estar protegidas y la única manera de que un autor de obras creativas ejerza sus derechos es conociéndolos, teniendo claro que el talento creador está protegido por la Propiedad Intelectual, ya que si bien la ley ecuatoriana no habla sobre obras publicitarias ni especifica los derechos que estas pueden tener, sí están incluidas y tienen derecho a estar protegidas, por lo que un publicista debe conocer los argumentos.

1.3 ¿Qué relación hay entre Propiedad Intelectual y Publicidad?

En un mundo donde el dinero proporciona mejores condiciones de vida, el contar con un estímulo económico, incentiva al creador a destinar tiempo e ingenio para generar obras creativas; dentro de este ámbito, la publicidad no es la excepción, ya que está ligada al desarrollo comercial de las marcas y por ende de las naciones, de tal manera que si existe protección, existe seguridad e incentivo para innovar.

Cuando la creación publicitaria (al igual que la artística) recibe el respaldo legal del Estado, mediante el cual cuenta con el derecho al disfrute moral y a obtener ganancias por la explotación de la misma, el tiempo destinado a la creatividad se convierte en inversión; este es el fundamento esencial de la PI.

1.4 ¿Qué características esenciales deben tener las obras para ser protegidas bajo las diferentes ramas de la Propiedad Intelectual?



PARTE 2: Derechos de Autor (DA)

2.1 ¿Qué son los Derechos de Autor?

Son los que adquiere una persona sobre su creación intelectual en los ámbitos literario y artístico, en obras como: libros, música, pintura, escultura, películas, programas informáticos, bases de datos, publicidades, mapas y dibujos técnicos. Para que la protección se dé debe existir la creación de manera concreta es decir debe haber sido materializada a través de algún medio.

Este derecho da al creador derechos exclusivos sobre su obra por un periodo de tiempo limitado y considerablemente extenso. Permite al autor tener el control económico de su obra y recibir pagos por ella.

Los objetivos del DA son dos: que el autor siga la suerte de su obra y que pueda mejorar la calidad de vida gracias a su arte; en otras palabras, que si su obra tiene éxito el autor lo tenga también y que gracias a ello su vida tenga un mejor nivel.

Los Derechos de Autor tienen 3 principios importantes:

- a) Recompensa: el esfuerzo realizado debe tener un estímulo económico que lo aliente a continuar con creación artística y literaria.
- b) Recuperación: el autor debe recuperar lo que destinó a su creación.
- c) Conocimiento público difundido: la protección brindada es temporal, las creaciones en algún momento pasarán al dominio público para que cualquiera haga uso de ellas sin costo.

2.2 ¿Los publicistas somos autores?

Efectivamente los publicistas lo son y para sustentarlo se debe partir de la definición de autor dada por la LPI, como la “persona natural que realiza la creación intelectual”.

La esencia de la publicidad es la creatividad, por lo que un publicista en su reto de hacer publicidad, cumple con el requisito de realizar creaciones intelectuales, por lo tanto es un autor, ya sea que trabaje independientemente o preste sus servicios para una agencia o estructura publicitaria.

2.3 ¿La creación publicitaria es una obra protegida?

Así es y para sustentarlo se debe partir de lo que es una obra para luego analizar la obra publicitaria. Según lo establece la LPI obra es “toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse”.

Para que una obra sea considerada como tal, debe cumplir 4 requisitos: (1) Originalidad que equivale a creatividad, que puede ser relativa o absoluta, al depender o no de una obra previa. (2) Exteriorización o divulgación: para hacer pública la obra debe mostrarse una realidad objetiva y no un contenido abstracto. (3) Fijación: para la divulgación es necesario que la obra esté fijada en un soporte material según el caso (CD, DVD, memoria de almacenamiento, etc.). (4) Legalidad: obras que estén en contra de la moral y buenas costumbres no pueden protegerse.

Por lo anteriormente indicado, las creaciones publicitarias cumplirían con los 4 requisitos, por los siguientes motivos:

(1) La creatividad es su ingrediente primordial debido a la marcada competitividad del mercado al cual debe su actividad; la dinámica mundial de negocios exige innovación en los productos y a la par en los códigos de comunicación, porque cada vez es más difícil sorprender; en algunos casos las obras pueden estar relacionadas en mayor o menor medida con otras existentes. (2) Por lo general la divulgación es uno de sus propósitos para lograr los objetivos de comunicación previamente planteados, ya que el anunciante que paga por la realización de una campaña, tiene el propósito de lanzarla de manera masiva y cada pieza es objetivamente tangible. (3) Para que cada obra sea difundida debe haber sido fijada en un soporte para su reproducción. (4) Finalmente, cada vez se pone más atención a la normativa legal vigente por el bien de todas las partes involucradas para no tener inconveniente alguno en la puesta en escena de la campaña o pieza.

Según la LPI “la protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad.”

A continuación se presenta un cuadro para ampliar lo afirmado y relacionarlo con el ámbito publicitario:

Tabla 23. Argumentación sobre la protección de obras publicitarias

Si la protección se reconoce independientemente de:	Quiere decir que:
a) el género de la obra	<p>Las obras de los géneros artístico, científico o literario están protegidas.</p> <p>Las creaciones publicitarias están dentro del campo artístico y literario, debido a que la comunicación persuasiva utiliza los códigos del lenguaje para transmitir los mensajes y lo hace considerando valores estéticos inspirados en las artes, por ello se puede considerar que la publicidad es un arte persuasivo.</p>
b) su forma de expresión	<p>Las obras escritas, sonoras o audiovisuales están protegidas.</p> <p>La forma de expresión publicitaria puede ser escrita, sonora o audiovisual, ya sea por separado según el formato o pueden ir combinadas según el medio o canal que las comunique.</p>
c) mérito	<p>La valoración de la obra no corresponde al derecho sino a la crítica, por lo tanto para este análisis no es relevante.</p>
e) destino	<p>Las que son creadas para ser o no divulgadas, para expresar su contenido estético o promocionar un producto comercial, todas están protegidas. En el caso de la publicidad, se busca promocionar productos, apoyar causas o defender ideologías.</p>

Frente a lo explicado, se puede concluir que la obra publicitaria sí es una obra protegida por DA. Según mencionan los expertos en PI, en la mayoría de legislaciones en el mundo se incluyen listados ejemplificativos, en los textos constan frases como *se protegen entre otras... particularmente tales obras...* es decir indican ejemplos de qué obras pueden estar protegidas, mas no son listas cerradas por lo que no quiere decir que lo que no está ahí escrito literalmente no se proteja.

En conclusión, cualquier creación intelectual publicitaria estará protegida siempre y cuando cumpla con los requisitos indicados previamente y aunque en los listados ejemplificativos que presenten las leyes: ecuatoriana, venezolana, peruana, alemana, francesa, etc. no constan las obras publicitarias, sí están protegidas por los motivos anteriormente expuestos.

2.4 ¿Cuáles son ejemplos de obras publicitarias protegidas por Derechos de Autor?

La protección del DA recae sobre las obras publicitarias, las mismas que pueden manifestarse a través de diferentes tipos de carácter:

- Su carácter literario se refleja por ejemplo en: la folletería, en los guiones de las historias para comerciales y cuñas de radio, en el copy para vallas y promocionales, en la redacción utilizada para jingles, en los anuncios para revistas y periódicos impresos y digitales, en el nombre de cada marca y su eslogan, en los nombres de dominio, en los nombres comerciales, entre otros.
- Su carácter artístico se evidencia en: pinturas, ilustraciones, fotografías, dibujos, las composiciones de forma y color de las piezas publicitarias, formas tridimensionales (como envases) y más elementos de este tipo asociados a las marcas, como es el caso de los personajes caricaturizados, el *pack-shot* o foto del producto, creación de una tipografía determinada, entre otros.
- Su carácter sonoro se manifiesta en composiciones musicales inéditas realizadas para una marca determinada ya sea con o sin letra si se va a crear un jingle.
- Su carácter audiovisual se refleja en la producción de: comerciales para TV e internet, cuñas radiales, jingles, promocionales con animación, juegos interactivos, páginas web con efectos audiovisuales, entre otros.

- Su carácter científico se puede ver en el caso de avisos que especifiquen las cualidades terapéuticas de un medicamento.

2.5 ¿Puedo “patentar” mi idea?

Esta pregunta es una de las más comunes y tal como está planteada la respuesta es no, porque los únicos patentables como tal son los inventos, protección que está bajo la normativa de Propiedad Industrial y por otro lado las ideas tampoco se pueden registrar, lo que sí se puede registrar con el fin de lograr protección es la expresión tangible de ellas.

Para ampliar la explicación, la patente es un derecho exclusivo concedido por un estado a una nueva invención que ha demostrado tener nivel inventivo y es susceptible de tener una aplicación industrial. Como indica el IEPI, este derecho le permite impedir que otros “fabriquen, utilicen, ofrezcan para la venta, vendan o importen un producto o un proceso basado en la invención patentada sin la autorización previa de su titular” la patente se convierte en un poderoso instrumento comercial, ya que por un lado tiene la exclusividad del nuevo producto o proceso y por otro puede obtener ingresos adicionales a través de la concesión de licencias. Por lo tanto una idea no constituye un invento, ni tampoco lo es una obra publicitaria.

La Decisión 351 indica que “queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras” el artículo añade además que “no son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas”. El DA no protege las ideas sino su forma de expresión, de manera que a partir de la misma idea pueden surgir una serie de obras, cada una de ellas con su dosis de originalidad que en DA dicha originalidad se enfoca en su individualidad mas no a su novedad, es decir que la forma de expresión del producto creativo debe tener características propias para distinguirse de otro de su mismo género, lo que es opuesto al

plagio como copia total o parcial, o la mera aplicación mecánica de conocimientos o ideas de otros sin un sello personal.

Un caso que ejemplifica lo afirmado es la historia de la telenovela de la empleada que finalmente termina adinerada porque resultó ser hija de los dueños de la casa en la que trabajaba; hay muchas novelas que tienen una historia similar, pero se diferencian cuando aparecen los personajes, el lugar, los diálogos, los nombres, etc.

Se puede concluir que lo que realmente se desea saber es si las obras publicitarias pueden ser protegidas a través de algún registro, la confusión al plantear así la pregunta se da porque el término “patente” está muy asociado a Propiedad Intelectual y la falta de conocimiento en el tema ocasiona una inadecuada relación de los términos patente e idea.

2.6 ¿Qué debo hacer para proteger mis obras? ¿Es necesario registrarlas?

Según indica la LPI, el derecho de autor “nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión”, la obra se protege desde su exteriorización por cualquier medio, es decir la protección es automática. El goce de los DA de las obras de ingenio se da por el solo hecho de su creación, sin que dependa del cumplimiento de formalidad alguna.

El registro o depósito realizado ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor y derechos conexos, tiene un carácter exclusivamente declarativo y no constitutivo de derechos, esto quiere decir que el registro de una obra puede realizarse pero lo que le da el derecho es ser el verdadero autor. Se puede dar el caso de que el IEPI, sin saberlo, emita el certificado a una obra plagiada, pero en el momento en que aparezca su verdadero autor, ese certificado pierde valor y se anula.

2.7 Los publicistas no plagiamos... ¿O sí?

Cuando el publicista gestiona las respectivas autorizaciones para utilizar obras de terceros, no hay infracción, pero si no lo hace sí puede darse plagio, que se define como la apropiación de una obra ajena para hacerla pasar como propia, el usurpador aparece como autor de una obra que no creó.

Utilizar obras protegidas sin autorización del autor aunque sea una mínima fracción es una infracción de DA. Los publicistas deben tener clara la línea entre inspiración y copia, esta última es la apropiación de elementos existentes protegidos por PI para utilizarlos en beneficio propio. Plagio servil: es copiar una pieza publicitaria, ej: producir en el país comerciales de fuera con las mismas características (guiones, escenografía, trama, personajes). Plagio elaborado: es tomar una pieza (gráfica, comercial, fotografía, logo, eslogan) y cambiar ciertos elementos tratando de disfrazar la copia, lo que es una infracción de DA, DM y un acto de CD.

El plagio desprestigia la labor publicitaria, perjudica el nombre de quien sí respeta los derechos de otros. Actualmente con la tecnología es muy fácil detectar acciones contrarias a la buena fe.

2.8 Si yo hago un aviso dentro de una agencia para un cliente... ¿El aviso es mío o es del anunciante?

Es de los dos sin que haya conflicto. Si un creativo hace un aviso para un cliente, mantiene la “paternidad” sobre la obra, es decir puede ser reconocido públicamente como el autor (lo que la ley define como derechos morales), aunque al ser una obra que la agencia le solicitó hacer porque trabaja en relación de dependencia y a su vez el anunciante lo requería, el anunciante puede utilizar el aviso comercialmente porque es dueño de la pieza como tal porque pagó por ella (lo que la ley establece como derechos patrimoniales).

Para responder esta pregunta más ampliamente, se debe hablar sobre autoría, titularidad y los tipos de obras.

Según lo indicado expresamente en la LPI, el autor de la obra que es quien realiza la obra intelectual, solo puede ser una persona natural, mientras que quien tiene la titularidad de los derechos puede ser una persona natural o jurídica, con lo que el autor no necesariamente es el titular de la obra.

En publicidad se debe analizar lo concerniente a las obras creadas bajo dependencia laboral (el caso de un creativo contratado por una agencia de publicidad) y a las creadas por encargo (el caso de un anunciante que contrata a una estructura publicitaria). Independientemente de que esa obra sea realizada por iniciativa del creador o por un pedido de una obra por contrato o bajo relación laboral, la autoría corresponde a la persona natural que la creó.

En las obras creadas bajo dependencia laboral, la creación es un acto personal y aunque el empleado deba cumplir sus obligaciones laborales y deba recibir instrucciones sobre la obra y ciertas características, la forma de expresión es suya y nadie puede desconocerlo como creador. El contrato firmado por el empleado no puede quitarle sus derechos morales, ya que estos son irrenunciables de acuerdo a la ley, como se explicará en la siguiente pregunta.

En el caso de la autoría y la titularidad en las obras creadas por encargo, se cumple lo mismo que en párrafo anterior, es aconsejable que las condiciones se coloquen por escrito en el contrato; la cesión de derechos implicaría únicamente los patrimoniales (mediante los cuales se adquiere el derecho de explotación de la obra), que como ya se afirmó, los derechos morales son irrenunciables.

Usualmente en publicidad se aplica la figura de la obra por encargo; el anunciante contrata a un creativo o una agencia publicitaria, por la necesidad (comercial, social o política) de realizar una comunicación persuasiva dirigida a

sus públicos de interés, y le proporciona a la agencia la información básica y una serie de parámetros para que se inicie el proceso de creación y al final le paga por dicho trabajo. Si bien la agencia y sus creativos reciben pautas previas por parte del anunciante, ese aporte es mínimo en comparación al componente creativo y original desarrollado por el equipo de la agencia a partir de lo solicitado por el cliente; la agencia crea la obra por encargo, cobra su dinero por ella, por lo tanto la obra es del anunciante quien puede obtener lucro por ella.

A su vez, la agencia (como persona jurídica) contrata bajo relación de dependencia a sus publicistas (creadores de obras publicitarias) y por el trabajo que realizan día a día les paga su salario acordado previamente, lo que quiere decir que los empleados tienen una remuneración por todo lo que ellos hagan bajo pedido de la agencia. Cuando una agencia inscribe sus piezas para concursar en festivales creativos, en caso de ganar un premio, la agencia es reconocida como ganadora y el creativo puede incluir la pieza ganadora en su portafolio como suya.

En síntesis, la obra es encargada a la agencia, pero la agencia es una persona jurídica, no es una persona física, no es una persona natural; la agencia tiene que contratar creativos para que hagan las campañas, porque solo el ser humano puede crear, por lo tanto el creativo va a tener el derecho moral de la publicidad que hizo y en el medio se reconocerá que ese aviso lo hizo Patito Pérez, pero la titularidad de esos derechos de ese creativo le pertenecen a la agencia para la cual trabaja bajo relación de dependencia, pero como a esa agencia a su vez la contrató una empresa, la obra pertenece a quien encarga la obra, los derechos económicos o patrimoniales son del anunciante que pagó por esa publicidad.

La publicidad es una profesión que tiene como principal ingrediente la sinergia resultante del trabajo en equipo, ya que las obras producidas, generalmente surgen de la sumatoria de los esfuerzos individuales; la ley las denomina obras

complejas, que son en las que intervienen varias personas y se dividen en obras en colaboración y obras colectivas. La regla más aplicada en la legislación comparada iberoamericana es que los coautores de la obra creada en colaboración son los titulares de los derechos morales y patrimoniales que deben ser ejercidos de común acuerdo, pero cuando los aportes son identificables o de géneros distintos, cada uno puede explotar individualmente su colaboración, siempre y cuando esto no afecte a la explotación de la obra en común.

Como indica la LPI “en la obra en colaboración divisible, cada colaborador es titular de los derechos sobre la parte de que es autor (...) en la obra en colaboración indivisible, los derechos pertenecen en común (...) a los coautores” salvo que se pacte lo contrario en cada caso.

Según la LPI el titular de los DA de una obra colectiva será “la persona natural o jurídica que haya organizado, coordinado y dirigido la obra, quien podrá ejercer en nombre propio los derechos morales para la explotación de la obra.” Tal como lo establece la normativa ecuatoriana, si bien hay varios creadores, la obra se da por la iniciativa de una persona natural o jurídica que publica o divulga; en esa obra no se puede identificar los aportes; el abogado Antequera añade que es una obra única y autónoma, y que salvo pacto en contrario, los derechos de la obra colectiva le pertenecen a la persona que edita y divulga.

En el caso de la obra en colaboración, puede o no identificarse los aportes, por ejemplo uno escribe la letra y otro compone la música. En el caso de la obra colectiva, la iniciativa se da por una persona natural o jurídica, que en el caso de la publicidad viene a ser la agencia de publicidad.

2.9 ¿Qué derechos tengo yo sobre mis creaciones como publicista y cuáles el anunciante que paga por ellas?

El DA confiere al autor derechos morales o personales y derechos patrimoniales o económicos sobre sus obras.

Los derechos morales garantizan al autor de una obra (a quien se le atribuye la paternidad) intereses personales y de integridad de la obra de manera perpetua, es decir el autor tiene el derecho de ser reconocido como tal, de salvaguardar su reputación y de que se respete la integridad de la obra aún después de ser cedida, por lo tanto puede oponerse a toda modificación, deformación o mutilación que fuere perjudicial para su obra o a su buen nombre como autor. La ley afirma que el derecho moral es: inalienable (no se puede vender de manera legal), inembargable (no es un bien que pueda ser embargado), imprescriptible (no caduca en el tiempo) e irrenunciable (el autor no puede renunciar a su paternidad); en otras palabras el autor es y nunca deja de serlo.

Los derechos patrimoniales otorgan el beneficio exclusivo por la explotación de una obra por medio de cualquier procedimiento y la facultad de obtener beneficios económicos. A diferencia de los anteriores, estos son de carácter temporal (dura la vida del autor más 70 años), irrenunciable y transmisible (puede ser cedido a terceros). En el caso de la publicidad este derecho le corresponde al anunciante que paga por la creación de la obra.

Aunque el autor de la obra publicitaria –sea hecha por encargo o por estar bajo relación de dependencia- no tenga el derecho patrimonial (que le corresponde al anunciante) mantendrá por siempre su derecho moral, el que le facultará a inscribir todas sus creaciones en concursos y festivales de publicidad, con las que podrá obtener premios y reconocimiento profesional.

Es de vital importancia que el publicista haga valer su derecho moral cuando sea él el creador o lo respete cuando se trate de otro creador; el publicista debe tener claro que al existir derechos morales sobre obras de terceros, debe abstenerse de realizar cualquier modificación de esas obras sin previo consentimiento de sus autores. Este conocimiento y respeto de los derechos morales puede evitar muchas controversias legales, ya que el desconocimiento de la ley no exime a nadie de la culpa.

2.10 ¿Qué debo saber antes de usar una canción famosa u otras creaciones?

El publicista que desee utilizar canciones u obras de otros autores como parte de sus creaciones, más aún si requiere modificarlas o adaptarlas a piezas publicitarias, deberá gestionar previamente la respectiva autorización del autor de dicha obra para luego poder efectuar cualquier cambio antes de pautar cualquier pieza de una campaña, es decir no solo debe tener autorización de su uso sino también de su modificación si es el caso; como se lo verá más adelante, esta licencia de uso podrá obtenerla mediante las sociedades de gestión en el caso de libros, pinturas, esculturas, fotografías, obras audiovisuales, música, etc.

Hay que tener claro que no se utiliza la obra primero y luego se obtiene el consentimiento; solo le pertenece al autor o a sus derechohabientes el derecho de autorizar o no explotación de su creación intelectual. Se vuelve ilícita la comunicación, reproducción o distribución (total o parcial) de la obra original o modificada (traducida, adaptada, arreglada mediante cualquier procedimiento) sin el consentimiento del autor.

La publicidad es una profesión creativa que busca realizar una comunicación persuasiva basada en la combinación hábil de códigos fonéticos y cromáticos fácilmente identificables por sus grupos objetivos, por lo que en muchos casos deberá acudir a la utilización de obras, muchas de ellas conocidas, para

incorporarlas en diversas campañas, el motivo principal es que estas obras aportarán enormemente a ese proceso de codificación del mensaje que se quiere transmitir, tanto por su riqueza estética y/o conocimiento sobre ella en el mercado al cual se dirige el mensaje; la fama y reconocimiento adquiridos por la obra o el éxito logrado por un tema musical puede transferirse de alguna manera a la marca con que se asocia, por este motivo esta acción es tan utilizada por el medio publicitario.

2.11 ¿A quién y en dónde pago para poder usar otras obras?

Cada vez la publicidad encuentra nuevas maneras y canales para comunicarse con sus públicos, la profesión exige la creación de nuevos formatos y sus combinaciones para generar mensajes para plasmarlos en una serie de piezas publicitarias, y es así como durante ese proceso requiere utilizar fotografías (alquiladas o tomadas por un profesional), reproducir letras de canciones, composiciones musicales, partes de películas, textos de libros, la imagen de personajes conocidos etc., antes de que las piezas sean pautadas, debe gestionarse la autorización y pago respectivo, ya sea para reproducir las piezas tal como el autor las hizo, o si se desea modificarlas; como habitualmente una agencia de publicidad trabaja contra reloj, es importante que conozca la manera de proceder legalmente, de forma que evite contratiempos, controversias y juicios por irrespeto a la autoría ajena.

En Ecuador, la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos están bajo el control del Estado a través de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Las sociedades de gestión colectiva según lo define la LPI, son personas jurídicas de derecho privado y sin fines de lucro, con el objetivo social de gestionar los derechos patrimoniales de autor y/o conexos.

A continuación se presenta un cuadro con las siglas y nombres de las sociedades de gestión y a qué gremio representan:

Tabla 24. Sociedades de Gestión Colectiva en el Ecuador

SIGLAS	NOMBRE	REPRESENTA A
AEDRA	Asociación ecuatoriana de para la gestión colectiva de derechos reprográficos de autor	escritores y editores
ARTEGESTIÓN	Sociedad ecuatoriana de gestión de artistas plásticos y visuales	artistas plásticos como pintores, escultores, fotógrafos, etc.
ASOCINE	Asociación de cineastas del Ecuador	autores cinematográficos
EGEDA - ECUADOR	Sociedad de gestión colectiva de derechos de los productores audiovisuales	productores audiovisuales
SARIME	Sociedad de artistas, intérpretes y músicos ejecutantes del Ecuador	artistas, intérpretes y músicos ejecutantes
SAYCE	Sociedad de autores y compositores ecuatorianos	autores y compositores musicales
SOPROFON	Sociedad de productores de fonogramas	productores de fonogramas

Adaptado de Ruiz (2013, pp. 31-34).

No todos los titulares de los DA deben estar afiliados a las sociedades de gestión colectiva, hacerlo es una opción voluntaria, ya que pueden hacer ejercer sus derechos directamente. Estos organismos establecerán tarifas para las licencias de uso sobre las obras o producciones, las mismas que serán publicadas en el Registro Oficial siempre que hayan cumplido los requisitos formales, según indica la LPI.

Un publicista debe tener a la mano una guía con los datos de las diferentes sociedades de gestión colectiva con el fin de verificar previamente la disponibilidad y acceso a autorizaciones de las obras que pretende incorporar a sus obras creativas.

2.12 ¿Qué tipo de obras puedo utilizar sin tener que pagar derechos?

Se puede utilizar las obras que ya han pasado a ser parte del dominio público, es decir, su autor falleció y ya transcurrieron los 70 años después de su muerte. Por otro lado están los *Creative Commons* que traducido al español son Bienes Comunes Creativos, una organización californiana sin fines de lucro

que permite el uso de creatividad de manera gratuita a través de licencias de derechos de autor bajo ciertos términos y condiciones, se puede acceder a ellos por internet.

2.13 ¿Cómo hago para saber si puedo utilizar una canción famosa?

SAYCE es la sigla de la sociedad de autores y compositores ecuatorianos, una entidad de gestión colectiva, que protege y administra los derechos económicos de autores y compositores (nacionales y extranjeros), resultantes de la utilización de sus obras musicales. No es una entidad gremial, sino una entidad jurídica de derecho privado, sin fines de lucro, legalmente constituida, habilitada para contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente en el ámbito nacional e internacional.

Cuando un usuario desea utilizar música (que no esté en el dominio público) como parte principal o complementaria de su actividad económica (empresarial o comercial), independientemente del medio por el que se difunda: radio, televisión, parlante fijo, interpretaciones en vivo, entre otros, debe contactar a SAYCE, para conocer el valor a pagar por la emisión de una licencia de autorización por el uso de una música específica, en representación y por pedido de su afiliado (autor de dicha música). El dinero pagado es destinado a los autores y compositores, creadores de las obras musicales.

Como lo afirma la entidad, el 70 % del dinero recaudado por SAYCE se destina a los creadores de las obras más utilizadas (pago de regalías) y de acuerdo a la ley, el 30% se destina a gastos administrativos y un 10% para un seguro médico privado y seguro de vida.

Vale aclarar que el autor de una obra musical puede ser simultáneamente el escritor de la letra y compositor de la melodía, pero puede darse el caso de que uno escriba y otro componga la música de una canción, en tal caso serían co-autores de la obra musical.

En su página web, SAYCE publica al tarifario y explica que por la adaptación, arreglo u otra transformación de obras musicales, para su sincronización en mensajes publicitarios, para ser difundidas a través de medios de comunicación, al igual que para los jingles, la tarifa se determina mediante acuerdo bilateral con los usuarios. Para la utilización lícita de estas obras se requiere un contrato individual de licencia.

Es fundamental que los publicistas conozcan y respeten el derecho de sincronización, ya que la música es un componente importante dentro de la codificación de los mensajes persuasivos diseñados para las marcas, es un elemento que contribuye positivamente a que una campaña cumpla su objetivo. El motivo por el cual en publicidad se utiliza música compuesta por otros, es que ese ritmo está ya en el recuerdo del consumidor antes de que sea utilizada en alguna pieza publicitaria, así que al combinar con la marca, no se partirá de cero en el mensaje, sino que ya existirá una asociación mental.

En publicidad la música puede ser parte de varias piezas audiovisuales como: comerciales, cuñas de radio, jingles, activaciones de marca, entre otras. En muchos casos la pieza musical escogida por el creativo requiere ser adaptada a la pieza audiovisual, por lo que se requiere modificarla, alterando su letra y/o música; así que antes de hacerlo, la agencia de publicidad debe gestionar la autorización respectiva, no solo del uso sino también de cualquier modificación en caso de haberla, ya que por el derecho moral del autor, anteriormente analizado, este puede negarse a que se realicen tales cambios, si considera que irán en menoscabo de su obra. Por ello es indispensable que los publicistas consideren dentro de su planificación, los tiempos para realizar las gestiones necesarias para autorizaciones de este tipo y saber que su solicitud puede ser negada; deben tener consciencia del riesgo que corren las propuestas creativas algo atrevidas que podrían herir susceptibilidades de los autores y compositores, lo que presentaría un contratiempo en cualquier campaña.

En la página web de SAYCE, hay disponible la opción de búsqueda de temas musicales registrados en su base de datos. Es importante saber que muchos temas han pasado al dominio público y ya no se necesita pagar derechos por su uso, como por ejemplo muchos temas de música clásica.

2.14 ¿De qué manera un autor registra sus obras en SAYCE?

Para registrar las obras musicales, los autores y compositores se afilian a SAYCE, presentan las obras a registrar, llenan un formulario de declaración de obras, cancelan el valor respectivo, presentan solicitud de afiliación, entregan CDs y papeles requeridos y suscriben un contrato de mandato, que autoriza a SAYCE la administración y recaudación en forma exclusiva de los derechos que generen sus obras, así como las facultades de cobrar, autorizar, prohibir, convenir, pactar, requerir, licenciar, negociar, demandar, querellar, desistir y defender la protección de sus creaciones.

2.15 ¿Se puede evitar conflictos con los proveedores de la agencia?

Como afirma el conocido abogado del estudio jurídico Falconí Puig, el doctor Carlos Arroyo del Río, los contratos son la vía para evitar INCONVENIENTES cuando se contrata varios talentos. Los publicistas a nivel general no se asesoran y el anunciante termina pagando los platos rotos porque sobre él recae la responsabilidad. De la AUSENCIA DE CONTRATOS nacen los problemas, firmarlos es imprescindible, debe haber el convenio madre entre cliente – agencia con derechos y obligaciones de las partes y luego los demás contratos según el tipo de trabajo contratado.

2.16 ¿Qué se debe tener en cuenta en los contratos?

En los contratos con modelos se deben establecer 3 ámbitos: material, espacial y temporal.

- **ÁMBITO MATERIAL:** las piezas pueden ser utilizadas en cualquier tipo de publicidad o se va a limitar únicamente a un soporte específico (folletos, camiones de distribución, vallas).
- **ÁMBITO TEMPORAL:** el tiempo que se va a utilizar y puede establecerse por tiempo indefinido, que es lo que se entiende si no hay acuerdo entre las partes (ahí surgen los problemas). Existe una creencia común de asumir que los derechos duran 1 año, eso no está dicho en ningún lado de la ley.
- **ÁMBITO ESPACIAL:** especificar si es solo en la República de el Ecuador, solo en la Comunidad Andina, solo la provincia del Guayas, caso contrario se la puede utilizar de la manera más amplia que al anunciante le parezca.

Aclarar a todos que quien encarga la obra y la paga es dueño de la obra encargada, en este caso el anunciante tiene los derechos patrimoniales. Debe haber contratos firmados desde la cadena más baja, con todas las personas que participen en la producción de una pieza publicitaria.

En cuanto a la **duración de los CONTRATOS** existe una mala interpretación al art. 79 LPI. Primero, lo del año de los derechos no existe. Lo que está mal interpretado es que se refiere a los contratos que tienen por finalidad la explotación de una obra; si se encarga la realización de una obra (fotografía), ese contrato no tiene por finalidad su explotación, porque la obra no existe, el contrato tiene por finalidad el crear la obra y ese es un contrato de encargo de obra, primero hay que crear la obra y luego explotarla, esto se refiere solo a aquellos contratos en los que se tiene una obra y lo que se pretende es explotarla, por ejemplo el alquiler de un espacio publicitario, a eso es lo que se está refiriendo.

2.17 Cuando se contrata un fotógrafo ¿De quién son las fotos?

En cuanto a los derechos sobre una FOTOGRAFÍA, el derecho patrimonial sobre una fotografía le puede pertenecer al fotógrafo, pero no es lo mismo que derecho a la imagen. Cuando un cliente contrata al fotógrafo por una sesión,

todo el producto de la sesión es del cliente, pero si se le contrata para que entregue un determinado número de fotos, las que él tome y no sean pagadas le pertenecen y al no haber contrato que lo especifique, el fotógrafo podría disponer de las no escogidas, así que siempre debe haber contrato.

2.18 ¿Cuáles son las principales causas de las infracciones cometidas por los publicistas en el campo de la Propiedad Intelectual y cuáles las sanciones?

Según los expertos del IEPI, las CAUSAS de las infracciones cometidas por los publicistas son 2: La primera por un supuesto desconocimiento, por no saber que no se puede hacer algo, aunque obviamente la falta de conocimiento no les exime de culpa. La segunda, es intencional, la intención de aprovecharse del prestigio ajeno o denigrar al competidor.

En caso de INFRACCIÓN los expertos del IEPI indican que:

- Hay 2 vías para tomar medidas frente a una infracción, la primera es mediante tutela administrativa que se presenta ante el IEPI y otro camino es vía jurisdiccional, solicitando un juicio de medidas cautelares.
- La LPI considera ciertos parámetros para determinar si hay infracción, se requiriere información, luego la inspección para ver los productos infractores; el IEPI puede determinar un monto aproximado por perjuicio e indemnizaciones que van de USD 500 a USD 100.000.
- Cuando hay disputa entre pares y se trata de un tema de Propiedad Intelectual y se afecta únicamente el interés privado interviene el IEPI si en la controversia se afecta el orden público interviene la SCPM, en todo caso la SCPM lo define.

PARTE 3: Derecho Marcario (DM)

3.1 ¿Signo distintivo es igual a marca o qué relación tienen?

No son lo mismo; se conoce como signos distintivos a una de las 3 ramas de la Propiedad Industrial y la marca está precisamente dentro de esa rama.

Por definición, signos distintivos son las expresiones utilizadas para diferenciar productos, servicios o actividades dentro del comercio.

Los tipos de signos distintivos reconocidos en el Ecuador son: marcas, nombres comerciales, lemas comerciales (conocidos en publicidad como slogan o eslogan), apariencias distintivas, indicaciones geográficas y denominaciones de origen.

3.2 ¿Qué tipo de marcas hay según la ley?

A continuación se presenta un cuadro para explicar mejor la clasificación bajo los criterios legales.

Tabla 25. Tipos de marcas

POR LA FORMA DEL SIGNO

Perceptibles a la VISTA

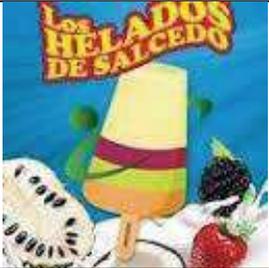
Marcas denominativas o verbales: Formadas por palabras, frases, letras, números o combinaciones que formen algo legible y pronunciable, con o sin significado conceptual.

Tipo		Descripción	Ejemplos
Marcas de fantasía o caprichosas	Son inventadas y no tienen significado ya que no existían, aunque también se consideran aquí a las marcas en otros idiomas si su significado no es conocido. Son las más distintivas, un típico ejemplo es KODAK para cámaras fotográficas, 3M para diversas líneas de productos.		
Marcas arbitrarias	Nombran productos con los que no guardan ninguna relación ni por su significado ni sugieren nada de ellos, aquí encaja el ejemplo de APPLE para computadoras y dispositivos tecnológicos, MINERVA para café.		
Marcas evocativas o sugestivas	Son las que llevan al consumidor a asociar productos con ciertas características, aplicaciones o funciones, sin que llegue a ser algo descriptivo o genérico. Son consideradas marcas débiles. Ejemplo CHOCOLISTO para chocolate, NESCAFÉ para café.		
Marcas figurativas			
Marcas gráficas	No tienen ni letras ni números, pueden ser únicamente gráficas que no evocan ningún concepto que es el caso del swoosh de NIKE o pueden ser figurativa porque representa la figura de algo existente, por ejemplo de un animal.		

<p>Marcas mixtas o compuestas</p>	<p>Formadas por un elemento denominativo y uno gráfico o figurativo, llamadas marcas bidimensionales. Ejemplo: Starbucks.</p>	
<p>Marcas tridimensionales o plásticas</p>	<p>Tienen las tres dimensiones (ancho, largo y profundidad); se trata de formas particulares de envases, contenedores especiales de producto, embalajes u otros acondicionamientos especiales dada por la forma de los mismos o de las formas de los dispensadores de los productos u ofrecimiento de servicios, ejemplo clásico es la botella de COCA COLA.</p>	
<p>Marcas de color</p>	<p>Son las que tienen uno o varios colores delimitados por una forma específica, ya que el color en sí no puede ser considerado como una marca; ejemplo TARGET que tiene una circunferencia y un círculo que representan de manera estilizada el tiro al blanco.</p>	
<p>Perceptibles por OTROS SENTIDOS: Según afirma la OMPI (OMPI, 2009) olfato, oído y gusto son los sentidos de las marcas no tradicionales, dentro de las marcas que son perceptibles por otros sentidos distintos a la vista están:</p>		
<p>Tipo</p>	<p>Descripción</p>	<p>Ejemplos</p>
<p>Olfativas</p>	<p>Compuestas por olores y la presentación de la fórmula química que sería la formalidad requerida para cumplir con el requisito de representación gráfica para el registro. Ejemplos de estos casos son: las pelotas de tenis con olor a hierba recién cortada fabricadas por una empresa holandesa, o los neumáticos con un aroma o fragancia floral que recuerda al de las rosas y los dardos con el olor acre de la cerveza amarga registrados en el Reino Unido.</p>	

Sonoras o auditivas	Representadas por uno o combinación de sonidos suficientemente distintivos, que pueden traducirse en notas musicales, ejemplos el tono de la MAC al iniciar sesión, el rugido del león de la Metro-Goldwyn-Mayer Inc. o MGM, el tono característico de NOKIA, el sonido de las motos HARLEY DAVIDSON.	 
Táctiles o de textura	Las constituidas por una superficie particular del producto, por la que podría ser reconocido; por ejemplo por tener una textura específica reconocible, la representación gráfica del signo se efectúa por impresión en relieve, tipo braille.	
Gustativas	Algunas oficinas admiten el registro de marcas gustativas, pero resultan ser muy excepcionales, el tema sigue en debate si el sabor puede funcionar como marca y qué puede considerarse una representación suficiente de tales signos (OMPI, 2007).	

POR LA FUNCIÓN DEL SIGNO			
	Tipo	Descripción	Ejemplos
	De productos y servicios	Distinguen a bienes tangibles como los productos o bienes intangibles o inmateriales como los servicios.	 

<p>Colectivas</p>	<p>Signos adoptados por entidades colectivas, como asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones legalmente establecidas; tienen la función de distinguir ante el consumidor los productos y servicios elaborados por los miembros de un grupo en particular de los ofrecidos por otros productores ajenos a este; es el caso de los HELADOS DE SALCEDO.</p>		
<p>De Certificación</p>	<p>Signos que sirven para certificar el origen, la calidad, ciertas características o factores relacionados con el producto. Se registran a nombre de la entidad que da la certificación; si esta es de calidad, implica que el producto distinguido por esta marca ha seguido acertadamente las normas y procedimientos requeridos, este es el caso del INEN.</p>		
<p>POR EL USO Y DIFUSIÓN DEL SIGNO</p>			
	<p>Tipo</p>	<p>Descripción</p>	<p>Ejemplos</p>
<p>Notorias o notoriamente conocidas</p>	<p>Son las que logran reconocimiento por su uso intensivo en el mercado y su efectiva promoción publicitaria; la marca se ha difundido sin perder su fuerza distintiva, llegando a ser generalmente conocida al menos por los sectores interesados en la categoría de productos y servicios a la que la marca pertenece, ejemplo OMEGA para los relojes.</p>		
<p>Renombradas o de alto renombre</p>	<p>Son las que gozan de un carácter distintivo excepcional además de un elevado prestigio o good will, mantienen un estatus muy superior al de las marcas comunes inclusive están un paso más allá de las marcas notorias, ya que su uso ha sido tan fuerte que además de ser conocidas por el segmento de consumo interesado, son plenamente identificadas por las personas en general aunque no sean sus consumidoras, por ejemplo: ADIDAS, COCA COLA, NIKE, VOLVO, entre otras más.</p>		

OTROS TIPOS DE MARCAS

	Tipo	Descripción	Ejemplos
	Marca blanca:	Es la marca genérica que pertenece al distribuidor; ejemplos locales: SUPERMAXI, MI COMISARIATO, en los EU están WALLMART, TARGET, WALGREENS.	
	Marca paraguas	La que identifica a todos los productos que la empresa comercializa; puede o no ser el mismo de la empresa. Esta estrategia tiene pros y contras, la mayor ventaja es el ahorro en los lanzamientos de nuevos productos, ya que el prestigio previo logrado por la empresa los apadrina; la desventaja principal se da cuando un producto fracasa y eso afecta a toda la marca. Esta estrategia puede ser adecuada para productos de una misma industria, una misma marca para sectores industriales distintos puede generar confusión en el posicionamiento de marca.	
	Marca de reserva	La que se registra para utilizarla a futuro; en la legislación ecuatoriana hay obligación de uso, así que puede tener inconvenientes si no se lo hace.	
	Marca arquitectónica	Es una variación de la marca tridimensional, se trata de la forma o estructura de un edificio.	

Adaptado (Ruiz, 2013, pp. 87-94) y OMPI (OMPI, 2009).

3.3 ¿Se puede registrar un envase especial como marca?

Sí, dentro de la categoría de marcas tridimensionales porque estas tienen las tres dimensiones (ancho, largo y profundidad) siempre y cuando tenga distintividad; se trata de formas particulares de envases, contenedores especiales de producto, embalajes u otros acondicionamientos especiales dada por la forma de los mismos o de las formas de los dispensadores de los productos u ofrecimiento de servicios, ejemplo clásico es la botella de COCA COLA.

Cabe indicar que si el envase es un contenedor normal sin ninguna característica especial, no tendría la opción de registro, es decir formas usuales de los productos o sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate.

3.4 ¿Qué son marcas no convencionales?

Son las perceptibles por OTROS SENTIDOS: Según afirma la OMPI, olfato, oído y gusto son los sentidos de las marcas no tradicionales, dentro de las marcas que son perceptibles por otros sentidos distintos a la vista están: las olfativas, sonoras o auditivas, las táctiles o de textura y las gustativas.

3.5 ¿Es necesario registrar los signos distintivos?

En Ecuador rige el “sistema atributivo”, que otorga el derecho a quien obtiene el registro de la marca, es decir derecho exclusivo existe a la par del registro; adicionalmente existe la TRIPLE PROTECCIÓN, ya que hay signos que pueden protegerse como marca, diseño industrial y obra artística.

3.6 ¿Cuáles son los requisitos y trámites para registrar una marca?

Requisitos:

De acuerdo a la LPI, se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado. Para su registro como marcas los signos deben cumplir 2 requisitos: deben ser suficientemente distintivos y poder ser representados gráficamente.

Se entiende por distintividad la capacidad de un signo para diferenciarse de manera evidente tanto extrínseca como intrínsecamente de otros. Para su registro el signo debe tener la posibilidad de ser expresado o descrito mediante palabras, dibujos, signos, colores, etc., para que sus componentes puedan ser apreciados por quien mira; este requisito permite la publicación de las solicitudes de registro en medios oficiales o gacetas de PI.

La marca está determinada por dos principios fundamentales: el principio de territorialidad, por el cual los derechos conferidos por la marca registrada se limitan al territorio del país que emite el registro; y el principio de especialidad, por el cual la marca se limita al uso de productos o servicios especificados en la solicitud de registro según las clases de la Clasificación Niza.

Trámite de registro:

Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera puede registrar una marca. El interesado debe seguir el procedimiento indicado por el IEPI en su página web, es decir obtener un casillero virtual con usuario y contraseña y seleccionar la solicitud para signos distintivos; luego de verificar que todo se haya llenado apropiadamente, se genera un comprobante de pago y luego de que la persona cancela ingresa nuevamente al sistema para registrar dicho pago e ingresar el proceso, el sistema asignará un número de trámite, llamado expediente.

Si la marca es denominativa (sin características gráficas o color específico) se deberá consignar su denominación en escritura normal; si es mixta o figurativa (tiene tipografía y/o diseños o logos), se adjuntará 6 etiquetas a color de 5 por 5 cm, en papel adhesivo. Con respecto a la protección de los productos o servicios a distinguir, debe describirlos e indicar a qué clase internacional de la Clasificación de Niza pertenecen.

El área encargada de este proceso es la Dirección Nacional de Propiedad Industrial (DNPI) y el procedimiento es el siguiente:

- Examen de forma: Se examina la solicitud para verificar que cumple con los requisitos de carácter administrativo, si se pagó la tasa de la solicitud y el formulario fue llenado correctamente.
- Publicación y plazo para oposiciones: Se publica un extracto de la solicitud en la Gaceta de Propiedad Industrial para que terceros tengan conocimiento de las peticiones efectuadas; durante 30 días podrán presentarse las oposiciones al registro solicitado. Este plazo puede ampliarse por 30 días laborables más, a petición del interesado en presentar oposición (es decir alguien que por algún motivo se oponga a que se dé el registro).
- Examen de fondo o de registrabilidad: Se examina si la solicitud cumple todos los requisitos sustantivos, por ejemplo, si la marca solicitada no está en conflicto con una existente.
- Registro: Una vez verificada la inexistencia de motivos para denegar la solicitud, se concede el registro de la marca, la DNPI emite la resolución, caso contrario se rechaza el registro.
- Pago: El solicitante debe pagar la tasa y se le entrega el título de marca ya registrada.
- Duración de la protección y renovación: El registro se mantendrá vigente por 10 años, contados desde la fecha en que fue notificada la solicitud de concesión del registro de la marca, y podrá renovarse indefinidamente en subsecuentes períodos de 10 años mediante el pago correspondiente. La

renovación podrá presentarse en un plazo de 6 meses previos al vencimiento del registro y hasta 6 meses después de vencido el plazo de vigencia, esto se llama plazo de gracia.

El tiempo que toma registrar una marca depende de si hubo oposición y prórrogas. Generalmente, luego de que el IEPI realice exámenes de forma y de fondo para emitir el título de registro, toma 6 meses aproximadamente. Para evitar problemas en la promoción publicitaria, hay que presentar la solicitud de marca anticipadamente.

3.7 ¿Qué es la clasificación de Niza?

Es una división por clases de los productos y servicios para el registro de las marcas de fábrica, de comercio o de servicios.

Se basa en un tratado multilateral de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), firmado en 1957, que se denomina el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, y está disponible en varios idiomas para los países que son parte del Convenio de París.

Su utilización en los países simplifica el trámite de las solicitudes, ya que los productos y servicios a los que aplica una marca estarán clasificados de la misma manera en todos los países que la hayan aplicado.

Esta clasificación se compone de una lista de 45 clases: 34 de productos y 11 de servicios, con notas explicativas y de una lista alfabética que indica la clase a la que pertenece cada uno de los productos o servicios. Contiene alrededor de 10.000 partidas relativas a productos y 1.000 partidas relativas a servicios. La Clasificación de Niza va actualizándose, al momento está vigente la 10ma. Edición, disponible en la página web de la OMPI.

3.8 ¿Qué beneficios y derechos se tiene al registrar una marca?

Según lo afirma el IEPI en su página web, el registro es muy importante por los siguientes motivos:

- Otorga al titular, el derecho al uso exclusivo del signo.
- En caso de uso indebido de una marca, el titular puede iniciar acciones civiles, penales y administrativas.
- Protección en todo el país y derecho de prioridad en los países de la Comunidad Andina de Naciones (Colombia, Perú y Bolivia), dentro de los primeros seis meses de presentada la solicitud en Ecuador, esto quiere decir que si se va a registrar en otros países tendrá a su favor un tiempo en que recibirá prioridad ante otros registros de esa marca.
- Derecho de presentar acciones legales civiles, penales y administrativas en contra de infractores.
- Desalienta a los piratas al uso de una marca registrada.
- Permite restringir la importación de bienes que utilizan marcas que infringen derechos.
- Derecho de otorgar licencias y de cobrar regalías.
- Derecho de franquiciar el producto o servicio.
- Ceder derechos sobre la marca a terceros.
- Posibilidad de garantizar un crédito con la marca.
- Al registrar la marca se convierte en un activo intangible, en ocasiones el más valioso de la empresa.

3.9 ¿Qué motivos impedirían el registro de una marca?

Es importantísimo conocer los motivos que impedirían el registro de manera absoluta o relativa, así se ahorra tiempo y dinero. Antes de que una agencia sugiera el uso de un nombre para una nueva marca debe verificar si esa marca no está ya registrada; resulta muy grave desarrollar toda una estrategia creativa con piezas que no puedan ser pautadas debido a que la marca no es registrable por algún motivo.

Según el IEPI, una solicitud de registro puede denegarse de manera absoluta, en los siguientes casos:

Tabla 26. Casos por los cuales el registro de marca puede fallar	
SITUACIONES	EJEMPLOS* Intentar registrar...
Formas usuales de los productos o sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza de la función de dicho producto o del servicio de que se trate.	una botella de vidrio sin ninguna característica particular que la haga distintiva.
Formas que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican.	un abre-fácil como parte del envase.
Un signo o indicación que pueda servir en el comercio, para calificar o describir alguna característica del producto o servicio de que se trate, incluidas las expresiones laudatorias de ellos.	" <i>manzanas chilenas</i> " para manzanas.
Un signo o indicación que sea el nombre genérico o técnico del producto o servicio de que se trate; o sea una designación común o usual del mismo en el lenguaje corriente o en la usanza comercial ecuatoriana.	" <i>Biela</i> " para cervezas o " <i>el aceite</i> " para aceites.
Un color aisladamente considerado, sin que se encuentre delimitado por una forma específica, salvo que se demuestre que haya adquirido distintividad.	el color verde o cualquier otro para cualquier actividad, el único reconocido es el rojo de PORTA.
Cuando sean signos contrarios a la ley, a la moral o al orden público.	"Cevichería dos sin sacar"
Cuando puedan engañar a los medios comerciales o al público sobre la naturaleza, la procedencia, el modo de fabricación, características o aptitud para el empleo de los productos o servicios de que se trate.	" <i>Chocolates de suiza</i> " cuando no son de dicho país.
Reproduzcan o imiten una denominación de origen protegida, una indicación geográfica nacional o extranjera susceptible de inducir a confusión; o, que en su empleo puedan conducir al público a error con respecto al origen, procedencia, cualidades o características de los bienes.	" <i>Champagne</i> " para un vino espumoso ecuatoriano.
Cuando el signo imite el nombre, escudos, banderas y otros emblemas, siglas, denominaciones o abreviaciones de denominaciones de cualquier Estado o de cualquier organización internacional, que sean reconocidos oficialmente, sin permiso de la autoridad competente.	El intentar registrar la bandera de México para un restaurant de comida mexicana
Cuando imiten signos, sellos o punzones oficiales de control o de garantía, a menos que su registro sea solicitado por autoridad competente.	" <i>Hecho en Ecuador</i> "
Cuando reproduzcan monedas o billetes de curso legal, títulos valores y otros documentos mercantiles, sellos, estampillas, timbres o especies fiscales.	el billete de un dólar para el establecimiento comercial en el cual todo se vende por esa cantidad.
Cuando viole derechos de terceros (marcas notorias, derechos de autor, nombres y lemas comerciales, derechos de autor, obtenciones de variedades vegetales, etc.)	"Platero y Yo" para un bar
Adaptado de (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, 2009)	*ejemplos dados por expertos del IEPI.

El IEPI indica que una solicitud de registro puede denegarse de manera relativa cuando la marca a registrarse entra en conflicto con otras existentes. La coexistencia de dos marcas idénticas o muy similares de un mismo tipo de producto puede generar confusión a los consumidores. Se puede considerar si el conflicto se da con marcas famosas no registradas, o solo si la marca es impugnada por terceros una vez publicada en la gaceta.

Si la oficina de registro considera que una marca es idéntica a una existente o tan similar que podría inducir a confusión con productos idénticos o similares, será denegada. Por lo tanto, no usar marcas que puedan causar confusión por su similitud con marcas existentes.

3.10 ¿Qué recomienda el IEPI para elegir o crear una marca?

Aunque no hay reglas fijas, el IEPI sugiere:

- Comprobar que la marca elegida cumpla con todos los requisitos legales de registro.
- Realizar una búsqueda de marcas ya registradas o en trámite para verificar que la marca que se desea registrar no es ni igual ni similar a otra, situación que pueda crear confusión. El costo de la búsqueda de USD 16.
- La marca debe ser fácil de leer, escribir, deletrear, recordar y que se pueda adaptar a todo tipo de medios publicitarios.
- Verificar que la marca no tenga connotaciones negativas ni en español ni en otros idiomas de posibles mercados de exportación.
- Comprobar la posibilidad de registrar el nombre de dominio correspondiente.

Al definir palabras para la marca, es importante saber que las palabras inventadas o de fantasía, que no tienen ningún significado, son más fáciles de registrar, porque podrían tener mayor distintividad, característica principal para

el registro; aunque por otro lado será más difícil recordar y requerirá de mayor publicidad.

En el caso de las marcas arbitrarias, con palabras que no guardan relación con el producto, también son más fáciles de proteger, pero igualmente se necesitará más publicidad para lograr asociar el nombre con el producto; si bien la palabra “talco” no podrá ser registrada para comercializar talcos para bebés, sí puede ser registrada para trapos de limpieza.

En el caso de las marcas sugerentes o evocativas, insinúan uno o varios atributos del producto, ya comunican una asociación, pero corren el riesgo de que se considere que es demasiado descriptiva y se niegue su registro. Ejemplo: La marca Frutos del Mar para comercializar platos típicos de la costa ecuatoriana.

Si bien las marcas mejor ideadas pueden ser las propuestas por los publicistas, porque se busca buena musicalidad, formas, tamaños y colores atractivos, hay que tener muy en cuenta los requisitos del registro y hacerlo antes de nada. Aunque generalmente los nombres de muchas marcas son dadas a las agencias por los departamentos de marketing de las empresas, siempre se debe consultar al anunciante si la marca está ya registrada o cumple con los requisitos del registro, caso contrario es tiempo perdido.

3.11 ¿Se puede registrar un nombre comercial?

El nombre comercial es un tipo de signo que sirve para identificar las actividades económicas de una empresa con su competencia; en ocasiones es la misma razón social. Según lo dispone la LPI el nombre comercial es protegido sin necesidad de registro y el derecho a su uso exclusivo nace de su continuo uso público y de buena fe en el comercio, por mínimo 6 meses. En caso de controversia la autoridad competente recurrirá al análisis de los medios probatorios.

El derecho exclusivo del nombre comercial es indefinido, desaparece al no usarlo, pero cuando se lo ha registrado, al igual que las marcas, su duración será de 10 años contados desde la fecha de su registro o depósito y puede ser renovable por iguales períodos, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de su expiración, aunque el titular gozará de 6 meses de gracia a partir de la fecha de vencimiento; la autoridad competente podrá exigir pruebas de uso del nombre comercial.

3.12 ¿Cuáles son los motivos para que un nombre comercial no pueda ser registrado?

Los motivos para que un nombre comercial no se pueda registrar son:

- a. Si consiste en un signo contrario a la moral o al orden público, de manera parcial o total.
- b. Si su uso es susceptible de provocar confusión en el medio comercial o público sobre la identidad, la naturaleza, las actividades, el giro comercial de la empresa, su procedencia empresarial, el origen u otras características de los productos o servicios que la empresa produzca o comercialice.
- c. Cuando exista una solicitud o registro de nombre comercial anterior.

3.13 ¿Se puede registrar un slogan?

Lo que en el medio publicitario se conoce como slogan o eslogan, la ley lo llama lema comercial y lo define como la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca.

El slogan es una extensión de la marca destinada a reforzar el mensaje publicitario y aportar distintividad a la marca, por lo que en el registro debe especificarse la marca con la cual se usará.

Trámite: Según la LPI podrán registrarse como marca los lemas comerciales, si no hacen alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicarlos. El lema comercial sigue la misma suerte de la marca bajo la cual fue registrado, no necesita renovación, caduca con la marca.

3.14 ¿Qué es una apariencia distintiva?

La LPI la define como el conjunto de colores, formas, presentaciones, estructuras y diseños característicos y particulares de un establecimiento comercial, que lo identifiquen y distingan en la presentación de servicios o venta de productos. Estos elementos se registrarán por las disposiciones relativas al nombre comercial, con lo que se entiende que la duración es para 10 años renovables por tiempos iguales. Ejemplo: la combinación de colores, formas y diseños que McDonald's utiliza en sus lugares de comida rápida.

3.15 ¿Cuánto cuesta el registro de los signos distintivos?

Las tasas actuales por registro de signos distintivos cobradas por el IEPI son:

Tabla 27. Tasas por registro de signos distintivos cobradas por el IEPI	
SOLICITUDES	TASAS USD
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marcas.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Nombre Comercial.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Lema Comercial.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Apariencias Distintivas.	208
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marcas Colectivas.	400
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marcas de Certificación.	400
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Marca Tridimensional.	1.002
Trámite de solicitudes de registro inscripción o concesión de derecho de Denominación de Origen.	
Trámite de reconocimiento de Denominación de Origen extranjera.	
Informe de búsqueda general de Signo Distintivo.	16
Informe de búsqueda especial con base en cualquiera de los siguientes criterios: titular, clase internacional, año de registro y solicitudes en trámite en determinado período (por cada signo distintivo encontrado).	2
Trámite de solicitudes de reconocimiento de marca notoria.	3.270 - 10.800

CERTIFICADOS

Certificado de autorización de Denominación de Origen Ecuatoriana.	32
Otorgamiento de autorización de uso y explotación de Denominación de Origen Ecuatoriana.	40

RENOVACIONES DEL REGISTRO

Trámite de solicitud de renovación de Signos Distintivos.	208
Trámite de solicitud de renovación de Nombre Comercial.	208
Trámite de solicitud de renovación de Lema Comercial.	208
Trámite de solicitud de renovación de Apariencias Distintivas.	208
Trámite de solicitud de renovación de autorización de uso y explotación de Denominación de Origen Ecuatoriana.	40
Trámite de solicitud de emisión de certificado de renovación de autorización de uso y explotación de Denominación de Origen Ecuatoriana.	32
Trámite de solicitudes de renovación de reconocimiento de marca notoria.	4.300 - 14.400

MODIFICACIONES AL REGISTRO

Trámites de modificaciones relacionadas con Signos Distintivos (cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio).	101
Trámites de modificaciones relacionadas con Nombre Comercial (cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio).	101
Trámites de modificaciones relacionadas con Lema Comercial (cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio).	101
Trámites de modificaciones relacionadas con Apariencias Distintivas (cambios de nombre, transferencias, limitaciones de productos o servicios, cambio de domicilio).	101

INSCRIPCIÓN DE CONTRATOS

Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Signos Distintivos.	72
Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Nombre Comercial.	72
Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Lema Comercial.	72
Inscripción de contratos de prenda comercial y licencia de uso de Apariencias Distintivas.	72

INSPECCIONES Y TUTELAS ADMINISTRATIVAS

Trámite de acciones para el ejercicio de la tutela administrativa de Signos Distintivos.	208
Inspecciones realizadas por el IEPI para el ejercicio de la tutela administrativa.	132 - 1.360
Inspecciones realizadas por el IEPI para el reconocimiento del lugar, previo a la emisión de la autorización de Denominación de Origen Ecuatoriana.	132 - 1.360

Adaptado de Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, Registro Oficial Suplemento No. 326 (2004, pag. 3)

PARTE 4: Competencia Desleal (CD)

4.1 ¿Qué es un acto desleal en publicidad?

La competencia desleal (CD) se encontraba normada por la LPI, actualmente rige la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), la que en su art. 25 indica que “se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de

actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria” (Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 2011).

4.2 ¿Es legal la publicidad comparativa?

Lo es; en la legislación ecuatoriana este tipo de publicidad no se considera desleal si lo afirmado puede ser comprobado. La publicidad comparativa puede ser directa o indirecta; en el primer caso el producto anunciado se describe como superior a los competidores con relación a determinadas características o beneficios; en el segundo, no se nombra a los competidores, la marca se publicita como superior con relación a determinados atributos o beneficios.

Si en una publicidad se afirma que una marca es mejor, más barata, más efectiva, que alguna característica es mejor que la competencia, debe tener las evidencias para probar lo afirmado. No se debe permitir comparaciones despectivas o difamatorias, no se puede usar la marca para perjudicar a otro competidor injustamente. Las comparaciones no pueden ser ni engañosas ni denigratorias porque cometen infracción. Las comparaciones deben ser ciertas y exactas, las opiniones no deben expresarse como hechos. No se debe permitir comparaciones que dan lugar a confusión con productos o servicios del competidor, hay que evitar desacreditar injustamente a los competidores con los que se hace la comparación.

Un caso internacional muy conocido y controversial es la guerra entre Coca-Cola y Pepsi, que viene dándose por años, que muchas veces es no solo comparativa sino denigratoria.

El pasado Halloween, Pepsi lanzó un aviso alusivo a la fecha burlándose de Coca Cola y no se imaginó la magistral respuesta que daría la aludida utilizando exactamente la misma imagen. Como se puede observar en la siguiente figura, Pepsi hizo un aviso con la imagen de una lata de su gaseosa con una capa de Coca Cola como si fuera un disfraz con la frase en inglés *We*

wish you a scary Halloween! lo que en español significa “Les deseamos un Halloween terrorífico”, pero Pepsi no se esperó que los creativos de Coca Cola utilicen el mismo aviso y le den un giro contra Pepsi, solo escribieron la frase *Everybody wants to be a hero!* que en español significa “Todos quieren ser un héroe”, así que la misma imagen con distinto texto o *copy* como se llama en publicidad, hace una gran diferencia, es un buen ejemplo de la frase, le salió el tiro por la culata (Barradas, 2014).



Figura 11. Comparación de los avisos pautados por Pepsi y Coca Cola en Halloween. (Barradas, 2014)

Otro caso internacional muy renombrado es la guerra entre McDonald's y Burger King, en una pieza muy recordada, el payaso Ronald pide una hamburguesa en el local de Burger King.

4.3 ¿Qué es publicidad confusionista?

Se considera desleal la publicidad que induce a confusión sobre las empresas, productos, actividades, nombres, marcas, signos distintivos de la competencia. La publicidad confusionista atenta contra la diferenciación que es la base de la competencia en el mercado; el riesgo de confusión perjudica los intereses de empresarios y consumidores, ya que los primeros buscan distinguirse a través de los signos distintivos de sus productos y servicios, mientras que los consumidores desean distinguir con claridad los productos y servicios ofertados en el mercado para elegir lo que requieren para satisfacer sus necesidades.

La publicidad confusionista se evidencia en los signos distintivos, principalmente en las marcas, cuando un anunciante tiene una marca idéntica o semejante al de su competencia genera confusión y provoca el riesgo de que los consumidores cometan errores al identificar el origen de los productos o servicios ofertados. Como se analizó previamente, al existir una especie de simbiosis entre la identidad y la imagen de marca, las formas y colores característicos de una marca están ligados a una percepción determinada; si un competidor toma ciertos elementos visuales de otra marca más conocida, sabiendo que el consumidor ya los asocia con características propias de su posicionamiento, está apelando deslealmente a que esa persona se confunda y crea que compra su producto conocido, ahí existe una afectación a la marca original.

Por ejemplo la confusión causada por la imitación de Mazerattto (licor ecuatoriano) con una imagen muy parecida al Baileys y están en la percha las dos marcas juntas; foto tomada en el Megamaxi.



Figura 12. Fotografía de las marcas Mazeratto y Baileys juntas en percha. Tomada por la autora.

4.4 ¿Qué es publicidad engañosa?

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000) la define como:

Toda modalidad de información o comunicación de carácter comercial, cuyo contenido sea total o parcialmente contrario a las condiciones reales o de adquisición de los bienes y servicios ofrecidos o que utilice textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión de datos esenciales del producto, induzca a engaño, error o confusión al consumidor.

Para Calle, autor peruano (2002, pp. 167-170) publicidad falsa o engañosa es la que directa o indirectamente conduce al consumidor a error, engaño o confusión, ya sea por exageración, omisión o ambigüedad. Puede considerarse engañosa cuando omite datos esenciales, lo que conduce a una falsa impresión y las expectativas sobre bienes y servicios no puedan ser satisfechas.

Estos actos son castigados por la ley debido a que incitan a los consumidores a tomar decisiones de consumo que no son afines a sus intereses, les llevan a optar por alternativas que no hubieran elegido de tener la información real, lo que perjudica a los competidores honrados. El engaño publicitario es solo una parte dentro de la práctica comercial desleal.

La publicidad engañosa puede ser de 3 tipos:

- Absolutamente falaz: En ella el mensaje es falso, no hay veracidad, no se puede comprobar lo dicho en él debido a que se aleja de la realidad del producto o servicio, por ejemplo cuando se dice que una lavadora tiene un mecanismo que en realidad no tiene o un producto es elaborado bajo un procedimiento que no existe.
- Parcialmente inexacta: Aquí el mensaje puede ser literalmente verdadero, pero el consumidor puede ser inducido a tener una percepción distorsionada por la forma en que se presenta la publicidad, por ejemplo cuando se compara dos jabones, de uno de ellos se anuncia una serie de características reales susceptibles a ser comprobadas y del otro no se menciona nada, a pesar de que tiene beneficios superiores; en esta situación el consumidor puede concluir que el primero es superior, lo cual no es real.
- Omite cierta información: Se engaña al omitir información relevante sobre características o elementos del producto; para que esta omisión sea considerada engañosa, es necesario que induzca a error al consumidor de manera efectiva, no se trata de que exista susceptibilidad de engaño únicamente.

Basta que haya engaño en una parte, si es parcialmente veraz o parcialmente engañoso e induce a error al consumidor, podrá ser considerado engañoso en su totalidad; no es necesario que la publicidad induzca a error, basta con la susceptibilidad o potencialidad de hacerlo, para que ésta sea engañosa.

Al igual que en la vida diaria, la mentira es mentira si es pequeña o grande; no porque sea una mentira pequeña deja de ser mentira y todo lo que se anuncie sin que sea real cae en desleal. En este punto hay que considerar la pequeña línea que existe entre exagerar y mentir; se debe tener cuidado con las exageraciones que pueden ser decodificadas como realidades, lo que puede traer inconvenientes legales.

En este caso, mentir es un acción contraproducente, ya que con un falso ofrecimiento puede que se genere más ventas, pero mientras más gente evidencie que no es verdad, la mala publicidad del producto hecha por el boca a boca de la gente es muy poderosa y puede causar descrédito de la marca.

Un ejemplo se da en los restaurantes o lugares de comida rápida, una persona pide un plato incentivada por la fotografía, pero en el momento en que le pasan el plato este no es igual o equivalente al que miró en la imagen. Esto se da muchas veces porque en fotografía publicitaria se maquillan los alimentos para que se los vea más apetitosos, pero en el momento de pedirlos no se ven como en la foto, lo que evidentemente se convierte en publicidad engañosa.

4.5 ¿Qué es publicidad denigratoria?

Es la que mediante los códigos utilizados en su mensaje provoca en el destinatario, menosprecio o descrédito hacia productos, empresas, marcas y demás signos distintivos; independientemente de que lo que se diga sea real, cae en desleal por el hecho de inspirar dichos sentimientos.

La imagen es el resultado de una inversión de tiempo, dinero y esfuerzo intelectual, por lo que atentar contra ella tiene consecuencias legales; desde el punto de vista creativo, es más positivo crear comunicación que hable bien de la marca propia en lugar de poner tierra a los demás.

Un ejemplo internacional es el de FedEx y Ups, las dos son empresas de curier en EU, en el aviso un camión grande de FedEx transporta en su interior a Ups y eso lo denigra porque llega a su destino gracias al primero (Observatorio jurídico de la publicidad, 2014).



Figura 7. Imagen de aviso publicitario de FedEx incluyendo logos de Ups (Observatorio jurídico de la publicidad, 2014).

Un ejemplo local, es la controversia legal provocada por el comercial pautado en Ecuador por la empresa colombiana Quala para su marca EGO gel prevention para hombres. En esta pieza publicitaria, aparece

un hombre joven que se acerca a la percha de un autoservicio, mientras un locutor dice que él va a tomar una decisión que cambiará el resto de su vida; en la siguiente imagen se ve a la izquierda dos filas de envases con etiqueta amarillo y azul con la palabra gel en mayúsculas y a la derecha el gel Ego; el hombre escoge el producto de la izquierda; luego pasan una serie de imágenes que dan a entender el paso del tiempo en la vida del hombre, hasta que se empieza a ver como va perdiendo su cabello y aparece con problema de calvicie, luego se retroceden todas esas imágenes hasta el momento de la elección del producto y el locutor dice que todavía está a tiempo, mientras el modelo del comercial elige el envase de Ego y a continuación se mencionan las características del producto. El problema se dio porque el comercial estaba

denigrando a una marca de la competencia, directamente a Sabijers, que tiene los colores amarillo con azul, motivo por el cual surgió una demanda, ya que si bien no aparecía la marca como tal, sí aparecían los colores de esa marca.

El mensaje de ese comercial, fue que si el consumidor utilizaba la marca de la competencia sería una mala decisión, porque perdería el cabello, debido a que es un mal producto, así que al compararse con lo dicho por la ley, la marca Ego está menoscabando el crédito de la marca de la competencia en el mercado, ya que está afirmando algo en su contra de su calidad.

4.6 ¿Existe la publicidad subliminal?

Según lo definido por la Ley General de Publicidad que rige en España “es la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida” (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, p. 371).

En definitiva los estímulos subliminales son los que llegan a la parte no consciente del individuo, es decir bajo el umbral de su consciencia, supuestamente para obtener de él un determinado comportamiento.

Arens (2008, p. 64) indica que Wilson Bryan Key ha promovido que para seducir a los consumidores, los anunciantes pueden crear anuncios con mensajes sexuales ocultos justo bajo del limen o umbral de la percepción, supuestamente al incrustar palabras sucias en cubos de hielo de un aviso de licor, se puede provocar el deseo de comprar dicho licor; pero según menciona Arens, muchos estudios académicos han desacreditado completamente esta teoría y hasta la fecha ningún estudio ha demostrado que existe dicho incrustamiento y que de existir tendría algún efecto; desafortunadamente, esta ficción a Key le ha representado ingresos por venta de miles de libros y ha ocasionado que se propague esta creencia equivocada, que coloca al

consumidor como una presa indefensa capturada en las fauces de los depredadores del marketing, finalmente al publicidad subliminal termina siendo un mito, pero considerada jurídicamente ilícita.

En el art. 2 LODCon luego de definir como publicidad abusiva a “toda modalidad de información o comunicación comercial, capaz de incitar a la violencia, explotar el miedo, aprovechar la falta de madurez de los niños y adolescentes, infringir valores sociales y culturales o inducir al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva.” Finaliza indicando que “se considerará también publicidad abusiva toda modalidad de información o comunicación comercial que incluya mensajes subliminales.”

Resulta irónico que conste como ilegal algo que en la práctica no existe porque no está comprobado. Lo manifestado se sustenta en la fuente española (Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados, 2009, p. 371) que afirma que no han encontrado pronunciamientos sobre este tipo de publicidad en su jurisprudencia, indica que la prueba debe ser complicada ya que “la Ciencia no acaba de unificar criterios sobre sus posibles efectos.”

4.7 ¿Qué relación hay entre la imitación y la explotación de la reputación ajena?

Imitar es copiar o reproducir elementos de algo ya creado; cuando eso sucede en el campo de la publicidad, este acto puede estar infringiendo derechos de propiedad intelectual de terceros. Lamentablemente la pereza creativa puede caer en la tentación de tomar sin permiso, algo que por sus aciertos ha logrado tener reconocimiento público; el apropiarse ilegalmente de esos elementos pretende transferir parte de ese prestigio al producto imitador para atraer beneficios económicos, es un delito conocido legalmente como el aprovechamiento de la reputación ajena.

Esa especie de simbiosis existente entre la realidad material y la realidad psicológica de la marca, es deslealmente aprovechada por competidores sin escrúpulos. Si un anunciante hace una publicidad que imite signos distintivos de otra marca, muy probablemente lo haga para crear cierta confusión que le permita aprovecharse de la reputación ajena de una marca más conocida, así que de una sola está infringiendo la ley por 3 motivos, todos los delitos se conectan.

En el ejemplo citado como publicidad confusionista, se puede observar que la confusión se produce por la imitación del licor ecuatoriano, Mazerattto, está imitando al licor irlandés Baileys en sus colores, formas, imágenes, tipografías, sellos; ambos productos están en la percha. Al parecer Mazeratto se está aprovechando del posicionamiento y buen nombre obtenido por Baileys para que la gente lo asocie y lo compre a un mejor valor.

En conclusión, los actos desleales en publicidad pueden ser evitados en cierta medida con una adecuada difusión de lo que implica cada infracción.

4.8 ¿Qué organismo regula la Competencia Desleal en el Ecuador?

Lo hace la Superintendencia de Control del Poder del Mercado (SCPM) y según indica en su página web, pertenece a la Función de Transparencia y Control Social (FTCS), considerada la Quinta Función del Estado, encargada del control de la gestión pública en todos sus niveles: transparencia, eficiencia, equidad y lucha contra la corrupción. La FTCS en su página web define a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado como una entidad de control, con personería jurídica de derecho público y con autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa, cuyo ámbito de acción, funcionamiento y atribuciones derivadas de la Constitución de la República, se encuentran establecidas en la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado (LORCPM), que tiene como finalidad asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia

económica; la prevención, investigación, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas de la competencia, de las conductas desleales previstas en la LORCPM; así como del control y regulación de las operaciones de concentración económica, de acuerdo con lo establecido en la ley de la materia. Su misión es la de controlar el correcto funcionamiento de los mercados, a través de la prevención de los abusos de poder de mercado y de todas aquellas prácticas que vayan en perjuicio de los consumidores y los operadores económicos a fin de construir con la competitividad, la eficiencia y el bienestar en general de toda la sociedad. A partir de la vigencia de la LORCPM en octubre del 2011, la SCPM es la autoridad nacional competente para la aplicación de esta ley.

4.9 ¿Cuáles son las sanciones frente a la publicidad ilícita y cuál es mi responsabilidad como publicista?

Según lo afirmado por autoridades de la SCPM, la norma no hace una distinción, es de manera general, el tema no está definido en la ley sobre el tipo de responsabilidad, no dice que hay una responsabilidad subsidiaria, compartida, porque la agencia de publicidad es un medio, no es la dueña de la empresa, entonces en ese sentido no hay responsabilidad de la agencia de publicidad, la sanción va a la empresa. Los publicistas son un canal y no tendrían la responsabilidad, no lo son salvo que haya vinculación de la empresa con la agencia de publicidad.

PARTE 5: Datos de interés

5.1 ¿Quién regula la Propiedad Intelectual en Ecuador y en base a qué?

En Ecuador la autoridad competente es el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) con oficinas a nivel nacional y está vigente la Ley de

Propiedad Intelectual (LPI) ley No.83, Registro Oficial (RO) 320 del 19 de mayo de 1998.

5.2 ¿Cuál es la base legal de la Propiedad Intelectual y dónde encuentro las leyes relativas al tema?

Además de la ya mencionada LPI, el país miembro de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y ha ratificado el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC); además, en el Ecuador están vigentes las siguientes normas de aplicación internacional, cuyo contenido es considerado en el Ecuador en materia de PI:

Tabla 28. Normas de aplicación internacional consideradas en Ecuador

NOMBRE DEL ACUERDO	REGISTRO OFICIAL Y FECHA*	PROTECCIÓN DE
Convenio de París	RO/ 244 de 29 de julio de 1999	Propiedad industrial
Convenio de Berna	RO/ 844 de 2 de enero de 1992	Derechos de autor para obras literarias y artísticas
Convención de Roma	RO/ 137 de 24 de diciembre de 1963	Los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión
Tratado de la OMPI	RO/ 711 de 25 de noviembre del 2002	Derechos de autor WCT (Wipo Copyright Treaty)
Tratado de la OMPI	RO/ 711 de 25 de noviembre del 2002	Interpretación o ejecución de fonogramas WPPT (Wipo Performances and Phonograms Treaty)
Decisión 345	RO/ 327 de 30 de noviembre de 1993	Obtendores de variedades vegetales
Decisión 351	RO/ 366 de 25 de enero de 1994	Derechos de autor y derechos conexos
Decisión 486	RO/ 258 de 2 de febrero del 2001	Propiedad industrial
UPOV	RO/ 413 de 8 de diciembre del 2006	Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
ADPIC	RO-S 977 de 28 de junio de 1996	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Nota: Adaptado de LPI (**Ley de Propiedad Intelectual, 1998**) y (**Régimen de Propiedad Intelectual, 2006**).

Actualmente internet facilita acceder a las leyes mediante el buscador.

5.3 ¿Cuál es la función del IEPI y qué trámites realiza?

Tal como se define así mismo en su página web “es el ente estatal que regula y controla la aplicación de las leyes de la propiedad intelectual, es decir, las creaciones.” Según añade “es el organismo administrativo competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la Ley y en los tratados y convenios internacionales” pero aclara que lo hará “sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sobre esta materia deberán conocerse por la Función Judicial.”

Administra y vigila los derechos de PI: nombres comerciales, marcas, denominaciones de origen, indicaciones geográficas, secretos industriales, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, derechos de autor y derechos conexos, con la intención de ir al ritmo del avance tecnológico y comercial de la sociedad ecuatoriana y en el entorno mundial. Es el único responsable de los depósitos, registros y concesiones territoriales de los derechos de propiedad intelectual antes indicados. Está compuesto por 3 direcciones nacionales: la de Propiedad Industrial, la de Derecho de Autor y Derechos Conexos, y la de Biodiversidad, Conocimientos Tradicionales y Obtenciones de Variedades Vegetales.

Trámites: Según los instructivos disponibles en su página web, al momento ofrece acceso a sus servicios en línea, para lo cual el interesado debe tener un casillero virtual con usuario y contraseña, seleccionar el tipo de solicitud que desea. Solicitudes disponibles: de signos distintivos, de patentes, de obtenciones vegetales, de derechos de autor y dentro de estos: registro de obras literarias, de obras artísticas y musicales, de obras audiovisuales, de programas de ordenador, de publicaciones periódicas y programas de radio, de fonogramas. Luego de verificar que todo haya sido llenado apropiadamente, se

genera un comprobante de pago y luego de que la persona cancela ingresa nuevamente al sistema para registrar dicho pago e ingresar el proceso, el sistema asignará un número de trámite, llamado como expediente.

5.4 ¿Dónde queda el IEPI?

Su página web es: <http://www.propiedadintelectual.gob.ec>

Tabla 29. Datos de las oficinas del IEPI a nivel nacional

CIUDAD	DIRECCIÓN E-MAIL	TELFOS.	HORARIO
Quito	Av. República 396 y Diego de Almagro, Edif. FORUM 300 PB, Mezzanine, Pisos: 1, 3, 5, 8 y 12 info@iepi.gob.ec	PBX: del 3940000 / al 3940010.	08:30 a 17:00
Guayaquil	Av. Francisco de Orellana y Alberto Borges, Edf. Centrum (CLARO), Piso 9, Oficina 5 guayaquil@iepi.gob.ec	(04) 2284081 2634281 2634016 2634005 2634653	08:30 a 17:00
Cuenca	Av. José Peralta 4-99 y 12 de Abril, Edf. AMANCAY, Piso 4, oficinas 19 y 20 cuenca@iepi.gob.ec	(07) 4103627 / 4103708 ext. 3101, 3102, 3103 o 3105	08:30 a 17:00
Otavalo	Calle Modesto Jaramillo y Quiroga esq. (sector Plaza de los Ponchos). Instalaciones de la Casa de Turismo.	(06) 2927230	
Esmeraldas	Av. Bolívar 6-20 y 10 de Agosto esquina, Edif. Gobierno Provincial de Esmeraldas, Planta Baja	2712 353 - 2721433 - Ext.115	
Loja	José Antonio Eguiguren y Bolívar.	(07) 2570407 / 2570409	
Portoviejo	Centro de Desarrollo Empresarial y Apoyo al Emprendimiento; en la Universidad Técnica de Manabí, Av. Urbina y Che Guevara	(05) 2632 964	
Quevedo	Quevedo Shopping Center. Calle séptima entre 7 de Octubre y Bolívar, Primer Piso, Local 1	(05) 2753 011	
Ambato	Edificio del Gobierno Provincial, Red de servicios. Calle Castillo y calle Sucre	(03) 3730220 ext. 102	08:00 a 16:30

5.5 ¿Dónde queda SAYCE?

En Quito la dirección es: Finlandia 192 y Suecia, teléfonos: 3330160 / 3330127 Ext. 103 o 116, los teléfonos en Guayaquil son: 2328376 / 2328374. Su página web es: <http://www.sayce.com.ec>

5.6 ¿Dónde encuentro la Ley Orgánica de Regulación del Poder de Mercado (LOCPM)?

Se puede ingresar a la página de la Superintendencia de Control del Poder del Mercado y digitar en el buscador la Ley Orgánica del Control del Poder del Mercado.

5.7 ¿A quién puedo acudir para asesorarme en temas de Propiedad Intelectual?

Con la misma lógica que una persona busca a un gastroenterólogo para problemas gastrointestinales, a un cardiólogo para el corazón o a un neurólogo para problemas con los nervios pero no va con su dolencia específica a un médico general, igualmente debe buscarse a un abogado especialista con formación y/o experiencia en Propiedad Intelectual, ya que no cualquier abogado conoce el tema con la profundidad que se requiere.

A continuación se presenta un listado en orden alfabético de 12 estudios jurídicos con oficinas en Quito, que cuentan con prestigio y reconocimiento por su trayectoria, unos más otros menos.

Tabla 30. Estudios jurídicos especialistas en propiedad intelectual	
Estudio Jurídico	Información
Bustamante & Bustamante	Amazonas E4-69 y Patria Edif. COFIEC, Piso 10. Telf. 2562680 http://www.bustamanteybustamante.com.ec
Corral y Rosales	Robles 653 y Av. Amazonas, Edif. Proinco Calisto Piso 12. Telf.: 2544144 info@crp.ec http://www.corralrosales.com
Fabara & Compañía	Diego de Almagro N30-118 y República Telf.: 2220550 fabara@fabara.ec http://www.fabara.com.ec/esp/
Falconí Puig	Av. Amazonas N21-147 y Roca Edif. Río Amazonas Oficina 900. Telf.: 2561808 mail@falconipuig.com http://www.falconipuig.com/es/
Izurieta Mora Bowen	Avenida Amazonas N35-89, Edif. Amazonas 4000, 5to piso. Telf.: 2263500 abogados@izurietamorabowen.com http://www.izurietamorabowen.com
Julio Guerrero	Av. Eloy Alfaro N33-368 y Ayarza Telf.: 2924 135 Consultas: 1800 TUMARCA jcgb@juliocguerrerob.com http://www.jcguerrerob.com.ec
Lexim	Av. República de El Salvador 836 y Suecia Edif. Prisma Norte, Piso 11 Telf.: 2443866 info@leximabogados.com

Meythaler & Zambrano	Av. 6 de Diciembre 2816 y Paúl Rivet Edif. Josueth González, piso 10 Telf.: 2232720 http://www.lmzabogados.com
Paz Horowitz	Calle del Establo y Calle C. Edif. Site Center, Torre I, Oficina 301. Telf.: 398 – 2900 info@pazhorowitz.com http://www.pazhorowitz.com/espanol/index.php
Pérez, Bustamante y Ponce	Av. República de El Salvador N36-140, Edif. Mansión Blanca Telf.: 4007800 pbp@pbplaw.com http://www.pbplaw.com
Quevedo & Ponce	Av. 12 de Octubre N26-97 y Lincoln, Torre 1492, Piso 16 2986570 - 2986575 quepon@quevedo-ponce.com http://www.quevedo-ponce.com/site/
Romero Corral	Av. 12 de Octubre N26 -97 y Abraham Lincoln Torre 1492, Piso 5, of. 505 Telf.: 298 6671 Cel.: 0997068128 info@romerocorral.ec http://www.romerocorral.ec/index.php?lang=es

5.8 ¿Y las categorías de la clasificación Niza dónde las encuentro?

Es aconsejable buscarla digitándola en el buscador de la OMPI, para la versión en inglés y francés; la versión en español en: <https://www.rpi.gob.gt/descargas/Clasificacion10.pdf>

CONCLUSIONES

- La relación entre las áreas de propiedad intelectual y la publicidad es mucho más estrecha de lo que se cree y para un publicista es vital conocer los ámbitos de protección que sus obras pueden obtener de cada uno.
- Para que una obra esté protegida por derecho de autor requiere de originalidad, mientras que el derecho marcario exige distintividad.
- La obra publicitaria está protegida por derecho de autor, aunque la mayoría de legislaciones en el mundo no la nombran directamente; los listados ejemplificativos que presentan no son cerrados, lo que no quiere decir que lo que no está ahí no se protege.
- Las infracciones más comunes cometidas por los publicistas se producen en el campo del derecho de autor, cuando utilizan obras protegidas sin autorización o cuando se apropian de elementos existentes protegidos originándose el plagio servil o el plagio elaborado.
- Las dos causas de las infracciones son facilismo y/o desconocimiento de la ley, de lo que es un derecho de propiedad intelectual y del ámbito de protección.
- El publicista es quien profesionaliza la creatividad y para evitar infracciones debe informarse sobre sus derechos y obligaciones, lo que puede o no hacer, asesorarse por profesionales especializados en PI mas no con cualquier abogado y consultar cuando tengan dudas sobre publicidad comparativa, engañosa, denigrante o confusionista.
- Cuando se contrata varios talentos, debe haber contratos firmados de manera imprescindible para evitar inconvenientes; debe haber el convenio madre entre cliente y agencia con derechos y obligaciones de las partes y luego los demás según el tipo de trabajo contratado, debe haber contratos firmados desde la cadena más baja, con todas las personas que participen en la producción de una pieza publicitaria.
- Es imprescindible firmar contratos con los diferentes talentos que intervienen en las producciones y especificar claramente los ámbito, para evitar inconvenientes.

- Según el IEPI, los publicistas casi nunca ejercen sus derechos, solo lo hacen en casos muy excepcionales.
- Los publicistas desconocen por completo el procedimiento para la protección de sus obras, no hay la práctica de hacerlo; en el medio se utiliza inapropiadamente la frase “patentar ideas”.
- En su mayoría los publicistas no solicitan habitualmente asesoría legal especializada por el costo, lo hacen un poco más a partir de la LOC debido a que ya tuvieron inconvenientes legales y quieren prevenirlos; hablan de abogados no necesariamente expertos en PI.
- En casos de competencia desleal no hay responsabilidad de la agencia de publicidad, la sanción es para la empresa que solicita el trabajo publicitario, porque la norma no hace una distinción, no dice que hay una responsabilidad subsidiaria o compartida; la agencia de publicidad es un medio, no es la dueña de la empresa. Los publicistas son un canal y no tendrían la responsabilidad, salvo que haya vinculación de la empresa con la agencia de publicidad.
- La aceptación de la guía en todos los grupos fue rotunda, consideran que sería una herramienta necesaria, útil e indispensable para publicistas y abogados, ya que facilitaría que hagan mejor su trabajo y evitar ir donde un especialista en consultas sencillas.

RECOMENDACIONES

- Los publicistas deben buscar más asesoría sobre temas relacionados con propiedad intelectual únicamente con abogados especialistas mas no consultar a cualquier abogado.
- Los estudios jurídicos podrían promocionar con mucho éxito sus servicios de asesoría en propiedad intelectual entre las agencias de publicidad, ya que en caso de necesidad los publicistas no saben a quién acudir.
- El IEPI podría desarrollar realizar publicaciones dirigidas a publicistas sobre propiedad intelectual.

REFERENCIAS

- Antequera, R. (1998). *Derecho de Autor* (Vol. 1). Caracas, Venezuela: Editorial Venezolana C.A.
- Antequera, R. (2007). *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*. Madrid, España: Reus S.A.
- Apolo, M. (17 de julio de 2013). *¿Qué es Publicidad?* Retrieved 1 de junio de 2014 from UDLA Quito: <https://www.youtube.com/watch?v=FL08Fsl-kPQ>
- Arens, W. (2008). *Publicidad* (11ma edición ed.). México DF, México: McGraw Hill/ Interamericana Editores S.A.
- Arens, W., Arens, C., & Weigold, M. (2008). *Publicidad* (11a. ed.). México DF, México: McGraw Hill/ Ineramericana Editores S.A.
- Barradas, M. (2014). *¡Guerra de gaseosas! Pepsi quiso hacer un chiste de Halloween y Coca Cola se vengó de la peor manera*. Retrieved 10 de enero de 2015 from Ciudad.com: <http://www.ciudad.com.ar/espectaculos/124675/guerra-gaseosas-pepsi-quiso-hacer-chiste-halloween-coca-cola-vengo-peor-manera>
- Bugallo, B. (2006). *Propiedad Intelectual*. Montevideo, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- Calle, J. (2002). *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Perú: ARA Editores EIRL.
- Carnegie, D. (2006). *Cómo ganar amigos e influir sobre las personas*. Bogotá, Colombia: Random House Mondadori S.A.
- CERLALC. (2008). Retrieved 4 de agosto de 2014 from El derecho de autor. Naturaleza. Contenido. Estructura: <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1043>
- Chávez, G., Gómez, X., & Grijalva, A. (2007). *Temas de Propiedad Intelectual* (Vol. 28). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). *Constitución 2008*. Retrieved 10 de junio de 2014 from Asamblea Nacional República del Ecuador: http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Davis, M. (2006). *Mucho más que un nombre: Una introducción a la gestión de marcas*. Barcelona, España: Parramón Ediciones.

- De Bono, E. (2008). *Creatividad*. Barcelona, España: Paidós Ibérica.
- Fernández, H. (2011). *Manual de los Derechos de Autor*. Buenos Aires, Argentina: Heliasta SRL.
- Función de Transparencia y Control Social. (1 de enero de 2014). *La Función: La conformación*. Retrieved 2 de junio de 2014 from Función de Transparencia y Control Social: <http://www.ftcs.gob.ec/index.php/Organismos/superintendencia-de-control-del-poder-de-mercado.html>
- García, M. (2008). *Las claves de la publicidad* (6a ed.). Madrid, España: ESIC.
- García-Uceda, M. (2008). *Las Claves de la Publicidad* (6ta. ed.). Madrid, España: ESIC.
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual. (2009). *El secreto está en la Marca. Serie: La Propiedad Intelectual y las Empresas*. Quito, Ecuador: IEPI.
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual. (2009). *Expresión Creativa. Serie La Propiedad Intelectual y las Empresas*. Quito, Ecuador: IEPI.
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI. (2009). *Expresión Creativa. Serie: La Propiedad Intelectual y las Empresas* (Vol. 4). Quito, Ecuador: IEPI.
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI. (n.d.). *La Institución*. Retrieved 25 de junio de 2014 from Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual IEPI: <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/la-institucion/>
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual. (2014). *Instructivos*. Retrieved 2 de junio de 2014 from IEPI: http://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/2014/04/Instructivo_servicio_en_linea2.pdf
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual. (2014). *Instructivos*. Retrieved 2 de junio de 2014 from IEPI: http://www.propiedadintelectual.gob.ec/wp-content/uploads/2014/04/Instructivo_servicio_en_linea2.pdf
- Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual. (2014). *Signos distintivos*. Retrieved 20 de junio de 2014 from IEPI: <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/signos-distintivos/>
- Kotler, P., & Armstrong, G. (2008). *Fundamentos de Marketing* (8va. ed.). México, México: Pearson Educación de México.
- Ley de Propiedad Intelectual*. (1998). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. (2000). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. (13 de octubre de 2011). Retrieved 10 de junio de 2014 from Superintendencia de Control del Poder de Mercado: <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/Ley-Organica-de-Control-de-Poder-del-Mercado.pdf>
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado*. (13 de octubre de 2011). Retrieved 10 de junio de 2014 from Superintendencia de Control del Poder de Mercado: <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/Ley-Organica-de-Control-de-Poder-del-Mercado.pdf>
- Lipszyc, D. (2007). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco-Cerlalc-Zavalía.
- Martínez-Echeverría, Pérez & Ferrero Abogados. (2009). *Marca y publicidad comercial*. Madrid, España: La Ley.
- Metke, R. (2006). *Lecciones de Propiedad Industrial*. Bogotá, Colombia: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie).
- Metke, R. (2006). *Lecciones de Propiedad Industrial*. Bogotá, Colombia: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie).
- Moliné, M. (2000). *La Fuerza de la Publicidad*. Madrid, España: McGraw Hill.
- Observatorio jurídico de la publicidad. (19 de enero de 2014). *Publicidad denigratoria del competidor*. Retrieved 2 de julio de 2014 from Observatorio jurídico de la publicidad -Universidad San Jorge: <http://observatoriojuridicodelapublicidad.com/publicidad-denigratoria-del-competidor/>
- OEPM. (n.d.). *Clasificación Internacional de Productos y Servicios Clasificación de Niza 10ª edición, 2012*. Retrieved 27 de junio de 2014 from Oficina española de patentes y marcas OEPM : http://www.oepm.es/es/signos_distintivos/marcas_nacionales/mas_informacion/clasificacion_internacional_Prod.html
- OMPI. (29 de marzo de 2007). *Métodos de Representación y descripción de los nuevos tipos de marcas*. Retrieved 1 de julio de 2014 from Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_17/sct_17_2.pdf
- OMPI. (enero de 2009). *Olfato, oído, gusto – Los sentidos de las marcas no tradicionales*. Retrieved 25 de junio de 2014 from Organización Mundial de la

- Propiedad Intelectual:
http://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2009/01/article_0003.html
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (1 de enero de 2014). *Derecho de Autor*. Retrieved 10 de junio de 2014 from Sitio web de la OMPI: <http://www.wipo.int/copyright/es/>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2014). *La OMPI por dentro*. Retrieved 3 de junio de 2014 from Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: <http://www.wipo.int/about-wipo/es/index.html>
- Otamendi, J. (2010). *Derecho de Marcas* (7a. edición ed.). Buenos Aires, Argentina: AbelardoPerrot S.A.
- Palazzi, P. (2009). *La exclusión del régimen de Derecho de Autor de las ideas, sistemas, métodos, aplicaciones prácticas y planes de comercialización*. Retrieved 20 de junio de 2014 from Centro de Tecnología y Sociedad de la Universidad de San Andrés: https://www.udesa.edu.ar/files/AdmTecySociedad/06derecho_de_autor_pp.pdf
- Régimen de Propiedad Intelectual* (Vol. II). (2006). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Registro de La Propiedad Intelectual de Guatemala, Centro América. (2011). *Clasificación internacional de productos y servicios para el registro de las marcas*. Retrieved 28 de junio de 2014 from <https://www.rpi.gob.gt/descargas/Clasificacion10.pdf>
- Ries, A., & Trout, J. (1992). *Posicionamiento* (2da. ed.). México: McGraw-Hill.
- Roberts, K. (2005). *Lovemarks*. Barcelona, España: Ediciones Urano S.A.
- Ruiz, M. (2013). *Manual de Propiedad Intelectual*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- SAYCE. (19 de agosto de 2014). *Preguntas frecuentes*. Retrieved 25 de agosto de 2014 from Sitio web de SAYCE: <http://www.sayce.com.ec/joomla25/preguntas-frecuentes>
- SAYCE. (5 de marzo de 2012). *Tarifario*. Retrieved 1 de septiembre de 2014 from SAYCE: http://www.sayce.com.ec/joomla25/images/documentos/NUEVO_TARIFARIO.pdf
- Solorio, Ó. (2010). *Derecho de Propiedad Intelectual*. México, México: Oxford University Press México C.A.

- Superintendencia de Control del Poder de Mercado. (1 de enero de 2014). *Misión*. Retrieved 1 de junio de 2014 from Superintendencia de Control del Poder de Mercado: <http://www.scpm.gob.ec/scpm-mision/>
- Tobón, N., & Varela, E. (2010). *Derecho de Autor para Creativos*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Tungate, M. (2008). *El Universo Publicitario una historia global de la Publicidad*. Barcelona, España: Gustavo Gili.
- UNESCO. (10 de diciembre de 2008). *Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura*. Retrieved 2 de junio de 2014 from UNESCO: <http://unesdoc.unesco.org/images/0017/001790/179018M.pdf>
- Universidad de Margarita. (2004). *Congreso Internacional Propiedad Intelectual Derecho de Autor y Propiedad Industrial* (Vol. I). El Valle del Espíritu Santo, Nueva Esparta, Venezuela: Universidad de Margarita.
- Verbauwhede, L. (n.d.). *Cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la publicidad*. Retrieved 25 de junio de 2014 from Sitio web de la OMPI: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm
- Verbauwhede, L. (1 de enero de 2005). *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Retrieved 25 de junio de 2014 from Documentos: Cuestiones relativas a la propiedad intelectual en la publicidad: http://www.wipo.int/sme/es/documents/ip_advertising.htm
- Wilensky, A. (2014). *La Promesa de la Marca*. Buenos Aires, Argentina: Temas Grupo Editorial.