



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities

FACULTAD DE DERECHO

“FALSIFICACIÓN COMO FORMA DE COMPETENCIA DESLEAL EN LOS DERECHOS
DE AUTOR Y DE MARCAS”

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

Profesor Guía:

Dra. Janet Hernández Cruz

Autor:

Diego José López Vázquez

Año

Año:

2013

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el 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”

.....
Janet Hernández Cruz

DOCTORA

CI: 171605106-3

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

.....

Diego José López Vázquez

CI: 171618094-6

AGRADECIMIENTOS

A la Dra. Janet Hernández, que con profesionalismo y dedicación me ha guiado en la elaboración de esta tesis, a Camila Moreano, que ha sido mi fuente de inspiración por su constante apoyo.

DEDICATORIA

Con mucho cariño y gratitud, este trabajo se lo dedico a mis padres Diego y Anita, quienes incansablemente han luchado para que pueda culminar mis estudios.

RESUMEN

Los derechos de propiedad intelectual tanto a nivel nacional como internacional deben ser debidamente protegidos por el Estado y por los tratados internacionales vigentes, son derechos conducentes al desarrollo de la sociedad gracias a los aportes inventivos provenientes del ingenio y el intelecto humano.

Este trabajo está enfocado en lograr un llamado de atención hacia la sociedad y las autoridades encargadas de velar el cumplimiento de los derechos intelectuales, mediante una correcta aplicación de normas jurídicas para lograr la tutela de los derechos de autor y de marcas, logrando disminuir los índices de competencia desleal que afectan no solamente a los titulares de los derechos, sino que también a la sociedad en general.

La falsificación es un fenómeno que puede darse por distintos medios, que cual ocasiona severas pérdidas al país y desestimula a la industria nacional, y a la creación de nuevas obras intelectuales. La falta de control de estos actos favorece al ejercicio de actos antijurídicos que se ven reflejados en competencia desleal.

ABSTRACT

The intellectual property rights both national and internationally should be adequately protected by the state and by international treaties; they are conducive rights for the development of society through contributions from the inventive wit and intellect.

This paper focuses on making a warning to society and the authorities responsible for ensuring the fulfillment of intellectual property rights, through proper application of legal rules to ensure the protection of copyright and trademark, decreasing rates of unfair competition that affect not only the rights holders, but also to society in general.

Counterfeiting is a phenomenon that can occur for various means applied, which causes several losses to the country and discourages domestic industry, the creation of new intellectual works. The lack of control of these acts is intended to exercise anticompetitive acts that are reflected in unfair competition.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
DEFINICIÓN Y NOCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL	2
1.1. Historia y antecedentes de la competencia desleal.	2
1.2. Significado de la competencia desleal.	4
1.3. La competencia desleal en el ámbito de la Propiedad Intelectual.	5
1.4. Publicidad comparativa y publicidad engañosa:	9
1.5. Normas pertinentes para la protección sobre los derechos de autor y de marcas en el Ecuador.	16
CAPITULO II	19
LA FALSIFICACIÓN COMO MEDIO DE COMPETENCIA DESLEAL	19
2.1. Concepto de falsificación.	19
2.2. Fines y objetivos de la falsificación.	20
2.3. Similitud con marcas y derechos de autor.	22
CAPITULO III	30
LA COMERCIALIZACION Y MEDIOS DE DIFUSION DE PRODUCTOS FALSIFICADOS.	30
3.1. Comercialización de marcas y obras falsificadas.	30
3.1.1. Comercialización de marcas y bienes protegidos por derechos de autor idénticos a una registrada.	31
3.1.2. Comercialización y uso de marcas e y bienes protegidos por derechos de autor similares o parecidas a la de un tercero sin autorización.	34

3.2. Medios utilizados para la reproducción de productos y servicios falsificados.	36
CAPITULO IV	39
LA FALSIFICACION COMO DELITO Y PROTECCION DE DERECHOS DE AUTOR Y DE MARCAS	39
4.1) Necesidad de protección de derechos de autor y de marcas.	39
4.2. Perspectivas sobre la falsificación y sus sanciones:	44
4.2.1. Perspectivas penales.	44
4.2.2. Perspectivas Civiles.	49
4.2.3. Perspectivas Administrativas.	52
4.4. La falsificación como delito.	56
4.5. Sanciones y penas a los infractores de los derechos de autor y de marcas.	61
CAPITULO V	66
LA FALTA DE REGULACION	66
5.1. La susceptibilidad de las normas de control sobre falsificación y otras infracciones en Derechos de Autor y de Marcas.	66
5.2. Falta de mecanismos de control a nivel nacional.	70
5.3. Necesidad de fortalecer y viabilizar los sistemas de control sobre la falsificación.	71
5.4. Propuestas de mejoras en control y sanciones hacia la falsificación.	73
CAPITULO VI	76
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	66
6.1 Conclusiones	76
6.2 Conclusiones	77

REFERENCIAS	78
ANEXOS:	80

INTRODUCCIÓN

El Ecuador a lo largo de la última década, ha enfrentado serios problemas económicos y sociales derivados de la falta de control estatal en cuanto a derechos de propiedad intelectual se refiere, sobre todo respecto a los derechos de autor y las marcas, por lo que es un deber de todos los ecuatorianos involucrarnos activamente en la protección de las creaciones intelectuales para preservar el bien común, logrando fortalecer la industria nacional y promoviendo a que nuestro mercado sea internacionalmente seguro y atractivo.

Mediante los métodos inductivo, descriptivo e histórico, se buscará estudiar a fondo la falsificación desde distintas perspectivas del derecho, analizando los daños y prejuicios que produce este fenómeno dentro del mercado nacional e internacional, verificando si las normas vigentes y los sistemas de control son mecanismos efectivos que contribuyen efectivamente a la lucha contra la falsificación como forma de competencia desleal.

La falsificación es una práctica anticompetitiva que en un primer plano afecta al titular de un derecho intelectual, sin embargo, nos compete profundizar el tema y asociarlo a las actividades diarias, entendiendo el daño económico y moral que produce a toda la sociedad.

Este trabajo de titulación ha sido inspirado en las experiencias y conocimientos de su autor, tomando en cuenta su preocupación con la ineficacia de los mecanismos de control de la falsificación como forma de competencia desleal, para lo cual se cuenta con varias fuentes y perspectivas del derecho, destacándose que los autores de los cuales se ha obtenido una mayor motivación sobre el tema son Jorge Otamendi y Guillermo Cabanellas.

CAPÍTULO I

DEFINICIÓN Y NOCIONES DE COMPETENCIA DESLEAL

1.1. Historia y antecedentes de la competencia desleal.

Para entender la importancia de la tutela efectiva de los derechos intelectuales y la lucha contra la competencia desleal, es fundamental hacer un breve preámbulo sobre los inicios de los derechos de la propiedad, y consiguientemente, los derechos del intelecto y sus inventos.

Analizando el entorno mundial, debemos señalar al Convenio de Paris, el cual ha sido objeto de varias revisiones y enmiendas, en busca de la protección de derechos intelectuales, estos son los siguientes:

- Bruselas, el 14 de diciembre de 1900;
- Washington, el 2 de junio de 1911;
- La Haya, el 6 de noviembre de 1925;
- Londres, el 2 de junio de 1934;
- Lisboa, el 31 de octubre de 1958;
- Estocolmo, el 14 de julio de 1967.

Partiendo del Acuerdo de Estocolmo (Suecia), en su artículo 10, literal a) ya podemos tomar un punto de partida hacia la lucha contra la competencia desleal, donde encontramos lo siguiente: *“Los países de la unión se comprometen a asegurar a los nacionales de los países de la Unión, la protección efectiva contra la competencia desleal”*. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 1967).

Además es fundamental destacar que tras este acuerdo, se dio mayor relevancia e importancia a esta lucha, a raíz de cual, se creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ente que nació de la ONU con el

fin de regular las relaciones entre agentes de propiedad intelectual, así mismo de proteger las obras del intelecto humano.

Sin embargo, hay que destacar que en el Ecuador, hasta antes de mayo de 1998 no existía una norma expresa que regule la competencia desleal, pues esta tenía un tratamiento desde el ámbito Civil, haciendo referencia a los delitos y cuasidelitos. A raíz de este criterio, se añadió el planteamiento de actos desleales, tipificados como aquellos contrarios a usos o costumbres honestos, lo cual se exterioriza como una deslealtad tanto para la sociedad como para el titular de un derecho.

Posteriormente, el Ecuador entra a ser parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC) lo que conduce a la adhesión al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) o en inglés (TRIP's), el cual se enfoca en establecer grados mínimos de protección que cada gobierno debe otorgar a los asuntos de propiedad intelectual de los demás Miembros de la OMC.

El Ecuador dio el paso más importante sobre la defensa de derechos intelectuales mediante la creación y promulgación de la Ley de Propiedad Intelectual, en mayo de 1998. Esta norma jurídica contempla la figura de la competencia desleal, y la obligación de un debido control y regulación por parte del Estado.

Para conflictos de esta naturaleza, se ha otorgado al IEPI y al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para llevar a cabo todo asunto referente a este tema, mientras se analiza la implantación de jueces de Propiedad Intelectual.

Dentro del sistema jurídico latinoamericano, una verdadera unificación de normas en esta rama del derecho, es la Decisión 486 denominada "Régimen Común sobre Propiedad Industrial".

1.2. Significado de la competencia desleal.

Gracias al cuerpo normativo antes mencionado, se realiza un enfoque claro y preciso en cuanto a la competencia desleal especialmente relacionada a la propiedad industrial, donde el tenor literal del capítulo XVI expresa:

“TITULO XVI

DE LA COMPETENCIA DESLEAL VINCULADA A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

CAPITULO I

De los Actos de Competencia Desleal

Artículo 258.- Se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos.

Artículo 259.- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

- a) cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;*
- b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; o,*
- c) las indicaciones o aseveraciones cuyo empleo, en el ejercicio del comercio, pudieren inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.” (Decisión 486, artículo 258-259, 2001).*

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado también nos brinda un criterio similar sobre las prácticas desleales en su artículo 25, el cual considera desleal a: “todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas”. Es de suma

importancia valorar la conciencia y voluntad con la que actúa la persona al realizar actos desleales, pues se sobreentiende que conoce a ciencia cierta el daño que está causando a un tercero.

1.3. La competencia desleal en el ámbito de la Propiedad Intelectual.

Analizando actualmente la figura de la competencia desleal, dentro de la legislación ecuatoriana, debe hacerse referencia a la transición que estamos viviendo en el país, a raíz de la publicación de la Ley Orgánica de Control del Poder de Mercado, ley de carácter “orgánico”, a la cual deben adaptarse todas las leyes de rango inferior.

En particular, la Ley de Propiedad Intelectual, es un cuerpo normativo “ordinario”, inferior a las leyes orgánicas o especiales, por lo que debe ajustarse a las disposiciones de la Ley de Control del Poder de Mercado. Específicamente, los asuntos referentes a “competencia desleal” han pasado a ser competentes para la ley orgánica antes mencionada, lo que ha ocasionado la derogación de de varios artículos de la Ley de Propiedad Intelectual, como el 284, 285, 286 y 287.

Las prácticas desleales, que han pasado a ser atribución de la Ley de Control del Poder de Mercado, empiezan a ser detalladas en el artículo 27, que hace mención a actos de confusión, de engaño, de imitación, de denigración, de comparación y explotación de reputación ajena.

Así mismo, debemos destacar al artículo 25 de la misma ley, que define a las prácticas desleales como “todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en todas las actividades comerciales”. Por lo que debe considerarse a la falsificación como el conjunto de actos fraudulentos, realizados de manera consciente y voluntaria.

La falsificación, es un fenómeno que se ha acrecentado de manera incontrolable, ocasionando severas pérdidas económicas, y sobre todo,

creando un ambiente de libertad para que los comerciantes informales puedan insertarse en el mercado.

Un factor fundamental que cambió el rumbo de la tecnología y la industria, fue la creación de la imprenta, mecanismo por el cual se reproduce cierta información, ya sea escrita o gráfica, sobre un papel u otro elemento similar. De la mano de la imprenta, aparece la reproducción de documentos (libros, retratos, propagandas, obras literarias, etc.). La reproducción ha crecido en gran medida, de tal manera que ha motivado al legislador, a crear distintas leyes en busca de la defensa de los creadores de obras así como de implementar leyes para el registro de signos distintivos.

Con el fin de ampliar el concepto de competencia, debemos tomar en cuenta que dentro de un mercado común deben existir dos o más personas dedicadas a las mismas actividades, ya sea con la fabricación de productos o prestación de servicios. Una manera de ejemplificar este enunciado es: si la empresa A fabrica lentes y gafas, la empresa B debe necesariamente realizar productos iguales o parecidos. Dándose lo antes mencionado, necesariamente debe existir una afectación hacia la empresa A, ocasionada por la empresa B, donde la segunda llega de manera ilegítima logra confundir al cliente y perjudica su relación con la persona inicial, beneficiándose ilegítima e injustificadamente.

Es por esto que los legisladores deben velar por una competencia limpia y justa, donde exista un fuerte control hacia los infractores, y caso contrario, quien se sienta perjudicado por la violación de derechos intelectuales, pueda acudir ante la justicia y exigir una sanción frente al tercero ilegítimo que le hubiere perjudicado deslealmente.

Se conoce que a nivel americano, específicamente en los Estados Unidos, se dio un paso fundamental al reconocimiento de los derechos de autor, que fueron reconocidos en la constitución de 1787, sin embargo, tuvieron que pasar apenas tres años para que exista una fuerte regulación y sanciones a sus

violaciones. Por otro lado, analizando el caso argentino, encontramos la implantación de principios jurisdiccionales como “derechos de los autores e inventores” reconociendo al inventor como propietario de su obra o descubrimiento.

En 1889, en Montevideo (Uruguay) se da la primera reunión sudamericana para tratar la protección de derechos de autor y propiedad industrial, donde participaron Uruguay, Argentina, Bolivia, Paraguay y Perú en el denominado “Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado”.

El factor esencial en esta rama del derecho es la innovación que debe existir sobre las creaciones intelectuales, tanto en derechos de autor como en el derecho de marcas, en el primer caso, debe demostrarse que la obra en disputa no está posicionada en el mercado, por lo cual su canción no es una copia o imitación de una ya existente, sino que cuenta con suficiente distintividad frente a sus competidores.

Encontramos dentro de la doctrina argentina a Dalmacio Vélez Sarsfield, abogado, jurista y político, quien fue el creador y relator del Código Civil argentino, quien impulsó la protección a los autores de distintos campos, manifestando:

“Las pinturas, esculturas, escritos e impresos, serán siempre reputados como principales cuando el arte tenga mayor valor e importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino o piedra a que se hallasen adheridos”. (Código Civil Argentino, art. 2335, 2011).

En los Derechos de Autor, así como los Derechos de Propiedad Industrial, se han logrado importantes avances, tanto en América como en el mundo entero, con la aprobación de normas, leyes y tratados encargados de proteger a los creadores de obras, dando paso a la implantación de la Organización Internacional de Propiedad Intelectual (OMPI) así como de órganos de

Propiedad Intelectual de cada país, en nuestro caso, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) creado por la Ley de Propiedad Intelectual.

De los enunciados anteriores, se puede hacer referencia al concepto de “libre competencia”, y entender a este como un principio de libertad del ser humano para participar en el mercado, sin estar sujeto a barreras para captar al público consumidor. Este enunciado demuestra la libertad de elección del consumidor respecto de que producto o servicio desea adquirir.

De la premisa antes mencionada, se desprende el derecho del consumidor a escoger los bienes que desea adquirir, sabiendo que este siempre buscará los de mejor calidad, la cual viene de la mano de su productor y su nombre en el mercado. Motivo por el cual, los competidores se verán en la necesidad de optimizar los productos o servicios ofertados al público, con el fin de conservar su capacidad competitiva.

Entendiendo lo anterior observamos que de cualquier manera existirá un enfrentamiento, rivalidad, etc., es por eso que se debe determinar las pautas que se deben seguir para respetar el derecho del competidor, sin vulnerar el libre acceso al mercado. Es por esto que se debe entender que las normas jurídicas deben adecuarse de tal manera que puedan brindar seguridad a los productores a competir limpiamente y a los consumidores a acceder libremente a los bienes que busca adquirir. Donde siempre estarán presentes los principios de libertad y lealtad.

Remitiéndonos a la historia, se considera como una fuente de inspiración de la libre competencia al economista y filósofo Adam Smith, quien publicó el texto “la riqueza de las naciones”, que hacía referencia al ser humano y su intelecto como eje fundamental en el comercio, y dejando en segundo plano a los medios de producción y comercialización.

A continuación se señalarán los principales fundamentos de la libre competencia:

- Libertad de decisión: esto es, el libre albedrío de quienes participan en el mercado y actividades comerciales, pueden ser tanto productores como consumidores.
- Incentivos para las empresas: es decir, que las empresas se sientan motivadas y encuentren una oportunidades para ingresar en el mercado, mas no trabas e inseguridades.
- No deben darse vicios ni para los consumidores ni para los productores: el fabricante no debe intervenir en la decisión del cliente al momento de escoger un bien, mediante engaño o disipación.

1.4. Publicidad comparativa y publicidad engañosa:

Consisten en la realización de cualquier acto publicitario con el fin de hacer creer al comprador que el producto en oferta tiene un origen o composición distinta al real, de tal manera que el origen, por su reconocimiento o prestigio, implicaría mayor atracción sobre el cliente.

Respecto a los actos de confusión, el problema surge no solo desde el punto de vista de la afectación del creador de la obra o la marca, sino que también recae sobre el público consumidor, pues este no termina comprando lo que inicialmente quería comprar.

Podemos entender que la confusión se crea en el momento en que una persona compara una marca con otra, ambas dejan el mismo recuerdo o impresión, creando una sensación de dificultad al diferenciar la una de la otra.

Tomando en cuenta los principios de la confusión, se hará referencia a la distinción planteada por Jorge Otamendi conforme a la confusión directa y la confusión indirecta, siendo estas:

- Directa: Hace que el comprador adquiera un producto determinado, convencido de que está comprando otro. (Forma más común de la confusión).

- Indirecta: Se da cuando el comprador cree que el producto buscado tiene un origen, un fabricante determinado, o que ese producto pertenece a una línea de productos de un fabricante distinto de quien realmente los fabricó.

Debemos hacer una puntuación sobre las distintas clases de confusión, dentro del derecho de marcas que se generan a raíz de la falsificación:

A.- Confusión Visual:

Entendiendo a un signo distintivo como un elemento conformado por palabras, frases, dibujos o etiquetas, conlleva la difícil tarea de ser identificado dentro del mercado frente al resto, por el riesgo de confusión que podría ocasionar ante los consumidores.

Debe entenderse que los signos en varios casos, son conocidos y quedan en la mente de las personas no por su denominación, sino por su gráfico o logo distintivo, la parte gráfica estaría predominando sobre la denominativa.

Podría determinarse como ejemplo la asociación mental que una persona crea al verse frente a ropa donde consta un visto, inmediatamente se crea la impresión de que se estaría ante productos de la marca "NIKE". Es aquí donde influye la experiencia del cliente al recordar productos de esta misma marca, y se determina que es un producto notoriamente reconocido en el mercado.

Dentro de la confusión visual existe mucha incidencia de los colores predominantes en la parte gráfica de las marcas, pues permite con mayor facilidad asimilar a que se refiere, por ejemplo cualquier marca enfocada al sexo femenino, es relacionada inmediatamente con el color rosado.

En los casos de la confusión visual, la competencia desleal se ve inmersa en la imitación de marcas reconocidas desde el contorno ortográfico, donde se observa un gran parecido en la pronunciación de las palabras, ya sea dentro de su prefijo o sufijo, así también del conjunto del signo.

B.- Confusión Auditiva:

Existe confusión auditiva en el momento en que la pronunciación de los signos se asemeja de manera significativa, es decir, en el momento que un tercero quiere aprovecharse ilegítimamente del buen nombre de un signo mediante uno nuevo que al momento de ser nombrado suene como el ya existente y permita una asociación, confusión, donde el cliente vea como parte del mismo negocio, o en varios casos, una filial del mismo. Ese caso lo observamos con los “POLLOS KOKO-RICO” y los “POLLOS KIKI-RIKI”

Es de gran importancia hacer referencia a la pronunciación de las palabras o signos en disputa, los cuales deben ser claramente diferenciables el uno del otro, pues de no contar con la suficiente distintividad, atentan contra los principios de distintividad dentro de la propiedad intelectual, por lo tanto, nos veríamos involucrados ante un claro caso de competencia desleal, es aquí donde la Superintendencia de Control del Poder de Mercado debe actuar como autoridad y evitar este tipo de confusiones, donde el principal afectado es el público consumidor.

Es importante destacar que la mayoría de casos de confusión auditiva conducentes a la falsificación se da con la variante de letras de igual o muy similar pronunciación como por ejemplo:

- S – Z,
- C – S,
- C - Z
- M – N,
- J – G,
- C – Q,
- C – K,
- K – Q,
- X – S,
- Inclusión y exclusión de la letra H.

C.- Confusión Ideológica:

Puede ser denominada confusión ideológica o confusión conceptual, y tiene que ver con la experiencia y los recuerdos captados por una persona al momento de adquirir algún producto o servicio, o simplemente haber captado alguna información mediante publicidad.

Así también se puede describir a la confusión ideológica como un conjunto de actos desleales que limitan el desarrollo de un tercero y perjudican en sus actividades económicas, por lo tanto se estaría atentando contra la buena reputación obtenida por el titular de la marca frente al público consumidor, la cual se crea en el momento en que una persona compara una marca con otra, ambas dejan el mismo recuerdo o impresión, creando una sensación de dificultad al diferenciar la una de la otra.

Es importante tomar en cuenta que para que exista una confusión ideológica, debemos tomar en cuenta a la comparación que puede crear el usuario sobre dos signos semejantes, como por ejemplo “Colombian Dark Coffee” y “Café Negro de Colombia”, si bien ambas son fonéticamente distintas, incluso la pronunciación varía notablemente, se observa claramente que ambos signos intentan identificar a un mismo tipo de productos, en idiomas distintos, pero que crean en el consumidor una sensación de estar adquiriendo el mismo producto sino en una distinta presentación.

Tomando en cuenta los principios de la confusión, se hará referencia a la distinción planteada por Jorge Otamendi conforme a la confusión directa y la confusión indirecta, siendo estas:

- Directa: Hace que el comprador adquiera un producto determinado, convencido de que está comprando otro. (Forma más común de la confusión).

- Indirecta: Se da cuando el comprador cree que el producto buscado tiene un origen, un fabricante determinado, o que ese producto pertenece a una línea de productos de un fabricante distinto de quien realmente los fabricó.

Hay que hacer una mención especial sobre el trato que debe darse a la publicidad comparativa a nivel nacional y para eso hay que tomar como referencia el artículo 27 de la Ley Orgánica de Control de Poder del Mercado, en su numeral 5, el cual manifiesta:

*“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” (2012)*

En cuanto a los actos de engaño, se los puede determinar como aquellos donde una persona tiene ilegítimo interés de aprovecharse de una marca legalmente reconocida, logra inducir a error a las personas que están siendo parte del mercado y el consumo.

El error antes indicado al que inducen los actos de engaño, hace referencia a la naturaleza, medios de fabricación o reproducción, características, calidad y cantidad de los productos y los beneficios, ventajas o utilización del bien que se va a adquirir.

Un enunciado que debe ser tomado en cuenta, es el referente a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la cual define a la publicidad engañosa 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”. (artículo 2 2000).

Debemos tomar en cuenta que el error producido sobre la persona, surge una vez que se ha tergiversado el origen y las características del bien que se está comercializando ese momento. El error puede darse mediante cualquier mensaje que se dirija a la gente, de manera explícita o implícita, por ejemplo, cuando el ofertante, entrega datos falsos o inexactos, por lo cual se convence al cliente. Debe también entenderse que se llega a actos desleales y anticompetitivos si alguien usa una marca ajena para atraer clientela, y venderlos con una denominación o una copia de estos, donde la afectación se da no solo sobre el titular del derecho, sino también sobre el público consumidor y los competidores.

Dentro de los actos de engaño, la manera más común de materializar este ilícito, es mediante la publicidad engañosa, la cual hace que el cliente piense que está adquiriendo algo, y realmente no lo hace, sino que adquiere otra cosa distinta a la cual quiso acceder, o la misma pero con distintas características, algunos casos son:

- La compra de una prenda de vestir, como una camisa marca “Tommy Hilfiger”, donde en un local comercial no autorizado se ofrecen prendas de vestir originales extranjeras a bajos costos. Sin embargo, dichas prendas adquiridas no eran originales, siendo la camisa adquirida, fabricada en el Ecuador, en la cual se bordó una copia original a la de las camisas “Tommy Hilfiger” auténticas. En consecuencia, la persona que compró la camisa, fue víctima del engaño y por lo tanto del error, y pagó menor valor al de la tienda original, obteniendo una copia muy similar a la camisa que buscaba.

- Los anuncios de comida en restaurantes, donde se muestra en la foto de cierto plato, por ejemplo del combo de una hamburguesa de 300g con tocino, lechuga tomate, aguacate y cebollas más un plato de papas fritas y una gaseosa de 20oz. Al momento de adquirir el combo, a esta persona le sirven una hamburguesa pequeña, con una carne muy pequeña, sin tomate ni tocino, sino solo una lamina de lechuga y dos cebollas pequeñas, con una porción de 3 papas fritas y el vaso de gaseosa.
- También existen casos, donde las empresas o personas naturales oferentes de cierto producto utilizan letras diminutas e ilegibles con la intención de que el cliente no las perciba, la mayoría de casos se puede encontrar en cuanto al valor del IVA que se adiciona a una compra.
- Por otro lado, existen muchos casos donde se puede apreciar una exageración sobre los beneficios y ventajas del bien que se oferta, la mayoría de casos se pueden observar en productos medicinales, donde el vendedor hace pensar que cierto bien le va a curar muchos de los males y que es milagroso, valiéndose de la ignorancia del consumidor.

Dentro de los actos de competencia desleal referente a la publicidad, es importante explicar el concepto de la publicidad comparativa, la cual se diferencia de la publicidad engañosa debido a que esta se enfoca en la comparación de las características y beneficios que brinda el objeto de su oferta frente al resto, por lo general se lo realiza comparando a un proveedor directo, es decir, que comercializa productos o servicios de su misma clase.

Existe una importante disputa en cuanto a la publicidad comparativa al momento de la realización de la oferta, porque quienes han sido acusados de utilización de publicidad comparativa como competencia desleal, argumentan que no es una denigración del competidor, sino que están haciendo uso del derecho del consumidor a ser informado, sin embargo, la doctrina y la sociedad demuestran un rechazo a la comparación al momento de realizar una oferta.

Actos de denigración:

Son aquellos mediante los cuales un tercero de manera ilegítima, trata de menospreciar a su rival en el mercado, buscando desprestigiar su buen nombre y reconocimiento ante los consumidores.

Quien realiza actos de denigración, resulta ser una persona dedicada a la comercialización de bienes o servicios similares a la un tercero, por lo que encuentra la posibilidad de aprovecharse y conseguir protagonismo ante los consumidores mediante el desprestigio de un competidor directo, esto implica referirse públicamente de manera negativa sobre cierta marca, donde las consecuencias son la pérdida de clientela y buen nombre de una persona o una empresa frente al mercado.

1.5. Normas pertinentes para la protección sobre los derechos de autor y de marcas en el Ecuador.

Anticipadamente ya se ha hecho una recopilación de normas provenientes de distintos ordenamientos jurídicos, tanto nacionales como internacionales, aplicables a estas conductas. Sin embargo, se considera pertinente dar a conocer los cuerpos legales supranacionales aplicables a nuestro país, y del Ecuador mediante los cuales una persona que se sienta vulnerada, puede hacer uso de su derecho a la tutela efectiva.

En marzo de 1883 se establece el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el cual posteriormente fue revisado en Bruselas en 1900, en Washington en 1912, en La Haya en 1925, en Londres en 1934, en Lisboa en 1958, en Estocolmo en 1967 para que posteriormente sea enmendado en 1979, tras este extenso periodo esta norma fue reconocida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en 1990. Este cuerpo jurídico comprende la protección sobre patentes de invención, modelos de utilidad, dibujos o modelos industriales, marcas de fábrica o comercio, marcas de servicio y nombres comerciales, denominaciones de origen y así también la

normatividad en cuanto a la lucha contra la competencia desleal. Esta norma insta a que todos los países deben otorgar a cada uno de los ciudadanos sea cual sea su nacionalidad a que reciban la misma protección tanto dentro como fuera de su país.

En la ciudad de Berna en julio de 1971 nació el Convenio de Berna que posteriormente fue enmendado en octubre 1979. Este tratado internacional está enfocado en la protección de los derechos de autor en cuanto a obras literarias y artísticas, además busca brindar protección a obras científicas concernientes al desarrollo tecnológico y social de los Estados. En este convenio ya se hace mención a los derechos morales que anteriormente fueron explicados.

En el año de 1952 en la ciudad de Ginebra se estableció la Convención Universal Sobre Derecho de Autor que posteriormente fue revisada de París en 1971. Este ordenamiento jurídico hace un llamado a que los Estados contratantes implanten todas las medidas necesarias para brindar una protección de derechos de autor, adhiriendo obras musicales, dramáticas, cinematográficas y de pintura, grabado y escultura.

En 1961 se estableció el Convenio de Roma, encaminado a la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radio difusión, contando con la subscripción de 83 países.

El Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) es un instrumento realizado en Ginebra en 1996 y posteriormente publicado en el 2002. En su contenido insertó como elementos de protección jurídica a los programas de computadora así como programas de almacenamiento de datos.

Por último, en el ámbito supranacional, debe hacerse referencia a la Decisión 486, conocida también como Régimen Común sobre Propiedad Industrial, así como también la decisión 351 referente a Derechos de Autor y Derechos

Conexos. Es importante mencionar que la Constitución de la República del Ecuador dentro de su ordenamiento jurídico determina que los tratados y acuerdos internacionales son jerárquicamente superiores de la misma Constitución y las demás leyes, ordenanzas y reglamentos. Con el planteamiento antes explicado se desprende la conclusión de que la Ley de Propiedad Intelectual debe ajustarse a las disposiciones de la Decisión 486.

Dentro del ámbito nacional, en primer lugar encontramos a la Ley de Propiedad Intelectual norma que entró en vigencia con el fin de que el Estado ecuatoriano pueda brindar una protección a todas las creaciones intelectuales pues estas son fundamentales para el desarrollo tecnológico y económico de la sociedad. Se desprende que sin una correcta aplicación de esta norma, se violan los principios de la libre competencia.

La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado publicada en el presente año (y su Reglamento en vigencia desde el 23 de abril, 2012) la cual tiene como una de sus finalidades recopilar principios generales de derecho en temas de mercado y competencia con el fin de solventar los vacíos legales existentes.

Es necesario hacer una mención especial al Código Orgánico Integral Penal, el cual se encuentra en discusión en el pleno de la Asamblea Nacional y va a ser objeto de segundo debate. Este código actualmente sirve como un referente, mas no como una fuente de derecho debido a que aún no ha sido aprobado ni publicado en el Registro Oficial.

CAPITULO II

LA FALSIFICACIÓN COMO MEDIO DE COMPETENCIA DESLEAL

2.1. Concepto de falsificación.

Como punto de partida al estudio de la falsificación, y en general las infracciones y delitos, debemos entenderlos a estos como el conjunto de actos conducentes a perjuicios tanto económicos como sociales. Donde los daños se traducen a daños patrimoniales y morales.

Conceptualmente, se puede denominar a la falsificación como la modificación o alteración de bienes o servicios, mediante copias idénticas o similares a la creación original.

Los casos más conocidos tienen que ver con falsificaciones y reproducciones ilícitas de billetes, así como de documentos públicos y privados, que se sitúa en la esfera de delitos contra la fe pública, y resulta totalmente aislado del marco de la propiedad intelectual, por lo que no será tratado.

Para que la falsificación se torne tangible, debe tomarse en cuenta el concepto de “actos de imitación”, o también conocidos como de “comparación”, los cuales deben ser entendidos como toda acción que implique el aprovechamiento de la reputación o del esfuerzo ajeno, mediante la asociación entre los bienes o servicios originales y los falsificados. El concepto de deslealtad, aparece con la imitación fraudulenta de un tercero, con el fin de evitar que un competidor logre su asentamiento en el mercado.

Estos actos de comparación se convierten en desleales en el momento en que la persona que se involucró en el mercado, busca obtener algún beneficio o aprovechamiento indebido de la reputación que un tercero ha conseguido.

Entendiendo los factores de la comparación y la imitación, el daño se materializa frente a la explotación de la reputación ajena con el fin de obtener un reconocimiento del buen nombre en el mercado, por lo que insistimos, se observa un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

Con dicha explotación, el sujeto pasivo, logra atraer clientela de manera ilegítima, bajo una reputación ajena de la cual nunca fue partícipe, entendiendo que un tercero ha trabajado por obtener ese buen nombre sin colaboración alguna de quien se está beneficiando sin una respectiva autorización.

2.2. Fines y objetivos de la falsificación.

Para entender la afectación y los fines de la falsificación, debemos resaltar que, el creador de una obra intelectual, así como el titular de una marca, adquieren el derecho de reproducir libremente y poner en el mercado sin restricción alguna sus creaciones.

Este derecho, conlleva la capacidad de que el creador por sus propios derechos, o mediante un tercero debidamente autorizado, puedan reproducir o duplicar por cualquier medio su creación y así llegar al público consumidor, motivo por el cual, se puede explotar dicha obra y obtener beneficios patrimoniales de esta.

La falsificación, es un fenómeno que afecta tanto a los autores de obras intelectuales y los titulares de marcas, sino que a la sociedad en términos generales, pues aumenta la reproducción ilícita, así como también desestimula la producción nacional de obras, ocupando un gran rol en la economía nacional e internacional.

Uno de los campos del derecho donde encontramos mayores niveles de vulnerabilidad a la libre competencia es el referente al Derecho de Propiedad Intelectual, sin embargo se debe tomar en cuenta la disyuntiva existente en el

mercado mundial, debido a que el registro de una marca o el reconocimiento de un derecho de autor otorga derecho de exclusividad sobre su fabricación y comercialización. Este derecho, otorga el principio “ius prohibendi”, lo que implica que el creador, puede obligar a que ningún tercero haga uso de sus obras o sus marcas, por lo tanto, nadie puede beneficiarse sin haber obtenido un consentimiento previo.

La Falsificación también puede ser analizada desde otros puntos de vista, donde sus principales efectos son una captación de clientela ajena y mejoramiento del rol en el mercado por medios contrarios a la buena fe, motivo por el cual, el acceso al mercado es ilegítimo y debe ser objeto de sanciones jurídicas.

Como se mencionó anteriormente, el principal afectado de la falsificación es el titular de la obra o el titular de la marca, resultando en primer plano, como el perjudicado o afectado jurídica y económicamente. Sin embargo no debemos enfocarnos en un plano netamente personal, porque detrás de este creador existen otros factores para que este haya podido llegar a dicha creación.

En primer lugar, debemos entender que para llegar a materializar una creación o producir bienes o servicios protegidos por una marca, la persona debió incurrir costos de fabricación, materiales, mano de obra, etc.

El objetivo principal de un falsificador, se enfoca en sacar del mercado a quien se introdujo legítimamente, ofreciendo al público consumidor productos o servicios iguales o muy similares al original, logrando así que su copia pueda ser comercializada, alivianando costos, evadiendo impuestos mientras que produce una disipación sobre el comprador, engañándolo, no solo por la similitud física, o las funciones de tal creación, sino que también convenciéndolo de que es producto original pero a precios más accesibles.

Existe perjuicio económico del creador, pues este no percibe ningún ingreso o utilidad de las ventas del producto o servicio falsificado, debido a que nunca se

ha otorgado derecho alguno para su utilización. Posteriormente se observa el perjuicio intelectual, pues el titular de un derecho de autor o de una marca tiene pleno derecho a su uso y explotación frente a los consumidores, gracias a su creación que ha sido el fruto de su intelecto y su ingenio, del cual un tercero está aprovechándose ilegítimamente, por la captación de clientela ajena. Sin embargo, debemos tomar en cuenta que la afectación no solo se centra en las pérdidas económicas, sino en el desprestigio, y el descrédito del creador original.

2.3. Similitud con marcas y derechos de autor.

La imitación, desde la doctrina puede ser conocida con varias denominaciones, como por ejemplo: copia, reproducción, calco, transcripción, plagio, entre otros. Sin embargo todos cuentan con un patrón común que es el aprovechamiento desleal del esfuerzo ajeno, creando distorsión de la imagen original mediante una confusión hacia el cliente, a continuación se explicará a breves rasgos el concepto de la confusión:

La confusión nace de todo acto idóneo conducente a producir un error de apreciación sobre la procedencia de un producto o un servicio que se ofrece en el mercado. Es por eso que el legislador, dentro de las normas de su Estado, debe incluir todos los mecanismos necesarios que garanticen la prohibición de estas prácticas desleales, debido a que perturban el funcionamiento competitivo del mercado, quitando la capacidad de ser justo y equitativo tanto para productores como consumidores, y a partir de esto, se generan distorsiones de mercado. Con este planteamiento, se determina que dentro del comercio, se produce una falla respecto de las ofertas, es decir, se pierde la claridad y precisión sobre lo que los productores ofrecen al público creando una sensación de inestabilidad e inseguridad en la sociedad.

En cuanto a la Propiedad Intelectual, esta competencia se puede materializar a través de la publicidad y el reconocimiento de una marca o un derecho de autor

en el mercado, es por eso que se busca defender la originalidad e ingenio de su creador.

Todo lo antes mencionado, está encaminado a la protección de la función distintiva de marcas y derechos de autor, resaltando la diferenciación que tiene, la creación o marca de cada persona o empresa sobre sus competidores en el mercado, lo cual se evita cualquier posibilidad de confusión con otro registro, sin permitir que se cree algún acto de imitación que perjudique al titular.

El Estado debe ser quien ejerza la tutela efectiva de los derechos de Propiedad Intelectual, mediante un organismo especializado y dedicado al registro, seguimiento y protección de cualquier creación sujeta a derechos de autor o de marcas; en el caso del Ecuador es la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el cual debe resolver todo aquello relacionado con temas de falsificación, plagio y competencia desleal. Este instrumento se presenta mediante una demanda, en la cual se debe solicitar la inspección y verificación de los derechos presuntamente violados. De ser comprobada la vulneración de derechos intelectuales, se podrá ordenar la aprehensión, remoción y custodia de bienes utilizados para infringir estas normas e incluso la clausura del local comercial donde se realizan estos actos ilícitos.

Una persona interesada en participar en actos de falsificación, debe contar con ciertos conocimientos técnicos, que le permitan lograr una copia similar al bien protegido, es decir, este posee preparación y conocimientos previos sobre la materia, que le permitan elaborar bienes falsificados. Dichos conocimientos deben estar enfocados en las técnicas de elaboración, lo que permite crear una gran similitud, y a la vez confusión en el consumidor al momento de adquirirlo.

Los signos distintivos pueden contener una parte denominativa, es decir, el nombre que protege, teniendo en cuenta, la pronunciación así como el conjunto de letras, que podrían relacionar un signo con otro. Es importante destacar que dentro del derecho de marcas, existe una clasificación internacional, conocida

como “NIZA”, la cual distingue a cada marca según los productos o servicios que este protege. Su ordenamiento va del número 1 al 34, como marcas de productos o, de fábrica, mientras que del número 35 al 45 protegen servicios.

Dentro de los signos distintivos reconocidos a nivel nacional podemos encontrar los siguientes:

- **Marcas:** Signos creados con el fin de distinguir productos o servicios ofertados en el mercado. Estas pueden ser clasificadas como marcas de productos o marcas de servicios.
- **Nombres comerciales:** Destinados a la protección de una actividad comercial o negocio dentro del mercado.
- **Lemas comerciales:** Su registro está encaminado a la protección de alguna frase o slogan publicitario con el cual, el consumidor pueda asociarlo a una marca. Es fundamental resaltar que un lema comercial no puede ser registrado por sí mismo, sino que depende de una marca original a la cual acompañe.
- **Marcas colectivas:** Su función es proteger ciertos productos o servicios provenientes de una asociación o grupo de empresas. En términos generales, los miembros de estas asociaciones buscan proteger el origen de sus productos o servicios con respecto a: zona de fabricación, materiales e instrumentos, y mecanismos de elaboración.
- **Marcas de certificación:** Cumple las mismas funciones que una marca colectiva, sin embargo la diferencia radica en la explotación de la misma, pues una marca de certificación no es exclusiva para los miembros de una asociación, sino que puede ser utilizada por cualquier persona que cumpla los estándares de calidad que esta exige.
- **Apariencias distintivas:** Se refiere a la presentación del local comercial donde se comercializan los productos o servicios, y tienden a la asociación mental del consumidor para diferenciar un establecimiento de otro. Dentro de las apariencias distintivas podemos encontrar ciertas características como: presentación y decoración del local, presentación de los productos, uniformes de los empleados, etc.

Es importante numerar las funciones de las marcas, que a raíz de la falsificación, se ven perjudicados perdiendo su valor comercial. Estas funciones son:

- **Función distintiva:** Se entiende como la parte esencial del signo, pues a partir de este principio, se entiende a un signo distintivo como único en el mercado. Se debe entender también que las marcas tienen el fin de identificar productos y servicios, entre los similares dentro de la sociedad, para que así el comprador pueda obtener una información clara del producto servicio al que está accediendo.
- A raíz de la función distintiva, deriva el buen nombre y prestigio de una marca en la sociedad, otorgándole a esta, una creatividad especial que le permite destacarse frente al resto, por lo que logra atraer a la clientela y aprobación frente a sus competidores.
- **Identificación de origen:** entendiendo que una marca puede convertirse en conocida gracias a la publicidad o marketing que se emplea sobre la misma, esta debe poseer suficiente claridad para demostrar los bienes o servicios que ella ofrece, pues sin una clara identificación del origen, el público consumidor, puede confundirla con el género al que esta representa. Siendo este un blanco fácil para la falsificación.
- **Función Publicitaria:** Este principio surge a raíz del derecho a la información que tiene el consumidor, en cuanto a la procedencia de lo que va a adquirir, para esto es indispensable que la oferta sea clara y precisa. La publicidad empleada sobre la marca, es el vínculo creado sobre el comprador, mostrándole los beneficios de esta y hasta cierto punto, creando una duda y un cotejo marcario frente a la competencia.

En cuanto a derechos de autor: podemos encontrar los siguientes ámbitos de protección:

- **Obras literarias:** Libros, artículos, novelas, cuentos, poemas, ensayos, publicaciones, o cualquier tipo de recopilación de información por medio de la cual una persona pueda exteriorice su intelecto.

- Obras audiovisuales: Pueden ser expresadas a través de interpretaciones musicales, gráficos y dibujos, los cuales, conjuntamente formen obras cinematográficas, programas de televisión, etc.
- Registro de publicaciones periódicas y programas de radio: son también reconocidos como derechos de autor, aquellas difusiones por medios de comunicación públicos, que sean claramente distinguibles, motivo por el cual, nadie puede tomarse el nombre el nombre de un tercero para la difusión de información.
- Obras artísticas y musicales: podemos encontrar dentro de este ámbito a interpretaciones musicales, esculturas, pinturas, dibujos, grabados, planos, mapas, fotografías, etc.
- Programas de ordenador (Software): Hacen relación a los sistemas informáticos y la innovación que se crea sobre cada aplicación que estos tienen, por lo tanto nadie puede explotar y comercializar cualquier tipo de programa informático.
- Fonogramas: Su registro tiene que ver con ciertos sonidos o melodías, utilizadas para determinados temas, y que van a ser comercializados.

Respecto al principio de la distintividad dentro de propiedad intelectual, el titular de un derecho de autor o de una marca, se vería afectado en el momento en el que el público consumidor busca acceder a cualquier producto o servicio en el mercado, pues de por medio se está valorando la capacidad industrial del productor, entendiéndose que detrás de este signo, está el proceso de análisis, estudio de mercado, producción, fabricación y distribución.

Reiterando un punto antes señalado, conocemos la existencia de mala fe que existe realizar actos de falsificación en Propiedad Intelectual, entendiéndose que existe una intención de causar daño y perjuicios ya sea directa o indirectamente por parte del falsificador al momento de intentar copiar o plagiar cierto producto en el mercado, es decir, este lograría obtener un beneficio de la reputación ajena, sin esfuerzo alguno, simplemente apropiándose ilegítimamente de factores ajenos de los cuales nunca fue parte. Obteniendo

clientela ajena en el mercado mediante engaños e imitaciones no autorizadas, por lo tanto, se entiende que esta persona no ha obrado con buena fe, sino maliciosamente.

Un punto determinante en el momento de la venta de productos imitados fraudulentamente es el dolo con el que actúa el falsificador, pues está consciente y sabe el daño que le causa al titular del derecho original, pues conoce que al sacar a la venta sus imitaciones disminuye las ventas de quien ha invertido tiempo, dinero y esfuerzo para posicionarse en el mercado.

Debemos referirnos a la falsificación como el origen de la desvalorización de los bienes ofertados en el mercado, lo que implica que empieza a carecer de sus características esenciales, donde su buen nombre se ve perjudicado por la mala fama que ha obtenido con imitaciones de mala calidad, lo que produce pérdida de clientela y de la demanda de los productos o bienes que está ofreciendo.

Esto también puede ser entendido mediante el análisis de las funciones de las marcas. A continuación se realizará una breve explicación de las funciones de las marcas, tomando como referencia al postulado de Guillermo Cabanellas en su libro "Marcas, designaciones y nombre comerciales":

- Función distintiva: Se considera como la principal función, la más importante y trascendental dentro de la Propiedad Industrial, pues, es indispensable al solicitar una nueva marca pues al carecer de esta función, no puede otorgarse el registro ante el IEPI, el cual busca evitar cualquier riesgo de confusión entre una marca y otra. Ante la falta de esta función, se dificultará la distinción y se corre el riesgo de que exista confusión entre las marcas cotejadas una vez que se las quiere introducir en el mercado. La función distintiva a diferencia del resto, es la única esencial y sin la cual no puede existir la marca, las demás funciones pueden ser discutidas e interpretadas de distintas maneras, pero una marca sí puede ser registrada. Cabanellas hace referencia a la postura de Ledesma (jurista argentino) quien menciona

la lealtad industrial y comercial, como medio de protección tanto para vendedores como para consumidores en el mercado, entendiendo así que al no existir distintividad entre dos o más marcas, se estaría incurriendo en prácticas desleales.

Además debe hacerse una especificación en cuanto a lo que conlleva esta función, pues la distintividad gira en torno a la denominación y a los productos o servicios que esta protege, mas no a su fabricante, calidad, etc. La función distintiva, no solo busca la protección del signo distintivo dentro del mercado, sino que también busca el control y cuidado de la calidad de todo tipo de producto o servicio que se está ofreciendo a la venta, debido a que si se toleraría signos sin distintividad, la copia y reproducción ilícita crecerían de gran manera impidiendo que se tenga un estricto control de calidad y perjudicando tanto a la competencia como al consumidor.

- Función de identificación del origen de los bienes y servicios: Esta función coincide en la anterior, pues trata de hacer una distinción entre las distintas marcas, pero resulta más específica pues su objetivo es que el cliente pueda identificar quien es el productor o distribuidor de determinado producto o servicio. Resulta una manera de identificar la calidad de lo que se va a adquirir en el mercado dependiendo de la persona que está ofertando el producto o servicio, sin embargo se debe recalcar que esta no es un función esencial y obligatoria para el registro de una marca, sino que sirve para facilitar el acceso al bien requerido por el cliente.
- Función de garantía de calidad: La calidad de una marca tiene a demostrar la procedencia de la misma, como un medio de garantizar la legitimidad y genuinidad de los bienes y servicios que van a ser ofertados en el mercado. También tiene que ver con la seguridad con la que cuenta un cliente al momento de hacer una compra y verse seguro de que sus productos provienen del titular del derecho, por lo tanto no existiría confusión sobre su origen y creación, por lo tanto cumplen por los estándares de calidad que exige la persona o empresa que los ha creado.

En términos generales se puede entender a la garantía de calidad como un parámetro para observar el proceso de elaboración del bien ofertado, teniendo en cuenta que sus materiales son genuinos y no son un genérico de mala calidad, lo cual brinda seguridad al cliente pues sabe que no está invirtiendo en cualquier cosa, sino en un bien con un plus adicional.

- Función publicitaria: La relación entre la función distintiva y la función de publicidad tiene que ver con la apariencia o imagen que brinda una marca ante el público, esto se presenta sobre los logotipos, emblemas o gráficos que acompañan a la parte denominativa de una marca, pues este elemento es que queda almacenado en la memoria del ser humano, y permite relacionar su experiencia con la posibilidad de adquirir un nuevo producto o servicio.

Exactamente lo mismo pasa con obras objetos de la protección de Derechos de Autor, como por ejemplo la copia de libros, donde el imitador no cuenta con el aval de una editorial que certifique su calidad, así como su empastado. Por otro lado, observamos el perjuicio que se crea a los autores de interpretaciones musicales, pues como se mencionó anteriormente, las canciones son alteradas, cambiándoles tonalidades, ritmo incluso haciendo mezclas con otras canciones, resultando en muchos casos desagradables para la persona que busca un artista o un grupo en específico. Así también ocurre con la imitación de cuadros, donde se ve afectado el pintor, pues este, para poder hacer un cuadro, ha obtenido mucha preparación y práctica, y en muchos casos, les lleva años terminar un cuadro o un retrato, del cual una persona busca sacar provecho transcribiendo a un nuevo cuadro, obviamente con imperfecciones y con materiales de mala calidad.

CAPITULO III

LA COMERCIALIZACION Y MEDIOS DE DIFUSION DE PRODUCTOS FALSIFICADOS.

3.1. Comercialización de marcas y obras falsificadas.

Una de las principales motivaciones para la realización de este trabajo es la alarmante cifra de falsificación de productos a nivel mundial, sobre todo dentro de Latinoamérica y el Ecuador. Tanto a nivel nacional como internacional las pérdidas ocasionadas por la fabricación y comercialización de bienes falsificados ascienden a millones de dólares de los Estados Unidos de América, siendo América del Sur uno de los más afectados.

A nivel nacional, en lo referente a derechos de autor, es imprescindible decir que la comercialización de productos falsificados es prácticamente absoluta, y cada vez se vuelve más incontrolable, tomando en cuenta que el sector discográfico (es uno de los más perjudicados, con un 98% de productos falsificados en el mercado, seguido por el sector audiovisual, con un promedio de 95%, y en cuanto a software un 69%, que causa aproximadamente 100'000.000 de dólares anuales, según la información brindada por el Tercer Congreso Nacional sobre la lucha contra la Falsificación y la Piratería.

Al momento de distribuir cualquier producto falsificado, el comerciante, busca de cualquier manera, evadir al fisco, motivo por el cual, el producto puede ser vendido a precios mucho más a bajos en el mercado, pues simplemente representa el gasto de fabricación del vendedor, evadiendo cualquier obligación tributaria. Con esta premisa, se observa claramente que la desvalorización de los productos se produce no solo sobre el producto objeto de la venta, sino que implícitamente se observa la afectación del titular de la obra o marca que se está imitando, entendiendo que el bien falsificado es una copia muy similar a la original con la cual el consumidor cree encontrar el mismo resultado que

buscaba, pero a precios sumamente inferiores. Un ejemplo muy común es el de los CD's de música, películas o programas informáticos, pues la persona no busca el CD como tal, sino busca la música, la película o el programa, como bienes inmateriales que no pueden ser palpables por el tacto, dando espacio a que el pirata pueda realizar una oferta del mismo contenido evadiendo el respeto a los derechos de Propiedad Intelectual y las normas vigentes, pudiendo ofertar lo que el consumidor busca a precios notoriamente inferiores.

El comercio y distribución de los productos falsificados tiende a situarse en lugares informales, como las veredas, pero incluso en muchos casos, pueden encontrarse en almacenes de las principales calles y avenidas de todas las ciudades, así como también se han podido establecer dentro de centros comerciales, sin restricciones ni control alguno. En muchas ciudades del Ecuador, encontramos a vendedores ambulantes en las principales esquinas ofreciendo discos de una amplia gama de temas, como películas, música y programas para computadora.

Se puede considerar muy crítica la situación de la piratería a nivel nacional, que muchas veces las películas no llegan a ser estrenadas oficialmente en los cines locales y los vendedores ambulantes ya las ofrecen en las calles. Lo mismo pasa con sistemas informáticos, los cuales no han sido lanzados oficialmente pero se los puede encontrar informalmente. Investigaciones y estudios han llegado a determinar que dentro del Ecuador la venta de películas y discos de música piratas, en un promedio del 95%. (*Diario El Hoy, 2011*)

3.1.1. Comercialización de marcas y bienes protegidos por derechos de autor idénticos a una registrada.

Por otro lado hay que mencionar otros ámbitos donde los falsificadores aprovechan la falta de control gubernamental para su beneficio, como por ejemplo:

- Prendas de vestir y accesorios: Es muy común encontrar en las calles ofertas de ropa y accesorios de las marcas más reconocidas a nivel nacional e internacional. Estas prendas suelen ser manufacturadas con materiales económicos y que no representan mayores gastos en su elaboración, a los cuales una vez finalizados, el falsificador añade una etiqueta o un bordado con el logotipo de la marca a la cual se está imitando. Muchos casos, tienen que ver con ropa deportiva, sobre todo con indumentaria de los equipos de fútbol, y por ejemplo, se puede encontrar la camiseta de cualquier equipo afuera de los estadios, a un precio aproximado de ocho dólares de los Estados Unidos de América, mientras que al querer adquirir la camiseta original en las tiendas autorizadas, se encuentra a un precio promedio de cuarenta y cinco dólares, y que al ser una diferencia significativa, resulta innecesario el gasto de tanto dinero para una persona de recursos limitados, si se puede conseguir una copia de la camiseta a menos de la tercera parte del precio de la original. Así mismo es de gran magnitud la falsificación de zapatos, los cuales son bordados y cocidos en lugares clandestinos, con una simple adhesión del logo, haciéndolos parecer originales. Lo mismo pasa con carteras, billeteras, aretes y demás accesorios para el uso humano, los cuales cuentan con similares características de fabricación, pero logran abaratar significativamente los costos, y evaden responsabilidades sobre pago de impuestos.

Podemos encontrar que la falsificación, ataca directamente tanto a bienes protegidos por derechos de autor y derechos de marcas. Podemos observar que los principales bienes afectados son los siguientes:

- Obras literarias: compuestas por libros, artículos, novelas, cuentos, poemas, ensayos, publicaciones, donde su creación está protegida como un Derecho de Autor, el cual prohíbe que una persona reproduzca esta obra sin autorización de su titular. Sin embargo en el país, la falsificación y comercialización de obras literarias es muy común. El falsificador, no

necesita tener mayor conocimiento técnico, pues para esta reproducción se necesita de un computador, con programas capaces de copiar la información que está en las páginas del libro, para así pasarlo al ordenador, y modificarlo sin problema alguno, así que una vez transferido el contenido, el único paso para que pueda salir al mercado es la impresión y el empastado del mismo. Con este proceso, el falsificador, evita el pago de derechos de reproducción del derecho de Autor.

- Televisión por cable y por satélite: Es un fenómeno reciente, pues no data de mucha historia, sin embargo ha crecido significativamente y el daño no solo es hacia los proveedores de televisión por cable, sino que también afecta al Estado. Una persona involucrada en la falsificación de este servicio, tiene que estar preparada y poseer conocimientos técnicos, pues la instalación empieza con el cableado, el cual sale de antenas en las vías públicas, para lo cual debe disipar a los proveedores de televisión por cable, y obtener el acceso a la fuente de transmisión. Por otro lado, debe contar con los equipos necesarios para ofrecer el servicio, esto es el decodificador o las antenas en caso de la televisión por satélite, para esto, debe conocer sobre programación e informática para poder hacer una correcta instalación y el cliente obtenga el servicio solicitado.

En el Ecuador, tras un estudio realizado en Agosto del presente año, la empresa "TV CABLE" dio a conocer a la prensa que existen más de 150.000 antenas piratas a nivel nacional, los cuales evaden el pago de impuestos, importaciones de equipos, y el pago a los titulares de este derecho, donde el pirata, vende en un valor aproximado de 200\$ dólares de los Estados Unidos de América, incluyendo la instalación, lo cual resulta beneficioso para el usuario pues este no tiene que pagar instalación, ni mensualidades como es el común de los casos.

- Joyería: Es un mercado muy común, el cual puede ser objeto de falsificación comúnmente, por ejemplo, en las principales calles y avenidas

de Quito y otras ciudades del país, encontramos a vendedores informales ofreciendo joyas, por lo general aretes y pulseras, las cuales dicen ser de oro, plata o bronce, sin embargo, estos productos son una copia de un baño en cualquiera de estos elementos, así por ejemplo, dicen al cliente que le están vendiendo una pulsera de oro puro a precio muy bajo, cuando el producto es una imitación, realizada en un baño de oro.

- Prendas de vestir: Es indiscutible la existencia de prendas de vestir, como accesorios, además de calzado en el comercio nacional, y se puede evidenciar en cualquier lugar. Esto implica que estos artículos provienen de la intención maliciosa de imitar una marca conocida, que le permita al infractor aprovecharse ilegítimamente. Un elemento que se debe destacar, se refiere a los actos de ocultamiento, donde el falsificador, camufla el sello original de un producto e inserta un nuevo logotipo, de otra marca reconocida por el público consumidor, de tal manera que pueda causar confusión sobre su procedencia.

3.1.2. Comercialización y uso de marcas e y bienes protegidos por derechos de autor similares o parecidas a la de un tercero sin autorización.

Cuando una marca o una creación intelectual es objeto de comercialización sin autorización de su titular, mediante la copia o imitación, se puede afirmar su falta de legitimidad y son actos fraudulentos; una acertada conceptualización de la imitación fraudulenta, la realiza el jurista argentino Jorge Otamendi, donde ratifica al postulado de la confusión al público consumidor, como acto de competencia desleal.

Para la aparición del acto fraudulento de imitación, está intrínseco el dolo con el que actúa el falsificador, es decir, este individuo tiene plena conciencia y voluntad al momento de intentar reproducir los bienes originales, de los cuales va a sacar provecho, por lo cual de ninguna manera podría interpretarse que

mediante error se produjo la imitación fraudulenta. Entendiendo el anterior planteamiento, sobre la conciencia del actor, concluimos que este, busca un beneficio del esfuerzo ajeno creando un perjuicio a su titular encontrándose completamente consciente de sus actos. Mencionados estos aspectos, el falsificador, reunirá todos los elementos necesarios, para poder crear una imitación del producto original y así sacarlo al mercado. Podemos entender que los elementos necesarios para su elaboración comprenden todo elemento físico, es decir, materia prima, mientras que también se debe contar con el conocimiento de los elementos distintivos que caracterizan a la marca, derecho de autor u obras que van a ser imitadas.

Haciendo referencia al punto antes mencionado, debemos regresar a la explicación del elemento distintivo de las marcas, e insistir en la importancia de la proyección mental que se crea en el ser humano al observar el logo o la gráfica a la que representa un signo distintivo. Esta imagen mental que se ha creado, es la que le permite a las personas identificar y comparar una marca frente al resto para determinar su calidad. Es justamente desde este elemento del cual se vale el falsificador para sacar provecho cuando comercialice sus productos ilícitamente. Por un lado encontramos a las marcas las cuales son alteradas y modificadas de tal manera que parezcan provenientes del mismo fabricante, dicho en otras palabras, producidas por el dueño pero de menor calidad y por lo tanto con una reducción del precio original.

La comercialización de marcas y obras similares a la original afecta significativamente al titular de la misma gracias a que la sociedad busca siempre obtener los productos con las marcas más reconocidas y establecidas en el mercado como marcas de moda, productos de consumo, así como también interpretaciones musicales.

Las consecuencias de esta imitación radican en el daño que se produce al buen nombre de las marcas que se han registrado previamente o creaciones originales. Dicho daño se materializa sobre todo en la elaboración de productos

de mala calidad, con materiales económicos y de poca duración, por lo cual se le vende al consumidor haciéndole creer que son productos verídicos y de la misma calidad. Una vez vendidos y comprobado los resultados de la imitación el cliente prefiere evitar comprar nuevamente esta marca, por su mala experiencia con estos entendiéndolo inconscientemente que la marca original fue la responsable de los malos resultados obtenidos.

3.2. Medios utilizados para la reproducción de productos y servicios falsificados.

Como punto de partida haremos referencia al enunciado de Julio Ledesma en su libro "Derecho Penal Industrial" el cual expresa "la falsificación es la fabricación misma desde que consiste en la reproducción integral por cualquier medio natural o mecánico de una marca ajena registrada" (Julio Ledesma, Derecho Penal Industrial, 1987). Esto sin duda ocasiona un engaño al consumidor causando así riesgo de confusión sobre el bien que va a adquirir, el bien objeto de la compra no necesariamente debe ser idéntico al original sino que debe contar con características esenciales que puedan ocasionar la similitud, con el indiscutible uso del dolo para poder engañar al público consumidor, sin lugar a interpretación pues en reiteradas ocasiones se ha explicado que los actos de competencia desleal son empleados con plena conciencia y voluntad.

El falsificador, para poder cometer sus ilícitos, debe contar con los equipos necesarios para recopilar la información y los datos de elaboración y así ponerlos a la venta al público, por ejemplo para que los programas informáticos y software puedan ser reproducidos ilícitamente, el infractor debe contar con computadoras y ordenadores lo suficientemente capaces de almacenar esta información para que posteriormente sea reproducida. Por otro lado, los falsificadores de prendas de vestir y accesorios deben contar con la maquinaria necesaria para elaborar los productos textiles y así lograr que su producto se asemeje al original. También podemos observar la falsificación de discos

musicales y películas donde el infractor debe contar con los programas necesarios para la reproducción de discos en grandes cantidades, lo mismo ocurre con quienes logran ofrecer servicios de televisión pagada ya que no obtienen las autorizaciones y documentos necesarios para poder ofrecer el servicio de televisión pagada, pero deben contar con los decodificadores y antenas necesarios para el uso de este servicio.

Tal como lo describe Jorge Otamendi la comercialización y puesta en venta de estos elementos implica actos onerosos, por lo que siempre habrá un beneficio económico a favor del infractor. Un caso muy común lo observamos en ocasiones cuando los falsificadores obtienen los envases, envolturas u otros elementos originales distintivos de un signo, pero una vez que son vaciados o consumidos, ellos proceden a rellenarlos con imitaciones del bien original, ocasionando confusión al cliente.

Los fabricantes de productos y servicios falsificados son personas que ya han intervenido en los diferentes negocios sobre el campo en el que están actuando, por lo que saben cómo bajar los valores que deben pagar y ante que personas deben acudir, razón por la cual son personas con conocimientos técnicos y su trabajo resulta más fácil.

Debe tomarse en cuenta, que al momento de reproducir una obra sin autorización de su titular, los precios de fabricación son sumamente bajos, y logran hacer de este un negocio muy rentable, debido a que en términos generales, un cd de música, o de una película, cuesta aproximadamente entre 1.50 a 2 dólares, sin embargo el falsificador puede conseguir un cd en blanco a 50 centavos, mientras que la caja y la impresión de la carátula a un valor de 10 centavos, por lo que las ganancias son evidentes desde todo punto de vista.

Para que pueda existir la figura de la deslealtad es necesario que exista uso tanto de bienes como de servicios, pero este uso debe ser comercial, es decir que estos bienes sean adquiridos con el fin de ser explotados mediante la

reventa a un tercero, en el caso de que alguien adquiriera uno de estos bienes para uso personal no implica acto desleal.

CAPITULO IV

LA FALSIFICACION COMO DELITO Y PROTECCION DE DERECHOS DE AUTOR Y DE MARCAS

4.1) Necesidad de protección de derechos de autor y de marcas.

Anteriormente se ha mencionado y explicado los perjuicios que pueden causar los actos de competencia desleal dentro de la Propiedad Intelectual, en cuanto a la falsificación tanto en Derechos de Autor y Derecho de Marcas, pudiendo demostrar los daños sufridos, sobre todo en lo patrimonial, es decir, el daño económico que se ha causado. Adentrándose al tema, hay que realizar una explicación minuciosa de cómo pueden verse afectados frente a sus competidores cercanos y de qué manera, el fenómeno de la falsificación influye en el mercado nacional e internacional.

Como punto de partida al tema de la necesidad de protección de los derechos de autor y de marcas, se hará una puntuación sobre las dos caras de la moneda, donde se realizará un análisis tanto desde el punto de vista subjetivo, donde se explican los daños y perjuicios causados sobre el titular de un derecho de autor o de marcas, tomando en cuenta también el lado objetivo, donde se explican los daños causados a la sociedad en sí. De este análisis se desprenderán los principales factores que vulneran los derechos de los creadores de obras intelectuales para llegar al fondo del asunto y buscar posibles soluciones que ayuden a combatir la falsificación como forma de competencia desleal.

Entrando a la práctica del ilícito de la falsificación, hay que mencionar que estas prácticas no afectan únicamente patrimonialmente al titular del derecho de autor o de marca, sino que también crean un fuerte impacto en la cultura de la sociedad, motivo por el cual, una vez que se ha copiado o reproducido alguna obra o marca, además de la afectación patrimonial antes señalada,

afecta moralmente al autor, esto no necesariamente implica pérdidas materiales, sino la creación de un perjuicio psicológico, entendiendo esto como los daños ocasionados sobre la reputación y el buen nombre del autor además de sus obras y creaciones. Para que exista el daño moral, debemos mencionar que a raíz de una conducta ilícita ocasionada por el infractor, ya sea mediante error, fuerza o dolo, el autor llega a ser víctima de deterioros en su valoración frente al resto, tomando en cuenta factores como la honorabilidad y la dignidad, afectando claramente el honor que esta persona ha ganado en la sociedad y el mercado.

Deben detallarse los daños en los que se ve inmersa una persona afectada por la falsificación, motivo por el cual, debemos señalar ciertos factores que tienden a ser vulnerados y requieren de mayor tutela por parte del Estado. Volviendo a los enunciados anteriores, se hará un análisis corto respecto a los daños causados sobre el titular de un derecho así como de la sociedad. Partiendo del titular de la obra o marca, este se ve perjudicado tanto patrimonialmente por las pérdidas económicas ocasionadas con la pérdida de clientela, como moral con la mala reputación obtenida, perdiendo prestigio frente a sus competidores directos. El perjuicio aparece también cuando su competidor, de manera desleal, se aprovecha ilegítimamente del esfuerzo ajeno, logrando obtener réditos sobre todo económicos por la falta de control sobre su fabricación, entendiendo que al ser ilegítimos, se disminuyen los costos de producción pues, no pagan impuestos, y la materia prima es mucho más barata por no ser de la calidad que la marca representa, sino un genérico, que en la mayoría de los casos resulta defectuoso.

Si bien el daño patrimonial y moral ocasionado al titular de una obra o una marca es el eje de la tutela de los derechos de propiedad intelectual gracias a su ingenio y trabajo, es preciso mencionar que la falsificación es un fenómeno social que afecta a todos, entendiendo que a unos con mayor gravedad, pero resulta parte del interés social, motivo por el cual el Estado debe velar por la protección de los derechos de cada uno de los creadores y titulares, pero también establecer políticas que permitan preservar los intereses de la

comunidad, partiendo desde el punto de vista económico. Al referirse al tema económico, vale aclarar que las pérdidas por la evasión de impuestos ocasionada por este ilícito asciende a cantidades superiores a miles de millones de dólares de los Estados Unidos de América anualmente. (mundotecnologia.portalmundo,s.f.)

Esto implica un problema no solamente en materia de Propiedad Intelectual, sino también tributario, donde el fisco debe implementar medidas pertinentes para evitar dichas evasiones. Es lamentable decirlo, pero dentro del Ecuador, aunque la piratería es entendida como algo ilegal, no es objeto de control, explicando en otras palabras, existen tiendas de películas y música falsificada, sin haber obtenido un derecho de reproducción sobre las mismas, sin embargo el Estado las reconoce y les otorga permisos de funcionamiento tanto por parte de los distintos municipios así como del Servicio de Rentas Internas (SRI), a quien anualmente deben rendirle cuentas como cualquier otro local comercial.

Entendiendo que la falsificación es un daño global, que no solo afecta el patrimonio de los titulares de derechos de autor y de marcas, sino también afecta económica y socialmente al país entero, debemos enfocarnos en la necesidad de protegerlos derechos de Propiedad Intelectual.

Vamos a tomar un caso específico de nuestro país, seguramente es uno de los más polémicos y trascendentales en la historia de la piratería en el Ecuador. Este es el caso de la empresa "Blockbuster", la cual es reconocida alrededor de todo el mundo por recopilar una gran cantidad de obras teatrales y películas, donde el giro de su negocio es el alquiler de las mismas, lamentablemente el desmedido crecimiento de la piratería en el Ecuador obligó a la empresa a cerrar sus 6 locales en todo el territorio nacional en el año 2004, provocando que la empresa se vea en una pérdida del 55% al 60% de sus ventas en menos de un año, porcentajes que al verse en un desmesurado crecimiento, fueron inmanejables para esta y varias empresas dedicadas a este negocio. Entendiendo que es temporada, quien quería alquilar una película en

Blockbuster, debía pagar alrededor de 3 dólares en adelante por el alquiler de 2 o 3 días, mientras que en la calle podía encontrar la misma película a 1 dólar, es decir, el alquiler resultaba con un valor del 300% frente a la adquisición de un producto propio. Este concepto ha sido determinante en nuestra sociedad, gracias a la comodidad y el facilismo que existe a nuestro alrededor, tomando en cuenta que una parte de los ecuatorianos forman parte de la sociedad económicamente pasiva, por lo cual, sus ingresos son muy limitados, y su opción más viable de acceso a las películas o la música es por haberlas adquirido en el mercado informal.

Es casi igual la realidad que sufren las tiendas musicales en el Ecuador, claramente podemos hacer memoria y recordar hasta el año 2006 donde existía una amplia variedad de tiendas donde se podía conseguir discos de diferentes artistas y grupos, sin embargo la falsificación acabó con los mismos, y funcionaban dentro de centros comerciales o en lugares de alto consumo. Involucrándonos un poco más en la realidad que se vivía en esos años, recibir un disco musical, era algo realmente valioso ypreciado, pues se consideraba como algo que no cualquiera podía tener, se vivía un sentido de orgullo por poseer un disco de un artista, sin embargo con el paso del tiempo, este concepto se fue tergiversando, pues la facilidad de acceso a los productos falsificados tomó mayor volumen y ha logrado hacer que un disco original pierda su valor emocional, por lo cual el pensamiento contemporáneo es que un disco es algo a lo cual puede acceder y no tiene un valor agregado por el cual sentir satisfacción al obtenerlo.

Así como en la música, el mercado de los videojuegos ha sido víctima de la falsificación en el Ecuador y en Latinoamérica, hay que tomar en cuenta, que el mercado de los videojuegos mediante discos no es muy antiguo, debido a que antes se comercializaban en consolas que leían casetes, por lo tanto, la aparición de consolas mediante discos es contemporánea a la época de alto crecimiento de la piratería. La primera consola de este tipo fue el Play Station, la cual fue lanzada al mercado en los Estados Unidos de América en el año

2004, llegando al Ecuador aproximadamente en el 2005, es decir, mientras se vivía el crecimiento inmanejable de la falsificación. Por estos hechos, en el Ecuador nunca se ha contado con un lugar dedicado específicamente a la venta de videojuegos originales, pues su aparición fue directamente mediante copias de los juegos originales, a un valor de 1 a 2 dólares de los Estados Unidos de América. Lamentablemente una persona que quiere adquirir videojuegos originales en nuestro país tiene que buscar en sitios muy limitados y con muy poca variedad, es más, muchas de las personas que cuentan con videojuegos originales, son comprados por internet en los Estados Unidos o por encargos a algún familiar que viaja al extranjero.

El ingenio del falsificador es tan amplio, que ha logrado interferir en el correcto funcionamiento de las consolas, logrando así instalar unos pequeños dispositivos llamados “chip” los cuales permiten la lectura de discos falsificados, sin detener su normal funcionamiento. Es por eso que los creadores de los videojuegos no logran salvarse de este fenómeno que cada día está más inmerso en la sociedad, pues antes se lo veía como algo negativo e inmoral, hoy en día la compra de productos falsificados es algo completamente normal y prácticamente nadie juzga a quien los comercializa, ni a quien los adquiere. Es por eso que se considera de suma importancia cuestionarse, ¿Qué tanto control existe por parte de las autoridades sobre la tutela de los derechos de autor y marcas?

En primer plano, debemos observar ambas caras de la moneda, pues no resulta igual valorarlo desde el punto de vista de una persona común y corriente a observarlo desde el punto de vista de un abogado o jurista. Partiendo desde el punto de vista netamente jurídico, la normativa vigente tanto a nivel nacional como internacional es completamente clara y contiene todos los parámetros necesarios para la tutela de derechos de Propiedad Intelectual, esto tomando en cuenta normas como la Ley de Propiedad Intelectual, Ley de Poder de Control del Mercado y la Constitución. Con estas normas jurídicas, más distintos acuerdos existentes, una persona que no tiene mayores

conocimientos en el tema podría determinar que existe un fuerte control y regulación sobre estas prácticas. Sin embargo, quien se encuentra involucrado en el medio, puede claramente concluir que las leyes y acuerdos vigentes, son sumamente frágiles, sin contar con fuerza coercitiva para poder reprimir las prácticas anticompetitivas en el mercado, permitiendo que la falsificación afecte sin medida a todo el país, implicando como medio la competencia desleal.

4.2. Perspectivas sobre la falsificación y sus sanciones:

A continuación, se hará una distinción entre las distintas perspectivas que se puede encontrar en la doctrina sobre la falsificación, entendiendo que según el territorio la percepción sobre la falsificación es distinta, tanto en su definición como en su regulación.

4.2.1. Perspectivas penales.

Dentro del Derecho de Propiedad Intelectual, de igual manera que en las distintas ramas del derecho, podemos encontrar varias percepciones sobre la falsificación, sin embargo se realizará un resumen de los principios que reinan en general sobre su apreciación en las leyes existentes.

Inicialmente debemos recordar la afirmación realizada en capítulos anteriores, donde se determinó que el falsificador debe ser una persona que actúe con plena voluntad y conciencia antes de realizar cualquier acto de competencia desleal, por lo tanto, está reproduciendo una creación o una marca en uso de sus sentidos, teniendo en cuenta que tales actos son perjudiciales para quien originalmente la creó. El punto a destacar es la existencia del dolo dentro del obrar del falsificador, esto implica que esta persona actúa de manera maliciosa, a sabiendas de que no está autorizado para copiar o imitar los bienes protegidos, expresado en otras palabras, es la intención dañosa de perjudicar a un tercero, y conocido coloquialmente como la “mala fe”.

Muchos países determinan a la falsificación como un delito, haciendo hincapié en la historia y su doctrina, para esto consideramos fundamental hacer referencia al postulado del jurista Eugenio Zaffaroni, quien planteó la “Teoría del Delito”, donde deben existir cuatro factores esenciales para la existencia de un delito, estos son:

- Acción: Es necesario exista un nexo entre el daño producido y la participación de una persona para que pueda demostrarse su responsabilidad, es decir que mediante algún acto u omisión, cierta persona estaría perjudicando a algún tercero. (Omisión no aplica en casos de falsificación pues siempre deberá existir una acción).
- Tipicidad: El acto realizado debe estar debidamente tipificado en la ley, es decir, no puede considerarse delito un acto que se presume de mala fe o que resulte perjudicial al resto, necesariamente debe existir una norma que describa la conducta y sus posibles consecuencias.
- Antijuridicidad: Es el resultado de la violación de una ley o una norma, por lo tanto resulta opuesta a lo que se encuentra tipificado, también puede ser explicada como una conducta opuesta a las normas.
- Culpabilidad: Previo al juzgamiento del ilícito, es necesario analizar la situación de la persona que lo ha cometido, es decir, determinar en qué medida es responsable de la acción para ser juzgado y sancionado, entendiendo que puede ser una persona inimputable por cualquier motivo que la ley lo determine.

En materia penal, debemos ser enfáticos y explicar que los elementos de la teoría del delito, deben estar presentes en todos los casos, pues de carecer de uno de estos elementos, lo que se está juzgando no podría ser un delito, por lo tanto no se estaría cometiendo ningún ilícito, y no existiría un nexo causal que vincule a una persona con hecho que haya afectado a un tercero.

Dentro de la legislación ecuatoriana, la protección de los derechos morales es fundamental, debemos explicar que ante la violación de derechos intelectuales siempre se verá vulnerada la moral y la honra del autor, es por esto que deben fijarse principios, tal como lo hace el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual expresa:

*“Constituyen **derechos morales** irrenunciables, inalienables e inembargables e imprescriptibles del autor:*

- a) Reivindicar la paternidad de su obra.*
- b) Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada;*
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor;*
- d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda; y,*
- e) La violación de cualquiera de los derechos establecidos en los literales anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios independientemente de las otras acciones contempladas en esta Ley.” (2006)*

Según este artículo en su literal c), toda persona titular de un derecho cuenta con la libertad de establecer los mecanismos que sean necesarios para proteger sus creaciones, esto da lugar a que el autor pueda acceder a cualquier mecanismo legal que le permita cuidar la integridad de sus obras. La ley garantiza la protección de los derechos intelectuales, y puntualiza en el literal e) que una persona que se ha visto afectada, puede acceder a la justicia y solicitar que se le restituyan todos los daños que un tercero ha ocasionado de manera ilegítima.

En el caso específico de los Derechos de Autor, la Ley es clara sobre las penas que se pueden imputar sobre alguien que fraudulentamente haya violado los derechos del autor, y sancionan tanto con una compensación económica así como con prisión del infractor, específicamente nos referiremos al artículo No. 324 de la Ley de Propiedad Intelectual que declara:

“Serán reprimidos con prisión de tres meses a tres años y multa de mil trescientos catorce 45/100 (1.314,45) dólares de los Estados Unidos de América a trece mil ciento cuarenta y cuatro 50/100 (13.144, 50) dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o derechos conexos:

a) Alteren o mutilen una obra, inclusive a través de la remoción o alteración de información electrónica sobre el régimen de derechos aplicables.

b) Inscriban, publiquen, distribuyan, comuniquen o reproduzcan, total o parcialmente, una obra ajena como si fuera propia (...)

e) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones ilícitas de obras;

f) Reproduzcan un fonograma o videograma y en general cualquier obra protegida, así como las actuaciones de intérpretes o ejecutantes, total o parcialmente, imitando o no las características externas del original, así como quienes introduzcan al país, almacenen, distribuyan, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros tales reproducciones ilícitas; y,

g) Introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones de obras, fonogramas o videogramas en las cuales se ha alterado o removido información sobre el régimen de derechos aplicables.” (2006)

Para concluir con el análisis de las perspectivas penales de la falsificación y su incidencia, respecto de la protección de los derechos de marcas, vamos a hacer mención al Acuerdo de Cartagena, o mejor conocido como la “Decisión 486”, la cual busca ser un mecanismo efectivo para la protección de los derechos que están siendo estudiados, un punto que puede ser considerado fundamental dentro de esta decisión, la cual establece medidas cautelares como medio de prevención para evitar que los daños ocasionados por la falsificación se agranden: El artículo número 246, detalla las distintas medidas cautelares que pueden ser utilizadas respecto de las infracciones de marcas, el tenor del artículo en mención manifiesta:

“Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción.*
- b) El retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo, los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción.*
- c) La suspensión de la importación o la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior.*
- d) La constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente.*
- e) El cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.” (2001)*

Debemos entender que esta normativa antes mencionada, corresponde a un ordenamiento jurídico internacional al cual las distintas legislaciones deben buscar acoplarse.

Dentro de la normativa ecuatoriana, se observa el artículo No. 305 de La Ley de Propiedad Intelectual, que reconoce al Código de Procedimiento Civil, sobre la aplicación de medidas cautelares aplicables a la Propiedad Intelectual.

Hay que tomar en cuenta y considerar el proyecto de ley que está siendo debatido por parte de la Asamblea Nacional respecto a esta materia, llamado Código Integral Penal, el cual en caso de entrar en vigencia consideraría como delito al engaño al comprador respecto a la identidad o calidad de las cosas vendidas, mediante error o con lo que se entrega fraudulentamente bienes de distinta naturaleza a la ofrecida, lo cual lleva a la privación de libertad en un periodo de seis meses a un año.

Esta iniciativa también contiene la figura de la usurpación de derechos intelectuales, donde una persona con ánimo de lucro: plagia, edita, reproduce o distribuye una obra literaria, artística o científica sin haber obtenido una autorización previa sujetándose a una sanción de privación de libertad de uno a dos años.

Con la aprobación y entrada en vigencia del Código Integral Penal, se derogarían expresamente los artículos 319, 320, 321, 322, 323, 234, 325, 326, 327, 328, 329, 330 de la Ley de Propiedad Intelectual.

4.2.2. Perspectivas Civiles.

El eje fundamental tiene que ver con la acción de daños y perjuicios planteada por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por medio de la cual todo aquel que se siente perjudicado por conductas desleales, puede recurrir mediante vía verbal sumaria ante un juez de lo civil hasta cinco años después de la resolución en firme.

Para realizar un análisis del derecho de Propiedad Intelectual desde el punto de vista del Derecho Civil, deben ser tocados varios temas que trascienden

notablemente, y es importante enfocarse como fundamento, en el Derecho Constitucional, pues este da constancia del reconocimiento de la Propiedad Intelectual como un derecho fundamental de todos los ciudadanos, por lo tanto el Estado debe ser el pilar de protección jurídica, y garantizarlo a los titulares de derechos intelectuales. Dicho planteamiento se fundamenta en el artículo 322 de la Constitución, que expresa: “*Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley...*” (Los puntos suspensivos son míos). (Constitución de la República del Ecuador, artículo 322, 2008)

Observando que la Propiedad Intelectual y su regulación es de tal importancia como lo indica la carta magna, vamos a enfocarnos en el ámbito netamente civil, para esto debemos observar que la propiedad es un derecho del cual gozamos los seres humanos por el dominio que podemos tener sobre los bienes, es decir, deben cumplirse tres características fundamentales para tener dominio sobre algún bien, estos son: uso, goce y libre disposición. Dichos elementos relacionados a la Propiedad Intelectual demuestran que tanto el derecho de marcas como los derechos de autor, deben contar con estos para poder ser objeto de protección. Se entiende que el dueño de una marca, así como un creador de una obra intelectual deben poseer completa libertad sobre estas, es decir, no deberían contar con ningún impedimento para su explotación, exceptuando aquellas que tengan que ver con a la protección de la salud pública.

Visto desde otro punto de vista, dentro de los derechos de autor y marcas, existen varios elementos jurídicos que son utilizados en su relación con la sociedad, uno de los principales es el consentimiento, el cual se muestra en su expresión de voluntad al llegar a acuerdos de coexistencia de marcas, donde dos similares pueden ser registradas y subsistir por la intención de las partes, así también pueden existir contratos, este caso suele presentarse en cuanto a la utilización de una marca o un derecho de autor, mediante “contratos de licencia de uso” los cuales permiten a un tercero utilizar, reproducir y beneficiarse del ingenio de un tercero, siempre y cuando corresponda a este

con réditos o beneficios. El contrato es fuente del derecho civil y puede contener divisiones dentro de otras ramas del derecho, como es el caso del Derecho de Propiedad Intelectual.

El problema dentro del derecho civil, se vuelve complejo al no respetarse los principios antes detallados, en concreto, se ve perjudicado el autor de una obra o el titular de una marca, una vez que un tercero sin haber llegado a un acuerdo ni mucho menos a un contrato con el dueño, empieza a beneficiarse ilegítimamente de esta obra. Es aquí donde aparece la figura de la falsificación, pues arbitrariamente empieza a beneficiarse del esfuerzo ajeno.

Desde el punto de vista procesal, hay que ser muy cauteloso, pues la competencia es un asunto del cual se ha discutido por mucho tiempo, pues en la práctica son los abogados del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) quienes mayormente resuelven los casos de conflictos en materia en Propiedad Intelectual, sin embargo, a raíz de la Constitución del 2008, deberían ser Jueces distritales en Propiedad Intelectual quienes se hagan cargo de estas disputas, lamentablemente estos cargos aún no han sido creados.

Dentro del derecho civil, las acciones que se toman con mayor frecuencia son las de medidas cautelares y por reparación de daños y perjuicios ocasionados por el infractor, tomando en cuenta que el creador del derecho de autor o el titular de la marca ha invertido tiempo y dinero en esta, se ve afectado por un tercero que inescrupulosamente empieza a beneficiarse de su esfuerzo, es por tal motivo que el dueño llega a ser perjudicado por el desprestigio que ha llegado a obtener frente a sus competidores y los consumidores, por lo cual, irremediamente se verán pérdidas económicas, que deberán ser restituidas por quien lo ocasionó.

4.2.3. Perspectivas Administrativas.

El derecho administrativo, es aquel ordenamiento jurídico por el cual se regulan las actividades del Estado, así como el vínculo de las personas con el mismo, por lo que le encontramos un estrecho vínculo con la actividad intelectual.

Es importante hacer énfasis en la tutela administrativa, que emana de la Ley de Propiedad Intelectual, manifestando la obligación del Estado ecuatoriano de brindar protección a los derechos intelectuales, a través del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), incluso en materias relativas a la competencia desleal que se presenten en todo el territorio nacional, así mismo podrá hacer toda investigación que fuere necesaria para identificar y detener estas prácticas. Esta ley menciona la tutela administrativa en los artículos 332, 333 y 334, los cuales expresan:

“Art. 332. La observancia y el cumplimiento de los derechos de Propiedad Intelectual son de Interés Público. El Estado, a través del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, IEPI, ejercerá la tutela administrativa de los derechos sobre la propiedad intelectual y velará por su cumplimiento y observancia.

Art. 333. El IEPI a través de las Direcciones nacionales ejercerá, de oficio o a petición de parte, funciones de inspección, vigilancia y sanción para evitar y reprimir violaciones a los derechos sobre la propiedad intelectual.

Art. 334. Cualquier persona afectada por la violación o posible violación de los derechos de propiedad intelectual podrá requerir al IEPI la adopción de las siguientes medidas:

- a) Inspección;*
 - b) Requerimiento de información; y,*
 - c) Sanción de la violación de los derechos de propiedad intelectual”.*
- (2006)

Como se puede observar en el tenor literal de la ley, tanto las investigaciones, vigilancia, inspección e incluso las sanciones a los infractores de las normas de propiedad intelectual, pueden ser iniciadas mediante una acusación particular por parte de una persona que se sienta afectada por un tercero que está realizando actos ilícitos y se beneficia ilegítimamente de su trabajo. Por tal motivo, toda persona que se sienta vulnerada puede acudir ante la justicia para que se realicen todas las investigaciones que sean necesarias y alcanzar una tutela efectiva. Por otro lado, encontramos la capacidad del Estado para iniciar estas acciones, sin necesidad de que exista acusación particular, es decir, de oficio, lo que implica que el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) debe hacerse cargo de iniciar las acciones correspondientes, en caso de encontrarse involucrados en casos de delitos, se procederá con acciones penales, y de ser el caso de una acusación particular, se lo hará mediante una querrela.

Una vez iniciada la acción administrativa ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) sus funcionarios deberán determinar la supuesta violación de derechos de marcas o de derechos de autor, e imponer las sanciones respectivas conforme a derecho, así como también tomar todas las medidas que sean necesarias para detener estos negocios ilícitos, que fraudulentamente estarían afectando a un tercero, por ejemplo, podría darse la aprehensión de los bienes falsificados que estarían siendo parte del negocio, así como también la suspensión de la publicidad utilizada, mientras que en el caso de que la venta de los productos falsificados se hagan en locales comerciales, podría proceder la clausura del mismo, entendiendo a estas como medidas cautelares dentro de un proceso hasta que se determine con exactitud la existencia o no del ilícito.

Actualmente en el Ecuador, la Ley de Propiedad Intelectual, cuenta con una disposición expresa sobre la creación de juzgados y tribunales de propiedad intelectual, los cuales serán los encargados para conocer todas las acciones y procesos sobre discrepancias en estos temas, sin embargo estos no han sido

creados hasta el momento, razón por la cual, son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo los competentes para conocer sobre esta materia y resolver todos los procesos sobre esta materia.

Un litigio sobre este tema, debe ser entablado mediante un juicio verbal sumario ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, el cual deberá contener los requisitos establecidos por el Código de Procedimiento Civil conforme a su artículo número 67, siendo los siguientes:

- *"Designación del Juez ante quien se la propone,*
- *Nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado,*
- *Fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión,*
- *Cosa, cantidad o hecho que se exige,*
- *Determinación de la cuantía,*
- *La especificación del trámite que debe darse a la causa (Verbal sumario),*
- *Designación del lugar en el que debe citarse al demandado y a la del lugar donde debe notificarse al actor."* (2005)

También es importante hacer referencia al artículo número 828 del Código de Procedimiento Civil, que explica minuciosamente el trámite Verbal Sumario.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha dado un gran salto en vía administrativa con la creación de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en la cual el Superintendente es la máxima autoridad responsable de resolver las infracciones cometidas, recursos interpuestos, además investigar con la ayuda de toda institución pública requerida para poder dar un dictamen. La acción por esta vía puede darse tanto mediante una acusación particular o de oficio, en el primer caso debe hacerse con una denuncia, la cual deberá contener:

"Artículo 54.- Contenido de la denuncia.- La denuncia deberá contener:

- a) *El nombre y domicilio del denunciante;*

- b) Identificación de los presuntos responsables;*
- c) Una descripción detallada de la conducta denunciada, indicando el período aproximado de su duración o inminencia;*
- d) La relación de los involucrados con la conducta denunciada;*
- e) Los datos de identificación de los involucrados conocidos por el denunciante, incluyendo entre otros sus domicilios, números de teléfono y direcciones de correo electrónico, si las tuvieran y, de ser el caso, los datos de identificación de sus representantes legales; la falta de uno o más requisitos del presente literal no invalida la denuncia;*
- f) Las características de los bienes o servicios objeto de la conducta denunciada, así como de los bienes o servicios afectados; y,*
- g) Los elementos de prueba que razonablemente tenga a su alcance el denunciante.” (artículo 54, 2012”)*

De igual manera existe la posibilidad de adoptar medidas preventivas hasta que se compruebe la existencia o no de la infracción o delito, como ya se ha explicado en otros capítulos.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado brinda la posibilidad de impugnación sobre el acto en firme con la posibilidad de recurrir a:

- Recurso de Reposición (artículo 66): se lo realiza mediante recurso ordinario y debe ser presentado en un término de veinte días desde la notificación de la sentencia, en caso de haber acudido extemporáneamente a este recurso la última alternativa será la vía judicial.
- Recurso de Apelación (artículo 67): una vez dictada la resolución en firme, los actos administrativos pueden ser elevados al superintendente del Control del Poder del Mercado dentro de los veinte días desde el día siguiente en el que se realizó la notificación, debiendo el superintendente notificar la resolución dentro de sesenta días. Concedido o negado dicho recurso no habrá lugar para más recursos en vía administrativa.

- Recurso Extraordinario de Revisión (artículo 68): En un plazo de tres años, desde la emisión de la resolución, cualquiera de las partes que sienta que se han vulnerado sus derechos dentro del proceso podrá acudir a este recurso si considerare que existieren errores tanto de hecho como de derecho gracias a una futura aparición de pruebas, vicios en actos administrativos o resoluciones de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado.
- Acción Contenciosa (artículo 69): dentro de los siguientes noventa días de la emisión de la resolución, mediante acción o recurso contencioso se podrá acudir a esta acción, siempre y cuando dichos actos no se encuentren en firme. Además cabe lugar al recurso contencioso de nulidad hasta tres años después de la resolución.

4.4. La falsificación como delito.

Como se ha podido analizar anteriormente en este capítulo, es preciso determinar que la falsificación puede ser analizada desde diferentes ramas del derecho, como la constitucional, civil, penal y administrativa, tomando en cuenta los distintos enfoques que brinda cada una de las ramas, sobre todo en la forma de tramitarlo ante la justicia y el procedimiento aplicable para que llegue a resolverse un caso. Sin embargo, el enfoque de este capítulo tiene que ver con la falsificación como un ilícito que puede ser juzgado mediante un tipo penal.

La falsificación puede ser vista como un acto de mala fe, que se realiza con plena conciencia y voluntad, por lo que el infractor conoce perfectamente el daño que ocasiona sobre el titular del derecho. Contando con estos elementos, se puede llegar a la conclusión de que tal persona está actuando con dolo, por lo que su iniciativa no es positiva, sino que tiene la intención de crear perjuicio a un tercero aprovechándose del esfuerzo ajeno y a sabiendas del daño que

ocasiona al titular, al engañar al Servicio de Rentas Internas (SRI) y al mercado nacional.

Entrando a la perspectiva del delito como tal, hay que saber que un delito es una norma jurídica que lleva consigo una pena, entendiendo a esta como la restitución del daño, las sanciones pueden ser tanto con prisión así como una restitución patrimonial, con el pago de los daños ocasionados, las costas judiciales, y también daños y perjuicios durante todo el tiempo que se estuvieron comercializando los productos, servicios o creación intelectual de un tercero.

Dentro del Derecho Penal Intelectual, es de suma importancia hacer una reseña de las etapas que forman parte del proceso, es decir, para que una acción penal por violación de derechos de marcas y derechos de autor pueda iniciar es necesario que existan las siguientes etapas:

- Instrucción Fiscal e Indagación Previa:(Artículo 215 Código de Procedimiento Penal). Es necesario que exista una iniciativa ya sea por parte del mismo Estado mediante la Fiscalía, que al haber recibido una noticia criminis, tome la decisión de abrir un proceso o que este proceso inicie por una acusación particular, también conocida como querrela, mediante la cual una persona que siente que sus derechos intelectuales están siendo perjudicados puede poner en conocimiento de la Fiscalía, para que este sea el órgano encargado de realizar las investigaciones necesarias, tal como dispone el artículo número 65 del Código de Procedimiento Penal, el cual manifiesta:

“Corresponde a la fiscal o el fiscal el ejercicio de la acción penal los delitos de acción pública.

Además la fiscal o el fiscal intervendrán como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública.

No tendrá participación en los juicios de acción privada.

Es obligación de la fiscal o el fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.” (2000)

Como se puede constatar del enunciado anterior se establece que la fiscalía es el órgano jurisdiccional encargado de iniciar la acción penal así como de realizar toda investigación que fuere necesaria para determinar el nexo causal entre el imputado y los daños de los cuales ha sido víctima el titular del derecho.

Se puede entender a la Indagación Previa como el procedimiento previo a la apertura de la instrucción si el fiscal lo considerare necesario, con el fin de investigar los hechos conducentes a la determinación de la existencia del delito o infracción penal. El proceso de Indagación Previa e Instrucción Fiscal no podrá durar más de un año y a solicitud de parte puede darse paso al establecimiento de medidas cautelares.

- Etapa Intermedia:(Artículo 224, Código de Procedimiento Penal). Esta etapa se inicia mediante una Acusación Fiscal por medio de la cual el fiscal solicita al juez de Garantías Penales que en las próximas 24 horas señale día y hora para la Audiencia Preparatoria del Juicio. Dicha Acusación Fiscal debe contar con los siguientes requisitos:
 - Determinación de la infracción,
 - Nombres y apellidos del procesado,
 - Elementos en los que se funda la acusación al o a los procesados,
 - Norma legal por la que se busca sancionar el acto.

Una vez concluido este proceso se da paso a la Audiencia de Formulación del dictamen para que posteriormente se dicte una resolución y se haga el respectivo Auto de Llamamiento a Juicio.

- Etapa de Juicio:(Artículo 250 Código de Procedimiento Penal). En esta etapa del proceso el fiscal intentará demostrar al Juez de Garantías Penales la existencia de la infracción punible así como también la responsabilidad del acusado. Este proceso concluirá una vez que hayan comparecido las partes procesales y el Juez de Garantías Penales logre concluir si existe responsabilidad o no, la decisión del Juez se verá reflejada mediante sentencia.
- Etapa de Impugnación: Una vez emitida la sentencia cualquiera de la partes podrá interponer los siguientes recursos.
- Recurso de Hecho: (Artículo 321 Código de Procedimiento Penal). Cualquiera de las partes puede acceder a dicho recurso en caso de que el Juez o Tribunal de Garantías Penales hubieren negado los recursos interpuestos previamente, el cual debe presentarse ante el mismo Juez o Tribunal que anteriormente negó los otros recursos.
- Recurso de Nulidad: (Artículo 330 Código de Procedimiento Penal). Puede interponerse dicho recurso dadas tres circunstancias: en primer lugar cuando el Juez o Tribunal de Garantías Penales hubiere actuado sin competencia, en segundo lugar cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos por la ley y por último cuando una de las partes considere que la sustanciación del proceso haya violado alguna etapa del trámite, motivo por el cual el Juez o Tribunal de Garantías Penales pudo haber cambiado su decisión.
- Recurso de Apelación (Artículo 343 Código de Procedimiento Penal). Se dará trámite sobre los siguientes elementos: Autos de Nulidad por

prescripción de la acción de sobreseimiento y también por incompetencia del Juez o Tribunal de Garantías Penales que hubieren actuado ilegítimamente dentro del proceso. También puede caber dicho recurso sobre sentencias dictadas en proceso simplificado, abreviado que determinen la existencia o no de culpabilidad del imputado y por otro lado del Auto que conceda o niegue la prisión preventiva.

Es fundamental considerar que este recurso puede ser interpuesto tanto sobre la forma y el fondo de la sentencia dictada en primera instancia, por lo tanto se puede dar excepciones dilatorias y perentorias.

- Recurso de Casación (Artículo 349 Código de Procedimiento Penal). A diferencia del Recurso de Apelación este no puede ser sobre elementos de forma y de fondo sino que solo dará lugar en el caso de que una de las partes considere que la sentencia dictada en segunda instancia violara la ley mediante indebida aplicación o errónea interpretación de los preceptos legales. Dicho recurso debe ser presentado ante la Corte Nacional de Justicia.
- Recurso de Revisión (Artículo 359 Código de Procedimiento Penal) una vez que la Corte Nacional de Justicia ha dictado sentencia, en cualquier tiempo, quien se sienta perjudicado podrá presentar tal recurso por las siguientes circunstancias:
 - 1) Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta,
 - 2) Si al mismo tiempo existiere dos sentencias sobre el mismo caso sobre dos personas distintas, se entenderá una contradicción y deberá investigarse cuál de las dos es ilegítima.
 - 3) Si se comprueba que los documentos o testigos presentados han sido falsos, o de manera maliciosa.
 - 4) Así exista sentencia ejecutoriada se logre comprobar que el imputado es inocente y no existió nexo entre la persona y los hechos.

- 5) Conforme a la irretroactividad de la ley, se haya promulgado una nueva norma jurídica más fuerte.

Una vez analizado el procedimiento respectivo ante la jurisdicción penal en caso de que haya existido vulneración de los derechos de autor y de marcas e, es pertinente hacer una corta reseña de las partes que intervienen en el proceso.

- 1) Fiscalía: como se explicó anteriormente es la entidad encargada de dar inicio al proceso y de investigar los hechos y pruebas para que el Juez o tribunal de Garantías Penales pueda concluir si existió o no el delito intelectual.
- 2) Querellante: es la persona que mediante acusación particular pone a conocimiento de la justicia que un tercero fraudulentamente está aprovechándose de sus creaciones intelectuales.
- 3) Juez o Tribunal de Garantías Penales: son aquellos que la ley faculta para que conozcan y resuelvan sobre el objeto del litigio.

4.5. Sanciones y penas a los infractores de los derechos de autor y de marcas.

Partiendo del punto de vista que nos muestra la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo número 288, en el caso de que la infracción objeto de litigio sea considerada como delito contra los derechos de marcas y de autor, todo aquel que se viere ofendido está en pleno derecho de acceder a la justicia mediante el procedimiento antes explicado.

Como punto de partida quien hubiere cometido actos de competencia desleal mediante la falsificación de creaciones intelectuales deberá indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados sobre el titular del derecho, tomando en cuenta

la pérdida de ingresos así como los beneficios obtenidos ilegítimamente, las regalías que han sido parte de la comercialización de bienes falsificados y por último los gastos y costas que han sido parte del proceso, entendiendo a estos como honorarios profesionales de los abogados, costas judiciales, entre otros.

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 304 hace mención a la imposición de multas como una forma de restitución por los daños causados no solamente al titular del derecho sino que también al Estado por la evasión del pago de impuestos ante el Servicio de Rentas Internas (SRI).

Debe considerarse que una vez que se ha iniciado un procedimiento ya sea por la vía civil, administrativa o penal, aquella persona que sienta que sus derechos sobre sus creaciones intelectuales han sido vulneradas, tiene la posibilidad de solicitar ante los distintos órganos de justicia la interposición de medidas cautelares según las normas del Código de Procedimiento Civil, desde el artículo 897 en adelante, a continuación se realizará una breve síntesis de los mismos:

- Secuestro: el Juez de primera instancia mediante solicitud de parte puede dictaminar mediante providencia el secuestro o retención de los bienes del procesado. Esta medida es aplicable solo sobre bienes muebles el cual deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad. Será aplicable el secuestro solamente sobre los ingresos obtenidos tras la comercialización de creaciones intelectuales.
- Prohibición de enajenar: esta medida recae en cuanto a bienes inmuebles en virtud de que el actor del proceso asegure el cumplimiento de las obligaciones contraídas tras el cometimiento de la falsificación de sus creaciones. Una vez dictada la prohibición de enajenar por parte de un Juez el imputado no podrá vender, negociar, contratar sus inmuebles mientras no se levante dicha medida.

- Retención: a través de esta medida el afectado puede solicitar al Juez que dicte mediante Auto la custodia y conservación de la cantidad de bienes que fueren necesarios, los cuales pasarán a manos de un tercero debidamente autorizado, hasta que se haya saneado la obligación. Se puede aplicar la retención sobre créditos, rentas o bienes del infractor.
- Embargo: mediante Auto el Juez podrá ordenar que se entreguen bienes muebles y estos pasen a ser rematados o subastados. Todos los bienes pueden ser objeto de embargo a excepción de los que sean considerados objeto de trabajo, objetos indispensables para la subsistencia de la familia ni tampoco sus prendas de vestir.

Dentro de la Propiedad Intelectual las medidas cautelares se interponen con la finalidad de evitar que se sigan produciendo infracciones, en este caso la falsificación. En el caso ecuatoriano las medidas cautelares también son aplicables una vez que el ofendido ha solicitado una tutela administrativa ante el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) o iniciado un proceso de medidas cautelares ante juez civil. En caso de ser necesario se podrá hacer un llamamiento a una persona especializada en la materia, proveniente del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) para que realice el debido peritaje y pueda presentar un informe técnico al Juez.

La primera de las medidas que se adopta una vez que se ha demostrado la existencia del delito o infracción tiene que ver con el decomiso del cuerpo del delito, es decir, el juez ordenará que al imputado se le quiten todos aquellos bienes con los cuales realizaba sus actividades comerciales a través de la falsificación, por ejemplo la aprehensión de las computadoras a quienes reproducen ilegítimamente discos musicales y de películas.

Por otro lado, se encuentra la prohibición de la venta de los bienes decomisados, impidiendo que pasen al dominio de un tercero sino que estos deben ser destruidos mediante orden del Juez, entendiendo que no debe darse

esta situación porque los bienes decomisados han logrado la desvalorización de la creación intelectual falsificada.

Por último hay que hacer mención a la indemnización por daños y perjuicios que anteriormente ya fue citada y que aplica una vez determinado que realmente existió la infracción. Hay que destacar que la persona que se ha visto afectada puede solicitar al Juez competente que ordene dicha indemnización. Esta restitución patrimonial se da a raíz de las pérdidas económicas así como del honor de quién ha creado una obra o una marca. La afectación económica tiene que ver con el beneficio obtenido del esfuerzo ajeno que se materializa mediante la pérdida de clientela y ventas, motivo por el cual el culpable deberá responder por todas las pérdidas ocasionadas teniendo en cuenta los costos de fabricación y comercialización. La restitución desde el punto de vista del honor nos explica los daños causados sobre la moral y la dignidad del afectado tras el cometimiento de la falsificación, tomando en cuenta que al momento de vender bienes falsificados la calidad es inferior y distorsiona el buen nombre del titular del derecho frente al público consumidor.

Sin embargo la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado hace mención a las sanciones sobre prácticas desleales en su artículo 26, el cual explica que cualquier actividad en la cual se impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia que afecte los derechos de los consumidores como actos punibles. Esta misma ley facultad a que la Superintendencia de Control de Poder del Mercado acuda ante la Fiscalía General del Estado para que haga todas las investigaciones necesarias para determinar el nexo causal de los indicios de responsabilidad (2012, artículo 72).

La ley en mención hace distinción entre las infracciones leves, graves, y muy graves, las cuales están numeradas en el artículo 78 y será sancionada de la siguiente manera:

- a) Infracciones leves: multa hasta el ocho por ciento de los réditos obtenidos por el infractor en sus actividades, en caso de no poder

determinar el volumen de los réditos, se le multará con la cantidad de cincuenta a dos mil Remuneraciones Básicas Unificadas.

- b) Infracciones graves: multa hasta el diez por ciento de los réditos obtenidos por el infractor en sus actividades, en caso de no poder determinar el volumen de los réditos, se le multará con la cantidad de dos mil uno a cuarenta mil Remuneraciones Básicas Unificadas.
- c) Infracciones muy graves: multa hasta el doce por ciento de los réditos obtenidos por el infractor en sus actividades, en caso de no poder determinar el volumen de los réditos, se le multará con la cantidad mayor a cuatrocientas mil Remuneraciones Básicas Unificadas.

A estas sanciones se les puede aplicar algunas circunstancias agravantes de la pena como por ejemplo:

- Cometimiento reiterado de infracciones estipuladas en esta ley si el infractor fuere declarado responsable o instigador.
- Imposición de actos que materialicen idóneamente la realización de actos ilícitos.
- El entorpecimiento en los procesos de investigación dentro de la causa.

De la misma forma, la Ley determina circunstancias atenuantes de la pena:

- Terminar con el daño causado con la toma de medidas provenientes del infractor.
- La incorrecta aplicación de acciones desleales.
- La toma de medidas que subsanen los daños causados.
- El apoyo brindado hacia la Superintendencia de Control de Poder del Mercado.

CAPITULO V

LA FALTA DE REGULACION

5.1. La susceptibilidad de las normas de control sobre falsificación y otras infracciones en Derechos de Autor y de Marcas.

Dentro de la propiedad intelectual, podemos observar que a lo largo de los años, son muchas las circunstancias que han permitido que aparezcan actos desleales que ocasionen daños tanto a los titulares de derechos intelectuales como a la sociedad. Es importante enfatizar que estos actos son fenómenos sociales, que han aparecido y han aumentado sus índices de sobremanera por factores como la pobreza, falta de trabajo, limitaciones importaciones y a la libre competencia, entre otros, es por eso que al existir personas que se ven necesitadas de ingresos para su subsistencia, y deciden satisfacer sus necesidades adquiriendo productos falsificados (se crea la demanda) y lo que es más complejo en actos de falsificación activa, que son claros ejemplos anticompetitivos. A continuación haremos un resumen sobre estas actividades comerciales y sus principales daños.

Es fundamental retomar los daños que la falsificación ocasiona tanto a titulares de derechos como a la sociedad, para esto debe hacerse una retrospectiva de las causales del origen de estos fenómenos. En primer lugar debemos enfocarnos en la situación económica por la que atraviesa toda la población, sobre todo Latinoamérica, donde en términos generales los índices de desempleo y subempleo han aumentado en las últimas décadas, razón por la cual, los ingresos para afrontar la carga familiar se ven sumamente limitados, haciendo grandes esfuerzos para meramente lograr sobrellevar sus necesidades básicas. Dichas necesidades básicas, tienen que ver con alimentación, vestimenta, educación y salud, sin embargo hay que tomar en cuenta que familias que viven en suma pobreza, su única necesidad es la alimentación y por lo tanto la salud, relegando la educación y la vestimenta, en

el primer caso por las dificultades de acceso, es decir, dichas personas que viven en pobreza, no piensan en acceder a la educación, pues su prioridad es el trabajo desde temprana edad.

Haciendo una profunda reflexión del enunciado anterior, debe comprenderse la situación en la cual se ven inmersas muchas personas, entonces, hay que resaltar que la falta de trabajo y la situación económica del país se ve reflejada desde 2 puntos de vista:

- La limitación en la cantidad de recursos económicos presentes en las familias, los obliga a realizar cualquier actividad que les permita subsistir, sin importar su procedencia ni las consecuencias que esto pueda causar. En el caso de los derechos de autor y el derecho marcario, son dos campos donde estas personas encuentran un campo fácil de trabajo sin mayores restricciones. A esto hay que añadirle el desarrollo tecnológico presente en la actualidad, el cual permite que cualquier persona, sin tener mayores conocimientos técnicos pueda reproducir ilegítimamente cualquier tipo de creación intelectual, encontrando así con una fuente de trabajo estable y muy viable, esto gracias al poco control existente por las autoridades. Con todas estas facilidades, la falsificación mediante la reproducción ilícita, además del gran desarrollo tecnológico y las facilidades informáticas existentes contemporáneamente. Tomando en cuenta estos antecedentes, podemos observar las facilidades con las que cuenta una persona para acceder a este mercado, que resulta legítimo pero ilegal, pues si bien corrompe normas del derecho de propiedad intelectual, también es reconocido y aceptado como un negocio con los requisitos de ley por parte del Servicio de Rentas Internas.
- La falsificación desde el punto de vista del consumidor, es sin duda una opción apetecible y tentadora, debido a la abismal diferencia entre el precio que se consigue un producto original, y el precio de su copia. Regresando al punto anterior, en cuanto a la situación económica de la

mayoría de la población, debemos entender que si bien la mayoría de las obras intelectuales que se ofertan en el mercado no son de valores extremadamente altos, representan un gasto fuerte para el consumidor. Es aquí donde aparece el falsificador que hace una oferta, intentando confundir al cliente de su legitimidad, pero con un precio mucho menor. Muchas veces, es difícil para el cliente comprobar la procedencia de un bien para poder comprobar su legitimidad, sin embargo, en otros muchos casos los consumidores saben perfectamente que están adquiriendo productos ilegítimos, los cuales no cuentan con una autorización previa para su reproducción.

El punto más importante a destacar es la situación en la que se encuentra un ciudadano promedio, el cual cuenta con un presupuesto promedio para sus gastos en determinado tiempo (por lo general mensualmente), y los gastos en estas obras suelen ser adquiridos con fines de entretenimiento, como los libros, equipos electrónicos y videojuegos, discos musicales o de películas. Pero por otro lado muchos consumidores acceden a bienes falsificados como parte de sus herramientas de trabajo, ya sea con programas informáticos o software así como herramientas y materiales para trabajos con mano de obra. La situación del consumidor, en nuestro entorno no es la más favorable, por no contar con la suficiente cantidad de ingresos necesarios para las cargas existentes. Es así que adquieren creaciones intelectuales que han sido reproducidas ilegítimamente, por su bajo costo en el mercado, lo que nos lleva a concluir que la adquisición de estos bienes no es esencial para la subsistencia de las personas, por lo que estos bienes no son de primera necesidad y pueden ser reemplazados o sustituidos por otro. En el caso de la propiedad intelectual, como ya se explicó con anterioridad, en la mayoría de los casos, el bien falsificado cumple con las mismas cualidades y funcionalidad que el original, sino que con menor calidad. De este enunciado, se puede determinar

Los antecedentes antes expuestos nos permiten aclarar el panorama en el que nos encontramos cuando enfrentamos las normas infringidas diariamente sobre

los derechos de autor y el derecho marcario, y nos ayudan a entender el motivo principal por el cual estas reglas no son acatadas y respetadas por la sociedad. Sin embargo hay que hacer hincapié en la fragilidad de las leyes, acuerdos y tratados internacionales vigentes, pues si bien pueden ser muy bien elaborados, no están siendo respetados, lo que a nivel nacional e internacional no brinda seguridad jurídica.

Lo más importante de esta problemática no es la falta de normas, pues como se enumeró previamente contamos con principios e instituciones adecuadas para la defensa de derechos intelectuales, no solo en la Ley de Propiedad Intelectual y La Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado, sino que también están reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Civil, Código Penal y de Procedimiento Penal, así como internacionalmente la Decisión 486, por lo que podemos constatar que los derechos intelectuales no están desamparados jurídicamente, sino que se encuentran en situación de vulnerabilidad por los problemas sociales. Esto nos permite entender que la falsificación no es un problema netamente jurídico, sino social, cultural, y tiene que mucho que ver con las costumbres, las cuales forman parte de las fuentes del derecho.

Adentrándonos en el tema de la costumbre, podemos describir a esta como un conjunto de hábitos o costumbres adquiridas por un grupo social, las cuales pueden ser positivas o negativas, pero tienen que ver con el estilo de vida que lleva un grupo de gente según su territorio. Como es de conocimiento general, el derecho debe acomodarse a las necesidades de su gente así como el entorno en el cual están inmersas, por lo tanto las costumbres son un parámetro esencial para la elaboración de normas jurídicas. El problema radica en la lentitud de enmienda y reforma de normas, además de la creación de nuevas normas y cuerpos jurídicos acordes a la realidad social. Esta falta de agilidad por parte de la función Legislativa, retrasa los procesos de control sobre las violaciones a los derechos de propiedad intelectual.

A sabiendas de la falta de agilidad de las normas de protección de los derechos de propiedad intelectual, la mejor conclusión a la que podemos llegar es que las leyes vigentes no están completamente adaptadas a la situación actual de la población, por lo que muy difícilmente responderán a sus necesidades.

5.2. Falta de mecanismos de control a nivel nacional.

Si bien el Estado ecuatoriano cuenta con una amplia normatividad con el fin de defender a los titulares de derechos de propiedad intelectual, debemos hacer énfasis en el vivir diario dentro de la sociedad, donde se puede encontrar una realidad distinta a la que se protege con las leyes vigentes.

Dentro del territorio nacional, la administración cumple un rol de defensa, especialmente a través del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) intentando defender tanto derechos de autor como de signos distintivos, sin embargo, el esfuerzo realizado por los funcionarios del IEPI usualmente no va más allá de los trámites relativos a registros, dejando muchos vacíos en el ejercicio de esos derechos de exclusividad, especialmente frente al comercio informal. Entendemos al comercio informal como la manera en que personas no autorizadas dedican como su actividad laboral la venta, reproducción y difusión de productos o servicios, evadiendo responsabilidades tanto civiles, tributarias y penales. El comercio informal tiene que ver con los vendedores ambulantes que pueden encontrarse en las calles y esquinas.

La compra y venta de productos y servicios falsificados en la mayoría de casos se encuentra mediante la venta ambulante donde participan personas de escasos recursos, que al ser víctimas de la pobreza deben acceder fraudulentamente al plagio de bienes protegidos por derechos intelectuales para venderlas a cómodos precios en la calle. Lo preocupante de este asunto no tiene que ver con los pequeños vendedores ambulantes pues su proporción del mercado llega a porcentajes pequeños, en muchos casos ellos reciben un ingreso fijo por parte de una tercera persona que se dedica a la fabricación y

reproducción ilícita, para que estas personas de limitados recursos sean quienes los pongan en venta.

Otro problema sustancial, tiene que ver con la permisibilidad y el perdón de las autoridades, está claro que no es tema de esta tesis, sin embargo se piensa que uno de los daños fundamentales sobre los derechos de propiedad intelectual tiene que ver con la corrupción, sobre todo desde el punto de vista de las fuerzas del orden, pues las leyes obligan al decomiso de estas mercaderías, sin embargo, un buen número deciden tomar el camino fácil y recibir coimas. Lamentablemente este es un mal que no afecta solo a los derechos de marcas y de autor, sino que al derecho en términos generales, pues limitan la capacidad investigativa de las autoridades, y por esto no pueden iniciarse los respectivos procesos.

Este tipo de convencionalismos sociales, no influyen solamente en el pensamiento de los consumidores, sino que también a las autoridades, pues no se han tomado las medidas respectivas desde un inicio, permitiendo así que este mercado negro crezca sin tener límite alguno. La manera más ortodoxa de demostrar este fenómeno, es al observar el reconocimiento que otorga el fisco sobre tiendas y establecimientos donde venden discos piratas, obligándoles a llevar contabilidad y declarar Impuesto a la Renta, entonces la pregunta es la siguiente ¿No es una contradicción de normas en el momento en que la ley sanciona la comercialización de bienes falsificados, pero al mismo tiempo permite esta actividad obligando a rendir cuentas al fisco?

5.3. Necesidad de fortalecer y viabilizar los sistemas de control sobre la falsificación.

Lo expuesto en el enunciado anterior, es claramente reprochable a nivel local e internacional, por lo que debe hacerse un llamado de conciencia tanto a las autoridades como a los consumidores. Debe llegarse a un consenso entre los titulares de los derechos y el Estado. Hasta la fecha, esto se ha dado solo por

parte de los mismos creadores intelectuales, quienes han visto la posibilidad de abaratar los precios de discos musicales. Esto da a pensar que el Estado se encuentra pasivo en el intento de combatir la falsificación dentro del derecho de marcas y los derechos de autor.

La falta de incentivos por parte del Estado, para la defensa de los derechos intelectuales ha ocasionado que el mercado ecuatoriano en cuanto a producciones cinematográficas y musicales, haya disminuido notablemente, y se hará referencia a un caso en especial. Este tiene que ver con uno de los más importantes cantautores del Ecuador y Latinoamérica, Juan Fernando Velasco, quien tiene un alto reconocimiento a nivel mundial, quien tuvo que enfrentar pérdidas significativas por la falsificación de sus discos, por lo que llegó a la conclusión de que sus ingresos no venían de la venta de discos, sino de conciertos y publicidad. Este caso es ideal para llevarnos a la reflexión de la inestabilidad por la que pasan los artistas gracias a la inseguridad jurídica a la que se enfrentan, teniendo que emigrar para buscar mejores oportunidades en el extranjero.

Debemos buscar todas las alternativas posibles para combatir este mal que nos afecta a todos, pues el poco incentivo ocasiona un lento crecimiento cultural, tecnológico e industrial.

Aproximadamente en el año 2005, fue una época de transición para la defensa de los derechos de propiedad intelectual, pues en esta temporada las principales tiendas de música y de películas estaban entrando en quiebra y muchas agrupaciones nacionales empezaron a abaratar los costos de sus discos con el fin de la subsistencia de las mismas, sin embargo el incentivo no fue suficiente y estos locales quedaron en banca rota. Pero se explicará un caso en particular de mucha importancia, en el cual deberían inspirarse las autoridades para su promoción y el combate de la falsificación, es el caso de la película ecuatoriana llamada “Que tan lejos” la cual estando previa a su lanzamiento oficial, su directora (Tania Hermida) se acercó a las tiendas de

venta de películas falsificadas, logrando llegar a un acuerdo, para que su película no sea falsificada, sino que se vendía la película original a un precio razonable y mucho más accesible que las películas originales existentes en el mercado.

5.4. Propuestas de mejoras en control y sanciones hacia la falsificación.

Es muy delicado involucrarse con la legislación interna de cada país, pues se estaría atentando contra el principio internacional de la no intervención de los Estados, sin embargo la iniciativa puede materializarse mediante cualquier tipo de acuerdo multilateral, encaminado estrictamente al combate de las violaciones de los derechos intelectuales. Es necesario identificar a los grandes empresarios encargados de la reproducción ilícita de obras, marcas y servicios para llegar a acuerdos de precios razonables. Al mismo tiempo, habrá que comprometerse al reforzamiento de normas internas sobre la protección de derechos intelectuales en todo ámbito, estableciéndolo como política pública, y fijándolo como un objetivo de interés público.

Si regresamos a los capítulos anteriores, notamos la importancia del cuidado de estos derechos, pues son una herramienta directa para el desarrollo de la sociedad, la tecnología y los sistemas informáticos. En el caso de ignorar estos derechos, el comercio informal seguirá aumentando sin control.

El aumento de los índices de falsificación es alarmante, por lo que las distintas legislaciones deberían ser más estrictas y deberían contar fuerza coercitiva para poder reprender a quien incumpla estas disposiciones. Un ejemplo que debe ser objeto de análisis es el de Colombia, en relación a la situación del Ecuador, pues en el país vecino, la venta de estos bienes solo puede ocurrir con una oferta directa, esto significa que los falsificadores se acercan a cada persona a ofrecer sus productos falsificados, puesto que la policía tiene orden de capturar al infractor y de decomisar los productos inmediatamente, considerando el hecho como un delito flagrante, por lo que los falsificadores

son muy sigilosos para ponerlos en venta, y los consumidores están mas consientes de la ilegalidad de su compra. Muy diferente es el caso ecuatoriano, donde la oferta es también indirecta y bajo toda la apariencia de legitimidad y formalidad, es penoso decirlo, pero estamos muy atrasados de los vecinos colombianos, pues aquí no existe control alguno y los vendedores de estas mercaderías, por lo que tienen plena libertad para instalar publicidad y marketing en sus locales.

Un caso muy trascendental sobre el combate de la falsificación de películas nacionales es el que ha protagonizado la Asociación Ecuatoriana de Comerciantes y Distribuidores de Productos Audiovisuales y Auxilios Mutuos (ASECOPAC), quienes en el año 2011 lograron recibir el apoyo del consejo Nacional de Cinematografía, el Ministerio de Cultura, el Ministerio Coordinador de Patrimonio y el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), con el fin de regularizar al comercio informal existente en el país, donde el valor de las películas originales son vendidas a un valor de 2,99\$, donde 1\$ es destinado a los valores de los derechos de autor. Este es un caso digno de ejemplo en el país, pues de manera legítima han logrado hacer una recopilación de cinco películas a un valor muy módico.

Es también importante afianzar y promover a nivel nacional las campañas que lleva el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) en cuanto al registro de marcas y creaciones intelectuales, donde se busca un incentivo al ingenio humano con lemas como “¿Tienes una idea innovadora? ¡Regístrala!”, estos son mecanismos que esta institución gubernamental está promoviendo a sus usuarios, sin embargo, esta cuenta con su sede principal en la ciudad de Quito y dos sucursales en Guayaquil y Cuenca, es decir, alguien que desea realizar un registro en una ciudad diferente a esta, debe hacerlo mediante estas tres oficinas, por esta razón es fundamental una implementación de un sistema de concientización a nivel nacional, para que este servicio pueda expandirse hacia todos los ecuatorianos y así disminuir el fenómeno de la falsificación. También podrían establecerse campañas educativas en centros educativos,

como universidades y colegios, haciendo énfasis en facultades dedicadas a la electrónica y los sistemas, quienes son los facilitadores de la reproducción ilícita. Así mismo, acercarse a gente del sector rural, con el fin de hacerles conocer los derechos que tienen sobre sus incentivos y creatividad artística, así como con sus destrezas y conocimientos en el campo de la agricultura, para su debido registro de técnicas y mecanismos en el área.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES:

Una vez analizado el fenómeno de la falsificación, se debe considerar a este como un asunto de interés general, por la afectación económica y social que ocasiona. Debemos entender que la falsificación nace de varios factores como la inestabilidad económica por la que atraviesan muchos países de la región, que desemboca en que personas de limitados recursos busquen medios alternativos de trabajo, sin importar la afectación que causan hacia las personas que poseen derechos de propiedad intelectual.

Sin embargo, debemos ser enfáticos y resaltar que este es un problema que va más allá de la crisis económica pues nace de mafias totalmente organizadas las que se dedican a esto, entendiendo que el problema no nace de los comerciantes informales que mediante prácticas deshonestas logran la captación de clientela ajena sino de todo un problema social que se encuentra en constante crecimiento y se ha vuelto incontrolable, el cual ocasiona un sinnúmero de pérdidas económicas al país.

La falsificación también genera un efecto de desmotivación y desinterés en los autores para crear obras nuevas y desarrollar sus capacidades, puesto que no ven en los derechos de propiedad intelectual una fuente de ingresos que les permita dedicarse a tiempo completo a estas actividades y se ven forzados a buscar trabajos habituales.

Existen varias maneras de competencia desleal que establece la ley, pero los principales efectos son: la confusión directa, indirecta, asociación respecto del origen empresarial y el aprovechamiento de la fama o reputación adquirida.

6.2 RECOMENDACIONES:

El Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) debe buscar un mecanismo de financiamiento constante, que le permita concientizar a la gente sobre la importancia del respeto a los derechos de propiedad intelectual, de tal manera que se implementen campañas como la de combatir la compra de cosas robadas, es decir “si no compras, no es negocio para los falsificadores”, para lo cual se debe generar acceso a precios módicos a los originales de obras, productos y servicios, donde el consumidor tenga un incentivo para buscar obras originales.

El gobierno central, a través del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, debe masificar la idea del respeto a los derechos de propiedad intelectual no únicamente mediante la sanción a los infractores, sino que difundiendo una cultura de creación e innovación de nuevas obras, productos o servicios, todo esto a través de la educación hacia los ciudadanos, quienes sientan la importancia del respeto hacia el esfuerzo ajeno y que puedan ser justos competidores sin aprovecharse ilegítimamente del esfuerzo y el prestigio ajeno.

Debe instalarse urgentemente los juzgados de propiedad intelectual, que permitan controlar efectivamente los actos de competencia desleal en el Ecuador.

REFERENCIAS

- Alemán M. (1995). *Marcas*, Bogotá: Top Managment.
- ASIPI, LES, ASDIN (1991). *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires: ASTREA.
Código Civil Argentino, 2011).
- Código Civil, Registro Oficial Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005.
- Código de Procedimiento Civil, 2005
- Código de Procedimiento Penal, 2003
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 (20 de octubre de 2008).
- Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, Registro Oficial No. 244 (29 de Julio de 1999).
- Decisión 486, 2001
- Goldstein M. (1995). *Derecho de Autor*, Buenos Aires: Ediciones La Rocca
- HOY*, (2011,) *Más del 95% de filmes y discos de Ecuador son piratas*
Recuperado el 5 de mayo de 2013 <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/mas-del-95-de-filmes-y-discos-de-ecuador-son-piratas-472746.html>
- Ledesma J. (1992). *Derecho Penal Intelectual*, Buenos Aires: Universidad.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado 2012
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, 2000*
- Ley de Propiedad Intelectual, Registro Oficial Suplemento No. 426 (28 de Diciembre de 2006).
- Lipszyc D. (2001). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires: UNESCO / CERLALC / ZAVALIA.
- Metroactivablog, (s.f.), *Televisión Satelital un Solo Pago Quito Ecuador-Kit Satelital Gratis Sin Mensualidades* .Recuperado el 13 de marzo de 2013 <http://metroactiva.com/blog-noticiasecuador/2011/08/television-satelital-un-solo-pago/>
- Portalmundos, (s.f), *Las pérdidas por piratería fueron de 11 millones en 2010*

según la Coalición de Creadores. Recuperado el 5 de mayo de 2013
<http://mundotecnologia.portalmundos.com/las-perdidas-por-pirateria-fueron-de-11000-millones-en-2010-segun-la-coalicion-de-creadores/>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (2012). *Tratados y partes contratantes*. Recuperado el 9 de abril de 2012,
<http://www.wipo.int/treaties/es/convention/> .

Otamendi J. (1994). *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Pamplona: Aranzadi

Otamendi J. (2009). *Derecho de Marcas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Pérez V. (1996). *Las Medidas Cautelares en el Proceso de Propiedad Industrial*, Barcelona: José María Boch

Segura M. (1995). *Derecho Penal y Propiedad Industrial*, Madrid. Editorial Civitas S.A.

ANEXOS

IMITACIÓN



Trámite No. 04-301 RVM, Signo Distintivo “YEV y logotipo”, resolución emitida por el Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales, emitida el 18 de marzo de 2008.

TRADUCCIÓN

Elegance is an attitude

STONE

Elegancia es una actitud

Trámite No. 05-714 AC, Signo Distintivo “STONE + GRÁFICA”, resolución emitida el 19 de junio de 2008, por el Comité de Propiedad Intelectual, Industrial y Obtenciones Vegetales.

USO DENIGRATORIO



USO DENIGRATORIO



USO PEYORATIVO



CONFUSIÓN



ORIGINAL



COPIA

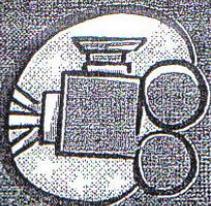
Medida en Frontera, Oficio No. CAE-GFZ-DI-1710, detención de la mercadería, confirmada por el IEPI mediante Oficio No. 423-2008-G-MF-IEPI. Trámite No. 09-2386 RA.



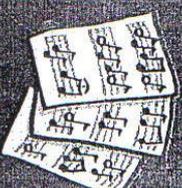
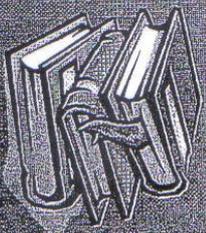
IEP
INTELECTUAL
PROPIEDAD

DÍA MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL

26 de Abril de 2007



CAMPAÑA ANTIPIRATERÍA Y DIFUSIÓN DEL RESPETO AL DERECHO DE AUTOR



26 de Abril: Día Mundial de la Propiedad Intelectual

- Fecha Elegida por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
- Busca Fomentar la creatividad y recompensar el talento creativo e innovador del que depende nuestro futuro
- Es una excelente oportunidad para reflexionar acerca del papel de la Propiedad Intelectual en la vida diaria y sobre su importancia en el fomento y la protección de la creatividad.

Y que hacer?

- El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) viene trabajando diversas iniciativas:

1.- La Dirección Nacional de Derecho de Autor, elaboró el Proyecto

“Campana Antipiratería y difusión del Respeto al Derecho de Autor”.

2.- Participa e impulsa jornadas educativas e informativas con los diferentes sectores como el musical.

3.- Trabaja conjuntamente con el Ministerio de Educación un Proyecto Piloto de **educación a población infantil** para que las nuevas generaciones se apropien del valor de respeto al derecho autoral.

LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS DEL IEPI ha impulsado desde el año 2006 el Proyecto denominado "CAMPAÑA ANTIPIRATERÍA Y DIFUSIÓN DEL RESPETO AL DERECHO DE AUTOR".

PORQUE?

Las estadísticas indican los altos niveles de Piratería en perjuicio de los Autores de los distintos géneros, un 95% en género audiovisual, el 69% en software y más del 98% en música.

Pérdidas económicas estimadas por piratería en ECUADOR durante el año 2006		
Sector / Obras	Perdidas en millones de US\$	Nivel de Piratería
1. Sector discográfico	US\$ 33	98%
2. Sector editorial	US\$ 2	NA
3. Industrial del software (aplicativos empresariales)	US\$ 17	69%
4. Audiovisual	NA	95%
TOTAL	US\$ 93.5	-

Es por esta razón que la Dirección Nacional de Derecho de Autor ha iniciado acciones encaminadas a disminuir estos altos índices indicadores de Piratería y ha notificado a los distintos locales de los Centros Comerciales de las ciudades principales de Quito, Guayaquil y Cuenca, donde se presume cometer el ilícito; en dichas acciones se advierte a los Administradores de los Centros Comerciales de su responsabilidad solidaria en el cometimiento del Delito.

Emilio J. Jerez

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

PROYECTO:

**"CAMPAÑA ANTIPIRATERIA Y DIFUSIÓN DEL RESPETO AL
DERECHO DE AUTOR".**

Población a la que va dirigida:

Indirecta: la sociedad que consume

Directa: los Funcionarios Judiciales, Autoridades en general

Actores:

1. Presidencia de la República
2. Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual – Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos
3. Ministerio de Gobierno y Policía
4. Ministerio de Educación
5. Ministerio de Industria y Competitividad
6. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración
7. Corte Suprema de Justicia y/o Consejo Nacional de la Judicatura, Fiscalías
8. Corporación Aduanera Ecuatoriana
9. Procuraduría General del Estado
10. Superintendencia de Compañías

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



11. Universidades
12. Sociedades de Gestión Colectiva
13. Asociación Ecuatoriana de Propiedad Industrial (AEPI)
14. Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI)
15. Business Software Alliance (BSA)
16. Cámara del Libro

JUSTIFICACION:

El Art.30 de la Constitución de la República del Ecuador señala que se reconocerá y garantizará el derecho de propiedad intelectual.

El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), de conformidad con el Art.3 de la Ley de Propiedad Intelectual, es el Órgano Administrativo competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, tiene a su cargo la aplicación administrativa de la Ley de Propiedad Intelectual dentro del ámbito de su competencia, por lo que es competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender los derechos de propiedad intelectual en el ámbito del derecho de autor y derechos conexos, así como es de su competencia desarrollar programas de difusión, capacitación y formación en Derecho de Autor y Derechos Conexos, de conformidad con el Art.51, literal e) de la Decisión 351 de la Comunidad Andina.

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



De acuerdo con el Art.346 de la Ley de Propiedad Intelectual, el IEPI se creó como persona jurídica de derecho público, con patrimonio propio, autonomía administrativa, económica, financiera y operativa. De ahí que, en la Proforma Presupuestaria 2007 que fue aprobada por el Consejo Directivo en sesión de 21 de diciembre de 2006, existe la partida D11400.00.000 No.53.02.07.000.01, correspondiente a Servicios Generales. En el detalle de gastos de funcionamiento de Servicios Generales consta "Gastos en difusión, Información y Publicidad (control piratería)" con un monto de \$ 200.000 (DOSCIENTOS MIL DOLARES).

Según estadísticas de la Dirección General de Comercio Mundial, el Ecuador no ha implementado las acciones necesarias para prevenir, controlar y combatir el altísimo nivel de piratería, 95% aproximadamente en género audiovisual, 69% en software y más del 95% en música.

El impacto en la economía del Ecuador a consecuencia de la piratería está causando millonarias pérdidas económicas. Según un estudio de la Business Software Alliance (BSA), la tasa de piratería en Ecuador llegó al 68% en el 2003, lo que dejó pérdidas por \$11 millones a los fabricantes de productos informáticos¹, durante el 2004, fue del 70% y las pérdidas económicas por piratería de software ascendieron a 13 millones de dólares.² El informe de la BSA, señala que la tasa de piratería de Ecuador está por encima del promedio de Latinoamérica.³

Según la Federación Internacional de la Industria Fonográfica (IFPI), América Latina es el paraíso de los piratas. Paraguay (99%), Ecuador (98%), México

¹ <http://www.bov.como.ec>

Fecha: 24 de julio de 2006

² <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Autor.11.htm>

Fecha: 24 de julio de 2006

³ <http://portal.isacnet.net/modules/news/article.php?storyid=32>

Fecha: 24 de julio de 2006

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



(60%) y Brasil (52%) están en la lista oscura de la IFPI como los que más producen, distribuyen y consumen piratería.⁴

La piratería de discos, libros y películas dejó 15 mil desempleados y causó pérdidas por \$ 66.832,500 millones en el Ecuador, desde hace siete años. Además, de las 14 empresas que formaban la Cámara del Disco del Ecuador, sólo quedan tres activas.⁵ Lo más grave es que unos pocos (se habla de cuatro grandes contrabandistas e importadores) son los que se hacen millonarios con este ilícito. Es decir, mientras unos 10 mil vendedores ambulantes ganan hasta \$100 diarios, los grandes importadores suman enormes fortunas por doble vía: compran los CD vírgenes en \$0,03 y los venden a \$0.15 y no declaran al Estado esa ganancia. Si ingresaron al Ecuador, durante el 2004, alrededor de 70 millones de CDs, solo en ese año, la ganancia fue de \$ 8.400.000.⁶ El ingreso de CDs vírgenes al Ecuador en el 2006 de \$ 100'000.000

Desde el año 2003, la Intendencia de Policía de Pichincha no realiza batidas en contra de los pequeños vendedores de material pirata, porque, según la Intendencia, los informales no son los responsables, sino los distribuidores que copian CD.⁷

La violación al derecho de autor y derechos conexos en el Ecuador por el uso imparable de la piratería, tal como se refleja en las estadísticas antes mencionadas, están causando millonarias pérdidas económicas tanto al país como a los autores, en beneficio de quienes se dedican a esta actividad ilegal.

⁴ Revista Blanco y Negro, de 2 de julio de 2006, "Ecuador es el segundo entre los más 'copiones'", p.4.

⁵ Revista Blanco y Negro, de 2 de julio de 2006, "Ecuador pierde \$66 millones", p.2.

⁶ Revista Blanco y Negro, de 2 de julio de 2006, "El monopolio manda en este mercado", p.4.

⁷ Revista Blanco y Negro, de 2 de julio de 2006, "Ecuador pierde \$66 millones", p.2.

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



Frente a estos alarmantes datos por el uso de la piratería y sus consecuencias nefastas tanto en el ámbito cultural como económico dentro de la sociedad, por el cual las estadísticas de la IFPI, nos ubican como el segundo país que más piratería de música comercializa a nivel de América Latina, el IEPI en el ejercicio de sus obligaciones, ha tomado la iniciativa de comprometer a instituciones públicas y privadas vinculadas con la problemática, para coordinar las acciones necesarias a fin de erradicar la piratería en el Ecuador y de esta manera convertimos en un país ejemplo de América Latina, que hace respetar la Ley de Propiedad Intelectual, a través de medidas oportunas y un adecuado control en la comercialización de la mercadería.

OBJETIVOS:

Objetivo General:

Promover sinergias entre las instituciones del sector público y privadas para articular esfuerzos que permitan el control y la defensa de los derechos de autor y derechos conexos y crear conciencia en la ciudadanía respecto de los efectos del consumo de productos piratas.

Objetivos Específicos:

1. Difundir mediante una campaña de control de piratería y publicidad, acciones y valores de reconocimiento y respeto al derecho de autor y derechos conexos, dirigidos a la ciudadanía en general.
2. Promover a través de la presente campaña la aplicación y cumplimiento de la legislación sobre el derecho de autor y derechos conexos en los diversos sectores de la sociedad.

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



3. Lograr un control sobre el uso y comercialización de la piratería para disminuir sus alarmante índices en el Ecuador.
4. Capacitar y difundir el derecho de autor y derechos conexos a funcionarios públicos de las instituciones participantes para promover acciones de protección y control a la piratería.
5. Trabajar el tema desde la niñez para formar a las nuevas sociedades con conocimientos sólidos del respeto al derecho de autor y derechos conexos e ideas claras que su trabajo creativo y de los demás es importante y está protegido, así como promover la formación en materia de derecho de autor como factor de fomento a la creatividad humana.
6. Cooperar y coordinar entre las entidades que forman parte de este proyecto, para la ejecución exitosa y fortalecimiento del derecho de autor.
7. Coordinar y definir las acciones interinstitucionales para contar con una agenda de trabajo dentro de la campaña, que permita el fortalecimiento de la protección a los derechos de autor y a la Propiedad Intelectual en general.

ESTRATEGIAS:

1. La Presidencia de la República del Ecuador se comprometería a establecer como Política de Estado, la protección de la propiedad intelectual, y de manera especial el combate a la Piratería y Falsificación en favor del Derecho de Autor.

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



2. El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual se compromete a ejecutar campañas de publicidad y difusión del derecho de autor y derechos conexos, para lograr una concientización al respecto en la ciudadanía y de esa manera controlar y disminuir el uso de material pirata. La difusión se realizaría por televisión, radio, vallas publicitarias y materiales impresos.
3. El IEPI contratará una empresa encuestadora que realice un trabajo de investigación para disponer de un diagnóstico real sobre el uso de la piratería y conocimiento de las ley de propiedad intelectual, en el Ecuador entre los diversos sectores de la sociedad y el conocimiento de los servicios que presta el IEPI.
4. El Ministerio de Gobierno prestará todo su contingente a fin de capacitar a los miembros de la fuerza policial en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos para crear una Unidad Especializada en la materia, elemento muy necesario para que el IEPI y la sociedad cuenten con su apoyo en los operativos antipiratería y otros relacionados que se lleven a cabo.
5. El Ministerio de Gobierno, velará por incluir en todos los programas de estudios de las escuelas de capacitación de la policía, el derecho de propiedad intelectual, especialmente el derecho de autor y derechos conexos y las infracciones a estos derechos.
6. Las Fiscalías coordinarán acciones permanentes y conjuntas con el IEPI, para realizar operativos antipiratería a nivel nacional, hasta erradicar este problema.

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



7. El Ministerio de Educación implementará en las escuelas el valor del "respeto" al derecho de autor y derechos conexos con la capacitación impartida por talleristas del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), con el libro "Los Oficios de la Imaginación", creado a instancias de la Alianza Global para la Diversidad Cultural de la UNESCO.
8. El Ministerio de Educación a fin de implementar lo referido en el párrafo anterior, aplicará la estrategia pedagógica que el Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) otorga, dirigida a entrenar formadores que apoyen el proceso de entrenamiento de esta disciplina.
9. El Ministerio de Industrias, en coordinación con la Corporación Aduanera del Ecuador, CAE, promoverá en el ejercicio de sus acciones, el cumplimiento de la Ley de Propiedad Intelectual.
10. El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, en cumplimiento especialmente la acción aduanera contemplada en el artículo 342. Para estos efectos deberán seguirse los pasos establecidos en la guía que se adjunta a este documento, la cual recoge además lo establecido en los tratados internacionales suscritos por el Ecuador en esta materia

Los cursos de capacitación serán dictados por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual.

11. La Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE) en cumplimiento de la normativa vigente, deberá ejercer las acciones legales pertinentes para

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual



evitar el ingreso o salida de material que atente a la propiedad intelectual, especialmente al derecho de autor y derechos conexos y aplicar medidas de frontera, en coordinación con el IEPI, de acuerdo a lo expresado previamente.

La CAE, deberá también promover al interior de la entidad, un plan de capacitación en derechos de propiedad intelectual, especialmente el derecho de autor y derechos conexos para difundir un conocimiento mínimo en esta materia que los funcionarios deben tener para aplicar las medidas necesarias e impedir el cometimiento de estos delitos en frontera.

12. La Procuraduría General del Estado, ejercerá un especial control para que las entidades estatales utilicen programas informáticos legalmente adquiridos y con las correspondientes licencias de utilización.
13. El Convenio Antipiratería para Colombia, cede al IEPI por medio de una licencia el uso de los comerciales de sus Campañas "Las Aventuras del Pirata", "No Apoye la Piratería" y "Pena, Penita Pena", para su utilización en una campaña de publicidad nacional.
14. Las sociedades de gestión colectiva gestionarán a través de la asociación de cines, la difusión en la pantalla de los cines, la campaña antipiratería que se difundirá como parte de este proyecto.

Lunes, 5 de febrero de 2007 - 18:48 GMT

 [Envíe esta nota por e-mail](#)

 [Imprima esta nota](#)

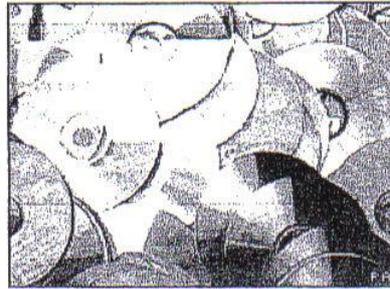
Piratería: un negocio millonario



Mariana Martínez
Columnista, BBC Mundo

En las calles de Bogotá, como en cualquier otra ciudad de Latinoamérica, es posible conseguir cualquier programa de computación por menos de US\$5.

Claro está que por ese precio la versión es una copia falsificada. Pero, según me dice Pedro Torres, un vendedor callejero de un populoso barrio de Bogotá, "eso es lo que menos le importa a la gente".



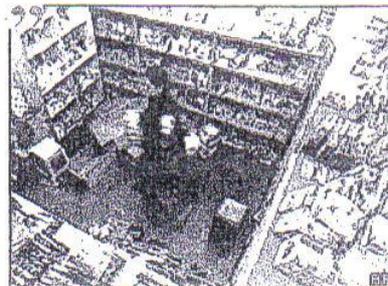
La principal razón por la que se compra un producto pirata es porque es más barato que el original.

Mientras Pedro hace una venta, aprovecho para preguntarle a Camilo, de 25 años, quien observa con desconfianza ambas caras de un CD, si no se enfrenta al dilema ético de comprar o no comprar una copia falsificada del software.

"Si no lo compro aquí, no lo puedo comprar", expresa sin remordimientos Camilo, y agrega que "la piratería es consecuencia de los problemas económicos del país y no de la gente".

"Si tuviera el poder adquisitivo para comprar el original no me molestaría en venir hasta aquí para comprar una copia que no sé si va a funcionar o qué problemas me va a traer", asegura.

A lo largo y ancho del planeta



Según datos del Tercer Congreso Mundial sobre la Lucha contra la Falsificación y la Piratería, este mercado representa 8% del comercio mundial y significa un costo de unos US\$100 mil millones de dólares al año para el comercio

La historia se repite por igual en casi todos los rincones del planeta, donde millones de carteras, zapatos, prendas de vestir, el último CD que salió al mercado, la película de estreno, medicinas y un sinnúmero de productos falsificados se venden como pan caliente en el mercado negro y a un precio muy por debajo del original. Mariana Martínez, columnista.

Sin importar qué producto sea, cuántas horas de trabajo le haya tomado al que lo inventó y fabricó, y haciendo caso omiso a las leyes de "copyright" y patentes, el negocio de la piratería y la falsificación mueve millones al año en los mercados mundiales.

Según datos divulgados en el Tercer Congreso Mundial sobre la Lucha contra la Falsificación y la Piratería, celebrado recientemente en Ginebra, Suiza, este mercado representa 8% del comercio mundial y significa un costo de unos US\$100.000 millones de dólares al año para el comercio legal.

Los cigarrillos, los CDs, los DVDs, los textiles, juguetes y alimentos son, en ese orden, los productos más falsificados del mundo, según datos del Congreso estadounidense.

De acuerdo a cálculos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el 25% de las medicinas que se consumen en los países en desarrollo son falsificadas.

¿Original o falso?

El combate de la falsificación y la piratería se ha convertido en una tarea ardua debido a que cada día se hace más difícil distinguir el producto falsificado del original.

Eso se debe fundamentalmente a los avances de la globalización y la tecnología, que han facilitado la tarea a los falsificadores.

De los millones de contendedores que hay en movimiento en el mundo, apenas 3% pueden ser controlados, asegura la Organización Mundial de Aduanas (OMA), debido al fuerte volumen del comercio y la falta de recursos.

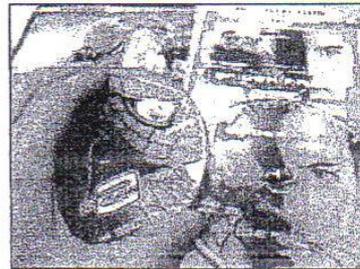
Durante el congreso en Ginebra, países como China y Rusia estuvieron entre las naciones más señaladas por producir millones de productos falsificados al año.

Según datos de la Unión Europea, más de 80% de los productos confiscados en sus aduanas provienen de China.

El país asiático es, según acusa Suiza, el productor número uno de piezas falsas de relojería.

La Cámara de Comercio de Estados Unidos dice que China es responsable de más de 65% de las pérdidas de las firmas estadounidenses debido a derechos intelectuales robados.

Las dos caras de la moneda



Por el bajo precio que se paga por un producto pirata no se puede esperar mucha calidad.

La Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD por su siglas en inglés) calcula que la piratería y la falsificación destruyen más de 200.000 puestos de trabajo en Europa y Estados Unidos.

Pero como todas las cosas, el fenómeno tiene dos caras. En China, este comercio genera 40 millones de puestos de trabajo y representa entre 15% y 30% de la producción total del país.

Esto hace mucho más difícil la tarea de combatir este fenómeno que se ha transformado en un "crimen organizado", por lo que las naciones que participaron del Tercer Congreso Mundial sobre la Lucha contra la Falsificación y la Piratería recomiendan que se le dé el mismo apoyo que se le da al combate del terrorismo y la droga.

¿Tarea de todos?

La OMA propone crear un grupo de trabajo formado por especialistas y agentes de aduanas capaces de identificar la falsificación de productos a nivel mundial.

La propuesta incluye además la creación de una figura jurídica, por la cual el sector privado pueda solicitar la intervención de un organismo o ente regulador al detectar que han falsificado sus productos o ideas.



En los mercados de diversas ciudades del mundo es posible encontrar productos falsificados.

Pero lo más importante, dice la OMA, es crear conciencia social a nivel mundial.

Es por eso que, la próxima vez, antes de comprar una película "pirateada" o cualquier otro producto falsificado, mejor piénselo dos veces.

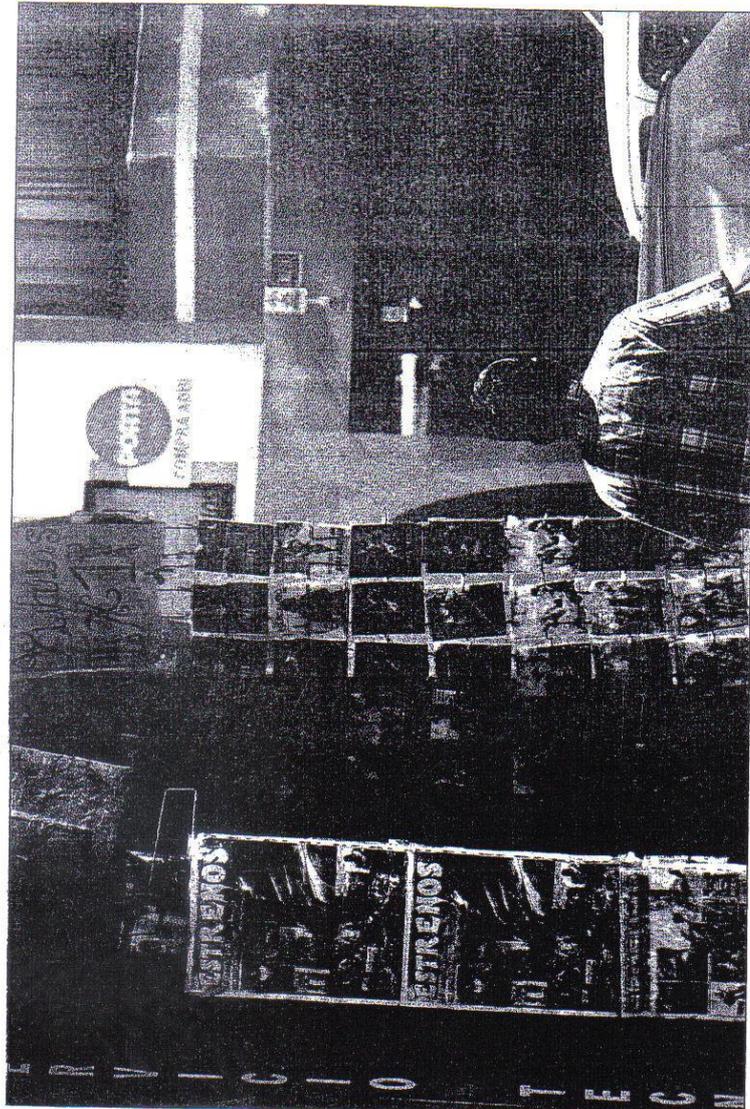
¿Por qué las películas vendidas es pirata?

RME
adores naciona-
afectados por las
fraudulentas. La
ación Nacional de
dores de estos
ctos pide que su
osea legalizado.

En Judicial
 Comercio.com

iguel es un pirata te-
 merrario. Sabe que lu-
 cra de un delito, pero
 eso no le causa somo-
 lbigote ralo, cabello ne-
 rnariz aguilera y prefl-
 in azul para trabajar.
 itorio está en el barrio
 o, en el norte de Quito,
 carátulas de copias de
 elículas, software y jue-
 deo dan un ambiente
 r a su escondite, que
 amar su "negocio".
 ería no es un asunto de
 malos, es un oficio, "sos-
 uel, convencido, y pre-
 finto costaría difundir
 nte sus productos.

omo un empresario. Se
 la venta de reproduc-
 ce nueve años, con un
 USD 50. Ahora tiene
 ales regados en Quito,
 a otros piratas las co-
 el mismo realiza en su
 or y quemadores (que
 USD 3 000). Dice que
 nión personalizada: si
 ente le faltan unos cen-
 lle vende un CD.
 a preocupación es la
 cía, pues los locales de
 roductos piratas se han



Klaus Hausmann/EL COMERCIO

Las ventas ilegales. En la av. De la Prensa y Bastidas, en Cotacollao, puede encontrar estos negocios. Entre ellos está el local de Miguel.

Adquiere un ejemplar de las cin-
 tas que estima tendrán éxito. Des-
 pués, en su casa, las copia.
 ¿La piratería le ha dado réditos?
 Tajantemente contesta que "sí".
 Un disco en blanco le cuesta USD
 0,50, la carátula y empaque otros
 USD 0,10. Él vende la copia en
 USD 1,50. Negocio seguro, con
 una ganancia de más del 100%,
 que le ha bastado para...

Corral cuestiona esas prácticas,
 porque los réditos de los piratas
 destruyen a los creadores nacio-
 nales. "No deben pensar que la
 Sony, la Warner o Shaktira resul-
 tan afectados, nuestro mercado es
 muy pequeño y no les interesa a
 las transnacionales".
 Él sustenta su aserción en ci-
 fras oficiales: hace 10 años había

ecuatoriano y el 50% de diseños
 industriales fue creado aquí.
 Un artista que ha sido golpeado
 por la piratería es Damiano. El
 cantautor consolidó su fama des-
 de las eliminatorias al Mundial
 de Fútbol 2002, con canciones
 de apoyo a la Selección.
 Han pasado siete años y Damia-
 no confiesa que sus canciones

será imposible, pero hay que edu-
 car a la sociedad para que se res-
 pecte el derecho de propiedad in-
 cluso desde los medios serios".

Los creadores tienen una Ley de
 Propiedad Intelectual que los res-
 palda para iniciar juicios. Sin em-
 bargo, hay vacíos. Por falta de lo-
 gística, los fiscales no indagaron la
 piratería de CD o DVD. Tampoco
 hay juzgados de Propiedad Inte-
 lectual, pese a que la norma vi-
 gente contempla su creación. Así,
 no se tramitan ágilmente las de-
 mandas que, actualmente, se es-
 tancan en los juzgados civiles.

Damiano tuvo que esperar a
 que su música sea pirateada en
 España para recibir regalías por
 reproducción sin autorización.

Para Trol Alvarado, músico gua-
 yaqueño, una solución puede
 ser la creación de un centro de
 monitoreo de medios, para verifi-
 car el correcto uso de sus obras.
 Otra es la gestación de un CD "ge-
 nérico", que pueda competir en
 el precio con los piratas.

En los últimos años, los piratas
 se organizaron. Delegados de 14
 provincias, incluidas Pichincha y
 Guayas, conformaron la Federa-
 ción Nacional de Expendedores
 de Productos Tecnológicos de la
 Información y Comunicación,
 para pedir que sean reconocidos.

Formalmente, propusieron pa-
 gar USD 0,05 por cada disco en
 blanco que entre al país. Ese tri-
 buto dejaría entre USD 5 y 6 mi-
 llones. Sugieren que ese dinero
 vaya a los gremios de creadores de
 música y de películas ecuatoria-
 nos, para que no se afecte su labor
 (ver más en la entrevista).

Miguel está consciente de que
 su negocio puede estimararse en
 cualquier momento. Pero, hasta
 que esto suceda en su mente,

de reproduc-

CD 50. Ahora tiene regados en Quito, que a otros piratas las co- que el mismo realiza en su computador y quemadores (que le costaron USD 3.000). Dice que da una atención personalizada si a algún cliente le faltan unos centavos, igual le vende un CD.

Su única preocupación es la competencia, pues los locales de venta de productos piratas se han separado más rápido que un virus en tiempos de pandemia.

Aunque no hay un estudio detallado del impacto de este delito en el país, Alfredo Corral Ponce, ex director del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI), señala que las cifras son escalofrantes. Por ejemplo, el 99% de productos audiovisuales (películas) que se venden en el país es pirata; el 95% de CD de música también, y lo mismo sucede con los software de sistemas informáticos que llega al 66%.

Alrededor del negocio de Miguel (en la av. De la Prensa) hay siete locales que ofrecen repro-

ducciones ilegales. Allí se expenden desde CD que contienen cintas copiadas, de mala calidad hasta una novedad traída de Perú: las copias fraudulentas de Blu-ray.

Este novísimo sistema, que permite una alta definición de vídeo y una capacidad de almacenamiento superior a los DVD, rompió el mito de que la piratería solo beneficia a los pobres, pues cada copia tiene un costo de USD 10. Y solo puede ser observada en aparatos específicos: un reproductor Blu-ray, un PlayStation 3, un televisor plasma o un LCD.

La Fiscalía de Delitos contra la Propiedad tiene identificada la ruta por la cual ingresan las copias piratas. Borroman Petaherera, el único agente en Quito, señala que los CD madres llegan desde Perú y Colombia, luego son reproducidos masivamente en Quito y Guayaquil. En estas ciudades hay centros de venta al por mayor en la Bahía.

Cuando quiere una película de estreno, Miguel acude a El Tegar,

Adquiere un ejemplar de las cintas que estima tendrán éxito. Después en su casa las copia.

La piratería le ha dado réditos? Talamente contesta que sí. Un disco en blanco le cuesta USD 0,50, la carátula y empaque otros USD 1,50. Negocio seguro, con una ganancia de más del 100%, que le ha bastado para mantener a los suyos e invertir en su negocio; calcula que su capital se multiplicó de USD 50 a 30.000.

Corral cuestiona esas prácticas, porque los réditos de los piratas destruyen a los creadores nacionales. "No deben pensar que la Sony, la Warner o Shakira resultan afectados, nuestro mercado es muy pequeño y no les interesa a las transnacionales".

El sustenta su aseveración en cifras oficiales: hace 10 años había 16 sellos fonográficos en el país, ahora no existe ninguno. Otro detalle: el 64% de las marcas registradas en el IEPI es de origen

'Al Gobierno le ofrecimos pagar una tasa'

ENTREVISTA

Juan Pachacama dirige la Federación de piratas.

Ellos proponen pagar por cada CD virgen importado.

¿Es verdad que la Federación que representa quiere pagar un impuesto para vender sin problema películas y CD de música piratas?

Sí y la propuesta es pagar una tasa de compensación al Estado.

¿Cuál es el respaldo legal que sustenta esa oferta?

Primero, no negamos que cometemos, hasta cierto punto, un delito. Segundo, para evitar la desocupación de unos 15.000 padres o madres que viven de esa actividad. Para buscar una salida salomónica ofrecimos pagar USD 05 por disco virgen importado que se declara en aduanas. Dejará un ingreso de USD 5 a 6 millones anuales, para que estos recursos vayan a los organismos

ecuatoriano y el 50% de derechos industriales fue creado aquí.

Un artista que ha sido golpeado por la piratería es Damiano. El cantante consolidó su fama desde las eliminatorias al Mundial de Fútbol 2002, con canciones de apoyo a Selección.

Han pasado siete años y Damiano confiesa que sus canciones han sido usadas un sinnúmero de veces por la radio, la TV y los piratas, sin que le dieran un solo centavo. "Terminar con la piratería

para pagar que se anota con Formamente, propusieron USD 0,05 por cada blanco que entre al puerto de Iloilo. Sugieren que esvaya a los gobiernos de crearmúsica y de películas etnos, para que no se afecte (ver más en la entrevista).

Miguel está consciente su negocio puede sufrir cualquier momento. Pero que esto suceda, en su mente nuevas ideas para una de ellas es comprar una locideta para Incurción, entrega de productos a de



Juan Carlos Perez / EL COMERCIO

de Culturano nos hemos! Estamos esperando que las también presenten s para llegar a un consenso puesta se mantiene en pie. Si es que no hay acuerdo, se dejarán de vender películas. La situación no es fácil, ¿cómo con la crisis mundial demos decir al pueblo que derán solo discos origen USD 5. Hay que ponerse en el pecho, USD 5 son la de dos días para una fan cual no se gasta en un distrito generar recursos. 20% de artistas se afecta por su labor. El artista del pueblo agradece por la difusión, no tiene dinero para hacer. Su oferta es solo para CD musicales y libros. Si, no tiene que ver con los de Propiedad Intelectual

carátulas es una cadena. ¿Esa idea fue presentada a las autoridades del país? La oferta la entregamos al ex ministro de Cultura, Galo Mora, y a un delegado del SRI. Allí se discutió que además de la tasa de compensación se pueda entregar otro impuesto. Con el nuevo Ministro

EL COMERCIO

Opine en la web ¿Quiéreme que los piratas tributen

Un mapeo de la piratería según EE.UU.

● En observación prioritaria

● En observación

La Oficina de Comercio de EE.UU., da un Informe anual de las violaciones de Propiedad Intelectual. Es llamado el Reporte 301.

Aunque no está en la lista, los productores fonográficos dicen que su caso Reporte 301.

En la Bahía de Guayaquil se concentra el comercio de las películas piratas

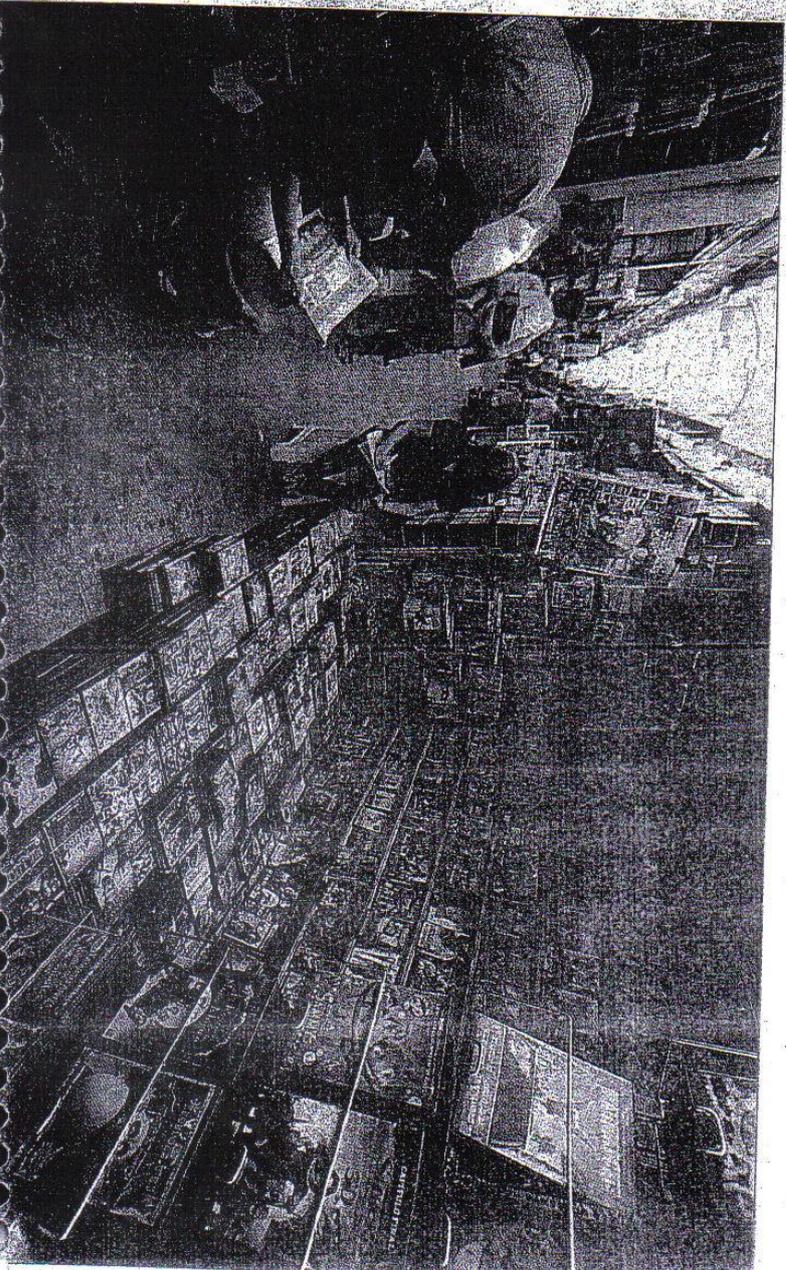
INFORMALIDAD

En 300 comercios se pueden encontrar desde filmes clásicos hasta los estrenos que se presentan en las salas de cine en el país. Un DVD cuesta desde USD 0,35.

Redacción Guayaquil
guayaquil@elcomercio.com

En un local de cuatro metros cuadrados, Jessica M. vende copias de películas. Las paredes del lugar sirven como vitrinas para distintos filmes. Con rapidez la vendedora separa las portadas de papel que llevan la foto de los actores y forra con un estuche negro de plástico. Después mete el DVD y lo cierra. Solo en la Bahía de Guayaquil, en el centro de la urbe, hay 300 puestos de películas piratas.

En el sector de la calle Villamil, donde hasta desde hace tres años era común ver bandas de ropa, ahora la venta de copias de películas es el rubro más común.



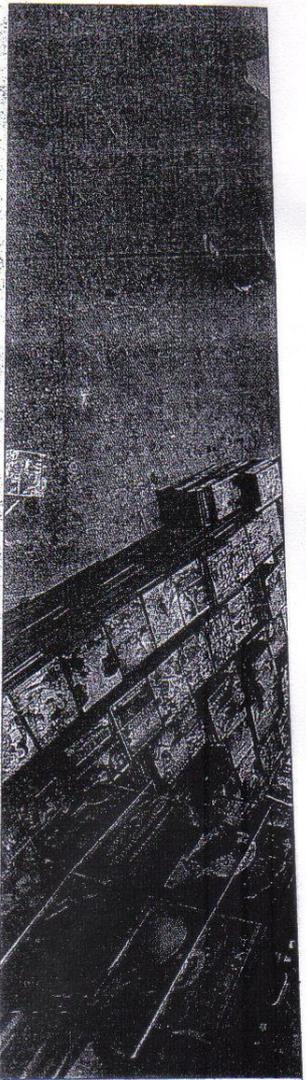


Foto: José Sánchez/EL COMERCIO

En los corredores de la Bahía hay una amplia oferta. En los locales se puede encontrar copias de los recientes estrenos cinematográficos.

La piratería

La ley cataloga estas acciones como delito.

► **Peso de la propiedad intelectual en el PIB**

En porcentajes

EE.UU.	12
México	4,8
Colombia	3,3

► **Productos afectados en el Ecuador**

Porcentaje de productos pirateados	
Películas	99
Música	97
Software	78

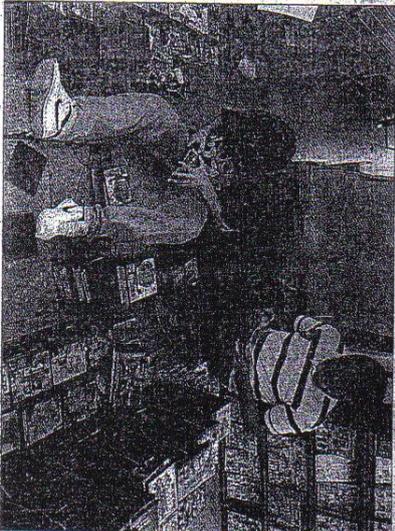
Fuente: II Jornadas de Propiedad Intelectual

Un mercado informal

► **La inversión para desarrollar un filme en Ecuador asciende a unos USD 450.000.** Los cineastas señalan que no pueden competir con películas de USD 1.

► **Una encuesta de la Espol** revela que el 43% de los entrevistados compran películas por medio de vendedores ambulantes; el 23% compra en la Bahía y el 21% prefiere las tiendas de la ciudad.

► **El 73% de los encuestados** está consciente de que los discos que compra son ilegales, pero lo hace por ahorrar.



José Sánchez/EL COMERCIO

El empaque. En los locales se ponen las carátulas del CD o DVD.

dice Roldán, con varios años de experiencia en la actividad en el sector.

De septiembre a octubre del año pasado, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (IEPI) notificó a 261 locales de venta de copias de DVD ubicados en el norte de la urbe. De estos, seis locales fueron cerrados.

Además de clausurarlos, el IEPI, junto a la Fiscalía del Guayas y la Policía Nacional, confiscaron 92.800 copias de películas y

con un estuche negro de plástico. Después mete el DVD y lo cierra. Solo en la Bahía de Guayaquil, en el centro de la urbe, hay 300 puestos de películas piratas.

En el sector de la calle Villamil, donde hasta desde hace tres años era común ver tiendas de topas; ahora la venta de copias de películas es un trabajo común.

La Escuela Superior Politécnica del Litoral (Espol) realizó un análisis estadístico del consumo de copias ilegales de películas en Guayaquil, el 2010. Se encuestó a 200 personas. Solo 44 afirman que adquieren cintas originales. Según el estudio, cada consumidor adquiere de cuatro a seis discos ilegales al mes.

Para que la película pirata llegue a manos del consumidor final se realiza todo un proceso. En una imprenta se estampan las etiquetas, con las imágenes de los afiches de las carterías de chinos, sobre papel couché. "Nos venden las portadas, acá se forra el DVD", cuenta Jessica.

Cada recorte de papel, que lleva impreso el nombre del filme, cuesta USD 0,01. Los estuches de plástico, donde se guarda el disco, cuestan USD 0,10 cada uno.

Jessica menciona que los compra en el local de Roldán G., una distribuidora mayorista. "Yo no tengo nada que ver con la piratería, solo vendo insumos de oficina", dice la distribuidora.

En su local, que tiene el doble de dimensiones que el de Jessica, ofrece CD y DVD en blanco, cajas plásticas, hojas de papel, grapadoras, carpetas...

Cada caja de 100 discos en blanco cuesta USD 17. Roldán cuenta que a diario vende unas 20 cajas, pero que "ahora el negocio ya no es como antes. Los comerciantes de películas piratas tienen miedo de ser clausurados".

medidas se basaron en el artículo 324 de la Ley de Propiedad Intelectual, que considera la piratería como delito. Asimismo, los propietarios deberán cancelar USD 1.840 por violación de derechos intelectuales.

Omara Moscoso, dueña de dos de los sitios clausurados y presidenta de la Asociación Escritoriana de Comerciantes y Distribuidores de Productos Audiovisuales, cuestiona el apoyo del IEPI.

Pero Carlos Cabezas, director regional del IEPI, dijo que "no es cierto que ellos (Ascopac) necesitan la aprobación del IEPI para operar". Cabezas dijo que "no es cierto que ellos (Ascopac) necesitan la aprobación del IEPI para operar". Cabezas dijo que "no es cierto que ellos (Ascopac) necesitan la aprobación del IEPI para operar".

Sobre los puestos de la Bahía, Cabezas dice que entrarán en una segunda etapa de erradicación de la piratería. "Realizaremos campañas de concientización, más allá de que estén cometiendo una actividad ilícita, deben comprender que si no compran piratería contribuye con el país", dijo.

En datos que maneja el IEPI, el 73% de los encuestados está consciente de que los discos que compra son ilegales, pero lo hace por ahorrar.