



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

OBRAS CREADAS PARA TERCEROS POR ENCARGO

AUTORA

MARYAN MANUELLA BOHÓRQUEZ VILLAMARÍN

AÑO

2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

OBRAS CREADAS PARA TERCEROS POR ENCARGO

“Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República”.

Profesor Guía
MSc. Leonidas Eduardo Rojas Salazar

Autora
Maryan Manuella Bohórquez Villamarín

Año:

2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

"Declaro haber dirigido el trabajo, obras creadas por terceros por encargo, a través de reuniones periódicas con el estudiante Maryan Manuella Bohórquez Villamarín, en el semestre semestre 2018-1, 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".

Leonidas Eduardo Rojas Salazar

Magister en Propiedad Intelectual

C.C. 1709617987

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, obras creadas por terceros por encargo, de la autora Maryan Manuella Bohórquez Villamarín, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Ángel Eduardo Torres Maldonado

Magister en Derecho mención Derecho Constitucional

C.C. 1900147842

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.”

Maryan Manuella Bohórquez

C.C. 1725461543

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi querida familia por todo el apoyo incondicional, y cada palabra de apoyo.

Agradezco al Magíster Leonidas Rojas por su tiempo, al guiarme en el proceso de elaboración de mi tesis.

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se habla de las obras por encargo, esta clase de obras se realiza por medio de un tercero el cual es llamado contratista al que se le da las especificaciones para hacer una o varias obras y por lo que tendrá un pago, la obra debe tener un contrato de prestación de servicios, en el cual encontramos a las partes, primero al contratista o también conocido como autor de la obra, segundo al comitente el cual da todas las ideas o especificaciones de creación y bajo este se encuentra la responsabilidad y gasto. Como es lógico se realiza la comparación de la ley anterior con la ley actual, además, requisitos por cumplir en estas obras y cuál es la aplicación en el país, Por tanto se llega a determinar la falta de información y vacíos legales en cuanto al límite de esta clase de obras en el Ecuador.

Palabras clave: obra, encargo, comitente, contratista, autor, titularidad, derechos, retribución.

ABSTRACT

Then the present research work talks about commissioned works, this kind of works is done by means of a third party which is called contractor who is given the specifications to do one or several works and so he will have a payment , the work must have a contract to provide services, in which we find the parties, first the contractor or also known as the author of the work, second to the principal who gives all the ideas or specifications of creation and under this is the responsibility and expense. As is logical, the comparison of the previous law with the current law is made, in addition, requirements to be met in these works and what is the application in the country, therefore it is possible to determine the lack of information and legal gaps regarding the limit of this kind of works in Ecuador.

Keywords: work, commission, principal, contractor, author, ownership, rights, retribution.

ÍNDICE

Introducción	1
1. Obras creadas por encargo	2
1.1. Autoría y titularidad del derecho de autor.....	3
1.1.1. Autoría	3
1.1.2. Titularidad	4
1.1.2.1. Titularidad originaria	4
1.1.2.2. Titularidad derivada	5
1.2. Naturaleza jurídica de las obras creadas por encargo.....	5
1.3. Los derechos morales en las obras creadas por encargo.....	7
1.4. Normativa vigente que respalda la creación de obras por encargo.....	9
1.5. Comparación entre la obra por encargo y la obra en relación de dependencia.....	12
2. Requerimientos esenciales para la existencia de una obra creada por encargo	15
2.1. Requisitos para llevar a cabo una obra por encargo.....	15
2.2. Tipología de los derechos que surgen de las obras creadas por encargo.....	17
2.3. Aplicación del derecho de divulgación y paternidad en las obras por encargo.....	19
3. Titularidad de la obra creada por encargo y transferencia del derecho de autor	20

3.1. Análisis de derecho comparativo	21
3.2. Análisis Resolución Administrativa.....	23
3.3. Ventajas y desventajas de la obra por encargo.....	25
3.3.1. Ventajas.....	25
3.3.3. Desventajas	26
4. Conclusiones	27

Referencias

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto analizar -desde la doctrina, las leyes vigentes, la jurisprudencia y el derecho comparado- aquellos derechos subjetivos que surgen de la creación de una obra por encargo, con la finalidad de esclarecer qué derecho corresponde a cada una de las partes que intervienen en este tipo de relación legal y de qué manera, para que estos puedan ser precautelados.

El problema de investigación parte de identificar que la tipificación ecuatoriana sobre obras por encargo no las regula con suficiencia, en cuanto a la determinación de la titularidad de los derechos de autor derivados de dichas obras. Esto tanto en la antigua Ley de Propiedad Intelectual en su Art. 16, como en el actual Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación -en adelante (COESC)- que en su Art. 115 hace mención a dichas obras y deja espacio para el cuestionamiento sobre si el autor podrá o no ser considerado también dueño de la obra, sobre si es posible o no vender los derechos de autor y sobre hasta qué punto es posible crear una obra por encargo sin dirección del comitente, asuntos que como se mencionó hacen referencia a la titularidad de los derechos; al mismo tiempo hacen referencia a la denominada titularidad derivada y a la condición de coautoría.

Aparte, la problemática a más de tratar de cómo y en qué circunstancias opera una posible cesión de derechos en estos casos, también versa sobre los réditos económicos y otros beneficios que se adquiere al realizar una obra por encargo.

En este sentido, el problema jurídico que se intenta resolver se resume en la siguiente pregunta: ¿Qué clase de derechos se desprenden de las obras creadas para terceros por encargo.

1. OBRAS CREADAS POR ENCARGO

Las obras por encargo surgen cuando se solicita los servicios profesionales de una persona para que realice una obra, encomendando especificaciones a seguir para llevarla a cabo. Con este fin se firma un contrato en el cual surgen las figuras de comitente y de encargado o contratista.

Se denomina comitente a quien paga por la creación de la obra y se denomina encargado a quien la elabora y que es el autor de esta. Delia Lipszyc (2006) ha afirmado que "...una obra por encargo da lugar al cumplimiento de un convenio por el cual se encomienda al autor que, a cambio del pago de una remuneración, cree determinada obra para ser utilizada en tal forma y con los alcances que se ha determinado" (p.142).

Al autor por ser el artífice le corresponde la titularidad originaria sobre la obra y goza en plenitud de las facultades que integran esta posesión, tanto en el aspecto moral como en los derechos patrimoniales derivados, siempre y cuando no haya pacto en contrario, pues al existir un contrato se pueden incluir cláusulas que mencionen que el comitente tiene la titularidad derivada y que podrá hacer uso de los derechos patrimoniales que se determinen (Padilla, 2013, p. 47)

De esta manera, el comitente solo puede efectuar la explotación de la obra en cuanto a lo que se hace mención en el contrato, pues no es su creador, aún si ha dado instrucciones específicas sobre cómo realizarla, "...así el autor reciba indicaciones sobre la temática, incluso sobre el título, color o forma de la obra" (Lipszyc, 2006, p.145). Resulta ser autor cuando acepta un encargo, realizará la obra plasmando en esta la singularidad de su trabajo o esencia, con el respectivo estilo personal que lo diferencia de otros, por ello podrá realizar una o varias obras de cualquier índole.

Por otra parte, se puede definir a la obra en un sentido amplio, como todo efecto de un esfuerzo de la inteligencia humana, esta definición abarcaría todos

los productos derivados de actividades humanas no mecánicas. En un entendimiento más restrictivo, una obra sería solamente aquella creación que sea el resultado del genio o del espíritu de una persona y que sea susceptible de explotación pecuniaria (Corbetti, 2002).

Para el derecho de autor, la obra es la expresión personal de la inteligencia, la cual desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, posee una originalidad suficiente y se presta a la reproducción, a la comunicación pública y a la transformación (Corbetti, 2002,p. 32). Los derechos de autor son inherentes a la persona los cuales no se podrá renunciar a ellos, resultando imposible que la ley permita la vulneración de derechos hacia el autor.

1.1 AUTORÍA Y TITULARIDAD DEL DERECHO DE AUTOR

1.1.1. AUTORÍA

La siguiente definición explica a quien se considera autor y es aclaratoria sobre la posibilidad de considerar como tal a una persona jurídica o a más de una persona.

El autor de la obra es la persona física que la crea utilizando su intelecto por medio de su habilidad y sensibilidad de percibir las cosas, mostrando así su originalidad, sobre la creación recae la protección por medio de la ley, la atribución de autor podrá tener una persona natural o jurídica según a quien se le encargará realizar la obra. (Ramírez, 2014, p. 5).

Por otra parte es necesario consignar el tema de la presunción de autoría, la cual ocurre cuando se infiere la condición de autor de alguien por el hecho de que su nombre o seudónimo se indica en la obra. También aplica cuando no se conoce la identidad del autor y esta es establecida por la ley admitiendo prueba en contra sobre la inexistencia de un hecho o derecho, esta presunción es conocida en la doctrina como *iuris tantum* y faculta a hacer pleno uso de los

derechos que derivan de crear una obra hasta que se demuestre lo contrario (La Cruz, 2005, p. 113).

1.1.2. TITULARIDAD

La titularidad hace referencia a la propiedad de la obra, no a la autoría, la titularidad recae originalmente en el autor, pero puede recaer sobre quien encargó una obra porque adquirió derechos patrimoniales vía contrato. La titularidad implica el reconocimiento de quien es el propietario de la obra y de los intereses económicos derivados de esta (Grijalva, 2007, p. 16).

La doctrina diferencia la titularidad sobre los derechos de autor dependiendo si le pertenece al encargado o al comitente -tomando en cuenta que generalmente cuando este último le da al autor un plan específico para la creación corre con los gastos y riesgos de esta- de este modo se habla de titularidad originaria y titularidad derivada (Padilla, 2013, p. 55).

1.1.2.1 TITULARIDAD ORIGINARIA

En los sistemas jurídicos de Latinoamérica se conoce como titularidad originaria a aquella que automáticamente adquiere el autor o artífice de la obra al realizarla, quien podrá ser una persona natural o jurídica. A diferencia de esto, la doctrina del sistema anglosajón, en algunos casos, atribuye la calidad de autor a una persona natural o jurídica distinta del creador, es decir que determina como titular a quien no es autor material de la obra con el fin de favorecer a terceros en forma económica (La Cruz, 2005, p. 118).

1.1.2.2. TITULARIDAD DERIVADA

Se denomina titularidad derivada a aquella que se transfiere del autor a otra persona, quien llega a adquirir derechos sobre la obra. Las facultades que en un origen son del autor pueden ser transferidas a terceros -personas naturales o jurídicas- mediante cesión de derechos o ya sea por *mortis causa*, es decir al

ser heredadas, quienes reciben estos derechos o derechohabientes obtienen la titularidad con efectos patrimoniales (Grijalva, 2007, p. 21).

1.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS OBRAS CREADAS POR ENCARGO

En esta clase de obras se debe llevar a cabo un contrato donde se estipule la protección para el autor y los respectivos beneficios al comitente, tomando en cuenta que la titularidad de los derechos debe estar especificada, de manera que puede resultar que la persona que encargó la realización de la obra a un tercero tenga dicha titularidad de los derechos patrimoniales, además de la potestad de divulgación y el acceso a ella. En este sentido la naturaleza jurídica es de contratación solemne con el cumplimiento de todas las formalidades contractuales (Rogel, 2003, p. 76).

En “el contrato que se lleva a cabo en esta clase de obras será por escrito de forma clara, detallando cada una de las cláusulas favorables al autor” (Gómez, 2012, p.3). Muchas personas cometen el error de no consignar en el contrato la titularidad de los derechos patrimoniales de la obra y caen en conflicto.

Zapata y Alvarado (2002) explican que en la doctrina se hace referencia a que las obras por encargo pueden ceder o transferir derechos y que por lo tanto esta clase de obras deben surgir de manera solemne, seguir parámetros de la normativa y firmarse un contrato de prestación de servicios el cual debe cumplir con las formalidades que exige la ley para ceder derechos -por medio de escritura pública o privada con reconocimiento ante notario- (p. 154)

Además, existe la posibilidad de que el comitente pueda ser coautor de la obra por el hecho de dar ayuda a la construcción de esta, lo cual no es lo mismo que la realización de una obra colectiva, por el hecho de que esa clase de obras necesitan la colaboración de varios autores (Pereda, 2014, p 6). En este caso gozará de derechos morales de la obra y deberá ser mencionado como autor, ejecutante en las partes según el grado de participación (Gómez, 2012, p. 3).

Existe discusión respecto a si el pago que hace el comitente por la obra ya le transfiere derechos de autor, si no existiere en el contrato especificación respecto de la titularidad, algunos afirman que si se estaría transfiriendo por titularidad derivada los derechos patrimoniales que emergen de la obra, (Pereda, 2014, p. 10). Ya que por el acto de celebrar un contrato de prestación de servicios la presunción de ceder se efectiviza y sin más requisitos se transfiere los derechos sobre la obra por encargo. Es por tal motivo que resulta necesario dicho contrato.

En resumen, para que los derechos patrimoniales puedan cederse en las obras creadas por encargo, es necesario el acto solemne porque la normativa da parámetros los cuales se debe cumplir para que llegue a ser efectiva la cesión. Se menciona que:

La norma es una condición *ad sustantianactus*, implica que el acto es verdadero por la existencia del negocio y procede un contrato el que se especifica la cesión, por ello la cesión de derechos se lleva a cabo por el cumplimiento de formalidades previstas en ley. (Zapata y Alvarado, 2002, p.154).

Por lo tanto, sin contrato no se debería llevar a cabo la creación de la obra y peor aún ceder derechos patrimoniales sobre la que se ha realizado. No se puede llevar a cabo de forma tácita, en si presumir la firma de un contrato, en caso de no existir y llegasen a una controversia, el contrato podría ser prueba en juicio y sea cual fuese la parte afectada podrían subsanar la problemática a tratar.

Las características que reúne un contrato de obra realizada por contrato son las siguientes:

Es solemne, como se mencionó anteriormente y debe reunir las formalidades de ley para este tipo de contratos –capacidad de contratación, voluntad, etc.-, es oneroso y conmutativo, puesto que existe un precio pagado en contrapartida

equivalente al trabajo de creación, hay una obligación correlativa y las obligaciones de las partes deben estar expresas. Es un contrato atípico innominado porque no está expresamente consagrado en la Ley de manera concreta. Es un contrato sinalagmático porque genera obligaciones para las dos partes. Es un contrato *Intuitu Personae*, propio del Derecho de Autor en el que la persona del autor es considerada esencial. (Corbetti, 2002, p 18).

1.3 LOS DERECHOS MORALES EN LAS OBRAS CREADAS POR ENCARGO

Al acto de crear una obra se le atribuye derechos morales, que son inalienables, irrenunciables, inembargables e imprescriptibles. Los derechos morales mencionados en el artículo 118 del COESC son el derecho a la divulgación de la obra, a reivindicar la paternidad de la obra, a oponerse a su mutilación y alteración y el derecho a acceder al ejemplar único de la obra (COESC, 2016). Todos son de gran importancia para la sociedad y su vulneración se subsana por medio de reparaciones e indemnizaciones económicas, considerando que su quebrantamiento afecta a la dignidad humana que es inviolable.

Un derecho moral es un derecho personal, inherente al individuo, que determina un vínculo entre el autor y la obra concediendo la autoría (Eguaras, 2017, p. 3). Así mismo señala Antequera (2012) menciona que “el derecho moral, por lo demás inalienable e irrenunciable, es de orden personal y, por tanto, solamente puede pertenecer a la persona física que realiza la creación intelectual y, a su muerte, es el ejercicio de algunas de las facultades que lo conforman el que se confía a las personas indicadas en la ley”. (p. 6).

Si el autor pide renunciar a los derechos morales será imposible y cualquier cesión de derechos será nula, porque es un acto que va en contra de la ley. Es así que tienen la protección de la ley nacional y también de convenios internacionales. La finalidad de este tipo de derechos es proteger al autor por medio de la obra:

Los derechos morales logran reivindicar la paternidad de la obra por lo tanto se podrá oponer a cualquier deformidad que se haga en la obra y si el deseo del creador es que su obra se mantenga anónima se respetará la voluntad (Lipzyc, 1993, p.380).

En cuanto a si un comitente puede o no ser considerado coautor y por lo tanto también ser sujeto de derechos morales en una obra realizada por encargo, cabe señalar el análisis doctrinario realizado por la Corte de Apelaciones para el Circuito Federal de Estados Unidos (citado por Antequera, 2010) que en un fallo judicial señala:

“La coautoría exige «una obra original de autoría» de cada autor... Para ser un autor, se debe suministrar más que la mera dirección o ideas: uno debe «traducir una idea en una expresión fija y tangible con derecho a protección de derecho de autor» .La simple participación, contribución y revisiones de la obra de [otra persona] no necesariamente crearían una obra conjunta. Como regla general, cada coautor debería hacer una contribución a la obra protegible independientemente... Por lo tanto, «quien alega coautoría tiene la carga de establecer que cada uno de los coautores putativos (1) hicieron contribuciones a la obra protegibles independientemente; y (2) tenían la intención de ser coautores»...”. (Plazas, 1984, p. 120).

En este sentido las especificaciones dadas por el comitente acerca de las características de la creación que encarga para una obra no lo convierten en coautor y por lo tanto no les asisten derechos morales derivados de la autoría de dicha obra, si desea ser parte de la obra como autor deberá aporta con trabajo físico para la creación de ella (Sánchez, 2014, p. 68)

En la concepción personalista del derecho de autor, la calidad de autor no puede ser reconocida a aquel que se ha limitado a suministrar el tema o la idea, ni al simple ejecutante material, ya sea en virtud del principio de libre

apropiación de las ideas, ya sea por falta de originalidad, ya sea por ausencia de esfuerzo personal de creación (Corbetti, 2012, p 26).

1.4. NORMATIVA VIGENTE QUE RESPALDA LA CREACIÓN DE OBRAS POR ENCARGO

El marco jurídico normativo para las obras creadas por encargo es tanto nacional como internacional, partiendo de La Constitución de la República del Ecuador que en su Art. 322 reconoce a la propiedad intelectual (Asamblea Constituyente, 2008), hasta llegar a su regulación específica en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESC) que reforma a la derogada Ley de Propiedad Intelectual en el Ecuador, reforma que implicó una nueva perspectiva respecto a la propiedad de derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo. En lo internacional los asuntos de propiedad intelectual están normados por varios convenios internacionales sobre derechos de autor como el Convenio de Berna.

La ley anterior, -Ley de propiedad intelectual- consideraba como obras por encargo a aquellas literarias, artísticas, fotográficas, audiovisuales entre otras, encomendadas por un comitente, contemplando que éstas pertenecían enteramente al contratante o dicho comitente; pero la reforma en la nueva ley invierte los derechos, si no hay contrato o no hay especificaciones estipuladas, la propiedad de la obra ira a manos del creador. En el COESC se menciona explícitamente que la propiedad de la obra por encargo le pertenece al creador, es decir a la persona a quien se le encargo realizar la obra o encargado, por lo que de requerirse que la propiedad, o parte de ella, pase a otra persona es necesario especificarlo en el contrato, donde se deberá estipular qué derechos se dará al comitente, lo que jurídicamente se hace por medio de la cesión de derechos formalizada; se podrá ceder toda la titularidad al comitente mencionándolo en el respectivo contrato (Cevallos, 2016, p. 2). Todo lo estipulado en el contrato se llevará a cabo.

En relación con las obras por encargo surgen distintos derechos como el derecho a la producción de la obra, a su acceso, a la traducción, a la adaptación y arreglo, en general el derecho a todas las formas de transformación y explotación de obras artísticas, audiovisuales entre otras; todos estos derechos, según la ley actual, son pertenecientes a su creador a menos que exista pacto en contrario donde se mencione cesión de derechos especificándolos. Los derechos posibles ceder son los patrimoniales (COESC, 2016)

La ley de propiedad intelectual resultaba incompleta en cuanto a normar las obras por encargo, ya que no especificaba cuáles eran los derechos que se cedían por titularidad derivada al comitente y además limitaba los derechos morales del encargado o autor, hoy en día con la reforma, el COESC es más específico al observar que el autor tiene la titularidad originaria y que puede ceder los derechos patrimoniales de explotación de la obra, conservando los morales, sin embargo las modificaciones no son suficientes, tomando por ejemplo leyes de distintos países como son: Guatemala, Chile, las cuales mantienen un capítulo completo o sección sobre las obras por encargo donde se las especifica y define en comparación con diferentes clases de obras, como las obras en relación de dependencia y donde se menciona las limitaciones que deberán tener, de igual manera especifican quien podrá y quien no realizar obras por encargo y lo que implica dichas obras a nivel de titularidad y derechos.

Por ello, en este trabajo se repara en que podría realizarse algunas reformas al COESC en cuanto a esta temática, especialmente sobre derechos patrimoniales y morales, según se analiza en doctrina para evitar que existan vacíos legales.

En este sentido, lo que dice la normativa ecuatoriana explícitamente es:

El artículo 115 menciona que salvo pacto en contrario o disposición especial la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral o por encargo corresponderá al autor (COESC, 2016). Es así que dicho derecho tiene el autor a menos que ceda este derecho lo hará como titularidad derivada hacia el comitente.

En caso de que el autor ceda sus derechos, conservará la facultad de explotar las obras en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no perjudique injustificadamente la explotación normal que realice el empleador o comitente (Rogel, 2003, p. 91).

En cualquier caso, el autor gozará del derecho irrenunciable de remuneración equitativa por la explotación de su obra (Busch y Gutierrez y Sardá, 2003, p. 12), en concordancia con el autor y de conformidad con lo dispuesto en el presente Código. Tratándose de software este derecho no será aplicable (COESC, 2016).

Este derecho será aplicable aún en los casos de transferencia o transmisión de la titularidad de la obra creada bajo dependencia laboral y por encargo (COESC, 2016).

En el artículo 120hacemención los derechos exclusivos por lo cual se concede a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos sobre la obra los cuales son los siguientes:

1. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
2. La comunicación pública.
3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
4. La importación de copias hechas sin autorización del titular
5. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra

6. La puesta a disposición del público lo que implica que el público accede a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. (COESC, 2016). Por tal motivo habrá derechos que pueda acceder el comitente por cesión o pedir una justa retribución.

Sin embargo debería tener una bonificación extra por cada reventa realizada sin existir excepciones, pero deberá existir límites en cuanto que clase de obra es y cuan prestigio y réditos económicos alcanzó, ya que de una u otra forma quien saca provecho de la obra es el comitente y es quien posee los derechos patrimoniales (Busch, Gutiérrez y Sardá, 2003, p.57)

Podemos concluir que los derechos patrimoniales son exclusivos y a favor del autor de la obra o de su derechohabiente, por ello tendrán uso del derecho a la reproducción de la obra por cualquier forma, a su comunicación pública por cualquier medio, a la distribución pública por medio de la venta, el arrendamiento o alquiler, la importación de copias hechas sin autorización del titular, la traducción, adaptación, arreglo o transformación de la obra, la puesta a disposición del público de sus obras.

En el Art. 121 Se expresa sobre el derecho a una remuneración equitativa, como forma de compensación por ciertas maneras de explotar la obra por parte del comitente (COESC, 2016). Si resultare ser una obra plástica el autor deberá recibir un porcentaje por cada reventa resultando así una gestión colectiva obligatoria.

1.5.COMPARACIÓN ENTRE LA OBRA POR ENCARGO Y LA OBRA EN RELACIÓN DE DEPENDENCIA

Como hemos observado, en el sistema judicial ecuatoriano las obras por encargo se mencionan en limitados artículos y los derechos morales antes señalados se encuentran descritos de forma general. La particularidad encontrada en el COESC, Art. 115 es referente al derecho a explotar la obra, el cual es otorgado por la ley al autor de ella, salvo pacto en contrario, es decir

solo contractualmente este derecho puede ser del comitente (COESC, 2016). Cualquiera de las partes del contrato que pueda ejercer el derecho mencionado lo llevará a cabo sin alterar el contenido de la obra, por tanto, se respeta el objetivo de la obra para lo cual fue creada.

Una obra en relación de dependencia es aquella en que una persona contrata en calidad de empleador a otra para que realice una obra determinada, estableciéndose una relación de subordinación laboral y sujeción a instrucciones. En la obra por encargo consta de forma previa un contrato de prestación de servicios, mientras que la obra bajo relación de dependencia requiere de un contrato laboral.

Según el Supremo Tribunal de Justicia de Portugal, en un fallo jurisprudencial (citado por Antequera, 2006) la obra realizada por encargo se caracteriza por estar fuera del ámbito de un contrato de trabajo o del cumplimiento de un deber funcional, ya sea sin remuneración.

Así mismo Antequera (2012) señala que aunque las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral y las realizadas en razón de un contrato de obra por encargo son aparentemente semejantes, ambas tienen una naturaleza jurídica distinta y por lo tanto plantean problemas jurídicos diferentes también.

En el uno los derivados de una relación patrono y trabajador, con todos los derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo y derivados de la legislación en materia laboral, mientras que en el otro el creador actúa independientemente, sin relación de subordinación con la persona contratante y por una remuneración fija y única para cada obra encargada.

La transferencia de derechos en la obra por encargo opera de la siguiente manera: la autoría y titularidad la posee la persona que llevo a cabo la creación intelectual (el encargado) y por ello tendrá derechos morales y patrimoniales,

pero a quien contrata la creación de la obra (el comitente) – ambos pueden ser una persona natural o jurídica- se le puede otorgar los derechos patrimoniales de la obra específicamente por contrato (Uribe, 2012, p. 24). Mientras que en las obras bajo relación de dependencia el autor de la obra (el trabajador) siendo titular originario entrega la titularidad derivada y su explotación al empleador, celebrado un contrato de cesión de derechos (Uribe, 2012, p. 26). Las partes del contrato deberán respetar a la obra en sí, implica no alterarla o modificarla ya sea por encargo o relación de dependencia.

En las obras por encargo el autor mantiene derecho a la explotación de la obra mientras no aplique competencia desleal o no se haya estipulado lo contrario en un contrato, en la obra bajo relación de dependencia el trabajador posee la autoría mientras que la titularidad derivada y la explotación la tiene el empleador.

En la obra bajo relación de dependencia también la autoría de la obra se le atribuye al trabajador mientras que el empleador ejerce derechos patrimoniales en base a la titularidad derivada.

La cesión de derechos patrimoniales de la obra en relación de dependencia es solemne, cumpliendo parámetros establecidos en la normativa vigente, por medio de un contrato de trabajo elevado a escritura pública o por medio de documento privado ante notario y registrado.

Respecto a las obras bajo relación de dependencia también existe una discusión doctrinaria en cuanto a quién tiene la verdadera autoría de la obra ya que se la puede atribuir al trabajador por el hecho de crearla, pero, así mismo, al recibir órdenes de cómo se llevará a cabo la obra podría entenderse que la autoría es del empleador quien tuvo la idea de crear y dio las especificaciones para hacerla; sin embargo para propósitos de este trabajo se considera que el autor deberá ser el trabajador ya que la obra adquiere su propio estilo y sin él

no habría obra, aún si ésta deberá cumplir con el objeto para el cual se le solicitó(Lomeli,2016, p.2).

2. REQUERIMIENTOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA DE UNA OBRA CREADA POR ENCARGO

2.1. REQUISITOS PARA LLEVAR A CABO LA OBRA POR ENCARGO

1. Debe existir un contrato de prestación de servicios.
2. Comitente es la persona que encarga a otra para que cree la obra de acuerdo a sus especificaciones, también es conocido como encargante, podrá ser una persona natural o jurídica.
3. Autor o encargado es una persona natural o jurídica que crea una obra a cambio de un pago.
4. Debe existir el encargo, objeto del contrato.
5. En el contrato deben constar las debidas especificaciones emitidas por el comitente o encargante.
6. La ejecución del contrato será por cuenta y riesgo de la persona que encarga la obra.
7. Debe haber señalamiento del honorario que recibirá el autor de la obra encargada. (Uribe, 2008, p. 26).

En concordancia con lo expuesto anteriormente, la obra que se crea es el resultado de una serie de condiciones e indicaciones estipuladas en un contrato que de antemano se realizó; los riesgos y gastos de la obra corren por cuenta del comitente; es esencial que en el contrato consten, claramente, la serie de especificaciones y lineamientos que el contratista debe seguir para la creación de la obra, de lo contrario nos encontramos con un contrato ineficaz por no contar con elementos esencialísimos para llevar a cabo la obra estipulada.

Las obras por encargo son comunes cuando para la realización de algún proyecto, se necesita y se busca un tercero que tiene mayor conocimiento, aptitud, experticia o experiencia en lo que esperamos crear, es así que se acude a una persona, por ejemplo realizadores audiovisuales, programadores web, programadores de aplicaciones móviles, diseñadores gráficos, compositores, con el fin que se lleve a cabo la obra, para ello se crea un contrato en el que las partes y llegan a un acuerdo y en el que se dan cada una de las indicaciones que, al crear la obra, deberán respetarse (Zea, 2001, p. 126).

El contrato debe ser claro por lo que se deberá contener los datos del a quien se encarga la obra y el comitente señalando los nombres completos en si generales de ley, además una breve descripción de la clase de obra que se llevara a cabo, de modo accesorio la fecha del pago y la entrega de la obra, acotando el buen estado que se entrega esta.

Ya que la ley indica que el autor de la obra tiene la titularidad de los derechos patrimoniales y de explotación, de modo explícito se deberá mencionar la cesión de derechos en beneficio del comitente de la obra, lo importante es especificar la existencia del vínculo jurídico entre las partes ya que por medio de ello tendrán la protección de la normativa que interviene como es el COESC, La Constitución de la Republica y el Código Civil en caso de existir incumplimiento por una o ambas partes del contrato: “Es esencial el contrato porque sin contrato no habrá prueba de que hay incumplimiento sea en la fecha de la entrega, en el pago o en el resultado de la obra” (Lomelí, 2016, p. 4).

El comitente no podrá ser determinado como el autor de la obra por encargo, pero podrá tener la condición de ser titular derivado de la obra y podrá dar uso a los derechos patrimoniales de la obra en curso. Por otra parte, la regulación sobre obras por encargo no señala a las ideas que están contenidas en la obra –ya sea literaria, plástica o de cualquier especie- como objeto de protección del derecho de autor, sino lo que se llega a proteger es la forma cómo se llevó a

cabo la creación, cómo se describen o aplican las ideas, lo que da como resultado el reconocimiento del estilo único del autor. (Bugallo, 2006, p. 66).

Por otro lado, en el contrato deberá estar estipulado el honorario que recibirá la persona encargada de la obra, de manera detallada se consignará cuál es el valor a pagar como contraprestación según sea lo pactado. “El honorario debe ser discutido respecto al monto y regalías a recibir” (Zea, 2001, p. 128).

Por ello en las obras por encargo al existir algún incumplimiento por alguna de las partes se dará solución a la controversia por medio del código civil ecuatoriano, es allí donde se encontrará causales de incumplimiento del contrato y se deberá poner fin al litigio o a menos que las partes acordaran la solución más rápida y menos costosa, por medio de mediación y arbitraje, de una u otra forma deberá también constar por escrito en el contrato.

En caso de ser una obra bajo relación de dependencia, cualquier conflicto que surja por parte del empleador o trabajador se dará solución por medio del código de trabajo ecuatoriano por medio de los vistos buenos.

2.2. TIPOLOGIA DE LOS DERECHOS QUE SURGEN DE LAS OBRAS CREADAS POR ENCARGO

Las obras por encargo se relacionan con los denominados derechos de autor, los cuales determinan la potestad de autorizar o prohibir el uso de una obra, por parte del autor o del titular según corresponda, esta clase de derechos se dividen en derechos morales y en derechos patrimoniales.

Los derechos morales se han explicado en este trabajo con anterioridad y como se ha dicho: “El derecho moral le corresponde al autor de la obra por ello resulta ser irrenunciable intransferible, personal y no se puede vender o transmitir excepto por sucesión por causa de muerte” (Montero, 2013, p. 13).

Algunos derechos morales están especificados en El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (COESC). En el artículo 118 menciona a los derechos morales los cuales son irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles del autor; por tal motivo no podrá cederse a un tercero, se rigen las siguientes reglas:

1. Conservar la obra inédita o divulgarla;
2. Reivindicar la paternidad de su obra en cualquier momento, y exigir que se mencione o se excluya su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada.
3. Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o medicación de la obra que atente contra el decoro de la obra, o el honor o la reputación de su autor.
4. Acceder al ejemplar único o raro de la obra.

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

Los mencionados derechos morales en los numerales 2 y 4 tendrán el carácter de imprescriptibles. Una vez cumplido el plazo de protección de las obras, los derechos contemplados en los numerales 1 y 3, no serán exigibles frente a terceros.

Sin embargo, en la doctrina han sido identificados aún más derechos que los que se contemplan en la normativa ecuatoriana, los cuales servirían para regular, taxativamente, las obras por encargo, por ello en este ensayo se propone que es necesario reformar la ley para ampliar la especificación de los derechos morales, según dice la doctrina.

El otro tipo de derechos de autor que surge en relación a las obras por encargo, son los derechos patrimoniales, que se refieren a la posibilidad de explotar económicamente la obra y que según el Art. 120 del COESC

Los derechos patrimoniales se diferencian de los derechos morales, porque estos últimos son intransferibles e inalienables y se transmiten solamente por causa de muerte, los derechos morales: “Son derechos de exclusividad del autor, no tienen algún límite en el tiempo” (López, 2016, p. 7).

Mientras que en la legislación ecuatoriana encontramos que los derechos patrimoniales duran toda la vida del poseedor, más 70 años después de su muerte y sí son transferibles.

2.3 APLICACIÓN DEL DERECHO DE DIVULGACIÓN Y PATERNIDAD EN LAS OBRAS POR ENCARGO

El derecho de divulgación implica la potestad del autor de la obra para emitir su consentimiento de que esta se haga accesible al público en cualquier forma, solo el autor podrá disponer y determinar en qué momento la obra está lista para que llegue a conocimiento del público, este derecho es único e irreversible porque una vez dada a conocer la obra inicia su vida pública, la exteriorización de la obra es completa porque emerge de la esfera íntima para ser conocida por el público (Castellote, 2013, p. 5).

Haciendo uso de su derecho de divulgación, el autor decide la forma de dar a conocer a la obra, si es con su nombre, bajo seudónimo, signo o de forma anónima. Este derecho es necesariamente el primer paso para poder llevar a cabo la explotación de la obra. La divulgación de la obra sin el expreso consentimiento del autor constituye un delito.

El derecho de divulgación deberá estar claro en el contrato de cesión de derechos de explotación para que una vez determinado el momento idóneo según el autor, acto seguido, el comitente pueda realizar, la explotación de la obra (Bondía, 2008, p. 6).

En el caso de que el autor en uso de su derecho de divulgación elija que la obra sea divulgada de forma anónima o bajo seudónimo, podrá ejercer ciertos

derechos de autor quien dé a conocer la obra, surgiendo de esta manera la figura del mandatario *ex lege*, que es quien protegiendo la moral y deseo de anonimato del autor manifiesta al público la obra; el mandatario no puede revelar la identidad del autor y tampoco puede atribuirse la obra, pero sí podrá hacer uso del derecho de publicarla o exhibirla pues está legitimado para ello mientras el verdadero autor no quiera darse a conocer (Ramírez, 2014, p. 28).

El derecho de paternidad supone la facultad del autor para exigir el reconocimiento en la obra con su nombre, firma o signo que lo identifique como artífice, con una forma única y persona de identificación, aunque también podrá escoger enviar al público la obra de forma anónima (Noguerol y Gómez, 2012, p. 4), esta clase de derecho, al ser moral es perpetuo e irrenunciable, renunciar a este derecho implica petición nula y en caso de muerte del autor, son sus herederos quienes podrán accionar este derecho una vez muerto el autor (Bondia, 2008, p. 6).

3. TITULARIDAD DE LA OBRA CREADA POR ENCARGO Y TRANSFERENCIA DE DERECHOS DE AUTOR

Al ser obras creadas por personas naturales o jurídicas a quienes se les delegó, con todas las especificaciones el trabajo, la titularidad originaria corresponde al autor de la obra, es decir al encargado y este hará uso de derechos morales como la paternidad de la obra, mientras que el comisionista disfruta de frutos y derechos patrimoniales en virtud del contrato pactado, cedidos por el encargado bajo la figura que se conoce como titularidad derivada (Grijalva, 2007, p. 25).

En este mismo sentido, Ramírez (2014) explica que en las obras por encargo existe la figura de cesión de derechos de autor, que esta clase de derechos se transmite por medio de un acuerdo -formal- entre las partes donde se detalla que derechos se transmiten y que los derechos que pueden cederse son los patrimoniales (p. 32).

Los derechos patrimoniales a los que se hacen referencia y que se pueden ceder son los de explotación de la obra, la principal vía para transmitir, ceder estos derechos entre vivos es un contrato donde se estipula ganancias a cambio de la cesión y como se ha visto, se transmite la utilización de la obra más no se cede la autoría de la obra por este medio (Becerra, 2009, p. 41)

En materia civil el término “ceder” tiene un alcance y sentido que no implica el renunciamento a algún derecho realizado por una persona a favor de otra, sino una transmisión de derechos, en materia de derechos de autor la cesión es un negocio jurídico típico que involucra un contrato donde se transmite sin renunciar un derecho, como es el caso de la explotación de la obra sin perder la titularidad (Fuentes, 2005, p. 23).

Si el autor de la obra tiene sucesores, estos tendrán como legado o herencia las facultades patrimoniales de la obra, es decir las de explotar la obra económicamente, el derecho de explotación es presente o futuro, todo esto dependerá que tan famosa se convierta la obra.

3.1. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARATIVO

La obra por encargo tiene diferentes tratamientos normativos y aplicaciones a nivel internacional, dependiendo del país al que pertenezca cada legislación, así tenemos que:

En Guatemala los derechos de autor y derechos conexos en las obras creadas por encargo se reconocen por medio de una presunción legal de cesión de derechos a menos que existiera un pacto en contrario, es así que no se requiere un requisito formal para que el comitente ejerza sus derechos patrimoniales (Ley de derecho de autor y derechos conexos de Guatemala, 1998).

En Paraguay el comitente tiene cierta limitación en los derechos morales, la normativa lo autoriza a ejercer los derechos morales solo en la medida en que estos se refieran a la explotación de la obra y se da el mismo tratamiento en lo que se refiere a las obras creadas por relación de dependencia (Sánchez, 2014, p. 16).

En Francia la titularidad de la obra la tiene el comitente conocido como la persona que encargó la obra. En España, Italia, Suiza, Panamá, Honduras y Argentina esta clase de obras no cuentan con una regulación específica, por ello aplican la doctrina francesa, donde la titularidad, que ostenta el comitente, implica el derecho exclusivo de propiedad que conlleva los derechos patrimoniales sobre la obra (Soberanes, 1994, p. 160).

Francia y Ecuador concuerdan en la existencia de un contrato realizado con anterioridad donde se especifiquen parámetros y lineamientos a seguir para crear la obra que se encargó y en que el comitente no podrá tener la autoría de la obra pero si derechos que se deriven de ella como derechos patrimoniales. La legislación francesa denomina a la persona a la que se le encarga la creación de la obra contratista. El contratista debe cumplir todos los requisitos formales exigidos por el contrato y la ley, en consecuencia, se llega a perfeccionar la cesión de derechos de forma clara (Strong, 1995, p. 120).

En general, en todas las normativas es esencial un contrato en el que se refleje el autor y la clase de obra que se va a realizar, pero en cada país varían las clases de obras que pueden ser realizadas por encargo, en Marruecos, Portugal, Senegal se menciona como objeto a las fotografías, grabados, retratos, fonogramas, películas y canciones, mientras que Canadá, Dinamarca, Salvador añaden las esculturas (Strong, 1995, p. 126).

En la legislación chilena se menciona que la titularidad de la obra por encargo, la tendrá el comitente y no el autor, es así que quien encarga la obra tendrá y hará uso de los derechos derivados de la titularidad sin que haga falta algún

requisito formal para hacer ejercerlos, sin embargo, se señala que pueden existir ciertas excepciones, las cuales deberán pactarse en el contrato (Viña, 2012, p. 47).

En Nicaragua el comitente tendrá la titularidad de la obra, restringiéndose los derechos patrimoniales, salvo que exista pacto en contrario. En Argelia, Malta y Nigeria no se lleva a cabo la cesión de derechos a favor del comitente porque se lo cataloga autor de la obra sin más requerimientos. Mientras que en Hungría se requiere de una autorización a este para que ejerza los derechos de autor sobre la obra por encargo. (Colombet, 1997, p. 34).

Existe presunción de cesión de derechos patrimoniales en Venezuela, esta presunción se hace a favor del comitente de forma ilimitada y exclusiva (Derechos de Autor de Venezuela, 1993).

En Cuba las editoriales que publican revistas o diarios tienen la titularidad sobre la publicación, pero los autores tendrán el derecho sobre la contribución. Por su parte en España acaece que el autor mantiene el derecho a explotar la obra siempre y cuando le dé buen uso y no la altere (Antequera, 2002, p. 5).

3.2. ANÁLISIS RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Con el objetivo de observar en la vida jurídica real del país todo lo hasta aquí estudiado, en este trabajo se analiza una resolución administrativa del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) que tiene carácter aclarador en cuanto a las potestades reales de explotación de la obra que tiene o no un autor con referencia a una obra creada por encargo, a pesar de conservar los derechos morales sobre la misma y sobre el alcance de explotación y restricciones de explotación que le corresponden a un comitente.

Es necesario previamente anotar que la legislación del Ecuador manifiesta que cuando la obra por encargo, objeto de un contrato, es para una publicación en un diario o revista, el comitente podrá prohibir al encargado que realice

publicaciones similares a la suya, de manera que el autor de la obra no podrá explotarla en otros medios de difusión para que no se de una competencia comercial con la publicación original (COESC, 2016).

La controversia a la que fue llamada a pronunciarse el IEPI fue la siguiente: el Banco Central del Ecuador demanda a su encargado -G. Valencia- por hacer uso de las fotos objeto del encargo en otra publicación, cuestionando la titularidad de la obra por parte de este con base en el argumento de que estas fueron realizadas bajo la modalidad de encargo, el Instituto resuelve que la titularidad originaria del derecho de autor le corresponde al autor y que por lo tanto se le atribuye el derecho exclusivo de usar y disponer de la obra en la forma que a bien tuviere, no obstante cuidando de que no afecten los derechos de terceros.

Determina también que los derechos patrimoniales sobre las obras son de carácter transmisible y por lo tanto son susceptibles de transmitirse en forma total o parcial (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual [IEPI], 2001) en consecuencia establece que:

El Banco Central del Ecuador, que encargó la realización de las fotografías, adquirió el derecho de publicarlas en su catálogo, así como de autorizar o prohibir su utilización en medios similares o equivalentes a los de su publicación original; por su parte, el señor Galo Valencia Reyes, autor de la obra fotográfica, conserva la titularidad de los derechos morales y patrimoniales sobre la obra, para autorizar o prohibir la difusión en medios diferentes u otras formas de explotación que no entrañen competencia con la publicación del Banco Central del Ecuador. (IEPI, citado en Antequera, 2007).

De esta jurisprudencia se desprende que en un contrato de obra por encargo es indispensable especificar cuáles son las modalidades de explotación de la obra que son autorizadas por el autor y si dicha explotación es a título exclusivo o no, en caso de que esto no esté claro y de que se dé lugar a un litigio, la

actuación de los jueces como lo explica Antequera (2007) será tomar en cuenta el principio de la “interpretación restrictiva” de los contratos, de manera que el comitente solo podrá explotar la obra en la manera que se deduzca del contrato para cumplir la finalidad para la cual fue creada la obra y el autor podrá explotarla indiscriminadamente solo con la restricción de no afectar a terceros.

3.3. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA OBRA POR ENCARGO

3.3.1. VENTAJAS

El encargar una obra beneficia al comitente, ya sea porque el hecho de que la obra se lleve a cabo conllevará para él tener mayor ingreso económico o por una satisfacción personal, tomando en cuenta que al haber sido este el proponente y haber dado una serie de especificaciones e ideas la obra es en parte propia.

Otra ventaja para el comitente es que en virtud del pago que realiza, el encargado de la realización de la obra se obliga a cumplir con su elaboración y en caso de incumplimiento el comitente podrá dar explotación a lo que ya está creado. En caso de que el autor dé un aporte insuficiente por causa injustificada, el producto también podrá ser explotado por el comitente pero el encargado deberá rendir una indemnización (Grijalva, 2007, p. 29).

Por no haber disposición legal que diga lo contrario, las obras por encargo podrán realizarse por personas naturales o jurídicas y también podrán ser realizadas por una o varias personas naturales. Las cuales deberán cumplir con el objetivo determinado para la obra sin alterar las especificaciones dadas por el comitente y no llegar a una controversia.

En una obra realizada por encargo, al tener el autor el derecho a la paternidad de la obra, a la divulgación y a la integridad de esta, se está blindando contra el plagio que podría causarle un perjuicio sea de índole económico y/o a su

honor, los derechos antes mencionados le posibilitan pedir una reparación integral por lo que se podrá pedir que se retire a la obra del mercado, tomando así medidas de reparación. (Sánchez, 2014, p. 69).

La obra por encargo no genera dependencia laboral, por ello no se rige por el código de trabajo, lo cual significa que el comitente está exento de pagos por desahucio, despido intempestivo o despido ineficaz, vacaciones, horas extras y demás bonificaciones obligatorias por dicha ley.

3.3.2. DESVENTAJAS

A quien se encarga realizar la obra tendrá todos los derechos morales a su disposición sin haber llegado a emitir ideas, ni gastos propios que equipara crear una obra sea de cualquier índole, por ejemplo musical, plástica o softwares.

El autor de la obra por encargo no correrá con los gastos para crearla, los cuales le corresponden al comitente, así como las indemnizaciones correspondientes serán a manos del comitente.

El proceso de creación que se lleva a cabo otorga a los derechos de titularidad al autor y restringe derechos al comitente en este sentido, quitándole la posibilidad de considerarse autor de la obra a pesar de que pudiera tener la idea original “No hay equilibrio en cuanto a beneficios económicos” (OMPI, 2002, p. 12).

En cuanto a retribuciones que le corresponderían al creador o autor de la obra que se encargó según se menciona en el COESC, dicha ley no corresponde a un equilibrio ya que no menciona una limitante, además deberían ser para ambas partes sin favorecer a una y perjudicar a otra.

4. CONCLUSIONES

Podemos concluir diciendo que las obras por encargo deben surgir bajo el requisito de formalizar un contrato en donde se establezcan todas las especificaciones necesarias sobre cesión de derechos de autor, a más de las especificaciones del caso para la creación de la obra y su fin, por otro lado, como afirma Plazas, cuando la obra se realiza por encargo es lógico determinar la autoría por parte del encargado sin perjuicio de que podrá tener características de una colaboración del comitente (Plazas, 1984, p. 117), esto ya que de la autoría se derivan los derechos morales y los derechos patrimoniales que pueden o no ser cedidos.

Existe diferencia entre autoría y la titularidad de la obra, la autoría no siempre coincide con la titularidad de la obra que puede ser derivada. La obra puede ser creada por un sujeto, pero la titularidad del resultado recaerá sobre el autor o bien sobre una persona natural o jurídica distinta (Viña, 2012, p. 123).

En las obras creadas por encargo, la titularidad que llega a tener el comitente es no exclusiva puesto que la titularidad originaria la tiene el autor de la obra, por ello el autor conserva el derecho de explotar la obra en forma distinta a la que se estipula en contrato, pero no deberá practicar competencia desleal, ni ninguna clase de alteración a la obra en cuanto a su contenido.

En cuanto al tiempo, el COESC no menciona ninguna restricción sobre las obras por encargo futuras y cualquier desacuerdo o conflicto referente a plazos, como referente a otros aspectos como incumplimientos de las obligaciones entre las partes se resolverá por medio del Código Civil ecuatoriano, al ser un contrato de prestación de servicios el que se llevó a cabo entre el contratista y el comitente.

Producto de la investigación se constata que las obras por encargo solo están reguladas por un artículo, el art 115 del COESC en el que se determina la titularidad en manos del autor, la cual se la podrá ceder de acuerdo a lo

pactado, por lo cual no hay una normativa que aporte con los límites que deberán tener este tipo de obras, en concordancia con la doctrina internacional, encontramos que no se menciona quien podrá ser el contratista: si una persona natural o una jurídica o cualquiera de las dos y no se especifica si es una o varias y si se podrá encargar una o varias obras a la vez (Strong, 1995, p. 166).

De todo lo visto, se concluye también que las obras por encargo en el Ecuador no tienen la normativa suficiente y que existen vacíos legales como el que se explica a continuación y hace referencia al equilibrio económico obtenido:

Cuando no hay un contrato formal, la existencia de los derechos morales privilegia al autor, precautelando sus intereses, pero si hay firma de un contrato con las respectivas cláusulas de cesión de derechos patrimoniales muchas veces las cuestiones onerosas se privilegian y están por encima de los derechos morales en cuanto a que su tenencia no resulta en beneficio del autor patrimonialmente. Es decir por ejemplo, si se ceden todos los derechos patrimoniales, la tenencia de la condición de autor no beneficiará patrimonialmente al artífice sino solamente una vez, mientras que el comitente tendrá privilegios de explotación más duraderos a través del tiempo.

Es en el contrato donde se detalla la posición de cada una de las partes y benéficos que poseerán cada una de ellas es decir donde se da el respectivo uso real a los derechos, tomando en cuenta que sin contrato no hay obra por encargo.

Cuando un autor se queda solo con los derechos morales mientras que al comitente se le atribuye los derechos patrimoniales, es evidente que no existe igualdad económica, por lo tanto los contratos siempre deberían buscar un equilibrio, puesto que sin una de las partes no habrá obra por encargo.

El equilibrio antes mencionado es importante también si vemos, por otro lado, que existe así mismo una limitante para el comitente considerando que el autor

de la obra no invierte, nada de ideas ni dinero y como resultado final es autor de la obra. Por lo que, tanto el autor como el titular de la explotación deberían asumir la misma responsabilidad para con la obra (Winegar, 2009, p. 91).

REFERENCIAS

- Antequera, R. (2002). IV Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos: La Propiedad Intelectual, un canal para el desarrollo. Panamá. Recuperado el 11 de agosto del 2017 de http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_DA_PAN_02/OMPI_DA_PAN_02_T1_2A_2_S.pdf.
- Antequera, R. (2009). Transmisión del derecho. Obra bajo relación laboral. Obra por encargo. Efectos. Colombia. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1587>
- Bondía, F. (2008). Derecho moral del autor. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <http://www.diccionario-juridico-cultura.com/voces/derecho-moral-de-autor>.
- Becerra, M. (2009). Texto de la nueva cultura de la propiedad intelectual. México. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <http://biblio.juridicas.inam.mx/estlib/>.
- Bugallo, B. (2006). Propiedad Intelectual. Montevideo: Mastergraf.
- Busch, C, Gutierrez, J, Sardá, M. (2003). Quien paga no es el autor. Madrid: Trama
- Castellote, R. (2013). El Derecho de Divulgación y el Derecho de Inédito. Recuperado el 11 de agosto del 2017 de <https://ruthcastellote.wordpress.com/2013/09/18/el-derecho-de-divulgacion-y-el-derecho-de-inedito/>
- Cevallos, S. (2016). Contratos Laborales o obras por encargo. Ecuador. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <http://www.pbplaw.com/contratos-laborales-obras-por-encargo-cambios/>
- Colombet, C. (1997). Grandes Principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo. España. Unesco. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de https://books.google.com.ec/books?id=23uLfnjgTrEC&pg=PA44&lpg=PA44&dq=derecho+comparado+en+obras+por+encargo&source=bl&ots=bUenMKoj2R&sig=4u4japizWSA8GcydPJnHMayox_k&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjZlpSdys3YAhXQRt8KHb5-C94Q6AEITDAG#v=onepage&q=derecho%20comparado%20en%20obras%20por%20encargo&f=false
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.

- Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, creatividad e Innovación. (2016). Registro oficial N° 899 del 9 de diciembre del 2016
- Corbetti, A. (2002). El Contrato de Obra Por Encargo y Las Obras Publicitarias. Recuperado el 11 de agosto del 2017 de www.corbettipartners.com/articulos/juridicos/contrato-de-obra-por-encargo.doc
- Eguaras, M. (2017). Derechos de autor: diferencia entre morales y económicos. España. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <https://marianaeguaras.com/derechos-de-autor-diferencia-entre-morales-y-economicos/>.
- Fuentes, F. (2002). Contratación para la elaboración del software individualizado estudio comparado de la legislación iberoamericana. Venezuela. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/download/13373/12639>
- Gómez, F. (2012). Colegio de profesionales en derecho A.C. Obras por encargo. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <http://colegiodeprofesionalesenderecho.blogspot.com/2012/02/obra-por-encargo.html>
- Grijalva, A. (2007). Temas de propiedad intelectual. Introducción a la propiedad intelectual: derechos de autor, derechos conexos y patentes, Quito-Ecuador:Corporación Editora Nacional
- Zea Fernández, El Contrato de Obra por Encargo: Fuente, Título y Modo de Adquirir los Derechos Patrimoniales. Revista La Propiedad Inmaterial, No. 2. Primer Semestre 2001. Pág. 126.
- La Cruz, M. (2005). Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial. España; REUS.
- Ley de derecho de autor y derechos conexos de Guatemala (1998). Recuperado el 11 de agosto del 2017 de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/gt/gt002es.pdf>
- Ley de propiedad Intelectual. (1998). Registro oficial N° 320 del 27 de marzo de 1998.
- Lipzysc, D. (1993). Derechos de autor y derechos conexos. Argentina. Ed. Unesco, Cerlac, Zavalía. p. 380
- Lomeli, M. (2016). La importancia del contrato en la obra por encargos. Revista startup Legal. México. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <http://startuplegal.mx/2016/02/25/la-importancia-del-contrato-de->

obra-por-encargo/

- López, C. (2016). Derechos Morales. España. Recuperado de www.institutoautor.org/es-ES/SitePages/corp-ayudaP2.aspx?i=279.
- Noguerol, A y Gómez, D. (2012). Derechos morales del autor. Epaña. Recuperado el 11 de agosto del 2017 de http://www.eoi.es/wiki/index.php/LOS_DERECHOS_MORALES_DEL_AUTOR_en_Propiedad_intelectual
- OMPI. (2002). IV Congreso Iberoamericano sobre derecho de autor y derechos conexos: La propiedad intelectual, un canal para el desarrollo. España. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_DA_PAN_02/OMPI_DA_PAN_02_T1_2A_2_S.pdf.
- Padilla, E. (2013). Estudios Socio- Jurídicos. Definir al autor desde la propiedad intelectual hasta el movimiento derecho y literatura. Colombia: Estudios Socios-Jurídicos.
- Pereda, E. (2014). ¿Quién es el autor de una obra por encargo?. Perú Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <https://mercadoinformado.wordpress.com/2013/04/07/obras-por-encargo-y-obras-creadas-en-una-relacion-laboral/>
- Pereda, H. (2014). Obras por encargo y obras creadas en una relación laboral. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <https://mercadoinformado.wordpress.com/2013/04/07/obras-por-encargo-y-obras-creadas-en-una-relacion-laboral/>
- Plazas, A. (1984) "Los derechos del autor en las relaciones autor-editor en las obras creadas por encargo", en "Estudios sobre Derecho de Autor", Ed. Temis. Bogotá. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de http://www.wipo.int/mdocsarchives/OMPI_DA_PAN_02/OMPI_DA_PAN_02_T1_2A_2_S.pdf
- Ramírez, J. (2014). Aplicabilidad de la responsabilidad extracontractual en los derechos de autor de propiedad intelectual en Chile; una perspectiva del s. XXI. Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia. No. 3
- Rodríguez, M. (2014). Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios. La protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas. Chile. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000300002.
- Rogel, C. (2003). Estudios Completos de Propiedad Intelectual. (2 a.ed.). España; REUS.

- Sánchez, R. (2014). Derechos de autor. España. Recuperado el 18 de septiembre del 2017 de <https://www.gerencie.com/>.
- Soberanes, J. (1994). Tendencias actuales del Derecho. México: UNAM
- Strong, W. (1995). El Libro de los Derechos del Autor. Buenos Aires: Heliasta.
- Uribe, M. (2008). Nuevos desarrollos de la obra creada por encargo. Recuperado el 21 de octubre del 2017 de <http://propintel.uexternado.edu.co/Pr0P1n73L-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2012/12/NuevosDesarrollosDeLaObraPorEncargo.pdf>.
- Uribe, M. (2012). El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral. Colombia. Recuperado el 21 de octubre del 2017 de <http://www.rengifoabogados.com/sites/default/files/EI%20Derecho%20de%20Autor%20en%20las%20obras%20creadas%20por%20encargo%20y%20en%20el%20marco%20de%20una%20relaci%C3%B3n%20laboral.pdf>
- Viña, C. (2012). La Propiedad Intelectual. México D.F: Trillas.
- Winegar, J. (2009). Propiedad Intelectual principios y ejercicio. Colombia. Recuperado el 21 de octubre del 2017 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/estlib/>
- Zapata López, F. y Alvarado Baena, V. (2002). El Régimen de Transferencia de los Derechos Patrimoniales de Autor. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pág. 154.

