



## MAESTRÍA EN PROPIEDAD INTELECTUAL

### PROPUESTA DE UN SISTEMA DE LICENCIAS OBLIGATORIAS PARA OBRAS AUDIO-VISUALES EN DERECHO DE AUTOR

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

Profesora Guía

Flavio Arosemena Burbano, LL. M.

Autor

Gerardo Francisco Naranjo Ormaza

Año

2014

## **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.

-----  
Flavio Arosemena Burbano LL. M.  
0909221418

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

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

-----  
Gerardo Francisco Naranjo Ormaza  
170917880-8

## RESUMEN

El derecho de autor es esencial para el desarrollo de los derechos a la educación y a la cultura; derechos estos, que han sido elevados a la calidad de derechos fundamentales, tanto por la Declaración Universal de Derechos Humanos, como por las Constituciones a nivel mundial. Sin embargo, para el efectivo goce de cada uno de estos derechos, es necesario que se genere un sistema de derechos de autor equilibrado que permita la protección de los titulares de derechos, pero también un acceso efectivo a la educación y a la cultura a precios asequibles para la población. El presente trabajo, dada la generalizada piratería de obras audiovisuales en el Ecuador, pretende proponer un sistema equilibrado de protección, a través de un régimen de licencias no voluntarias, con el fin de que la población tenga acceso a estas obras, sin tener que incurrir en violación de derechos de autor, a precios ajustados a la realidad nacional. Para esto, se analizará doctrina y jurisprudencia en materia de derechos de autor, el contexto jurídico nacional, las obligaciones del Ecuador con Organismos Internacionales, con el fin de identificar soluciones que se hayan planteado en otros países, para la explotación de otra clase de obras, en situaciones similares a la que se pretende resolver. Una vez identificada una posible solución, se procederá a justificar su pertinencia, y, en caso de encontrarse prohibida por alguna obligación del Ecuador, proponerla para su discusión ante los Organismos Internacionales competentes.

## ABSTRACT

Copyright is essential for the development of education and culture rights. These rights have been raised by the Universal Declaration of Human Rights and worldwide constitutions to the status of fundamental rights. However, for the effective enforcement of each one of these rights, it is necessary the establishment of a well-balanced copyright system that allows protection to copyright owners, as well as an effective access and affordable prices to education and culture for the population. Given the widespread piracy of audiovisual works in Ecuador, this paper looks forward to propose a newly balanced system of protection throughout a compulsory licensing system, to grant people's access to audiovisual works, without incurring in copyright infringement, with adjusted costs to local reality. Doctrine, jurisprudence, national juridical context, and Ecuador's duties compromised to International Organizations will be analyzed in order to identify solutions proposed at other times, for the exercise of other kinds of works that show similar characteristics to those pretended to be solved. It will proceed to justify its pertinence once identified a possible solution. In case of prohibitions related to any obligation of Ecuador, propose them for discussion at the competent International Organizations.

## ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	1
Capítulo 1: Generalidades del derecho de autor.....	3
1.1 Contexto histórico del derecho de autor.....	3
1.2 Nociones básicas de derecho de Autor.....	7
1.3 Derecho de autor como derecho humano.....	19
Capítulo 2: Derechos humanos de acceso a la cultura, y educación. Su interconexión con el derecho de autor. ....	22
2.1 Derecho humano de acceso a la cultura.....	22
2.2 Derecho humano de acceso a la educación.....	23
2.3 Interconexión de estos derechos con los derechos de autor.....	25
Capítulo 3: Limitaciones y excepciones al derecho de autor.....	27
3.1 Marco jurídico internacional en materia de limitaciones, flexibilidades y duración de la protección del derecho de autor. ....	27
3.1.1 Duración del Derecho de Autor.- .....	27
3.1.2 Limitaciones y excepciones al derecho de autor.....	29
3.2 Análisis de la legislación ecuatoriana, especialmente respecto de las flexibilidades del derecho de autor.....	40
Capítulo 4: Piratería en el Ecuador.....	47
4.1 Análisis de la situación de la piratería y el acceso legal a obras protegidas por el derecho de autor en el Ecuador. Caso específico de las obras audiovisuales.....	47

4.2 Las acciones administrativas llevadas a cabo por la Dirección Nacional de Derechos de Autor en contra piratería y su eficacia o ineficacia en la tutela de los derechos de autor sobre obras audiovisuales en el Ecuador.....	53
Capítulo 5: Licencias no voluntarias.....	58
5.1 Marco conceptual y límites al régimen de licencias obligatorias y licencias legales.....	58
5.2 Licencias legales por derechos de autor. Casos especiales y su administración por sociedades de gestión colectiva.....	63
5.3 Sociedades de gestión colectiva de derechos de autor.....	67
5.4 Ventajas y desventajas de la aplicación de licencias legales o licencias obligatorias en obras audiovisuales.	75
Capítulo 6: Propuesta.....	81
6.1 Estrategias de negociación con los titulares de los derechos vulnerados, o sus representantes, para suscribir contratos de licencias de acceso a precios asequibles acorde con la realidad nacional.....	81
6.2 Formulación, aplicación y pertinencia de un régimen de licencias no voluntarias en el Ecuador para obras audiovisuales y musicales, a través de una sustitución de derechos de exclusiva por derechos de remuneración.....	86
6.3 Administración de derechos de remuneración de obras audiovisuales por sociedades de gestión colectiva y sistema de fijación de precios.....	92
6.4 Propuesta de una agenda ante los órganos competentes a nivel internacional en materia de Propiedad Intelectual para resolver el problema de piratería en el Ecuador. ....	95
CONCLUSIONES.....	99

RECOMENDACIONES.....	102
REFERENCIAS.....	104



## INTRODUCCIÓN.

La protección de los derechos de autor como un derecho fundamental consagrado en diversas declaraciones y tratados sobre derechos humanos, así como en la mayoría de las Constituciones de los países a nivel global, requiere de un análisis detenido de los motivos por los cuales se los ha considerado como tales, pero también supone entenderlos en su contexto general, es decir, como parte integrante del sistema de derechos humanos.

Existen quienes critican la inclusión de los derechos de autor como un derecho humano, señalando que esto pone en riesgo la consecución de otros derechos humanos como son el derecho de acceso a la educación y a la cultura. El autor considera que dicha postura es errada ya que lo correcto es encontrar una protección equilibrada, que permita réditos a los creadores de obras y a su vez, en beneficio del bien común, permita un acceso razonable a la cultura y a la educación.

En tono con lo anterior, en el Ecuador la Autoridad competente en la materia tiene el convencimiento de la necesidad de protección de los derechos de autor, así, el Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (en adelante "IEPI") ha señalado que *"[l]o que estamos tratando es que en el Ecuador, las personas puedan vivir de su arte"* (Ecuador inmediato, 17 de abril de 2013), pero siempre considerando que la propiedad intelectual es *"una herramienta para el desarrollo, y no un fin en sí mismo, es en virtud de esa visión que tenemos que manejar el sistema de propiedad intelectual en el país"*. (Ecuador inmediato, 17 de abril de 2013).

Por tanto se puede asegurar que la propiedad intelectual, y en el caso particular de estudio, los derechos de autor, lo que pretenden es proteger e incentivar al autor para generar nuevas obras, ya que aquello a su vez permite que se genere cultura y educación.

Sin embargo, la protección debe permitir el acceso para la población en general, haciendo uso de las flexibilidades establecidas en los tratados de la

materia, llevando propuestas de discusión a los organismos internacionales pertinentes, para la inclusión de nuevas flexibilidades que se ajusten a las necesidades, problemática y realidad de la sociedad ecuatoriana.

Un ejemplo de temas que se deben abordar, es la imperante piratería de obras audiovisuales, mismas que, a pesar de tener una protección -considerada por muchos como exagerada- no pueden ser efectivamente salvaguardadas, ya que esa sobre protección ha ocasionado que las mencionadas obras -entiéndase el producto original no infractor- sean de difícil acceso, y, por tanto, el consumidor necesariamente tiene que adquirir el producto infractor.

Sobre este respecto, a decir del Doctor Andrés Ycaza Mantilla, los ecuatorianos hemos crecido con la convicción de que no podemos tener acceso a productos originales, cuando ese es nuestro derecho y el Estado tiene la obligación de proveer el acceso legal a la cultura, a precios que estén de acuerdo con la realidad económica del país. (Buró de análisis, 2 de junio de 2011).

Por lo indicado, a través del presente trabajo se pretenderá (i) justificar la protección de los derechos de autor, (ii) realizar un análisis del derecho de autor como un derecho fundamental, integrante del sistema de derechos humanos, (iii) revisar las excepciones y limitaciones que han sido previstas por la legislación, (iv) revisar el panorama y situación actual de la protección de derechos de autor en el Ecuador, específicamente de obras audiovisuales; y, (v) proponer una posible solución al problema de la piratería de obras audiovisuales en el Ecuador.

## Capítulo 1: Generalidades del derecho de autor.

### 1.1 Contexto histórico del derecho de autor.

Desde tiempos de las antiguas civilizaciones de Roma y Grecia se manifestó el derecho de autor. La tratadista Delia Lipszyc ha señalado que “[s]obre las manifestaciones del derecho de autor en el mundo antiguo, Dock cita ejemplos correspondientes a las épocas de mayor desarrollo de las artes en Grecia y Roma, relacionados con el aspecto patrimonial del derecho de autor”. (Lipszyc, 1993, pp. 28). Citando a Dock, añade que “los autores romanos tenían conciencia del hecho de que la publicación y explotación de las obras pone en juego intereses espirituales y morales.” (Lipszyc, 1993, pp. 28).

Sin embargo, la conciencia de protección de los derechos de autor aparece a partir del desarrollo tecnológico, ya que con la imprenta de Gutenberg (siglo XV), la reproducción de libros dejó de ser por medio de manuscritos y pasó a realizarse mediante sistemas mecánicos que permiten la reproducción en masa. Surgió entonces en Inglaterra el sistema de los privilegios, por medio del cual, el Estado entregaba monopolios de explotación generalmente a los impresores o libreros, no obstante, los autores se veían desprovistos de protección. (Antequera, 2005-2011, pp. 3).

Posteriormente, a fines del siglo XVII, a decir de Antequera Parilli, “*fundamenta el inicio de la ideología liberal, (...) al declarar que todo hombre posee la propiedad de su propia persona y que el trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos han de ser considerados propiedad suya, lo que sustenta la formulación del hoy llamado derecho de autor*”. (Antequera, 2005-2011, pp. 4).

Estas teorías, así como los excesos de los impresores y libreros dieron lugar a la promulgación del Estatuto de la Reina Ana, el cual dio por terminado el sistema de privilegios y dispuso que el derecho exclusivo de explotación lo

tenía el autor, dando inicio a lo que hoy se conoce como el “copyright”. Estados Unidos de América siguió esta corriente.

En España, el Rey Carlos III dispuso que el privilegio de impresión de las obras, lo tenían los autores. En cambio en Francia, los privilegios concedidos a los libreros de París influyeron para que se generara un ambiente de litigios entre estos últimos con los libreros de provincias.

Los libreros se defendían alegando que sus privilegios se sustentaban en la adquisición de los manuscritos de las obras a los autores. Luis XVI en 1777 dictó varios decretos en los que concedió a los autores el derecho a editar y vender sus obras, los cuales eran perpetuos, y a los editores por tiempo limitado y por el monto de su inversión. (Lipszyc, 1993, pp. 33).

No obstante todo lo señalado, corresponde a la Revolución Francesa dar fin a los privilegios, reconociendo derechos exclusivos de representación y reproducción de las obras a los autores, hasta su muerte y un período post mortem a favor de sus herederos. (Antequera, 2005-2011, pp. 5). En definitiva, con la Revolución Francesa nace el derecho de autor. El tratadista Horacio Fernández Delpech ha señalado lo siguiente a este respecto:

“Finalmente en Francia en 1793, luego de la Revolución Francesa, la Asamblea Nacional sancionó la ley de derechos de autor (Loi du droit d’auteur), de clara orientación individualista, dando así nacimiento al concepto de derechos de autor como protección de los derechos tanto patrimoniales como morales de los autores sobre sus obras.” (Fernández, 2011, pp. 19).

No constituye análisis del presente estudio, señalar las diferencias entre el copyright angloamericano con respecto al *droit d’auteur* francés, no obstante en el siguiente punto se dedica unas líneas para hacer un breve recuento las mismas. Por lo pronto, solo se señala que estas dos corrientes, la primera con

orientación comercial, y la segunda con orientación individualista, con ciertas modificaciones, son las que imperan hasta la actualidad.

Siguiendo este orden de ideas, a decir de Delia Lipszyc, “[e]l reconocimiento del derecho individual del autor a la protección se afianza a fines del siglo XVIII a través de la legislación que se dicta en los Estados Unidos de América y en Francia.” (Lipszyc, 1993, pp. 33). A lo largo del siglo XIX, comienzan a desarrollarse las leyes nacionales, bajo la influencia de estas corrientes, incluso algunas, reconociendo el rango constitucional de los derechos de autor. (Antequera, 2005-2011, pp. 6).

A fines del mismo siglo, los Estados comienzan a darse cuenta de que la protección de los derechos de autor a escala nacional era insuficiente, por lo que se empezó a suscribir convenios y tratados en la materia entre los Estados. Así, en 1886 se aprobó el Convenio de Berna, mismo que hasta el día de hoy (con sus revisiones), además de ser un Convenio marco, es el más importante Tratado sobre derechos de autor. No obstante existen otros Tratados de importancia así como legislación comparada que serán debidamente analizados en capítulos posteriores.

En el siglo XX los derechos de autor son reconocidos como derecho humano, entre otros, en los siguientes instrumentos: (i) Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 (art. 27); (ii) Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre en 1948 (art. 13); y, (iii) Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 1966 (art. 15). (UNESCO, 2001, pp. 14, 15, 16). Cabe señalar que todos estos Tratados elevan a la calidad de derecho humano el acceso a la educación y a la cultura.

Adicionalmente, es importante hacer una breve reseña de otros Tratados y hechos importantes que se sucedieron en el ámbito del derecho de autor los cuales son, a saber, (i) Convención de Roma sobre la protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los

Organismos de Radiodifusión en 1961; (ii) adopción de los estados latinoamericanos del Convenio de Berna; (iii) el advenimiento de la globalización, el internet y por su lado, el avance de la piratería; (iv) incorporación del Tratado de la Organización Mundial del Comercio (en adelante “OMC”), cuyo anexo 1C contiene el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionado con el Comercio (en adelante “ADPIC”); (Antequera, 2005-2011, pp. 6, 7) (v) aprobación de los Tratados “Internet” -Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOEIF/WPPT)- en 1996; y, (vi) nuevas corrientes que defienden mayor protección en algunos casos (Ley SOPA “Stop Online Piracy Act”), y otros que sostienen que la información debe ser de libre acceso, o, al menos, que pregonan la utilización de licencias de uso libre (como por ejemplo las licencias “Creative Commons” o las licencias “General Public Licence”). (Barzallo, s.f., pp. 6, 7, 8).

Finalmente, es de destacar, que el Ecuador, respetuoso por sus obligaciones internacionales sobre derechos de autor, es suscriptor de los principales Tratados Internacionales sobre la materia; y, además de haber establecido el carácter constitucional del derecho de autor (art. 22 de la Constitución del Ecuador), posee legislación sobre la materia que incluye la Ley de Propiedad Intelectual publicada en el RO 320 de 19 de mayo de 1998, así como la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina (Régimen Común Sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos) publicada en el RO 366 de 25 de enero de 1994.

No obstante lo anterior, preocupa la piratería de obras en el Ecuador, especialmente audiovisuales y musicales, y la evidente falta de acceso a productos originales y de calidad para los consumidores locales. Este problema que se encuentra naturalizado en el Ecuador, no se ha dado necesariamente por la falta de aplicación de las fuertes normas de derechos de autor que rigen en nuestro país, sino, a criterio del autor, ha sido más bien, un efecto producido

por la promulgación de normas que no se encuentran acorde a la realidad nacional.

Así por ejemplo, resulta absurdo exigir el pago de una regalía igual a un consumidor de un país como el Ecuador, mismo que su producto interno bruto per cápita aproximado fue de USD 8,800 (C.I.A., 2013) en el año 2012, versus lo que puede pagar un consumidor de un país industrializado como los Estados Unidos de América, el cual su producto interno bruto per cápita aproximado en el mismo año fue de USD 49,800. (C.I.A., 2013).

Por tanto, para que exista una adecuada protección a los derechos de autor, así como una efectiva consecución de los derechos de acceso a la cultura, y del acceso a la educación, es evidente que la legislación debe ser equilibrada, con la previsión de limitaciones y excepciones al derecho de autor que permitan el efectivo acceso, a precios razonables y a su vez, que permitan una efectiva protección de los derechos de autor.

## **1.2 Nociones básicas de derecho de Autor.**

Los derechos de autor, forman parte de un conjunto más amplio de derechos denominado propiedad intelectual. La Organización de Propiedad Intelectual (en adelante "OMPI") ha señalado que *"por propiedad intelectual se entiende, en términos generales, toda creación del intelecto humano."* (OMPI, s.f., pp. 3).

Entrando al área específica de nuestro estudio, la tratadista Delia Lipszyc define al derecho de autor como *"la rama del derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales."* (Lipszyc, 1993, pp. 11).

Por su parte a OMPI ha señalado que “[e]l derecho de autor se aplica a las creaciones artísticas como libros, las obras musicales, las esculturas, las películas y las obras realizadas por medios tecnológicos como los programas informáticos y las bases de datos *electrónicas*”. (OMPI, s.f., pp. 5).

Flavio Arosemena ha ensayado una definición de derecho de autor mucho más práctica y ajustada a las necesidades que el contenido de esta rama del derecho requiere. Así, ha mencionado que “*el derecho de autor es el conjunto de normas jurídicas que regulan los derechos subjetivos de los autores sobre sus obras, así como las limitaciones y excepciones a dichos derechos y el régimen contractual y de gestión colectiva aplicables a estos.*” (Arosemena, 2011, pp. 12).

El autor considera que dicha definición, permite tener un concepto más general y abierto sobre el ámbito que estudia el derecho de autor. No obstante, era importante mencionar otras definiciones que permitan tener una idea de lo que la doctrina ha señalado al respecto. Por lo anterior, no se abunda más en el concepto del derecho de autor y se procede a analizar el objeto del derecho de autor.

Así, Arosemena señala que “*usualmente la obra es definida como toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento.*” (Arosemena, 2011, pp. 13). Complementa indicando que “[l]a obra debe ser una creación intelectual por cuanto el derecho de autor no protege el mero trabajo intelectual...” (Arosemena, 2011, pp. 13). Es entonces cuando el ser humano presenta su capacidad creativa, donde el derecho de autor entra a proteger esa creación.

El tratadista Ricardo Antequera Parilli ha señalado que “[p]ara el Glosario de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos, obra es toda creación *intelectual original expresada en una forma reproducible.*” (Antequera, 2005-2011, pp. 1).



La Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante “Decisión 351”) define a la obra como “[t]oda creación intelectual original de naturaleza artística, científica, literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.

En este sentido, Baylos ha señalado lo siguiente:

*“[e]l artículo 10 de la Ley tiene una declaración en la que incluye los grupos de obras a las que alcanza la protección jurídica de la propiedad intelectual. Son las creaciones literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.”* (Baylos, 2009, pp. 731).

Por su lado Fernández Delpech ha indicado que:

*“[l]a ley extiende su protección a todas las obras intelectuales, en la medida en que constituyan creaciones personales y originales del espíritu, y aún en el caso de que no estén incluidas en la enumeración del art. 1º que, como ya dije, no es enumeración taxativa sino meramente enunciativa”.* (Fernández, 2011, pp. 23).

Destacando que *“el objeto de los derechos de autor no son la ideas en su sentido abstracto, sino que el objeto de la protección se dirige hacia la forma original que los autores han desarrollado esas ideas.”* (Fernández, 2001, pp. 23).

Es también importante recordar lo que Antequera señala:

*“[c]uando el Convenio de Berna se refiere a la protección de las obras cualquiera sea el modo de expresión (art. 2.1), está descartando la protección de las ideas, pues el derecho de autor únicamente protege el ropaje con que las ideas se visten, de manera que a partir de una misma idea, pueden surgir distintas obras, cada una de ellas con su propia originalidad.”* (Antequera, 2005-2011, pp. 3).

Entonces, lo que protege el derecho de autor es la forma de expresión de las obras, independientemente de cual sea la forma de expresión, lo que implica que es irrelevante *“el modo como la creación sea divulgada”* (Antequera, 2005-2011, pp. 4) y *“la manera de exteriorizarse”*. (Antequera, 2005-2011, pp. 5).

Con respecto a los requisitos que deben presentar las obras para ser protegidas por el derecho de autor, Arosemena señala que *“la creación intelectual debe ser original”*. (Arosemena, 2011, pp. 13).

Así, Felipe Rubio señala que:

*“[s]egún el derecho de autor, originalidad no es sinónimo de novedad (...) El concepto se traduce en que una obra está protegida en la medida en que sea producto de mi expresión particular, que sea de mi origen, independientemente de que el resultado sea bueno o malo.”* (Rubio, 2008, pp. 78, 79).

Esto último es de destacar, ya que al derecho de autor le es indiferente el mérito de la obra pues será materia del mercado o la crítica decidir si la obra es buena o es mala.

Antequera señala que *“[l]a originalidad de la obra apunta a su individualidad (...) es decir, que el producto creativo, por su forma de expresión, debe tener suficientes características propias como para distinguirlo de cualquiera otro del mismo género...”* (Antequera, 2005-2011, pp. 6).

Con respecto a los sujetos del derecho de autor, la Decisión 351 señala que autor es la *“[p]ersona física que realiza la creación intelectual”*. En tal sentido, se tiene como premisa que se reputa autor de una obra, única y exclusivamente a la persona natural que la ha creado. No obstante, personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos de autor.

Así, Delia Lipszyc ha señalado que “[l]a calificación de autor corresponde a la persona que crea la obra. El autor es el sujeto originario del derecho de autor.” (Lipszyc, 1993, pp. 123). Aclara además, que “[e]l derecho de autor nace de la creación intelectual. Dado que esta sólo puede ser realizada por personas físicas, la consecuencia natural es que la titularidad originaria corresponde a la persona física que crea la obra.” (Lipszyc, 1993, pp. 123).

Por ello hay que distinguir entre autoría y titularidad, como bien ha señalado Antequera Parilli, “[e]stá visto que la polémica en torno a la condición de autor de la obra parte, en buena medida, de la confusión de conceptos entre autoría y titularidad...” (Antequera, 1992, pp. 6). Es por esto que Arosemena ha indicado que si bien “[e]l autor es la persona natural que realiza la obra”, (Arosemena, 2011, pp. 17) *no obstante*, “las personas jurídicas sí pueden ser titulares de los derechos patrimoniales o económicos de autor sobre una obra (...) [n]o así los derechos morales...” (Arosemena, 2011, pp. 17).

Sobre la titularidad, Antonio Delgado ha señalado que “[e]n el sistema del derecho de autor (...) la titularidad se manifiesta primeramente como aquella cualidad jurídica que confiere a la persona natural creadora de la obra (autor), por el solo hecho de la creación”. (Delgado, 1997, pp. 7). Esta es la llamada titularidad originaria de la cual es la base para “constituir otras titularidades a personas diferentes del autor. Personas que (...) únicamente pueden ostentar sobre la obra titulares subordinadas como son las que comprenden sucesiones mortis causa, cesionarios, *concesionarios o licenciatarios* (...) de los autores”. (Delgado, 1997, pp. 7).

Esta es la llamada titularidad derivada que nace de distintos supuestos de hecho y de derecho. En virtud de que con respecto de las titularidades existen documentos completos como los citados en líneas anteriores, y de que el presente trabajo no pretende analizar lo mencionado, el autor considera suficiente con mencionar lo anterior.

Por virtud de que en el presente estudio se analiza la posibilidad de crear flexibilidades para obras audiovisuales, es importante referirse brevemente a la titularidad de los derechos, especialmente con respecto a las obras audiovisuales, mismas que tiene un tratamiento especial como a continuación se resume.

En la obra audiovisual, normalmente existe un sinnúmero de aportes de varias clases de autores, así Antonio Delgado señala que la obra audiovisual está *“integrada por contribuciones de diferentes géneros (literario, musical, de imagen) que por lo general han sido creadas por diferentes artistas (argumentistas, guionistas, dialoguistas, compositores, directores-realizadores)”*. (Delgado, 1997, pp. 5).

Las legislaciones prevén que en el caso de las obras audiovisuales, existe una presunción de cesión de los derechos de estos últimos autores a favor del productor. Ancona ha señalado que la ley *“establece una presunción de cesión iuris tantum a favor del productor (...) al prescribir que por el contrato de producción de la obra audiovisual, se presumen cedidos en exclusiva al productor los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública...”*. (Ancona, 2012, pp. 75, 76).

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador (en adelante “LPI”), en el Art. 35, señala que se reputa titular de la obra audiovisual al productor y le confiere el ejercicio a nombre propio de los derechos morales. No obstante, Delia Lipszyc ha señalado que respecto al derecho moral sobre las obras audiovisuales, *“es frecuente que se introduzcan cambios”* (Lipszyc, 1993, pp. 158) por virtud de que se atribuye derechos morales a todos los coautores, pero con ciertas limitaciones.

En tal sentido, y a efectos de tener mayor practicidad en el presente estudio, cuando se hable de los derechos patrimoniales de obras audiovisuales, se tendrá como punto de partida, que las mismas, pertenecen al productor, que,

según la definición del artículo 3 de la Decisión 351 es la “[p]ersona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación, y la responsabilidad en la producción de la obra, por ejemplo, de la obra audiovisual o del programa de ordenador.”

Una vez señalado lo anterior, es de revisar brevemente el contenido del derecho de autor, mismo que comprende dos clases de derechos; estos son, los derechos patrimoniales y los derechos morales.

Flavio Arosemena señala que “[l]os derechos patrimoniales o económicos del autor pueden resumirse en uno: la facultad exclusiva de autorizar cualquier forma de explotación sobre su obra en particular pero no limitado a los siguientes actos: a) reproducción; b) distribución; c) transformación; d) importación; y, e) comunicación pública.” (Arosemena, 2011, pp. 36).

Sobre las características de los derechos patrimoniales, Delia Lipszyc (Lipszyc, 1993, pp. 174-178) ha señalado que (i) son independientes entre si; (ii) no están sujetos a *numerus clausus*; (iii) el autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización de su obra; (iv) no conocen más limitaciones que los establecidos en la ley; y, (v) la autorización de uso implica el derecho del autor a obtener una remuneración.

Por otra parte, sobre los derechos morales, Arosemena ha indicado que “el término derechos morales es utilizado (...) por el derecho de autor” (Arosemena, 2011, pp. 28), con el fin de indicar que “se trata de derechos que atienden a la personalidad del individuo, a su espíritu, más que a objetivos pragmáticos o económicos.” (Arosemena, 2011, pp. 28).

Con respecto a las características de los derechos morales, Horacio Fernández Delpech, cita a la Corte Suprema de justicia Argentina, misma que señaló que “[l]os derechos morales del autor, destinados a amparar aquellos aspectos más vinculados con la personalidad creadora, contienen facultades inalienables e

*imprescriptibles...*” (Fernández, 2011, pp. 54). Por su parte, Arosemena señala que los derechos morales, además de las características anteriores, son “*inalienables o intransferibles, irrenunciables, inembargables, y perpetuos...*” (Arosemena, 2011, pp. 29).

Además, Arosemena ha señalado que tales derechos son los siguientes: “a) Derecho de *Divulgación (...)* b) Derecho de *Paternidad (...)* c) Derecho de *Integridad (...)* d) *Derechos de Modificación y Retracto (...)*”. (Arosemena, 2011, pp. 31, 32, 33, 34 y 35). En el presente punto, no se entra en mayor explicación en cada uno de ellos, no obstante de requerirlo en los siguientes capítulos se realizará una breve explicación aplicada al caso en cuestión.

Siguiendo en este análisis, se procede a analizar la cesión de los derechos de autor a terceros, que es “*distinta, según se transfiera a título universal, por causa de muerte, o a título singular, por acto entre vivos.*” (Antequera, 1992, pp. 1).

En tal sentido, Antequera Parilli señaló lo siguiente:

“mientras los derechos de orden moral se transmiten, en cuanto a su ejercicio, con ciertas limitaciones, a los herederos u otros causa-habientes del autor, tales facultades son, en cambio, por acto entre vivos, inalienables, mientras que los de carácter patrimonial son transmisibles, total o parcialmente, a través de acto entre vivos, u objetos de licencias o autorizaciones de uso otorgadas a terceros para la explotación de la obra.” (Antequera, 1992, pp. 1,2).

Delia Lipszyc, sobre los contratos entre vivos, señala, citando la Ley española, que “*salvo disposición expresa de la propia ley, serán irrenunciables los beneficios que se otorgan a sus autores y derechohabientes en el título sobre la transmisión de derechos*”. (Lipszyc, 1993, pp. 274). Por otra parte, con respecto a la transmisión por causa de muerte, señala que “[a] diferencia de lo que ocurre en materia de transmisión del derecho de autor por acto inter vivos,

generalmente regulada en la legislación específica, la transmisión mortis causa *se rige por las reglas del derecho común, con excepción del derecho moral.*” (Lipszyc, 1993, pp. 285).

Para efectos del presente estudio es suficiente con señalar lo anterior, ya que posibles opciones de contratos y cesiones del derechos de autor, serán analizadas en el Capítulo Sexto.

Sobre la duración del derecho de autor, existe un distinto tratamiento según se refiera a los derechos morales y a los derechos patrimoniales, al igual que respecto de los derechos patrimoniales, existe una regla general que establece *“con carácter obligatorio, un mínimo de la duración de la protección por la vida del autor y cincuenta años después de su muerte”* (Zapata 2000, pp. 7), período este último en el que lo ejercerán los derechohabientes del autor. Esta protección puede ser mayor, como en efecto sucede en el Ecuador.

No obstante que el artículo 18 de la Decisión 351 señala que *“la duración de la protección de los derechos (...) no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte”*, en su artículo 59, segundo inciso, señala que *“se aplicarán los plazos de protección contemplados en las legislaciones internas de los países miembros, si estos fueran mayores que los previstos en la presente Decisión.”*

Entonces, los artículos 80 y 81 de la LPI, prevén que la duración del derecho de autor, como regla general, será de la vida del autor y 70 años después de su fallecimiento; y, como reglas especiales, prevé las siguientes posibilidades: (i) en caso de obras en colaboración, el período de 70 años correrá desde la muerte del último coautor; (ii) en caso de obra póstuma, el período de 70 años correrá desde la muerte del autor; (iii) en caso de la obra anónima cuyo autor no se diere a conocer, el período de 70 años correrá desde que se dio a conocer al público, si se diere a conocer el nombre del autor, se estará a lo que señala la regla general; (iv) en caso de obra colectiva, el período de 70 años

correrá desde la fecha de publicación de su último suplemento; y, (v) en caso de que la titularidad de la obra corresponda a una persona jurídica, el período de protección de 70 años será contado a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, el que fuere ulterior.

Se recomienda que el período de protección en el Ecuador no debería ser mayor a la protección mínima del Convenio de Berna, y de la Decisión 351.

Con respecto a la duración de los derechos morales, por virtud de lo señalado por el segundo inciso del artículo 11 de la Decisión 351, el derecho moral es perpetuo. Mismo que será ejercido por los causahabientes del autor durante el período de protección de los derechos patrimoniales, y posteriormente por el Estado u otras oficinas designadas para tal efecto.

Finalmente, es importante tratar los derechos conexos al derecho de autor, mismos que no protegen a las obras como tales, sino a distintas personas que sin haber creado una obra protegible por el derecho de autor, han realizado un esfuerzo que contribuye para el desarrollo y difusión de la obra.

En tal sentido, Fernández Delpech señala que “[l]os derechos conexos son los que protegen los intereses de ciertas personas ya sean físicas o de existencia ideal, que sin ser autores ni editores, son también titulares de derechos por *poner las obras a disposición del público.*” (Fernández, 2011, pp. 115).

Los derechos conexos son prerrogativas que se conceden a (i) los artistas intérpretes o ejecutantes; (ii) los productores de fonogramas y videogramas; y, (iii) los organismos de radiodifusión.

Martín Villarejo, citando el artículo 109 de la Ley de Propiedad Intelectual española, ha señalado que “[s]e entiende por artista intérprete o ejecutante a la persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier



forma una obra. El director de orquesta y el director de escena tendrán los *derechos reconocidos a los artistas de este título.*” (Villarejo, 2009, pp. 13).

Fernández Delpech señala que “[e]stos artistas (...) tienen, en primer término, el derecho de carácter personal de que sus nombres sean anunciados juntamente con el anuncio de la obra, al ingreso de la representación, en sus programas o en su publicidad, o en caso de fijaciones posteriores en los *envases de los discos, casetes, o medios de fijación*”. (Fernández, 2011, pp. 117).

Con respecto a los derechos económicos, el mismo autor señala que “[e]n segundo término tienen ciertos derechos, que conciernen a lo patrimonial, más allá de su actuación contratada con el empresario, en particular:

- El derecho de autorizar o prohibir que su interpretación o ejecución sea *fijada en (...) cualquier (...) medio de fijación, para posteriormente ser reproducida por (...) todo lugar público de explotación comercial directa o indirecta.*
- El derecho de autorizar o prohibir que su interpretación o ejecución sea *transmitida por radio o televisión...*” (Fernández, 2011, pp. 118).

De igual manera, como lo señala Villarejo, “*entre los derechos patrimoniales, el artículo 106 reconoce al artista el derecho exclusivo de autorizar la fijación de sus actuaciones. Es decir, el único titular es el artista y tan solo él puede ejercitar este derecho, de modo que sin el consentimiento o autorización previa del artista cualquier fijación de su actuación será ilícita al igual que el resto de actos de explotación que puedan efectuarse de la misma.*” (Villarejo, 2009, pp. 22, 23).

De conformidad con el artículo 91 de la LPI, la duración de protección de estos derechos “*será de setenta años, contados a partir del primero de enero del año*

siguiente a aquel que tuvo lugar la interpretación o ejecución, o de su fijación, según el caso.”

Con respecto a los productores de fonogramas, el artículo 3 de la Decisión 351 lo define como “[p]ersona natural o jurídica bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación, se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.”

Santiago Vanisa, citando a Carlos Corrales, señala que el productor de fonogramas, tiene los derechos de: reproducción, de ejecución pública, de comunicación al público (que sería un mejor término para definir al anterior), derecho de distribución, de arrendamiento y un quinto que es el derecho de poner a disposición del público, que a mi modo de ver se encuentra inmerso en el derecho de distribución. (Vanisa, 2001, pp. 11, 12).

Lipszyc señala que “[l]os productores de fonogramas gozan de los derechos exclusivos de reproducir los fonogramas producidos por ellos y de distribuir –o poner en circulación por medio de la venta, el canje o el alquiler- los ejemplares o copias de los mismos (...) además de los derechos de reproducción y distribución (...) el derecho de distribución comprende especialmente la facultad de autorizar la importación y exportación.” (Lipszyc, 1993, pp. 395).

De conformidad con el artículo 96 de la LPI, la duración de protección de estos derechos “será de setenta años, contados a partir del primero de enero del siguiente año a la fecha de la primera publicación del fonograma.”

Finalmente, los organismos de radiodifusión han sido definidos por la Decisión 351 como “[e]mpresa de radio o televisión que transmite programas al público”. Estos tienen, de conformidad con el artículo 92 de la LPI, “el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones (...) b) La fijación y la reproducción de sus emisiones (...); y, c) La comunicación al público de sus emisiones...”.

Finalmente, el artículo 101 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que la duración de protección de estos derechos “*será de setenta años, contados a partir del primer día del siguiente año a la fecha de la transmisión o retransmisión.*”

### **1.3 Derecho de autor como derecho humano.**

El Boletín de derecho de autor, Volumen XXXV No. 3 de julio-septiembre de 2001 de la UNESCO señala que “[l]os autores de la declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales decidieron reconocer las reclamaciones de autores, creadores e inventores como *derecho humano.*” (UNESCO, 2001, pp. 11). Se añade que un importante factor que influyó es esto fue “*la inclusión de los derechos de autor como un derecho fundamental*” (UNESCO, 2001, pp. 11) en “*la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada a principios de 1948.*” (UNESCO, 2001, pp. 2001). Salvioli al respecto señala que “[e]n la Resolución XXX del Acta Final de la (IX) Conferencia (Interamericana) (...) se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre” (Salvioli, s.f., pp. 2) en Bogotá, Colombia, entre el 30 de Marzo y el 2 de mayo de 1948. Dicha disposición señala lo siguiente:

“Artículo XIII. Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.”

Por su parte, el numeral segundo del artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París el 10 de diciembre de 1948 (ONU, s.f.), establece que los

derechos de autor están elevados a la calidad de derecho humano. A continuación transcribo lo señalado:

“Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

El Boletín de la UNESCO citado en líneas anteriores señala que “[e]l texto del Artículo 15 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales” (UNESCO, 2001, pp. 12), “aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 16 de diciembre de 1966,” (UNESCO, 2001, pp. 12) es muy similar al del artículo 27 de la Declaración Universal. (UNESCO, 2001, pp. 12). Dicha disposición señala lo siguiente:

“Artículo 15

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) Participar en la vida cultural;

b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”

Para concluir, es importante revisar lo que Delia Lipszyc ha señalado al respecto. Dicha autora señala que “[l]a inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, importa el reconocimiento de que se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede ser desconocida”. (Lipszyc, 1993, pp. 39).

## Capítulo 2: Derechos humanos de acceso a la cultura, y educación. Su interconexión con el derecho de autor.

### 2.1 Derecho humano de acceso a la cultura.

El ex presidente del Ecuador, Doctor Rodrigo Borja Cevallos define a la cultura como “*la suma de los valores, creencias, actitudes, sensibilidades y modos de comportamiento* prevalecientes en una sociedad, en un momento *determinado.*” (Borja, 2012, pp. 432). Esta definición es muy clara, sin embargo el autor considera importante complementarla con cuáles son los elementos que la comprenden. Al respecto, Borja ha señalado lo siguiente:

“[l]a cultura comprende muchos elementos: las creencias, el arte, la moral, la ciencia, la tecnología, el derecho, los símbolos, las costumbres, las relaciones familiares, las vinculaciones entre el individuo y la sociedad, los regímenes matrimoniales, el concepto de autoridad, las jerarquías sociales, la igualdad y cualquier otro hábito adquirido y compartido por los hombres en la vida social, que constituyen un legado de siglos de historia común.” (Borja, 2012, pp. 432).

De lo anterior, se puede señalar que las creaciones protegidas por el derecho de autor, forman parte de la cultura, ya sean estas literarias o artísticas. Derecho que se encuentra reconocido en el artículo 27.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos citado en líneas anteriores, y que ha sido elevado a la calidad de derecho humano.

Thomas Buergenthal ha señalado que “[e]l Art. 27 de la Declaración aborda los derechos culturales y establece, inter alia, que todos los seres humanos tienen el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, disfrutar *las artes y participar de los avances científicos y sus beneficios.*” (Burgenthal, 1996, pp. 60).

Por su parte, y con el afán de ampliar los derechos económicos, sociales y culturales de la Declaración Universal, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Convenio sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Thomas Buergenthal señala que “[e]ste reconoce los siguientes derechos: el derecho trabajo; el derecho a disfrutar de condiciones de trabajo justas y favorables; el derecho a formar sindicatos y unirse a ellos; el derecho a la previsión social; el derecho a la protección de la familia; el derecho a tener un nivel de vida adecuado; el derecho a gozar de los más altos niveles posibles de salud física y mental; el derecho a la educación para todos; y el derecho a *tomar parte en la vida cultural.*” (Burgenthal, 1996, pp. 73, 74).

No obstante lo anterior, es importante que se tenga en cuenta que estos derechos, para que sean efectivos, tiene que existir una entidad garante de tales, en este caso, el Estado. El autor Kurt Eichenberger ha señalado que “[t]al como lo indica el mismo Título del presente trabajo: “*El Estado de derecho como garante de los derechos humanos*”, los derechos humanos no se verifican por sí solos.” (Eichenberger, Thieseng, 1999, pp. 159).

Por lo anterior, los detractores de los derechos de autor, o mejor dicho quienes proponen que el acceso a las obras debería ser libre y gratuito, suelen señalar que el la retribución al autor o a los titulares de derechos de autor atenta contra este derecho de participar en la cultura, punto en el cual el autor no concuerda.

## **2.2 Derecho humano de acceso a la educación.**

Rodrigo Borja Cevallos señala que educación “[p]roviene de la palabra latina *educatio* que significa enseñanza, disciplina, crianza. En su acepción más general designa la transferencia y aprendizaje de conocimientos útiles para que el hombre pueda satisfacer sus necesidades y defenderse de la hostilidad del *medio.*” (Borja, 2012, pp. 680).

La educación, la cultura y los derechos de autor, son nociones interdependientes y que requieren unas de otras para su existencia. Al respecto, Borja añade que *“la educación es el método de transmisión de las nociones culturales de una generación a la siguiente.”* (Borja, 2012, pp. 680, 681).

Entonces, es prudente revisar lo que Thomas Burgenthal ha señalado sobre el derecho a la educación en la Declaración Universal de Derechos Humanos. El mencionado autor ha indicado lo siguiente:

“El derecho a la educación se inscribe en el artículo 26 de la Declaración, el cual dispone, entre otras cosas, que la educación debe ser gratuita al menos en los niveles elemental y básico. El Art. 26 también declara que:

La educación debe orientarse hacia el desarrollo completo de la personalidad humana y al fortalecimiento del respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Debe fomentar el entendimiento, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones, grupos raciales o religiosos, y debe promover las actividades de las Naciones Unidas para la conservación de la paz.” (Burgenthal, 1996, pp. 59, 60).

Por otra parte, y con respecto al Convenio de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el mismo autor ha señalado que “[e]ste convenio contiene una serie más amplia y completa de derechos económicos sociales y culturales *que la Declaración Universal. Este reconoce (...) el derecho a la educación para todos*” (Burgenthal, 1996, pp. 73, 74).

No obstante lo anterior, es importante recordar que la Constitución garantiza este derecho en el artículo 26, mismo que señala que *“[l]a educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado.”*



En tal virtud, el autor Kurt Eichenberger ha señalado que “[e]l Estado de derecho [debe ser] *garante de los derechos humanos*”, *los derechos humanos no se verifican por sí solos.*” (Eichenberger, Thiesing, 1999, pp. 159). Es por tal virtud que el Constituyente ha elevado y reconocido con carácter de constitucional este derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener en cuenta que en la realidad no siempre se puede cumplir esto ya que, como lo ha señalado Osvaldo Larrañaga, Director del Departamento de Economía de la Universidad de Chile, *“la educación no debe ser entendida como un derecho que está amplia y gratuitamente disponible para todos, puesto que es una libertad positiva: su generación requiere de recursos escasos, sujetos a usos alternativos.”* (Larrañaga, 1997, pp. 322).

### **2.3 Interconexión de estos derechos con los derechos de autor.**

Como ya se mencionó, los derechos de autor, así como los derechos de acceso a la cultura y educación, son derechos interdependientes, es decir, dependen unos de otros para hacerse efectivos. Para que exista acceso a la cultura y/o educación según el caso, deben existir obras, las cuales no provienen de la nada, sino que son creaciones de personas naturales, quienes a su vez necesitan de sustento económico para vivir. (Antequera, 2005-2011, pp. 1).

No obstante, hay que mencionar que la inclusión de los derechos de autor como derecho humano fue un tema de álgida discusión, a diferencia de lo que sucedió con el derecho a disfrutar de la vida cultural de la sociedad. El Boletín de la UNESCO citado en líneas anteriores, citando a Morsink señala lo siguiente:

“Según la reseña de Johannes Morsink de la historia de la redacción del Artículo 27 de la Declaración Universal, no hubo mucho desacuerdo con respecto a la noción del derecho de toda persona a disfrutar de los

beneficios del progreso científico y a participar en la vida cultural. En cambio, el debate sobre las cuestiones de propiedad intelectual suscitó mucha más polémica. Lo mismo ocurrió cuando el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se ocupó de la redacción de un pacto sobre los derechos humanos basado en la Declaración Universal de Derechos Humanos.” (UNESCO, 2001, pp. 11).

En concomitancia con lo anterior, el Boletín de la UNESCO ha señalado que “[u]n enfoque de derechos humanos se basa en la importancia esencial de proteger y fomentar la dignidad humana y el bien común. En sentido amplio, los derechos del creador o del autor están condicionados a su contribución al bien común y al bienestar de la sociedad.” (UNESCO, 2001, pp. 15). Esto ratifica que estos derechos son interdependientes y cada uno se justifica en la consecución de los otros.

Lo anterior entonces, lleva a la conclusión de que si bien el derecho de autor le provee al autor derechos de exclusiva sobre sus obras, esta exclusiva se ve limitada por el principio del bien común. Es por esto que los derechos de autor prevén limitaciones y excepciones, con el fin de equilibrar el mencionado derecho de exclusiva, con los derechos de acceso a la cultura y a la educación.

Finalmente, es importante considerar que la doctora Delia Lipszyc ha señalado que “el fundamento teórico del derecho de autor se origina en las necesidades de la humanidad en materia del acceso al saber y, en definitiva, en la necesidad de fomentar la búsqueda del conocimiento recompensando a quienes la efectúan.” (Lipszyc, 1993, pp. 39).

## Capítulo 3: Limitaciones y excepciones al derecho de autor.

### 3.1 Marco jurídico internacional en materia de limitaciones, flexibilidades y duración de la protección del derecho de autor.

#### 3.1.1 Duración del Derecho de Autor.-

En primer lugar, es importante referirse a la duración de la protección que se ha impuesto a los Estados partes de los tratados internacionales en la materia. Así, Delia Lipszyc ha señalado que “[e]l plazo de duración del derecho patrimonial sobre las obras se extiende, básicamente, por toda la vida del autor, y un número determinado de años a partir de su muerte...” (Lipszyc, 1993, pp. 251), no obstante como se verá más adelante, este período varía dependiendo de las legislaciones internas, pero no puede ser inferior a 50 años, mismos que se cuentan “a partir del primero de enero del siguiente año de la fecha del deceso o desde ese mismo día” (Lipszyc, 1993, pp. 251).

Así, en el Convenio de Berna en la revisión de Bruselas de 1948, “se adoptó con carácter obligatorio el plazo mínimo general de cincuenta años p.m.a” (Lipszyc, 1993, pp. 257). Horacio Fernández señala además, que “en la revisión de Bruselas del año 1948, se adoptó el plazo mínimo obligatorio de 50 años, plazo este que se repite en el art. 7º de la Revisión del Acta de París de 1971 y también en el art. 12 del ADPIC.” (Fernández, 2011, pp. 44).

Lo anterior es la regla general, ya que existen ciertas reglas especiales de protección, mismos que deben ser analizados dependiendo de la clase obra. En virtud de que el presente estudio, tiende a centrarse en encontrar un sistema viable para mitigar la piratería de obras en el Ecuador, especialmente de obras audiovisuales, a continuación se analiza este caso particular sobre la duración del derecho de autor.

Con respecto a la obra audiovisual, “[l]a especificidad de la autoría de esta obra resulta de su naturaleza plural, es decir, de constituir una obra integrada por contribuciones de diferentes géneros (...) que, por lo general, ha sido creada por diferentes autores...” (Delgado, 1997, pp. 5).

Es importante recordar, como se mencionó en capítulos anteriores, que “[m]ediante los contratos celebrados con los autores de la obra audiovisual y con los de las obras preexistentes incorporadas a ésta, el productor garantiza para sí las prerrogativas necesarias para su explotación.” (Ancona, 2012, pp. 75).

En algunas legislaciones, el plazo de protección para estas obras constituye una excepción a la regla anteriormente señalada, respecto de la duración del derecho patrimonial sobre las obras, que se extiende por toda la vida del autor, y un número determinado de años a partir de su muerte, o del último coautor que muera, no obstante, en otras, esta es la fórmula prevista.

Por ejemplo en Argentina, “[e]l derecho de propiedad es de cincuenta años a partir del fallecimiento del último de los colaboradores (autor de argumento, productor y director de la película y compositor si se trata de una obra cinematográfica musical...” (Fernández, 2011, pp. 47).

Otras legislaciones, prevén que para esta clase de obras, “el plazo [de duración] en función de un número de años contados desde la divulgación, publicación o realización de la obra.” (Delgado, 1997, pp. 8), como lo son Brasil, Colombia o Costa Rica.

Sobre esto señala Fernando Zapata que “en el Convenio de Berna (...) en el artículo 7.2) referida a obras cinematográficas (...) su protección expira cincuenta años después de que la obra hubiere sido accesible al público con el consentimiento del autor, (...) o dentro de los 50 años siguientes a la realización de la obra...” (Zapata, 2000, pp. 7,8).

No obstante, como ya se señaló, “*son tratadas en numerosos países como obras en colaboración*” (Zapata, 2000, pp. 8) caso en el que “*el plazo de protección se calcula a partir de la muerte del último autor superviviente*”. (Zapata, 2000, pp. 8).

### **3.1.2 Limitaciones y excepciones al derecho de autor.-**

Una vez señalado lo anterior, respecto de la duración del derecho de autor, es importante analizar respecto de las limitaciones y excepciones al derecho de autor. Como se analizó anteriormente, una legislación de derechos de autor debe prever un sistema equilibrado de protección, que permita a su vez el cumplimiento de los derechos humanos de educación y cultura.

Hermenegildo Baylos ha señalado que “[s]e entiende por excepción cualquier hipótesis de explotación de una obra (...) que haya sido excluida por una norma del correspondiente derecho de autor (...) permitiendo de esta suerte a los terceros efectuar esa explotación sin autorización del titular del derecho y sin pago de remuneración”. (Baylos, 2009, pp. 854).

Además, respecto de las licencias legales ha señalado que “se entiende por limitación cualquier supuesto de explotación de una obra (...) respecto de la cual el legislador autoriza (...) a un tercero que pueda realizarla prescindiendo de la autorización del titular del derecho que la cubre, pero imponiendo a ese tercero (...) la obligación de pagar a dicho titular una suma de dinero...” (Baylos, 2009, pp. 854).

Finalmente, sobre la licencia obligatoria, señaló el mismo autor que “esta se distingue de la primera [licencia legal] en que permite, al titular y al usuario-beneficiario de la limitación, establecer de mutuo acuerdo, la remuneración que este último ha de satisfacer, interviniendo de no llegarse a ese acuerdo, la autoridad competente.” (Baylos, 2009, pp. 854).

Como señala Flavio Arosemena, “[*]la principal herramienta jurídica para alcanzar el equilibrio (...) son precisamente las Limitaciones y Excepciones (...) al derecho de autor.*” (Arosemena, 2011, pp. 67). Existen dos sistemas diferentes de limitaciones y excepciones, el sistema del Fair Use o usos justos, y el sistema cerrado.

La diferencia entre uno y otro sistema radica en que mientras que el sistema de fair use, “*permite a las autoridades judiciales analizar cada caso concreto*” (Arosemena, 2011, pp. 69) con base a ciertos criterios -“*[p]ropósito o carácter de la obra, naturaleza de la obra, importancia de la parte utilizada con respecto a la obra en su totalidad, el efecto del uso en el mercado, etc.*”- (Arosemena, 2011, pp 69), el sistema de lista cerrada, “*las limitaciones y excepciones están expresamente señaladas en la ley.*” (Arosemena, 2011, pp. 68).

Lo que preocupa del sistema del sistema del fair use es que en países donde las Autoridades no sean probas, o no estén bien preparadas, podría presentarse una serie de arbitrariedades. En tal virtud, mientras más preparadas y probas sean las Autoridades, será de mejor aplicación el sistema del fair use, mientras que si las Autoridades no cumplen con estas cualidades, será mejor el sistema cerrado.

No obstante, el sistema del fair use permite una adaptación más fácil con el desarrollo tecnológico, pero a criterio del autor, es un sistema que poco seguro para ciertas jurisdicciones. Además, es de tener en cuenta que el sistema del fair use fue creado y utilizado bajo el sistema jurídico anglosajón, esto es, donde los juzgadores están acostumbrados a trabajar sobre precedentes y decidir caso por caso con mayor discrecionalidad, cosa que no sucede con jueces donde existe una aplicación más estricta de la norma jurídica.

Sea cual fuere el sistema que adopte la legislación, es importante señalar que estas limitaciones deben regirse por la llamada regla de los tres pasos, misma que ha sido acogida por las distintas legislaciones a nivel internacional.

El artículo 21 de la Decisión 351 señala que “*se circunscriben a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares del derecho*”. Además de lo señalado, y por su carácter de excepcionales, deben ser en casos especiales.

Por lo señalado, se puede sintetizar estos requisitos de la siguiente manera:

- Que no atente contra la normal explotación de la obra.
- Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos en cuestión.
- Debe ser en casos especiales, es decir no por capricho sino por una verdadera necesidad donde prime el interés común por sobre el del autor.

En el caso nacional, el legislador ecuatoriano ha establecido el sistema de lista cerrada. En este sentido, Delia Lipszyc señala que “[*l]as limitaciones están sujetas a numerus clausus*.” (Lipszyc, 1993, pp. 219). En tal virtud, a continuación se analizan las excepciones y limitaciones más comunes previstas por la legislación internacional:

- a) La copia privada.- Delia Lipszyc señala que “[*l]a copia privada es una reproducción, en un solo ejemplar, de breves fragmentos o de determinadas obras aisladas protegidas por el derecho de autor en un volumen (...) exclusivamente para el uso personal del copista (...)*”. (Lipszyc, 1993, pp. 222).

Esta excepción al derecho de autor no se la encuentra en todas las legislaciones. Por ejemplo “*para la Ley Argentina, la reproducción de una obra para fines privados y aún sin fines comerciales no está incluida en las excepciones a los derechos de su titular, por lo que tal accionar es ilícito*.” (Fernández, 2011, pp. 75).

Por otra parte, un ejemplo de lo contrario se encuentra en el sistema del fair use de los Estados Unidos prevé *“la reproducción para uso privado en una serie de situaciones.”* (Fernández, 2011, pp. 75). Este es el mismo caso que el de España.

Sobre esta excepción, Hermenegildo Baylos señala que la misma ha creado serios problemas para los autores de la actualidad dada la facilidad de la copia con los métodos tecnológicos actuales.

Efectivamente ha señalado que *“[e]l control de estas copias se hace prácticamente imposible. Y la realidad nos sigue diciendo que van en aumento y que están siendo favorecidas por la facilidad cada vez mayor con que los procedimientos técnicos (...) están proporcionando a la práctica de esas copias.”* (Baylos, 2009, pp. 862).

No obstante las críticas que puedan hacerse a esta excepción, es de mencionar que se encuentra presente en varias legislaciones y que, es de aquellas excepciones, que supone una remuneración al autor por su ejercicio.

- b) Uso exclusivo para discapacitados.- No requiere de autorización, *“los actos de reproducción, distribución, y comunicación pública de obras ya divulgadas que se realicen en favor de personas con discapacidad, siempre que los mismos carezcan de finalidad lucrativa.”* (Baylos, 2009, pp. 863).

Por su parte, Delia Lipszyc señala que *“se admite la reproducción en sistema Braille o por otro método destinado a invidentes, siempre que se trate de obras ya publicadas con autorización del autor y la reproducción se realice sin fines de lucro.”* (Lipszyc, 1993, pp. 237).



Horacio Fernández señala que esta excepción al derecho de autor, “se encuentra dentro de las restricciones no remunerativas, ya que la ley expresamente establece que se las exime del pago de derechos de autor.” (Fernández, 2011, pp. 68).

Esta se trata de una excepción que permite a los no videntes y personas con discapacidades visuales disfrutar de obras que normalmente no serían traducidas para ellos. No obstante, la restricción del fin de lucro, es evidentemente una limitante ya que únicamente será el Estado, o fundaciones o instituciones sin fin de lucro las que eventualmente haga uso de esta excepción.

- c) Derecho de cita.- Esta es una de las excepciones más importantes en el derecho de autor ya que es “*universalmente aceptada*.” (Lipszyc, 1993, pp. 231).

Sobre el derecho de cita, Hermenegildo Baylos ha indicado que “[u]no de los límites del derecho de autor admitido con mayor generalidad por la doctrina y por las legislaciones vigentes es la licitud de la reproducción, en una obra propia, de fragmentos o partes de otra ajena, *con finalidad de crítica o comentario*.” (Baylos, 2009, pp. 864).

Por su parte, Flavio Arosemena señala que “[e]n virtud de esta excepción se pueden reproducir fragmentos de obras ajenas sin autorización alguna, en la medida en que se indique la fuente y el *nombre del autor de la obra utilizada*.” (Arosemena, 2011, pp. 74)

Además, Delia Lipszyc señala que “[s]e entiende por cita la *mención de un fragmento relativamente breve de otra obra (...) para apoyar o hacer más inteligibles las opiniones de quién escribe o para referirse a las opiniones de otro autor, de manera fidedigna*.” (Lipszyc, 1993, pp. 231).

Como han mencionado los autores antes citados, esta excepción es una de las excepciones más importantes al derecho de autor, y por tanto se encuentran establecidas universalmente en las legislaciones.

- d) Los fines educativos y ejecuciones por organismos públicos.- Sobre esta excepción, Horacio Fernández Delpech señala que “[l]a representación, la ejecución y la recitación de obras literarias o artísticas (...) con fines educativos, y la ejecución o interpretación de piezas musicales por organismos (...) del Estado, son también restricciones no remunerativas.” (Fernández, 2011, pp. 67).

De igual manera, Delia Lipszyc ha indicado que “[c]on distintos alcances, varias legislaciones prevén limitaciones al derecho de autor en relación con determinados usos de obras para fines educativos.” (Lipszyc, 1993, pp. 228).

La misma autora cita el artículo 10.2 del Convenio de Berna, Acta de París de 1971 para señalar que “[s]e reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza...” (Lipszyc, 1993, pp. 229).

Sobre esta excepción, particularmente en la legislación española, Hermenegildo Baylos ha señalado que:

“el legislador español (...) introdujo la excepción que lleva el título de «ilustración de la enseñanza» y cuyos términos son los siguientes: «No necesitará autorización del autor, el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas (...) cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en

las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente» (Baylos, 2009, pp. 886, 887).

Cabe señalar que los establecimientos de enseñanza, “*a fin de que (...) puedan, en ciertas formas, reproducir obras para satisfacer las necesidades de sus alumnos, algunas legislaciones autorizan la incorporación de trozos o partes de obras en antologías, compilaciones o compendios exclusivamente destinados a usos escolares o de enseñanza, con la mención del título de la obra, de los nombres del autor (...)*” (Lipszyc, 1993, pp. 229).

Finalmente, es importante mencionar, que “*algunas legislaciones autorizan a las bibliotecas y servicios de archivos a realizar, sin autorización del autor, reproducciones de las obras que integran sus colecciones, para su propio uso (para preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de necesidad...)*”. (Lipszyc, 1993, pp. 230)

Sobre esta excepción cabe hacer especial mención ya que a modo de ver del autor, se justifica plenamente y permite el equilibrio entre el derecho de autor y el derecho a la educación. Por tanto, se considera que es especialmente importante generar políticas que permitan aprovecharla de la mejor manera.

- e) Los discursos o disertaciones en acontecimientos públicos, reseñas informativas y obras implicadas en acontecimientos públicos.- Sobre la excepción de los discursos, Horacio Fernández señala que “*si la publicación del discurso parlamentario se publica sin fin lucrativo, tal reproducción es libre y no requiere autorización alguna.*” (Fernández, 2011, pp. 66).

No obstante, el mencionado autor aclara que “*con relación a discursos políticos o literarios y en general las conferencias sobre temas intelectuales, la ley (...) establece para su publicación la necesaria autorización del autor en todos los casos, exceptuándose únicamente del requisito de tal autorización cuando se trate de la información periodística.*” (Fernández, 2011, pp. 66, 67).

Esto nos lleva a la excepción sobre reseñas de prensa, por virtud de la cual es posible reproducir discursos o disertaciones en acontecimientos públicos, cuando estos sean de actualidad, y, con fines periodísticos.

Además, “*se restringe el derecho de autor sobre los artículos publicados sobre temas de actualidad, difundidos por la prensa, radiodifusión, transmisión por cable, y se permite su reproducción, distribución y comunicación pública, a condición de que se asegure la indicación de la fuente y el autor.*” (Lipszyc, 1993, pp. 233).

Sobre la excepción de reproducción de obras implicadas en acontecimientos públicos, Hermenegildo Baylos ha indicado que “[s]e trata de una excepción a los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública que tiene su base objetiva en una utilización «incidental» de obras que acontecen como informaciones sobre *acontecimientos de actualidad (...)*” (Baylos, 2009, pp. 868).

Sobre esta excepción, Delia Lipszyc ha indicado que “*se considera como libre utilización la comunicación al público de una obra que no se había previsto inicialmente, pero que se ha hecho inevitable en el curso de la información de acontecimientos públicos en razón de la cual está implicada por casualidad o de manera accesoria.*” (Lipszyc, 1993, pp. 233).

Estas son las limitaciones respecto del uso para información y se encuentran justificadas en la necesidad de que el público en general se entere o esté informado de los acontecimientos de actualidad de la sociedad.

- f) Reproducción de obras en procesos legales.- Sobre esta excepción, Delia Lipszyc señala que “[a]lgunas legislaciones también consideran como utilización libre y gratuita la reproducción de obras como consecuencia o para constancia en procesos judiciales o administrativos, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor (...)” (Lipszyc, 1993, pp. 235).

Sobre este punto, Hermenegildo Baylos ha señalado que “[e]l interés público representado por la importancia que, para la finalidad pública propuesta, puede tener el uso (...) de la obra por razones de seguridad pública o para el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, judiciales o parlamentarios, justifica la excepción que aquí establece la Ley (...)”. (Baylos, 2009, pp. 861).

El autor considera que es perfectamente justificable que, con fines de administración de justicia o de seguridad pública, se permita la reproducción de obras en esta clase de procedimientos, no obstante la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente.

- g) Obras ubicadas en lugares públicos.- Sobre esta excepción, Hermenegildo Baylos señala que “[e]stas obras, situadas permanentemente en parques, calles, plazas, u otras vías públicas (...) pueden ser reproducidas, distribuidas y comunicadas libremente por medio de pinturas, dibujos, fotografías y procedimientos audiovisuales.” (Baylos, 2009, pp. 868).

Por su parte, con respecto a esta excepción, Delia Lipszyc ha indicado que se admite la utilizaciones libres y gratuita de “[o]bras artísticas situadas en lugares públicos: la reproducción de obras de arte de propiedad de los poderes públicos situadas permanentemente en *lugares públicos*.” (Lipszyc, 1993, pp. 237).

No cabe realizar mayor explicación al respecto, no obstante es importante indicar que, con el fin de facilitar el acceso a la cultura, se permite la utilización libre y gratuita de estas obras.

- h) La parodia.- Hermenegildo Baylos ha señalado que “[c]omo es sabido, dentro *del esquema tradicional del derecho de autor, la parodia es lícita*.” (Baylos, 2009, pp. 873). Con respecto a la parodia, Flavio Arosemena ha realizado la siguiente exposición:

“El humor es un bien muy valioso para la buena salud emocional de la sociedad y el derecho de autor lo reconoce, permitiendo que se utilicen sin autorización del autor o titular para realizar una parodia (es decir una imitación burlesca) de éstas. Si fuese necesario obtener la autorización del autor o titular para poder realizar una parodia de una obra es posible que muy pocos autores concedan la autorización o que exijan mucho a cambio. Esto afectaría el número de parodias y en consecuencia el humor, el cual como se ha dicho varias veces, es el mejor remedio para la tristeza.” (Arosemena, 2011, pp. 75).

No obstante es importante mencionar que no en todas las legislaciones se permite el uso libre y sin consentimiento para la parodia.

Delia Lipszyc ha señalado que “*en otras legislaciones, la parodia requiere la autorización del autor de la obra parodiada mientras esta se encuentre en el dominio privado (por ejemplo Argentina...)*” (Lipszyc, 1993, pp. 237).

Sea cual fuere el caso, el autor considera que en favor de la cultura y del humor, es justificable que las legislaciones permitan este uso libre y sin consentimiento de obras, para crear una parodia de las mismas.

- i) Grabaciones efímeras.- Sobre las grabaciones efímeras, delia Lipszyc ha señalado que *“se trata de las fijaciones de obras literarias, dramáticas y musicales que realizan los organismos de radiodifusión con la única finalidad de facilitar la programación de sus emisiones.”* (Lipszyc, 1993, pp. 235).

Aclarando que *“[p]or su carácter efímero deben ser destruidas...”* (Lipszyc, 1993, pp. 235). No obstante, esta utilización libre requiere cumplir ciertos requisitos:

“1º) se tratase de obras para las que se hubiere otorgado a la entidad de radiodifusión la pertinente autorización de emisión; 2º) la grabación que de ellas se efectuase debería consistir en una fijación de la obra de carácter efímero (...) 3º) la grabación se realizase por el radiodifusor con sus propios medios y con destino a sus propias emisiones (...) (Baylos, 2009, pp. 870).

- j) Transmisión o retransmisión de organismos de radiodifusión de obras originalmente difundidas por el mismo organismo.- Esta excepción supone que los organismos de radiodifusión que originalmente hayan radiodifundido una obra, puedan radiodifundir de manera simultánea por radiodifusión y sin adulteraciones.
- k) Clases dictadas en centros educativos.- Las clases o lecciones dictadas en los centros educativos pueden ser anotadas por los alumnos a quienes va dirigida la clase. A este respecto, Flavio Arosemena ha señalado que *“[e]n este caso prevalece el interés público de que los alumnos accedan a una educación eficiente y comprensiva, sobre el interés privado que puedan tener los profesores como autores. La*

excepción aplica en la medida en que las reproducciones sean realizadas por el alumno y para uso personal.” (Arosemena, 2011, pp. 76).

- l) Ejecución de música y obras audiovisuales grabadas y recepción de radiodifusiones en comercios con fines de demostración.- Esto, en locales donde se expenden electrodomésticos, con el fin de demostración del funcionamiento de los mismos.
  
- m) Licencias obligatorias.- La legislación prevé la posibilidad de que los estados otorguen licencias obligatorias a favor de los usuarios, no obstante que deba pagarse al autor derechos de remuneración. En el Capítulo 5 del presente trabajo se analiza con mayor detenimiento las licencias obligatorias.

### **3.2 Análisis de la legislación ecuatoriana, especialmente respecto de las flexibilidades del derecho de autor.**

Una vez realizado el análisis de las más importantes excepciones al derecho de autor previstas por los tratados internacionales, es de importancia analizar cuáles de estos se encuentran previstos en la legislación nacional.

Por tal virtud, hay que remitirse al artículo 83 de la LPI, en concordancia con el artículo 22 de la Decisión 351. Así, la precitada norma de la LPI señala que *“[s]iempre que se respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos, exclusivamente, los siguientes actos, los cuales no requieren de la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna...”*.

La norma concordante de la Decisión 351 señala que *“[s]in perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la*



autorización del autor y sin pago de remuneración alguna, los siguientes actos...”. A continuación se analizan cuáles son estos actos, considerados por la legislación aplicable a la República del Ecuador, como excepciones:

a) Copia privada de uso personal.- EL artículo 108 de la LPI señala que *“[s]e entenderá por copia privada la copia doméstica de fonogramas o videogramas, o la reproducción reprográfica en un solo ejemplar realizada por el adquirente original de un fonograma o videograma u obra literaria de circulación lícita, destinada exclusivamente para el uso no lucrativo de la persona natural que la realiza. Dicha copia no podrá ser empleada en modo alguno contrario a los usos honrados. (...) La copia privada realizada sobre soportes o con equipos reproductores que no hayan pagado la remuneración compensatoria constituye una violación del derecho de autor y de los derechos conexos correspondientes.”*

b) El derecho de cita.- La LPI en el literal a) del artículo 83 prevé que no requiere de autorización ni de remuneración *“[l]a inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas (...) siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización solo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada...”*

Por su lado, la Decisión 351 señala en el literal a) del artículo 22 que no requiere de autorización ni está sujeto a remuneración *“[c]itar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor...”*

c) La ejecución de una obra musical en acto oficial.- Excepción prevista por el literal b) del artículo 83 de la LPI, mismo que señala que o requiere de

autorización ni está sujeto a remuneración, “[/]a ejecución de obras musicales en actos oficiales de las instituciones del Estado o ceremonias religiosas, de asistencia gratuita, siempre que los participantes en la comunicación no perciban una remuneración específica por su *intervención en el acto*”.

- d) Artículos de actualidad pública.- El literal c) del artículo 83 de la LPI, señala que no requiere autorización del titular, ni está sujeto a remuneración alguna, “[/]a reproducción, distribución y comunicación pública de artículos y comentarios sobre sucesos de actualidad y de interés colectivo, difundidos por medios de comunicación social, siempre que se mencione la fuente y el nombre del autor, si el artículo original lo indica, y no se haya hecho constar en origen la *reserva de derechos*”.
- e) Discursos, conferencias y obras similares.- A este respecto, el artículo 83, literal d) de la LPI señala que no requiere autorización del titular, ni remuneración alguna, “[/]a difusión por la prensa o radiodifusión con fines informativos de conferencias, discursos y obras similares divulgadas en asambleas, reuniones públicas o debates públicos sobre *asuntos de interés general*”.

Por su parte, la Decisión 351 en el literal g) señala que no está sujeto a autorización del autor, ni a remuneración, el “[r]eproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación *de colecciones de tales obras*.”

- f) Noticias del día o simples informaciones de prensa.- El literal e) del artículo 83 de la LPI señala que no requieren de autorización por el autor

ni está sujeto a remuneración, “[l]a reproducción de las noticias del día o de hechos diversos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa, publicados por ésta o radiodifundidos, siempre que se indique su *origen*”.

Por otra parte, el artículo 22 de la Decisión 351 señala lo mismo, aunque de forma más amplia, respecto de “[r]eproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la *información*”.

- g) Obras que se encuentran en lugares públicos.- El literal f) del artículo 83 de la LPI, señala que está exento de pago ni sujeto a autorización, “[l]a reproducción, comunicación y distribución de las obras que se encuentren permanentemente en lugares públicos, mediante la fotografía, la pintura, el dibujo o cualquier otro procedimiento audiovisual, siempre que se indique el nombre del autor de la obra original y el lugar donde se encuentra; y, que tenga por objeto estrictamente la difusión *del arte, la ciencia y la cultura*.”

Por su parte, el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 señala que se encuentran exentos de remuneración ni requieren de autorización del autor, el “[r]ealizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un *lugar abierto al público*.”

- h) Reproducción de obras que están en bibliotecas o archivos.- Sobre esta excepción, el literal f) de la LPI señala que está exento de pago y libre

de autorización del autor, “[l]a reproducción, comunicación y distribución de las obras que se encuentren permanentemente en lugares públicos, mediante la fotografía, la pintura, el dibujo o cualquier otro procedimiento audiovisual, siempre que se indique el nombre del autor de la obra original y el lugar donde se encuentra; y, que tenga por objeto estrictamente la difusión del arte, la ciencia y la cultura”.

Por su parte la Decisión 351 en el literal c) del artículo 22 señala que “[r]eproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo...”

- i) Grabaciones efímeras de radiodifusoras.- El literal h) del artículo 83 de la LPI señala que no requiere de autorización del autor y se encuentra exento de pago, “[l]as grabaciones efímeras que sean destruidas inmediatamente después de su radiodifusión.”

Por su parte el literal i) del artículo 22 de la Decisión 351 señala que se encuentra exento de pago ni requiere de remuneración “[l]a realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional”.

- j) Reproducción de obras en actos judiciales y administrativos.- El literal i) del artículo 83 de la LPI prevé que está exento de pago ni requiere de autorización del autor, “[l]a reproducción o comunicación de una obra divulgada para actuaciones judiciales o administrativas.”

- k) La parodia.- En el literal i) del artículo 83 de la LPI, señala que no requiere autorización del autor ni está sujeta a remuneración, “[/]/a parodia de una obra divulgada, mientras no implique el riesgo de confusión con ésta, ni ocasione daño a la obra o a la reputación del autor, o del artista intérprete o ejecutante, según el caso.”
- l) Lecciones docentes.- El literal k) del artículo 83 de la LPI, prevé que no se encuentran sujeto a remuneración ni requiere de autorización, “[/]/as lecciones y conferencias dictadas en universidades, colegios, escuelas y centros de educación y capacitación en general, que podrán ser anotadas y recogidas por aquellos a quienes van dirigidas para su uso personal.”
- m) Reproducción para medios educativos.- El literal b) del artículo 22 de la Decisión 351 señala que no requiere de autorización del autor ni está sujeto a remuneración, “[r]eproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de la obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.”
- n) Ejecución de obras en instituciones educativas.- El literal j) del artículo 22 de la Decisión 351 señala que se encuentra exento de remuneración y no requiere de autorización del autor, “[r]ealizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de los

alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución.”

- o) Transmisión o retransmisión de radiodifusiones por organismos de radiodifusión.- El literal k) del artículo 22 de la Decisión 351 señala que se encuentra exento de remuneración ni requiere autorización del autor, “[/]la realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por *radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.*”

Como se observa del análisis realizado, existe concurrencia en las limitaciones especificadas en el punto 3.1 del presente Capítulo, con respecto a aquellas establecidas en la legislación aplicable al Ecuador.

Sin embargo, es importante hacer notar que la limitación concerniente a bibliotecas, tema extremadamente importante para el acceso a la educación de la población es insuficiente para las necesidades actuales del Ecuador.

Asimismo, hay que mencionar la inexistencia de licencias obligatorias para derechos de autor en el Ecuador, tema que debería ser analizado no sólo para el caso específico de las obras audiovisuales, sino también con respecto a otras obras que son necesarias para la educación y la difusión de la cultura.

## Capítulo 4: Piratería en el Ecuador.

### 4.1 Análisis de la situación de la piratería y el acceso legal a obras protegidas por el derecho de autor en el Ecuador. Caso específico de las obras audiovisuales.

Para iniciar el análisis de la piratería en el Ecuador, hay que señalar un dato importante respecto de la industria cinematográfica en los EE.UU., la cual, a través de la *“Motion Picture Association of America”*, organización no gubernamental de la cual son miembros los principales actores del sector en ese país (Walt Disney Pictures, Warner Bros., Universal Pictures, Sony Pictures, Paramount Pictures, 20Th Century Fox, etc.) (Motion Picture Association of America, s.f.), ha determinado que *“el costo promedio de producción de una película norteamericana es de 100 millones de dólares y el 60 por ciento de las películas así producidas nunca llega a recuperar la inversión.”* (Caballero, 2005, pp. 7).

Lo anterior es necesario señalar antes de entrar al análisis de este apartado, pues los comerciantes informales e incluso los consumidores suelen sostener que esta clase de obras debería ser de acceso libre y de uso gratuito, sin considerar el verdadero costo en que incurre la industria para difundir una película.

Otro dato importante a tenerse en cuenta es que, de conformidad con documento denominado *“The Economic Contribution of the Motion Picture & Television Industry to the United States”* sobre el aporte económico de la industria cinematográfica a la economía de los EE.UU., en el año 2011 un millón novecientos mil empleos fueron generados por el sector, con un salario 75% mayor al salario promedio a nivel nacional. (Motion Picture Association of America, 2013).

Sobre la incidencia económica de las industrias protegidas por el derecho de autor, Flavio Arosemena Burbano señala lo siguiente:

“Recientes estudios (...) demuestran que las IPDA representan en los Estados Unidos de América el 12% del Producto Interno Bruto o PIB (...), en las Filipinas el 4.9%, en Jamaica el 4.8%, en Rusia el 6.1% y en Colombia el 3.3% (para ofrecer un poco de perspectiva, este porcentaje representa en Colombia más que el doble de su famosa industria cafetera).” (Arosemena, 2011, pp. 101).

Estos datos evidencian la razón por la cual esta industria es protegida por el gobierno de los EE.UU. no sólo a nivel nacional sino a nivel internacional, realizando anualmente análisis de cuáles serían los países o mercados donde la piratería de estas obras alcanza valores especialmente preocupantes. En base a estos análisis dicho gobierno ejerce distintas políticas para que esos países refuercen sus sistemas de propiedad intelectual.

Así, la Lista 301 (“2013 Special 301 Report” en inglés), reporte anual preparado por la Oficina del Representante de Comercio Exterior de EE.UU., para el año 2013 coloca al Ecuador en segundo nivel de vigilancia por cumplimiento de derechos de propiedad intelectual. (El Universo, 1 de mayo de 2013). No obstante, esta lista no sólo analiza temas de piratería de obras protegidas por derecho de autor, sino que además se encarga de analizar otros asuntos de propiedad intelectual.

En artículo publicado por Diario El Universo, sobre este informe de la Oficina del Representante de Comercio Exterior de EE.UU. se ha señalado lo siguiente:

“Argentina, Chile y Venezuela siguen este año en la "lista prioritaria de vigilancia", mientras que en un segundo nivel de vigilancia aparecen otros países latinoamericanos: Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay y Perú.” (El Universo, 1 de mayo de 2013).



En el caso de Ecuador, la Oficina del Representante de Comercio Exterior de los EE.UU. se muestra más preocupada por otros asuntos de propiedad intelectual, dando mayor relevancia a temas como el incremento de las tasas de mantenimiento de patentes o la falta de creación de los juzgados y tribunales especializados en propiedad intelectual, (Oficina del Representante de Comercio Exterior de los EE.UU., 2013) que como se indica en el análisis de las medidas tutelares, fueron establecidos por la LPI hace aproximadamente quince años, pero nunca fueron puestos en funcionamiento por el Consejo de la Judicatura, quedando la competencia en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

En materia de derechos de autor, el mencionado informe si bien se muestra preocupado por el problema de la piratería en el Ecuador, de cierta forma reconoce el esfuerzo realizado por la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos en contra de los locales que comercializan abiertamente mercadería infractora.

Sin embargo de lo anterior, el gobierno de los EE.UU. insta a las autoridades del Ecuador a reforzar sus esfuerzos para el efectivo cumplimiento y respeto de los derechos de propiedad intelectual, especialmente respecto de piratería y falsificación.

La Oficina del Representante de Comercio Exterior de los EE.UU. reconoce el esfuerzo de la Autoridad, pues como se verá en el siguiente punto, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, desde hace algunos años ha realizado ingentes actividades tutelares en contra de los comerciantes informales que expenden obras audiovisuales infractoras de derechos de autor.

Es por esto que en ediciones anteriores de la “Lista 301”, existía mayor preocupación del gobierno de los EE.UU. respecto de la situación del Ecuador en materia de derechos de autor. (Director Nacional de derechos de Autor, 14 de noviembre de 2013).

Sobre esto, es oportuno señalar que la Autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual realiza un grande esfuerzo para hacer efectivo el cumplimiento de las normas en materia de propiedad intelectual y así, las obligaciones asumidas por el Estado en esta materia a nivel internacional.

No obstante, dicho análisis será materia del siguiente apartado, en el que se analizan algunas de las acciones que ha emprendido el IEPI a través de su Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en materia de tutela de los derechos que giran alrededor de las obras audiovisuales.

Volviendo al análisis de la situación de la piratería en el Ecuador, en artículo difundido por Ecuavisa en el presente año, se estima que en el mercado de obras audiovisuales extranjeras en el Ecuador, la piratería alcanza un 90% y apenas un 10% de los productos comercializados son legales. Sin embargo, se indica que las obras audiovisuales nacionales se están normalizando mediante licencias entre los productores y los comerciantes. (Ecuavisa, 19 de septiembre de 2013).

Así, se sostiene que la obra “A tus espaldas”, primera producción audiovisual ecuatoriana en ser comercializada en formato Bluray, ha sido puesta en el mercado legalmente bajo licencia otorgada por el productor a los comerciantes y que *“ha vendido más de 75.000 copias autorizadas”*. (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, s.f.).

Lo anterior es importante señalar ya que permite -en parte- normalizar el mercado, sin embargo no es suficiente ya que el no legalizar la situación de las obras extranjeras, también perjudica a la producción nacional, que tiene que competir con obras que, por el simple hecho de no pagar licencias, tienen menor valor de venta y por ende son más asequibles para el público consumidor.

En tal sentido, en artículo publicado por Diario El Comercio se ha mencionado que “[s]e pueden encontrar copias piratas incluso por USD 50 centavos, en tanto que los originales más baratos, que nacen del "pacto" con los cineastas nacionales cuestan casi 5 dólares.” (El Comercio, 20 de diciembre de 2013).

Sin lugar a dudas, esto genera que el productor audiovisual nacional tenga que competir en desigualdad de condiciones con la producción infractora, tanto es así, que por datos revelados por los mismos comerciantes informales a la Dirección Nacional de derecho de Autor y Derechos Conexos, por cada diez unidades de un solo título de producción extranjera, por ejemplo “*Transformers*” se comercializa una unidad de una obra de producción nacional como por ejemplo “*El Pescador*”, película de producción Ecuatoriana que ha vendido aproximadamente 30.000 copias autorizadas. (Director Nacional de derechos de Autor, 14 de noviembre de 2013).

Por otro lado, la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del IEPI estima que existen aproximadamente 60.000 comerciantes de películas en formato DVD a nivel nacional, con una mayor presencia en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca.

No obstante, el dato sobre el número de comerciantes no es preciso debido a ciertos factores como la inestabilidad de los comerciantes informales, la dificultad de encontrar o determinar a los ambulantes, la facilidad con que cambian de mercadería a expender, etc.

Adicionalmente, debe considerarse que aquellos comerciantes legales en el ámbito tributario, muchas ocasiones maquillan su actividad ilegal, determinando en su Registro Único de Contribuyentes actividades distintas a su verdadera actividad, cual es la comercialización de obras audiovisuales infractoras. (Director Nacional de derechos de Autor, 14 de noviembre de 2013).

En otro orden de ideas, los comerciantes de obras audiovisuales se han agrupado en la Asociación Ecuatoriana de Comerciantes y Distribuidores de Productos Audiovisuales y Conexos (ASECOPAC) y han mostrado su interés de legalizar su actividad, conscientes de que su situación irregular es un problema tanto para ellos como para el público y la sociedad en general, pues como se ha mencionado, tal ilegal es la piratería de obras protegidas por el derecho de autor, como lo es la trata de personas, el narcotráfico, etc.

No obstante, a diferencia de estos supuestos de ilícitos, en el caso de la piratería, es posible implementar mecanismos para legalizar su situación. Para esto, el único camino es el encontrar la manera de sufragar las regalías a los titulares de derechos de propiedad intelectual de los productos que expenden.

En Carta Abierta al Presidente de la República de fecha 22 de diciembre de 2010, efectivamente la ASECOPAC ha expresado su *“voluntad de cumplir con el pago de los derechos de autor a sus legítimos propietarios, en función de las condiciones específicas de la economía nacional.”* (ASECOPAC, 22 de diciembre de 2010). No obstante parecería que este compromiso de la ASECOPAC en cierta manera riñe con algunos principios de derechos de autor.

Lo anterior, en virtud de que la ASECOPAC fundamenta la mencionada Carta Abierta en premisas y análisis -a modo de ver del autor- equivocados sobre los derechos de propiedad intelectual, ya que pretenden justificar una práctica ilegal e ilegítima con argumentaciones sobre el derecho al trabajo, o el derecho al acceso a la cultura, sin tener en cuenta todas las justificaciones que a lo largo del presente trabajo se ha realizado sobre la necesidad de protección de los derechos de autor, entre las cuales, precisamente, se encuentran el derecho a la cultura y el derecho al trabajo, analizadas desde el punto de vista de los autores y titulares de derechos.

Sin embargo de lo anterior, es oportuno mencionar que la propuesta de la ASECOFAC, respecto de que las regalías por los derechos de autor, deben ser calculadas en función de las condiciones específicas de la economía nacional es correcta, pues de otra forma, no se logrará el equilibrio que debe tener el sistema sobre derechos de propiedad intelectual.

Para esto se debe implementar un sistema de cálculo de regalías en base al PIB per cápita, tanto del país origen de los derechos de autor, como del país consumidor, en nuestro caso, el Ecuador.

En todo caso, ha quedado en evidencia que no obstante las falencias en el sistema, todos -o al menos la mayoría- de los actores del problema a nivel nacional, se encuentran dispuestos a negociar con el fin de encontrar una pronta y justa solución a la piratería. Sin embargo falta todavía encontrar la forma de que los titulares de los derechos extranjeros comprendan la situación local, y sobre todo que se realicen los correctivos para que consideren al Ecuador un mercado atractivo para hacer negocios.

#### **4.2 Las acciones administrativas llevadas a cabo por la Dirección Nacional de Derechos de Autor en contra piratería y su eficacia o ineficacia en la tutela de los derechos de autor sobre obras audiovisuales en el Ecuador.**

Como se indicó en líneas anteriores, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos ha realizado en los últimos años un fuerte trabajo con el fin de combatir la piratería en el Ecuador. En tal sentido, en el año 2009, se implementó el *“Proyecto de Legalización y Regularización del Comercio de Música y Películas a través de medios Digitales CD’S y DVD’S”* (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, s.f.).

Esta legalización y regularización ha iniciado con respecto de las obras audiovisuales de producción nacional que han logrado un sistema de

licenciamiento que ha permitido una comercialización de un importante número de copias autorizadas.

Es interesante mencionar que esta iniciativa llevada a cabo por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos, así como por ASECOPAC y los productores o titulares de derechos de autor, ha demostrado que una actividad masiva que en un principio fue vista como una amenaza para la propiedad intelectual, bien encaminada puede ser el medio para distribuir obras protegidas, en beneficio de los mismos autores y titulares de derechos.

Respecto a lo anterior se puede mencionar que no es sencillo montar una cadena de distribución de aproximadamente 60.000 comerciantes. Por eso, desmantelar esta red sería absurdo y en tal sentido, es mejor aprovechar esta infraestructura para que los titulares de derechos distribuyan sus obras audiovisuales. Sin embargo, este proceso de regularización no ha sido fácil, ya que controlar a tantos comerciantes es una difícil labor para la Autoridad.

Sobre la situación de la piratería hace algunos años, el Director Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos recalca que en los últimos años, la Dirección a su cargo ha realizado aproximadamente doscientas Tutelas Administrativas de oficio y a petición de parte en contra de locales puntuales, como estrategia para generar la preocupación del resto de comerciantes, con el fin de que aquellos empiecen a buscar la legalización de su situación. (Director Nacional de derechos de Autor, 14 de noviembre de 2013).

Lo anterior puede observarse claramente en cuadros que han sido puestos a disposición del público en la página web del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, en los cuales hay un detalle sobre todas las Tutelas Administrativas iniciadas de oficio o a petición de parte por la Dirección Nacional de Derechos de Autor desde el año 2003.

Los comerciantes, antes de que las Tutelas Administrativas sean llevadas a cabo por la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, ya habían indicado su interés en pagar regalías. Sin embargo estas acciones administrativas han sido determinantes para llevarlos a efectivamente negociar con los titulares de derechos.

El cantautor ecuatoriano Fernando Pacheco, citado en artículo difundido por Diario El Telégrafo, ha señalado sobre los comerciantes informales que “[e]llos eran los primeros en manifestar su interés de pagar derechos, de no tener problemas. Antes solo se pensaba en que debían ser retirados, pero ahora hemos buscado una verdadera solución, una justicia a favor de la industria musical en Ecuador.” (El Telégrafo, 9 de octubre de 2013).

Entonces, con estas acciones lo que se ha conseguido es sentar a las partes para que a través de un acuerdo de voluntades, se regularice y legalice la situación de las obras de producción nacional, sin embargo la situación respecto de repertorios de producción internacional no ha podido encontrar una solución concreta debido a varios factores.

Uno de los factores que determinan tal imposibilidad es la falta de interés de los titulares de los derechos sobre las obras audiovisuales de producción internacional comercializadas de forma ilícita, lo cual se evidencia por ejemplo del hecho de que ninguna titular de derechos acudió al IEPI a presentar una Solicitud de Tutela Administrativa o a apoyar en aquellas realizadas de oficio por el IEPI. (Director Nacional de derechos de Autor, 14 de noviembre de 2013).

Además, si bien no existen comunicaciones oficiales ni documentos por escrito al respecto, las licencias que por lo general proponen los titulares de derechos o sus representantes, en el caso de obras estadounidenses -que son las mayormente infringidas-, no son aplicables al mercado ecuatoriano por distintos factores entre los cuales se puede destacar el precio de las regalías, así como

el número mínimo de copias, el cual no suele ser el correspondiente a un mercado pequeño como es uno de quince o dieciséis millones de personas.

Para comprender de mejor manera lo anterior, un dato de suma importancia es que para el Ecuador, los comerciantes han calculado que aproximadamente se logra comercializar entre 400.000 y 500.000 soportes por título de obra audiovisual extranjera. (Director Nacional de derechos de Autor, 14 de noviembre de 2013). Entonces, es evidente que cualquier licencia por más de 400.000 o 500.000 copias se encuentra fuera del mercado nacional.

Por otro lado, debido a la firma de tratados de libre comercio (TLC) por Colombia y Perú con los EE.UU., es realmente muy difícil, sino imposible, pensar en licencias regionales, debido a que la situación de aquellos mercados difiere por completo con los de Ecuador.

Sin embargo, el Ecuador ha abierto las puertas de los productores extranjeros para que la venta de sus productos genere regalías en base de licencias, teniendo en cuenta la condición del mercado nacional, tanto en el ámbito económico, como en su escala.

En artículo publicado en internet por Metro Ecuador, se ha indicado que la Autoridad nacional competente en materia de propiedad intelectual, representada por su Director Ejecutivo, ha abierto la puerta e invitado *“para que los comerciantes que vendan productos ilegales adquieran licencias y autorizaciones para la distribución legal de los audiovisuales.”* (Metro Ecuador, 8 de noviembre de 2013).

Un ejemplo de que esto sí puede funcionar es la reciente adquisición de licencias por parte de Juan Fernando Velasco a Sony Music, para la comercialización de obras musicales de los cantautores extranjeros Carlos Vives y Marc Anthony.



Sobre este particular, en artículo difundido por Ecuador Inmediato se cita al Director Ejecutivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, quién señala que *“Sony Music ha dado dos licencias a través de Play Music con Juan Fernando Velasco de discos de Marc Anthony y discos de Carlos Vives que se puede encontrar en perchas como producto original”*. (Ecuador Inmediato, 7 de noviembre de 2013).

Esto es evidentemente una demostración de que el mercado nacional puede ser atractivo para las productoras de cine. En el caso antes mencionado, el producto original se comercializa por 6.99 USD, valor menor al que se comercializa en otros mercados, sin embargo, Sony Music ha accedido a comercializar a precio inferior, pues de esa manera se puede comercializar más unidades, se evita la tan criticada piratería, y a la vez se permite formar parte de un negocio lícito a miles de personas.

Para finalizar el presente apartado, se puede concluir que si bien la situación de la piratería en Ecuador es complicada y requiere de correctivos para consolidar un sistema mayormente legal, la mayoría de los actores involucrados han señalado su interés de pagar las regalías pertinentes. No obstante, no es suficiente solucionar el tema de la producción nacional, asunto que aparentemente estaría siendo muy bien encaminado. Queda pendiente entonces, el encontrar el o los mecanismos conducentes a lograr el nexo con los titulares de los derechos de las obras audiovisuales de producción extranjera, ya que no puede dejarse de lado la importancia que tiene para la producción nacional, el que se sinceren los precios de la producción extranjera, con el fin de evitar esta competencia desleal con la producción pirata.

## Capítulo 5: Licencias no voluntarias.

### 5.1 Marco conceptual y límites al régimen de licencias obligatorias y licencias legales.

Para empezar con el presente apartado, se procede a citar a los tratadistas Ricardo Antequera Parilli y Ricardo Enrique Antequera quienes han señalado lo siguiente:

“los derechos exclusivos de explotación sobre determinados bienes inmateriales, también está sometido a algunas limitaciones legales, especialmente para satisfacer ciertas necesidades sociales, pero guardando un adecuado equilibrio con el fin de resguardar el legítimo interés del titular a seguir la suerte económica de su producto intelectual, estimular así su labor creativa e incentivar la producción de nuevos bienes culturales o tecnológicos, así como alentar las inversiones industriales y comerciales en los distintos sectores involucrados.” (Antequera y Antequera, s.f., pp. 17).

De lo anterior, queda claro que a pesar de que la legislación conceda los derechos ya estudiados a los autores con respecto a sus creaciones, ha visto a su vez la necesidad de establecer ciertos regímenes que por excepción limitan los derechos de propiedad intelectual, con el fin de satisfacer necesidades sociales inminentes.

Como ya se mencionó, entre estas limitaciones se encuentran los regímenes de licencias obligatorias y licencias legales. Estas como se ha señalado, operan de forma excepcional. Así lo señala Delia Lipszyc, quién ha indicado que “[e]l sistema llamado de licencias no voluntarias es excepcional”. (Lipszyc, 1993, pp. 238).

Además, la mencionada autora ha indicado que:

“la diferencia entre los caso de libre utilización de obras (...) y los supuestos de licencias no voluntarias –obligatorias y legales- que se tratarán seguidamente, reside en que, mientras los primeros están exentos de la necesidad de cualquier tipo de autorización y del pago de remuneración, en los segundos la utilización también es libre (...) pero está sujeta a remuneración.”. (Lipszyc, 1993, pp. 238).

Flavio Arosemena, sobre este particular, señala que *“[e]n ocasiones se permite el uso de una obra a través de una licencia obligatoria o “automática” que se concede a favor del usuario, sin perjuicio de que deba igualmente pagar una remuneración a favor del autor (...).”* (Arosemena, 2011, pp. 77). De esto se desprende que el autor no está en la posibilidad de oponerse a la utilización de su obra, pero sin embargo, tiene derecho de percibir una remuneración por aquel uso.

Como se vio en los Capítulos I y II, existe una estrecha relación entre el derecho a la propiedad intelectual, con los derechos a la educación y a la cultura. Más aún cuando se los ha considerado a todos como derechos humanos inherentes a la calidad de persona de la especie humana.

Esto por tanto significa que los países deben encontrar fórmulas adecuadas que permitan de una parte permitir el acceso a las obras por parte del público en general a precios asequibles, y por otro lado permitir a los autores disfrutar de los frutos de se generen por el deleite o disfrute de las obras de su creación.

Es por esto que, como quedó claro del capítulo III del presente trabajo, la legislación prevé ciertos casos en los cuales por excepción, los usos pueden ser gratuitos. Pero aquellos estudiados en el mencionado capítulo no han sido capaces de solucionar el problema de la piratería de obras audiovisuales en el Ecuador.

Señalado lo anterior, se puede pasar a la definición de las licencias no voluntarias, las que han sido definidas por la doctrina de la siguiente manera:

“Se entienden como *“licencias no voluntarias”* las que, por vía de excepción establecen algunas leyes en relación a determinadas utilidades que, en principio, forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir el uso de su creación, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra.” (Antequera y Antequera, s.f., pp. 20).

Como se ha mencionado, las licencias no voluntarias pueden ser de dos clases, las primeras que son las licencias obligatorias, mismas que son otorgadas previa solicitud del interesado por la autoridad competente en materia de derecho de autor, y que como contraprestación obligatoria, tiene que recibir una remuneración el autor, ya sea fijada de común acuerdo entre el autor y quién ha conseguido la licencia, o fijada por la misma autoridad competente.

En este sentido, Delia Lipszyc ha señalado que *“licencias obligatorias (...) son aquellas que la autoridad competente o la sociedad de gestión de derecho de autor (...) han de conceder obligatoriamente, sin perjuicio de la obligación de pago por parte del usuario”* (Lipszyc, 1993, pp. 240).

Por otra parte, las licencias legales, que difieren con las anteriores en que en este caso no es la autoridad competente la que otorga la licencia, sino que es la misma ley la que prevé la autorización para la utilización de la obra, sin necesidad de solicitar a la autoridad nacional competente. Este tipo de licencia concedida directamente por la ley, también prevé el pago de una retribución económica al autor, retribución que es fijada por la norma o por la autoridad competente en derecho de autor.

Sobre este concepto, Delia Lipszyc ha señalado que *“licencias legales (...) son autorizaciones otorgadas por la ley para usar una obra protegida por el derecho*

*de autor, (...) mediante el pago de una retribución al titular del derecho de autor.”* (Lipszyc, 1993, pp. 240).

Delia Lipszyc, para señalar las características de las licencias no voluntarias las cataloga de requisitos, Antequera Parilli se refiere a las mismas como características de las licencias no voluntarias, tratamiento que el autor del presente trabajo considera más oportuno. Ambos autores están de acuerdo con cuáles son estas características, tanto así que Antequera cita a Lipszyc y enumera los siguientes:

- Confieren un derecho no exclusivo.
- Son intransferibles.
- Deben respetar los derechos morales del autor.
- Deben asegurar el derecho al autor, de percibir una remuneración equitativa.
- Sus efectos se limitan al país que las ha establecido. (Antequera y Antequera, s.f., pp. 21).

No obstante lo señalado, es muy limitado el ámbito de aplicación que permiten los tratados internacionales en materia de derecho de autor para estas licencias no voluntarias, ya que no satisfacen las distintas necesidades de los miembros, especialmente tratándose de países en desarrollo.

Así, Antequera Parilli señala que en el Convenio de Berna existen dos situaciones para las que se prevé un régimen de licencias obligatorias, estas son, a saber, (i) para las grabaciones musicales; y, (ii) para la radiodifusión, distribución de programas radiodifundidos y/o para la comunicación pública de obras emitidas por radiodifusión.

Adicionalmente, existe otro caso previsto por el Anexo sobre disposiciones especiales para los países en desarrollo, incorporado en la Revisión de París de 1971 del Convenio de Berna, por medio del cual, *“la autoridad nacional competente en el país en desarrollo de que se trate, otorgue determinadas*

licencias obligatorias en casos específicos”. (Antequera y Antequera, s.f., pp. 23). Para que operen estas licencias no voluntarias, es necesario que el país en desarrollo se adhiera al Anexo.

Estos casos específicos sin embargo, son muy limitados, y han sido criticados por que no han sido aplicables en la práctica por diversos factores. Estos casos se enumeran a continuación:

- Traducción de una obra en idioma extranjero, siempre que no se hubiere publicado su traducción en el país en desarrollo en un plazo no menor a tres años desde su primera publicación.
- Radiodifusión de la traducción de la obra, siempre que sea efectuada a partir de un ejemplar producido y adquirido conforme a la legislación del país que otorga la licencia.
- Traducir textos incorporados a una fijación audiovisual con fines educativos.
- Reproducción de una obra con fines educativos cuando su titular no la haya puesto en el mercado en un plazo de 3, 5 y 7 años dependiendo de la clase de obra de que se trate.
- En las condiciones anteriores, la reproducción audiovisual de fijaciones que incorporen obras protegidas y la traducción de texto que las acompaña con fines educativos. (Antequera y Antequera, s.f., pp. 23, 24).

Como se ha mencionado, estos regímenes de licencias no voluntarias han sido criticados por su difícil aplicación en los países en desarrollo por los siguientes motivos. Sobre estas críticas, que únicamente se las enumera, no se entra en mayor análisis en el presente ya que han sido explicados de manera muy clara en la obra citada:

1. Muchos países en desarrollo no se han adherido al Anexo, sin embargo, ser un país habilitado no hace funcional al mecanismo.

2. Los países en desarrollo prefieren buscar sus propias soluciones, algunas basadas en el sistema de limitaciones y excepciones sobre la base de la regla de los tres pasos.
3. El anexo no prevé una solución para minorías, ya que el anexo habla de traducciones a idiomas de uso general, lo cual dejaría de lado los idiomas de las minorías.
4. Al haber sido aprobado en 1971, el Anexo no suscita dudas sobre su aplicación en el entorno digital. (Cerde, 2012, pp. 191-209).

Como ya se indicó, un interesante análisis de este tema lo realiza Cerda Silva en el artículo citado, en el cual, luego de realizar las mencionadas críticas, propone la creación de un nuevo instrumento que remplace el Anexo, con el fin de satisfacer las necesidades de los países en desarrollo.

Por todo lo mencionado, es necesario proponer nuevos mecanismos de licencias no voluntarias en las legislaciones nacionales, con el fin de satisfacer las necesidades particulares de cada país en desarrollo, analizando problemas específicos, como es el caso de la incontrolable piratería de obras audiovisuales en el Ecuador.

## **5.2 Licencias legales por derechos de autor. Casos especiales y su administración por sociedades de gestión colectiva.**

Existe dentro de los casos de licencias no voluntarias, algunas respecto de las cuales, el legislador se ha visto en la necesidad de proveer una solución a algún problema concreto a través de normas que sustituyen el derecho exclusivo de explotación, por licencias establecidas en la normativa legal, las cuales toman el nombre de licencias legales.

Un ejemplo de lo mencionado es la copia privada sujeta a remuneración. La legislación prevé que es perfectamente lícito realizar una copia -en un solo ejemplar- de una obra legalmente adquirida, para un uso exclusivamente personal.

Flavio Arosemena aclara que “[l]a copia no es para que sea entregada a otra persona, sea de manera gratuita u onerosa, ya que esto perjudicaría al autor o titular, quienes perderían una potencial venta por parte de quién recibe la copia *privada*.” (Arosemena, 2011, pp. 77). Sin embargo de lo indicado, y no obstante que la copia es para uso estrictamente personal, quién la realice debe satisfacer una remuneración al autor.

Puede surgir la pregunta de cómo puede realizarse el cobro de tal remuneración, si nunca se sabe quién está realizando una copia privada. Es por esto que las legislaciones han establecido diversas fórmulas para el cobro de la mencionada remuneración.

La fórmula más común es la de establecer una remuneración compensatoria cuando se adquiere equipos o soportes en blanco que sirven para realizar estas copias. Así, la LPI, en el segundo inciso del artículo 108 prevé que “[l]a copia privada realizada sobre soportes o con equipos reproductores que no hayan pagado la remuneración compensatoria constituye una violación del derecho *de autor y los derechos conexos correspondientes*.”

Sobre este respecto, bien señala Lipszyc que los obligados al pago

“son las personas designadas en las normas, como los fabricantes y los importadores de los equipos y materiales que permitan la reproducción, (...) por que la recaudación y el control en los domicilios privados es impensable y en los comercios minoristas y lugares semejantes, se complicaría tan absurdamente que, sin duda, se tornaría impracticable.” (Lipszyc, 1993, pp. 243).



Así sucede en el caso de la copia privada por reproducción reprográfica. Aquí se habla de las fotocopias de obras impresas. En este caso, por lo general la mayoría de consumidores no posee copiadoras en sus domicilios, aunque cada vez son más baratos estos equipos y tendrá que la legislación ver como soluciona este fenómeno en su momento.

No obstante, en el entendido de que las copias de estas obras se dan con mayor frecuencia en copiadoras de las bibliotecas universitarias o copiadoras con fines semejantes, en Alemania se instauró un sistema mixto en el cual se cobra una retribución sobre las fotocopadoras, los cuales los pagaban los fabricantes o importadores, y otra retribución por la explotación. (Lipszyc, 1993, pp. 243).

Otro caso de copia privada es el de reproducción doméstica sobre obras musicales o audiovisuales. Es más común encontrar que los usuarios poseen en sus domicilios equipos para copiar esta clase de obras. Otrora fueron las copiadoras de cintas, las caseteras, las videocaseteras, etc. En la actualidad es muy fácil adquirir un computador que permite la copia digital con idéntica calidad de películas y música por sumas de dinero muy cómodas.

Con respecto a este caso, las distintas legislaciones han designado formas de recaudar a modo de impuestos por ejemplo sobre los equipos de reproducción o los soportes en blanco. El tema más discutido ha sido el de la distribución, siendo que existe países en los cuales son los autores de las obras, así como los titulares de derechos conexos los mayores beneficiarios, y en otros países en los cuales un pequeño porcentaje del valor recaudado es destinado a los titulares de derechos, y la mayoría se destinan a fondos culturales o simplemente se los destina como el resto de impuestos a un fondo común de la cartera estatal.

Otro caso de licencia legal, -y a uno que en especial interesa analizar por su posible aplicación análoga para la explotación de obras audiovisuales-, es la

sustitución del derecho exclusivo de administrar las obras musicales por un derecho de remuneración, gestionados por las sociedades de gestión colectiva.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha permitido que se pueda realizar un cálculo de las regalías que los usuarios deban pagar, como es el caso de las radiodifusoras, por la transmisión a través de sus señales de obras protegidas por derecho de autor y derechos conexos, en base a un cálculo por factores variables y fijos como son los ingresos que dichas transmisiones generan, o en base a los ratings de sintonía, o por virtud de la cantidad de horas de difusión de los fonogramas.

Así lo ha indicado la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el fallo C245/00 de fecha 6 de febrero de 2003, en el cual, además, se señala que dicho sistema o método *“permite alcanzar el equilibrio adecuado entre el interés de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores a percibir una remuneración por la difusión de un fonograma determinado y el interés de terceros de emitir dicho fonograma en condiciones razonables (...)”* (Antequera, 2011, pp. 1).

Así, la Convención de Roma Sobre la Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, Los Productores de Fonogramas y Los Organismos de Radiodifusión, ratificada y publicada en el RO/137 de 24 de diciembre de 1963 (en adelante “Convención de Roma”), señala en su artículo 12 sobre las utilidades secundarias de fonogramas lo siguiente:

“Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración.”

Este es entonces un caso, en el que la legislación internacional ha considerado necesario el establecer una remuneración equitativa por las utilidades secundarias de los fonogramas, sustituyendo así el derecho de exclusiva de autorizar las explotaciones. Es de mencionar que esta solución empleada en la Convención de Roma es lógica y hasta cierta manera se hace necesaria ya que de otra forma sería imposible para los utilizadores solicitar a cada uno de los autores o titulares de derechos autorización para el mencionado uso, lo mismo que sucede viceversa, es decir, en el caso en que un autor deba ir autorizando o no la utilización de su obra, lo cual es muy difícil por no decir imposible.

Es por esto que aquí opera una licencia no voluntaria, misma que condiciona el uso de la obra de que se trate, al pago de una retribución económica al autor o titular de derechos por parte del utilizador.

Sin embargo, por lógica, surge la pregunta de que si para el titular de los derechos, o para el utilizador resulta difícil -por no decir imposible- realizar la negociación con la contraparte de la utilización de la obra, el administrar y realizar los cobros de la remuneración por la mencionada utilización será también de muy difícil ejecución por parte de los sujetos antes mencionados.

Es por esta razón, que el siguiente punto se refiere a las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos.

### **5.3 Sociedades de gestión colectiva de derechos de autor.**

En un inicio se consideró que el ejercicio de los derechos de autor y derechos conexos correspondía a los titulares de dichos derechos. En este sentido, Santiago Schuster señala que *“en las leyes del siglo pasado y hasta mediados del presente, las normas protectoras de los intereses de los autores estaban encaminadas principalmente a establecer principios orientadores en materia de contratación individual”*. (Schuster, 1997, pp. 1).

No obstante, con el tiempo, los autores se fueron dando cuenta de que en ciertos casos, o para ciertas utilizaciones, resulta imposible la administración de los derechos de forma individual. Por poner un ejemplo, no resulta fácil para un autor de una obra musical cobrar por sus derechos de autor por cada comunicación pública de su obra en locales comerciales, restaurantes, almacenes, etc. En este orden de ideas, ponerse en contacto con cada restaurante, local comercial, canal de televisión o con cada emisora de radio que comunique la obra resulta extremadamente difícil, por no decir imposible.

Por otra parte, para el usuario de los bienes protegidos por el derecho de autor también puede ser complicado contactar con todos y cada uno de los titulares de derechos sobre las obras que utilizan. Por poner un ejemplo, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ha señalado que “[c]ada año, una cadena de televisión difunde un promedio de 60.000 obras musicales; en teoría, habría que ponerse en contacto con cada uno de los titulares de derechos sobre esas obras para solicitar la debida autorización.” (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, s.f.).

Por ello, Flavio Arosemena señala que “[u]no de los mecanismos más efectivos para la aplicación práctica del Derecho de Autor son las Entidades de Gestión Colectiva.” (Arosemena, 2011, pp. 91). Y complementa que “[e]sto se debe a que esta clase de entidades son las que permiten una recaudación más amplia –tanto a nivel nacional como internacional– por el uso de obras protegidas, facilitando la recaudación que al autor le resultaría muy difícil por medio de *gestión personal*.” (Arosemena, 2011, pp. 91, 92).

Antequera justifica la necesidad de la gestión colectiva de los derechos en que ante la universalidad de las obras y sus amplias posibilidades de uso por un número indeterminado de usuarios, “*hace que en ciertos géneros creativos o conexos y respecto de algunas formas de utilización, la gestión colectiva de los derechos patrimoniales resulte el único medio eficaz para que los titulares de derechos sobre las obras (...) puedan controlar el uso (...) así como recaudar y*

*distribuir las remuneraciones a que tienen derecho (...)*.(Antequera, 2007, pp. 527).

Añade el mismo autor, que esto se hace más palpable con obras creadas en el extranjero, ya que es mucho más difícil para un autor extranjero administrar sus obras en otros territorios. Es en razón de lo señalado que los autores y titulares de derechos se vieron en la necesidad de delegar o encargar el ejercicio de sus derechos a organizaciones que tuvieran la infraestructura suficiente para realizar esta ardua labor.

El antecedente histórico de las Sociedades de Gestión Colectiva se da en Francia, donde aparece la primera sociedad autoral. No obstante que desde 1777 autores comediógrafos fundaron la Bureau de Legislation Dramatique, es recién en 1829 en que se consiguen firmar los primeros contratos generales. (Lipszyc, 1993, pp. 413).

Luego, en 1837 *“por iniciativa de Honoré de Balzac, Alexandre Dumas, Victor Hugo y otros escritores galos a la Societé des gens de lettres (...), al tiempo que los autores y compositores musicales se reunían en la Societé des auteurs, compositeurs et editeurs de musique (...)*” (Antequera, 2007, pp. 261).

No obstante, Delia Lipszyc, citando a Ficsor, señala que *“fue recién en 1850 (...) cuando se inició la gestión colectiva plenamente desarrollada de derechos de autor”* (Lipszyc, 1993, pp. 414); ya que *“en 1847, un hecho fundamental contribuyó al desarrollo de la gestión colectiva cuando dos compositores (...) y un escritor (...) plantearon un incidente (...) al negarse a cancelar el precio por sus asientos y la comida allí servida porque nadie manifestaba la intención de pagarles por las obras de su autoría que ejecutaba la orquesta, y al demandar al establecimiento ganaron el pleito (...)*” (Antequera, 2007, pp. 261).

Lipszyc señala que lo que realizaron los autores en Francia ha sido copiado en los diferentes países a nivel mundial. Antequera indica que la primera Sociedad

de Gestión Colectiva en América Latina es ARGENTORES en 1935, en la República Argentina.

Ahora bien, sobre la definición de Sociedad de gestión Colectiva, una muy acertada es la de Flavio Arosemena, quien define a las mencionadas Sociedades como “*personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, que tienen como objetivo la gestión colectiva de derechos patrimoniales o económicos del autor o de derechos conexos o de ambos.*” (Arosemena, 2011, pp. 93).

Las entidades de gestión colectiva, como bien señala Arosemena, son personas jurídicas de carácter privado, sin embargo es de aclarar “*que siendo personas asociativas de derecho privado son consideradas a su vez de interés público.*” (Antequera, 2009, pp. 540). Por lo anterior, es que debe quedar claro que es el Estado quién autoriza y somete a su vigilancia a las mismas.

Sobre la ausencia del fin de lucro de las sociedades de gestión, Arosemena ha indicado que “*la Entidad de Gestión Colectiva como tal no tiene como objetivo hacer negocio, sino recaudar los dineros que les corresponde a los afiliados por el uso de sus obras.*” (Arosemena, 2011, pp. 94). Hay que aclarar que no obstante la ausencia de fin de lucro de las sociedades, estas luego de recaudar los valores correspondientes a los derechos de sus afiliados, deben sufragar los gastos de la gestión, para luego de aquello realizar la repartición de los valores entre sus afiliados.

Sobre el objeto principal de las sociedades, que se desprende de la definición antes citada, Lipszyc añade que el objeto principal de las mismas es “*defender los intereses de carácter personal (...) y administrar los derechos patrimoniales de los autores.*” (Lipszyc, 1993, pp. 423).

Aclara Lipszyc que “*una agrupación de autores que (...) no gestione los derechos de autor o no cuente con los mecanismos adecuados para efectuar*

*(...) la recaudación los ingresos a título de derecho de autor (...) no es una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor (...)*” (Lipszyc, 1993, pp. 423).

Ahora bien, como ya se ha indicado, las entidades de gestión se someten a la autorización y control del Estado. Por tanto es necesario acreditar los estatutos y la autorización estatal para poder actuar o demandar a usuarios infractores.

Es decir, hace falta aportar la autorización administrativa de las sociedades de gestión colectivas junto con la demanda judicial, toda vez que la legislación así lo exige.

El artículo 49 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina señala que *“[l]as sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales”*.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional española ha señalado que *“a la entidad de gestión colectiva le basta para acreditar su legitimación, en el momento de presentar la demanda, con justificar su aptitud estatutaria y la autorización administrativa para ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a la gestión, aportando para ello copia de sus estatutos y certificación acreditativa de dicha autorización, lo que no es óbice, desde luego, para que en el proceso pueda discutirse su legitimación”*. (Antequera, 2010, pp. 1). Por tanto, queda claro que las Sociedades de Gestión Colectiva se someten a la autorización y control del Estado.

Por otro lado, respecto de los derechos gestionados, Schuster ha señalado que la legislación prevé que *“la legitimación se acredita nada más que con la autorización de funcionamiento y los estatutos de la entidad, en los cuales*

consta claramente, conforme lo exige la misma ley en su artículo 93, la especificación de los derechos intelectuales que la entidad se propone *administrar*”. (Schuster, 1997, pp. 18).

Por su parte, Antonio Delgado señala que la acreditación de la legitimación “no necesita de más elementos que los estatutos (y si se quiere, la autorización), en los que deberán constar (genéricamente), como derechos confiados a la gestión de la entidad, los que *se pretenda ejercitar y hacer valer*.” (Delgado, 1997, pp. 29).

Por tanto, hay que recalcar que los derechos confiados a la gestión colectiva deben constar de manera genérica, pues de otra forma tendría que adjuntarse el catálogo de obras, lo cual como se ha visto, no es requisito para la legitimación.

Los derechos que normalmente administran las sociedades de gestión colectiva son, como ha señalado Ancona García López, entre otros, “[e]l derecho de representación y comunicación pública (...), [e]l derecho de radiodifusión (...), [l]os derechos de reproducción de las obras musicales (la reproducción de obras en discos compactos, cintas, discos, casetes, *minidiscos u otras formas de grabación*), (...) [l]os derechos conexos (...)” (Ancona, 2012, pp. 118).

Con respecto a la representación, las entidades de gestión representan a sus asociados nacionales o extranjeros, sin embargo, en algunas legislaciones para representar a estos últimos, es necesario acreditar convenios de representación.

Así, como se indicó anteriormente, en la Comunidad Andina se debe aparejar estos convenios para legitimar su intervención. No obstante, en otras jurisdicciones no es necesario presentar dichos contratos e incluso en algunas las entidades pueden representar por efecto de la ley a autores no asociados.



Por ejemplo en España la vinculación con la SGAE era obligatoria por mandato de la Ley. Así consta en el Fallo de la Audiencia Provincial de Madrid, dentro del recurso 744/2001 donde claramente señala que *“el recurrente analiza su vinculación con la SGAE, poniendo de manifiesto que su adscripción era obligatoria por así establecerse en el ordenamiento jurídico...”* (Antequera, 2011, pp. 1).

Sin embargo de lo anterior, se entiende que es por excepción que la ley obliga a los autores a adscribirse a las Sociedades de Gestión Colectiva y lo que sucede normalmente es que la asociación de un autor es libre y voluntaria. Así lo señala Arosemena Burbano, quién indica que *“[l]as Entidades de Gestión Colectiva no representan más derechos que los de los socios que voluntariamente se han afiliado a ellas.”* (Arosemena, 2011, pp. 95).

Hay que señalar, además, que por el principio de la libertad de asociación, pueden formarse asociaciones de autores, no obstante, por virtud de la existencia del requisito legal de que las entidades de gestión colectiva deben ser debidamente autorizadas por la autoridad competente, estas asociaciones que pueden efectivamente buscar la protección de los derechos de autor, no pueden desempeñar las funciones de una entidad de gestión.

Ricardo Antequera ha señalado con respecto a estas, que *“[l]as leyes exigen que tales asociaciones no pueden desempeñar funciones propias de la administración colectiva de los derechos sin la respectiva autorización, de la misma manera que para la constitución de un banco u otro instituto de crédito se requiere de la habilitación como tal por parte del Estado.”* (Antequera, 2009, pp. 549).

Es importante además especificar que esto no quiere decir que no puedan ciertos derechos ejercerse individualmente por el titular cuando la ley recoge el principio de afiliación voluntaria y que la ley no obligue al ejercicio colectivo para esos derechos.

En tal sentido, Antequera señala que “*si esa gestión colectiva paralela se permitiera ¿cuál fue entonces la intención del legislador de someter a las entidades de gestión colectiva a una autorización de funcionamiento y una fiscalización por parte de la autoridad competente?*” (Antequera, 2009, pp. 550) cuestión que el autor del presente trabajo comparte, pues sería sumamente peligroso que la ley permita una gestión colectiva sin fiscalización.

Es importante señalar que las entidades de gestión colectiva “*están facultadas para fijar unilateralmente el monto de las remuneraciones a exigir por el uso de las obras (...) que conforman su repertorio*” (Antequera, 2009, pp. 560) no obstante, [p]or excepción, y si así lo contempla la ley aplicable, las tarifas *pueden ser fijadas por la oficina nacional competente (...)*”. (Antequera, 2009, pp. 560)

En virtud de lo anterior, debe quedar claro que las sociedades de gestión deberán fijar sus tarifas, sin embargo, bien podría la autoridad, por remisión de la ley, intervenir en la fijación de las mismas.

En virtud de que lo que interesa en el presente trabajo es proponer una posible solución para la piratería de obras audiovisuales para legalizar el acceso a las mismas, es de señalar que entre las sociedades de gestión colectiva existen aquellas que administran derechos sobre el sector audiovisual.

Estas sociedades pueden administrar derechos de artistas del sector, así como de directores y productores cinematográficos. Fernández Delpech señala, a manera de ejemplo, que en Argentina existen la Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes; Directores Argentinos Cinematográficos, y, que Argentores también administra la gestión de obras cinematográfica.

Estas sociedades de gestión colectiva se encuentran además, legitimadas para fijar unilateralmente el monto de las remuneraciones a ser cobradas por la utilización de las obras administradas, lo cual señala Antequera es lógico

porque de no existir las sociedades de por medio, serían directamente los autores o los titulares de derechos quienes fijarían, en principio unilateralmente sus regalías, no obstante que por obvias razones, pueden negociar con los usuarios para llegar a un acuerdo al respecto.

Sin embargo se aclara que “[p]or excepción, y si así lo contempla la ley aplicable, las tarifas pueden ser fijadas por la oficina nacional competente, o pueden quedar sometidas a la homologación por dicha dependencia.” (Antequera, 2009, pp. 560)

Finalmente es importante citar a Emilia Aragón, ya que se debe considerar “que el autor, así como los demás titulares, tendrán que encomendar necesariamente a una entidad la gestión de aquellos derechos que la legislación haya predeterminado que son de gestión colectiva obligatoria.” (Aragón, 2004, pp. 4).

#### **5.4 Ventajas y desventajas de la aplicación de licencias legales o licencias obligatorias en obras audiovisuales.**

Una vez analizado el régimen de licencias no voluntarias, hay que revisar las distintas opciones que puede llevarse a cabo como política para solucionar el problema de la piratería en el Ecuador. Por tal razón, en el presente apartado se analizan los argumentos a favor y en contra de cada uno de estos mecanismos.

En primer lugar, hay que señalar que para establecer un régimen de licencia legal de explotación de obras de derecho de autor, además de cumplir con la regla de los tres pasos, se requiere de reforma legislativa, lo cual no necesariamente será sencillo ya que tiene que seguir el trámite establecido en la Constitución de la República y demás normas aplicables, el cual, dada la importancia de aprobar leyes que regirán para el territorio ecuatoriano, requiere de un rigor especialmente complicado.

La facultad de legislar la tiene la Asamblea Nacional, sobre esto, Rafael Oyarte Martínez ha señalado lo siguiente:

“En materia normativa, corresponde a la Asamblea Nacional modificar la Constitución, sea enmendándola o aprobando un proyecto de reforma parcial que es sometido a referéndum (arts. 120, num. 5, y 441, num. 2, y 442, CE); expedir, modificar o derogar leyes, además de interpretarlas de forma auténtica (art. 120, num. 6. CE); aprobar o improbar algunos tratados, cuando por la materia lo determina la Constitución (arts. 120, num. 8, y 417, CE), (...)” (Oyarte, 2009, pp. 68).

Por su parte, sobre la creación de normas Ramiro Ávila Santamaría y Gina Benavides Llerena realizan un análisis de lo que cualquier Autoridad con potestad de crear normas debe cumplir, según lo establecido por el artículo 84 de la Constitución y señalan lo siguiente:

“En primer lugar, la norma va dirigida a toda autoridad que tiene la competencia constitucional o legal para dictar normas. Así, las leyes las expide la Asamblea, los reglamentos el Presidente, las ordenanzas los consejos municipales, los acuerdos ministeriales los ministros. Todos ellos tienen la obligación, previamente a expedir una norma, de observar los derechos y expedir normas que los respeten o desarrollen.

La fuente de los derechos que las autoridades deben observar previamente son la Constitución, los tratados y los demás instrumentos jurídicos que contengan derechos, como por ejemplo declaraciones internacionales, normas secundarias (como leyes). Si no hay esa observancia previa a lo desarrollado nacional o internacionalmente se corre el riesgo de hacer una ley incompleta o contraria a los derechos.” (Ávila y Benavides, 2012, pp. 190).

Ahora bien, es importante recordar que, como lo indica Cesar Montaña, “[l]a Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la

Constitución prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”. (Montaño, 2009, pp. 377).

Por tal razón hay que ser especialmente cuidadosos en cumplir con la regla de los tres pasos y sobre todo, no incumplir obligaciones internacionales, puesto que como se ha indicado en capítulos anteriores, la propiedad intelectual y en especial el derecho de autor, han sido elevados a la calidad de derechos humanos y constitucionales.

En el caso de las licencias obligatorias, también se aplica la reflexión de los autores citados anteriormente. Aquí además será importante establecer si la Autoridad competente se encuentra facultada legalmente para tramitar o emitir estas licencias por medio de normas dictadas por la misma administración, o si requiere igualmente de reforma legal, caso en el cual, es procedente remitirse al análisis antes realizado sobre la facultad legislativa.

En cualquier caso, será la Autoridad nacional competente la que, a través de un trámite especial, ya sea creado por ley, o regulado por la misma Autoridad en caso de estar habilitada legalmente para aquello, la que otorgue una licencia obligatoria a los interesados en acceder a una, garantizando que los Titulares de los derechos puedan ejercer su derecho a la defensa.

Es importante recordar que el Jefe de Estado, ya sea por si mismo, o a través de sus delegados “*ejerce potestad normativa con la emisión de reglamentos de ejecución, delegados y autónomos (art. 147, num. 5 y 13, CE) (...)*” (Oyarte, 2009, pp. 81).

Sin embargo, el tramitar Solicitudes de licencias obligatorias puede ser complicado debido a la notable cantidad de obras audiovisuales respecto de las cuales habría que solicitar una licencia, así como la multiplicidad de comerciantes que pueden mostrarse interesados en acceder a licencias de este tipo.

Esto sin lugar a dudas generaría una cantidad de trabajo a la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos que podría retardar en demasía la concesión de las licencias. Peor aún en el caso de que de todas maneras se requiera realizar una reforma legislativa, caso en el cual, es preferible recomendar que directamente se implemente un sistema de licencia legal.

Otro evidente inconveniente es la dificultad para citar a los titulares de los derechos para que ejerzan su derecho a la defensa. Esto en virtud de que como ya se mencionó en capítulos anteriores, estos ni siquiera se han presentado ante el IEPI para coadyuvar en las Tutelas Administrativas iniciadas de oficio por la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Adicionalmente en cualquier caso, deberá cumplirse la regla de los tres pasos que ya fuera indicada, la cual requiere del cumplimiento de todos los siguientes requisitos:

- Que no atente contra la normal explotación de la obra.
- Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos en cuestión.
- Debe ser en casos especiales, es decir no por capricho sino por una verdadera necesidad donde prime el interés común por sobre el del autor.

Por tal virtud, en cada caso habrá de analizarse si efectivamente se cumple esta regla, con el fin de no incurrir en violación de obligaciones asumidas por el Ecuador frente a los organismos internacionales, así como también frente a órganos regionales y países con los que se tenga obligaciones bilaterales o multilaterales.

Además analizarse de manera muy meticulosa es el que deviene de la fijación de los precios de las licencias, ya que en cualquier caso, primero debería

intentarse acordar con los titulares las regalías a ser pagadas, y únicamente en el caso de que esto sea imposible, deberían ser aprobadas unilateralmente.

Otro problema que se evidencia es determinar quién será el encargado de realizar el cobro de las regalías, bajo que parámetros y cómo se realizará la distribución de estas, tomando en cuenta eventualidades, como por ejemplo si comparecen o no los titulares de derechos.

No obstante, estos tres últimos inconvenientes, es decir el verificar el cumplimiento de la regla de los tres pasos, determinar las tarifas de las regalías, y determinar quién realizará el cobro de las mismas, son inconvenientes comunes a las licencias obligatorias y a las licencias legales, por tal virtud, habrá que decidirse la pertinencia de cualquiera de estos sistemas, teniendo en cuenta cuál resulta más práctico y económico.

Además de lo anterior, se recomienda especialmente, que antes de iniciar cualquier trámite de licencias obligatorias, o un proyecto de reforma de ley con el fin de aprobar licencias legales, se agoten todos los esfuerzos para que los comerciantes puedan negociar un acuerdo de licenciamiento acorde a la realidad nacional.

Esto por virtud de que como se ha señalado, debe primar el respeto por los derechos de autor y sólo en caso de que las condiciones no permitan llegar a acuerdos, establecer estas soluciones excepcionales. En el siguiente Capítulo se realiza en primer lugar una propuesta para negociar con los titulares de los derechos de autor sobre obras audiovisuales extranjeras.

Luego, en el caso de que una vez agotada la iniciativa inicial no se haya logrado un licenciamiento, se realiza una propuesta de un régimen de licencias no voluntarias con su respectivo análisis de cumplimiento de la regla de los tres pasos, determinación de tarifas de las regalías, y determinación sobre quién realizará el cobro de las mismas.

Finalmente, y en la eventualidad de que ninguna de estas opciones concluyan de manera exitosa -en el caso de que la propuesta no cumpla los requisitos establecidos por la legislación internacional-, se verá la necesidad de realizar una propuesta ante las organizaciones internacionales pertinentes, con el fin de exponer la situación de la piratería en el Ecuador, el trabajo realizado por la Autoridad con el fin de terminar con este problema, y, una propuesta para permitir a países con la situación de Ecuador respecto de la piratería, los licenciamientos necesarios para permitir un sistema equilibrado de derechos de autor.



## Capítulo 6: Propuesta.

### **6.1 Estrategias de negociación con los titulares de los derechos vulnerados, o sus representantes, para suscribir contratos de licencias de acceso a precios asequibles acorde con la realidad nacional.**

Es evidente que el mercado latinoamericano y especialmente mercados pequeños como el ecuatoriano, no resultan atractivos para la industria internacional de obras audiovisuales, especialmente para la estadounidense. Muestra y prueba de aquello es el hecho de que a pesar de haberse incoado varias Tutelas Administrativas en contra de infractores, dichas compañías no se presentaron para coadyuvar aquellas causas.

Además, se suma el hecho de que los derechos de autor, por lo general, no son de conocimiento general entre los ecuatorianos, pueblo que se ha acostumbrado a observar cómo se expenden productos falsificados y copias de obras infractoras, como si se tratase de una actividad normal o legal.

Esto en definitiva aleja al producto original del mercado, pues, en el afán de proteger sus obras, en ocasiones, como política de las empresas titulares de derechos, se prefiere no comercializar o no poner a disposición del público sus obras, con el fin de evitar la copia indiscriminada y expendio ilegal de la misma.

Por otra parte, el derecho de importación establecido por el artículo 20, literal d) de la Ley de Propiedad Intelectual, en concordancia con el literal d) del artículo 13 de la Decisión 351, limita aún más la posibilidad de acceder a obras originales y por consiguiente, de ponerlas a disposición del público local. Pero además permite a su vez que los titulares de derechos restrinjan aún más sus repertorios en mercados pequeños como el ecuatoriano.

No obstante lo anterior, es recomendable contratar un equipo negociador altamente especializado, con conocimiento en propiedad intelectual, así como en negociación, por parte de ASECOPAC, con el fin de que proceda a realizar,

en un primer término, un acercamiento con la MPAA, que como se indicó en capítulos anteriores, está conformada por las más importantes empresas del sector de obras audiovisuales norteamericana.

Es necesario que este equipo presente los principales puntos que se han tratado en este trabajo, respecto de la situación de la piratería en el Ecuador, así como también de las acciones legales entabladas por la Autoridad competente, para una mejor comprensión de la realidad nacional. Además será de suma importancia el dar a conocer la escala del mercado nacional, así como también la situación económica de la población, determinada por su PIB per cápita.

Por su parte, el que se empiece a pagar regalías por las obras audiovisuales extranjeras, permitirá en definitiva sincerar los precios de las mismas y por tanto sincerar el mercado, lo que a su vez permitirá que los productores nacionales no tengan que competir en desigualdad de condiciones contra productos que son más baratos, por el simple hecho de que no pagan regalías.

Un acercamiento de esta índole es importante, incluso en el supuesto de que no se llegue a un acuerdo, ya que para legitimar un proyecto de solución a través de licencias no voluntarias, ya sean estas legales u obligatorias, es necesario demostrar que se ha realizado todo lo posible por lograr un convenio, que tenga en cuenta la realidad económica y de la escala del mercado nacional.

En el caso de que se logre conseguir permiso para el uso de un repertorio, por más pequeño que este sea, el efecto será importante ya que los titulares de otras obras protegidas notarán un avance en la mentalidad del mercado, en especial de los comerciantes, lo que a su vez le dará un mejor ambiente para realizar negocios en el Ecuador.

En la obra *“Getting Permission”* (Stim, 2010, pp. 9-16) o su traducción al español *“Obteniendo Permiso”* el abogado estadounidense de propiedad intelectual Richard Stim señala un plan básico que quién pretenda utilizar una obra debe trazarse para intentar conseguir una licencia sobre obras protegidas. A continuación un breve análisis de la propuesta de Stim, aplicándolo al caso en cuestión:

1. En primer lugar, Stim señala que se debe determinar si es necesario solicitar permiso para el uso que se pretende dar a la obra determinada. Este autor indica que hay que realizarse dos preguntas para determinar si se requiere o no autorización.

La primera cuestión se dirige a determinar si la obra se encuentra protegida por derecho de autor. En caso de que la respuesta sea positiva, procede a realizar una segunda pregunta. Esta se refiere a determinar si es que el uso que se pretende realizar infringe de alguna manera derechos de autor.

Como se ha analizado en el presente caso, la reproducción y distribución de obras audiovisuales protegidas, definitivamente requiere de autorización del titular de derechos, de conformidad con lo establecido por los literales a) y c) del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual, en concordancia con los literales a) y c) del artículo 13 de la Decisión 351.

2. En segundo lugar, Stim señala que se debe determinar quién es el titular de los derechos o quién lo representa. Como ya se mencionó anteriormente, la MPAA se encuentra conformada por las seis más importantes productoras de cine de los Estados Unidos de América. En la página web de dicha Asociación se puede observar lo indicado líneas anteriores: *“MPAA’s members are the six major U.S. motion picture studios”*. (Motion Picture Association of America, s.f.) En tal virtud, como

ya se lo indicó anteriormente, puede decirse que lo más práctico es realizar un acercamiento con la MPAA, para a través de ella lograr las licencias necesarias.

No obstante en este punto, es importante mencionar otra opinión por parte de Jassin y Schechter, quienes señalan que se puede determinar el titular de cada obra audiovisual en la dirección de la base de datos en internet de películas ([us.imdb.com/search](http://us.imdb.com/search)) (Jassin y Schechter, 1998, pp. 69). Sin embargo, el autor considera poco práctico para el presente caso, buscar el titular de los derechos de cada obra audiovisual, cuando se puede recurrir directamente a la asociación que engloba a la mayoría de titulares.

3. Un tercer paso, es identificar los derechos que se requieren, es decir si basta con derechos no exclusivos, o si, de lo contrario, se requiere de derechos exclusivos.

En este punto, es importante considerar que para evitar prácticas monopólicas, y, por virtud de que serán los comerciantes asociados a la ASECOFAC quienes a través de dicha Asociación pretenderán conseguir un licenciamiento, será suficiente con una licencia de uso no exclusiva, únicamente con efectos en el territorio del Ecuador ya que como se menciona en capítulos anteriores, no es una posibilidad realizar negociación de licencias a nivel regional.

4. Una cuarta recomendación, es realizar una planificación para obtener el permiso. No obstante que Stim en este punto se refiere a realizar con tiempo la planificación para evitar realizar un uso ilegal y por ende convertirse en infractor, por obvias razones, al caso en análisis no aplica, ya que la infracción ya existe y es evidente. Sin embargo aquí se recomienda, como se indicó en los primeros párrafos de este apartado, que sea un equipo negociador experto en temas de propiedad intelectual

y en técnicas de negociación el que represente a ASECOFAC, con el fin de que los resultados sean positivos.

5. Como quinto punto, Stim recomienda determinar si es necesario realizar un pago o si no lo es -por ejemplo si el titular de los derechos estima que el uso gratuito no le afecta-. En este punto, cabe mencionar que se debe proponer un pago por unidad de obra comercializada, o, en el peor de los casos, una licencia para un estimado de 400.000 a 500.000 copias por obra como máximo, de conformidad con el dato provisto por ASECOFAC que fue indicado en el apartado sobre la situación de la piratería en Ecuador, sobre la cantidad de unidades que se comercializan por título a nivel nacional.

Sin embargo, es recomendable pretender que el pago se lo realice una vez que haya sido recaudada la venta ya que de lo contrario, se tendría que adquirir estas licencias al contado, sin previa comercialización del producto, por valores multimillonarios que muy difícilmente podrán rogar los comerciantes. Adicionalmente, la regalía por unidad comercializada debería, al menos en principio, calcularse en base al PIB per cápita nacional.

6. Finalmente, Stim recomienda que el contrato se lo realice por escrito. No es necesario explicar este punto, sin embargo, el autor del presente trabajo está de acuerdo con Stim, ya que esto evitará que se generen disputas y permite establecer estipulaciones claras. Adicionalmente, en este caso, es imposible que la MPAA o sus asociadas en caso de acceder a un contrato, se permitan realizar un acuerdo verbal.

Para concluir, es importante insistir que se realice este esfuerzo, ya que como se ha indicado, es necesario agotar cualquier vía de negociación de licencias, antes de pretender imponer una solución por implementación de un sistema de licencias no voluntarias. Sin embargo, a continuación se formula una propuesta

de un régimen de licencias no voluntarias en el Ecuador, en el supuesto de que esta primera opción, no concluya con una solución al problema en análisis.

## **6.2 Formulación, aplicación y pertinencia de un régimen de licencias no voluntarias en el Ecuador para obras audiovisuales y musicales, a través de una sustitución de derechos de exclusiva por derechos de remuneración.**

Como se ha analizado en este trabajo, las obras audiovisuales ilegales o piratas en el Ecuador, se encuentran a disposición del consumidor de forma indiscriminada en el mercado. Esto sin lugar a dudas dificulta que los titulares de derechos puedan administrar sus derechos, ya que es prácticamente imposible determinar dónde, y por quién ha sido comercializado un producto infractor. Basta recordar el dato de que aproximadamente serían 60.000 los comerciantes quienes se dedican a la labor de comercializar obras audiovisuales.

Entonces, en el caso concreto de Ecuador, este escenario es asimilable a la situación que se presentó respecto de las obras musicales o las obras impresas, las cuáles dada su sencilla reproducción, ya no podían ser fácilmente administradas por sus titulares, razón por la cual, la legislación tuvo que prever soluciones prácticas como lo es el derecho por copia privada o la administración por sociedades de gestión colectiva.

Siguiendo la anterior idea, al igual que cuando el control de la utilización de las obras musicales en negocios o a través de radiodifusión se hizo imposible, la facilidad con que hoy en día se pueden realizar copias de excelente calidad de obras audiovisuales a costos realmente irrisorios puede llevar a las mismas reflexiones que en su momento fueron realizadas sobre aquella particular forma de explotación.

No obstante que en muchas ocasiones se torna innecesario, en el ámbito de la música, el recurrir a la licencia legal por virtud de la buena labor de tal o cual

sociedad de gestión colectiva, en otras ocasiones es necesario definitivamente recurrir a esta herramienta.

Así lo comenta Delia Lipszyc, quién ha señalado que *“la utilización de obras musicales se lleva a cabo de acuerdo con los contratos que los productores de grabaciones sonoras celebran con sociedades de gestión colectiva de derechos de autor, con lo cual queda de lado la necesidad de recurrir a las licencias no voluntarias, incluso en los casos en que se encuentran previstas por la ley nacional.”* (Lipszyc, 1993, pp. 239).

Sin embargo, este no necesariamente es el caso, ya que para que este fenómeno pueda observarse en la práctica, será necesario que los titulares de los derechos sobre las obras audiovisuales y las sociedades de gestión, o quienes comercialicen dichas obras se pongan de acuerdo y firmen contratos de explotación.

Por tal virtud, y en caso de que ni la propuesta del punto 6.1, ni un acuerdo a través de sociedades de gestión colectiva se puedan concretar, es recomendable que la legislación regule una solución a través de un sistema de licencia no voluntaria, que por las consideraciones realizadas en el punto 5.4 el autor del presente trabajo considera más viable por medio de una licencia legal.

Por tal virtud, hay que analizar si el presente caso cumple con los requisitos de la regla de los tres pasos prevista, entre otros cuerpos normativos, en el artículo 21 de la Decisión 351, que señala que *“se circunscriben a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares del derecho”*. Además de lo señalado, y por su carácter de excepcionales, deben ser en casos especiales.

Por lo señalado, se procede a analizar si el presente caso cumple con estos requisitos:

**1. Que no atente contra la normal explotación de la obra.-** Es importante tener en cuenta lo que la Declaración sobre la regla de los Tres Pasos, documento que no ha sido redactado y aprobado por críticos de propiedad intelectual, sino por reconocidos expertos en la materia de Europa y Estados Unidos (Emert, Intellectual Property Watch, 2008) del Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia, ha señalado respecto de este tema. En tal sentido, la citada Declaración señala que:

“Las limitaciones y excepciones no entran en conflicto con la explotación normal del objeto protegido, si (...) [s]e basan en consideraciones importantes concurrentes; o (...) [t]ienen como resultado contrarrestar restricciones irrazonables de la competencia, especialmente en mercados secundarios; [...] En especial cuando se asegure una compensación adecuada, ya sea mediante contrato o de otra manera.” (Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual, 2008, pp. 5).

Teniendo en cuenta lo antes señalado, puede considerarse que la limitación o excepción que se pretende proponer, a través de una licencia legal, no entra en conflicto con la explotación normal del objeto protegido, en virtud de que, como fue señalado en el punto 4.2 del presente trabajo, el 90% de las obras audiovisuales que se comercializan en el mercado son obras que infringen derechos de propiedad intelectual.

Además quedó claro en el punto 4.3, que la Autoridad Nacional Competente en materia de derechos de autor, ha realizado los esfuerzos necesarios con el fin de combatir la piratería. En tal sentido se puede señalar que los resultados de aquellos esfuerzos, si bien han sido beneficiosos puesto que ha llevado a reflexionar sobre la problemática a



los comerciantes de obras audiovisuales, no han logrado disminuir las cifras de piratería en el Ecuador.

Un agravante final es la falta de interés demostrada por los titulares de los derechos de autor sobre las obras audiovisuales, que como se mencionó en el punto 4.3, no han coadyuvado a las Tutelas Administrativas iniciadas de oficio por la Dirección Nacional de derechos de Autor, lo que ciertamente complica la labor de la mencionada Autoridad.

En tal virtud, estas consideraciones pueden catalogarse como importantes y concurrentes, pues, en definitiva, demuestran que el problema de la piratería de obras audiovisuales en el Ecuador se ha tornado incontrolable y requiere de una solución urgente que permita equilibrar los derechos de los titulares, así como los del público consumidor de tener acceso a obras legales a precios asequibles para la realidad nacional.

Entonces, se puede concluir que lejos de entrar en conflicto con la explotación normal de la obra -que podría considerarse inexistente en el Ecuador-, lo que pretende esta licencia legal es equilibrar el sistema de propiedad intelectual en aras de beneficio común, esto es, tanto de titulares de derechos de autor, como del público consumidor.

- 2. Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos en cuestión.-** La Declaración del Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia citada en líneas anteriores, también señala que “[l]a Regla de los Tres Pasos constituye una unidad indivisible. Los tres criterios deben ser considerados conjuntamente y como un todo, en una evaluación conjunta e integradora.” (Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual, 2008, pp. 4).

En tal sentido, y como se indicó en el análisis sobre la regla anterior, lejos de generar un perjuicio para el titular de derechos de autor sobre obras audiovisuales, el sistema de licencia legal propuesto lo que pretende es equilibrar el sistema de derechos de autor, respecto de estas obras, que actualmente en su mayoría constituyen obras infractoras.

Por tal virtud, se puede afirmar que lo que se busca con un sistema de licencia legal para obras audiovisuales es eliminar definitivamente la piratería en el Ecuador, y permitir que aquellos intereses que en la actualidad se encuentran completamente menoscabados, puedan ser ejercidos por sus titulares.

A la vez, se pretende transparentar un mercado que en la actualidad es ilegal, por lo que se puede afirmar que con la presente propuesta también se permitirá que miles de comerciantes legalicen su situación, y, a su vez, que el público consumidor tenga acceso a obras legales, en ejercicio de su derecho a la educación y a la cultura.

- 3. Debe ser en casos especiales, es decir no por capricho sino por una verdadera necesidad donde prime el interés común por sobre el del autor.-** Con respecto a este paso o requisito que se debe cumplir, nuevamente, es importante referirnos a la Declaración del Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia, misma que al respecto, señala lo siguiente:

“El hecho de que la Regla de los Tres Pasos restrinja las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos a determinados casos especiales no impide

(a) Que los legisladores introduzcan limitaciones y excepciones abiertas, en tanto que el alcance de tales limitaciones y excepciones sea razonablemente previsible; o

(b) Que los tribunales (...) [a]pliquen analógicamente (*mutatis mutandis*) limitaciones y excepciones legalmente previstas a circunstancias fácticas similares; o (...) [c]reen otras limitaciones o excepciones;

Cuando ello sea posible en el marco del sistema jurídico al que pertenezcan.” (Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual, 2008, pp. 4).

Lo anterior, lleva al razonamiento de que el presente caso, no se incumple esta regla por el hecho de que la licencia legal en cuestión quede abierta a todas aquellas obras audiovisuales sobre las cuales no existen licencias a nivel nacional, por cuanto el resultado que se pretende con la misma es razonablemente previsible, es decir se encuentra circunscrito a la explotación de obras audiovisuales que se comercializan en el mercado, con el fin de consolidar un sistema equilibrado de derechos de autor de obras audiovisuales.

Este sistema debería procurar por una parte una justa retribución a los titulares de derechos de autor, pero además permitir el acceso a precios justos a obras audiovisuales en ejercicio del derecho a la cultura y a la educación. Además, con este régimen se debe pretender legalizar el trabajo de miles de personas que se encuentra actualmente al margen de la ley y que por mandato constitucional tienen derecho al trabajo.

Con el análisis realizado, se concluye que se justifica la implementación de un régimen de licencias legales, que sustituye el derecho exclusivo de explotación por un derecho a una retribución justa y equitativa, ya que cumple perfectamente con la regla de los tres pasos.

Es importante tener en cuenta que “[/] La Regla de los Tres Pasos no exige que las limitaciones y excepciones sean interpretadas de forma restrictiva. Deben interpretarse de acuerdo con sus objetivos y finalidades.” (Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual, 2008, pp. 4).

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los objetivos de la licencia legal que se propone se encuentran plenamente justificados en la necesidad de equilibrar el sistema de propiedad intelectual y por consiguiente, equilibrar los derechos de autor, de acceso a la cultura y a la educación, a continuación se propone una forma de administración del mencionado derecho a la retribución justa y equitativa, por la explotación de los derechos de autor sobre dichas obras.

### **6.3 Administración de derechos de remuneración de obras audiovisuales por sociedades de gestión colectiva y sistema de fijación de precios.**

Probablemente la mejor opción, o incluso la única que hoy se conozca capaz de recaudar una remuneración por derechos de autor, ya sea en otros casos de explotación, así como en el caso concreto de la licencia legal propuesta en el anterior punto, es la que puede realizarse a través de entidades de gestión colectiva. Sobre esto, Delia Lipszyc ha señalado que:

“[...]la administración colectiva de los derechos de autor se considera la alternativa más apta para evitar estas licencias no voluntarias, y cuando estas son inevitables, las organizaciones de gestión colectiva pueden cumplir-y cumplen en muchos casos- una importante función (aunque no sea la organización de gestión colectiva la que otorgue la licencia, puede negociar las regalías y, en general, las recauda y, según corresponda las distribuye.)” (Lipszyc, 1993, pp. 239).

En el Ecuador ha sido autorizada para funcionar la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales del Ecuador – EGEDA por la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Instituto

Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. Esta autorización de funcionamiento se celebró a través de la Resolución N° 18 de 4 de Diciembre de 2001 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos. (Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, s.f.).

EGEDA Ecuador forma parte de la red internacional EGEDA, misma que fue inicialmente formada en España. Existen sucursales o miembros que forman parte de esta red en Chile, Perú, Colombia y Uruguay. Adicionalmente tiene oficina en Los Ángeles, la cual sirve como un nexo entre la industria cinematográfica iberoamericana con la industria cinematográfica estadounidense. (EGEDA, s.f.)

No obstante, EGEDA Ecuador no administra todas las formas de explotación posibles respecto de obras audiovisuales. Es este sentido, en su página web, sobre los derechos que administra, señala lo siguiente:

“EGEDA Ecuador se encarga de gestionar algunas modalidades del derecho de comunicación pública, tales como la proyección, exhibición o transmisión, debidamente autorizadas, de las obras audiovisuales por medio de cualquier procedimiento; y la retransmisión de obras audiovisuales emitidas o transmitidas por terceros emisores o transmisores, con posterior distribución a receptores individuales o colectivos, con independencia del medio utilizado para hacer llegar la señal a los destinatarios finales, entre otros.” (EGEDA, s.f.)

En tal virtud, y en el supuesto de que EGEDA Ecuador se encuentre en capacidad de realizar la gestión colectiva de los derechos de remuneración propuesta, tendría que autorizarse por Ley o a través de la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos para que administre derechos de remuneración por la reproducción y comercialización de obras audiovisuales por parte de los comerciantes.

No obstante lo anterior, en caso de que EGEDA Ecuador no se encuentre en capacidad administrativa o funcional para administrar estos derechos, bien puede realizarlo otra sociedad de gestión que sea debidamente autorizada para aquello. Horacio Fernández Delpech, sobre la administración de los derechos de obras audiovisuales en la República Argentina, había señalado que *“Argentores tiene a su cargo la gestión colectiva por la emisión de las películas cinematográficas, fuera de su círculo habitual.”* (Fernández, 2011, pp. 146).

Por tal virtud, en caso de que EGEDA Ecuador no se encuentre en capacidad de realizar el trabajo de recaudación de los derechos de remuneración que se ha propuesto en este trabajo para sustituir el derecho exclusivo de explotación, bien puede hacerse cargo otra sociedad de gestión de derechos, siempre que así lo autorice el Director Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

Sobre la manera de calcular las regalías que se deben pagar a los titulares de derechos, en el supuesto de que no se logre un acuerdo entre las partes, la mejor forma de hacerlo, es sobre la base de una regla de tres simple, tomando como premisas el PIB per cápita del país de origen de la obra, el PIB per cápita del Ecuador, y el precio de la regalía que se paga en el país de origen de la obra.

A través de esta regla de tres simple, se puede obtener un valor a pagar por regalías acorde con la realidad nacional. No obstante, debería en principio y dependiendo de la taquilla de la obra, categorizarse el precio de la regalía, siendo el más alto calculado en base del promedio de la venta de una película con alto nivel de taquilla, y siendo el más bajo, el de una película que no tiene un alto nivel de taquilla.

Por otra parte, hay que señalar que la sociedad de gestión colectiva que se responsabilice por la administración y recaudación de los valores correspondientes al derecho de remuneración propuesto, deberá analizar la conveniencia de realizarlo a través del control en todos los locales dedicados a

la comercialización de obras audiovisuales en el Ecuador, o, por el contrario, realizar la recaudación a través de un sistema de timbres oficiales, los cuales deberán ser adquiridos por los comerciantes a la sociedad de gestión y adheridos en cada una de las obras a expenderse, previa la comercialización de las obras audiovisuales.

La ventaja de este sistema, es que permite que la sociedad de gestión únicamente realice un control por medio de visitas e inspecciones a algunos locales, y, en caso de determinar que no se estuviere cumpliendo con el pago de regalías, solicitar el inicio de una Tutela Administrativa a la Dirección Nacional de derechos de Autor y Derechos Conexos.

Con la iniciación de Tutelas Administrativas, tanto los comerciantes Tutelados, como el resto de comerciantes, por temor a ser sancionados, pagarán las regalías pertinentes que se determinen por la explotación de las obras comercializadas.

No obstante lo mencionado en este apartado, en el supuesto de que se considere que la propuesta realizada en este trabajo no cumple con las obligaciones asumidas por el Ecuador, a continuación se recomienda su discusión en organismos internacionales.

#### **6.4 Propuesta de una agenda ante los órganos competentes a nivel internacional en materia de Propiedad Intelectual para resolver el problema de piratería en el Ecuador.**

En los puntos precedentes se realizó, en primer lugar, una propuesta para que los comerciantes de obras audiovisuales procuren un acuerdo de licenciamiento con los titulares de las mencionadas obras.

En segundo lugar, en el supuesto de que no sea factible conseguir tal acuerdo, se propuso un sistema de licencia legal que sustituya el derecho exclusivo de

explotación por un derecho de remuneración, que en principio debería ser administrado por una sociedad de gestión colectiva.

Adicionalmente, se justificó la pertinencia de la propuesta en cuestión, con el análisis de cumplimiento de la regla de los tres pasos, conforme las recomendaciones de los expertos del Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia.

No obstante, en el supuesto de que se considere impertinente al régimen de licencias legales propuesto a través del presente trabajo, debe tenerse en cuenta que, debido a su evidente justificación, –misma que ha sido realizada a través del presente trabajo- es una propuesta que puede ser llevada a discusión ante los órganos competentes en materia de propiedad intelectual a nivel internacional.

La página web de la OMC, Organismo Internacional del cual forma parte Ecuador como Estado Miembro desde el 21 de enero de 1996, ha señalado con respecto a los países menos adelantados, que es primordial establecer mecanismos para que los países desarrollados compartan ayuda técnica y económica a favor de los primeros, con el fin de crear un mecanismo adecuado para transferir la tecnología y permitir el desarrollo de estos.

En tal sentido cabe resaltar lo que la OMC ha señalado sobre la cooperación que deberían brindar los países desarrollados a los países menos desarrollados:

“...la cooperación debería destinarse a algo más que simplemente transponer las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC en la legislación nacional: una preocupación transversal se refiere a la mejor forma de adaptar y aplicar juiciosamente los mecanismos de propiedad intelectual para responder a los objetivos de desarrollo, las prioridades de política y la situación nacional de cada [país menos desarrollado]” (OMC, s.f.).



Lo anterior lleva a determinar que no sólo es responsabilidad de los países menos desarrollados el encontrar soluciones para lograr el cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual en sus territorios, sino que también los países desarrollados deben brindar el apoyo necesario para lograr los objetivos que deben ser siempre conjuntos.

En este punto hay que enfatizar en que los países desarrollados deben comprender y conocer las realidades y necesidades de cada país menos desarrollado, pues como se ha señalado, el poder adquisitivo difiere sustancialmente entre países como los Estados Unidos de América, con respecto a países como el Ecuador.

Por tal virtud, y en el supuesto de que se considere que con la implementación de la licencia legal propuesta a través del presente trabajo se incumpla con obligaciones internacionales del Ecuador ante la OMC, Ecuador puede proponer una enmienda a de las disposiciones de los Acuerdos Comerciales Multilaterales del Anexo 1, cual es el caso del Acuerdo sobre los ADPIC, de conformidad con lo señalado en el Artículo X del Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio con fundamento en la presente propuesta.

Por otra parte, la OMPI constituyo en 1998 el Comité Permanente de Derechos de Autor y de Derechos Conexos. Este Comité permanente se encuentra conformado por los países miembros de la OMPI o del Convenio de Berna, y su función principal es la de formular recomendaciones a ser tratadas por la Asamblea General de la OMPI.

Precisamente uno de los temas que actualmente se encuentra tratando se refiere a limitaciones y excepciones de derechos de autor, dentro de lo cual, perfectamente puede tratarse el régimen de licencia legal propuesto en el presente trabajo, en el caso de que se considere que por virtud de su implementación, se incumpla alguna obligación del Estado ante la OMPI.

En tal virtud, a la par de una propuesta de enmienda ante la OMC, se recomienda además, oficiar a través de la Secretaría General de la OMPI, para que el Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, conozca la propuesta de un régimen de licencia legal realizado a través del presente trabajo, y sea tratado como un tema de limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos, con las justificaciones que en él se han presentado.

## CONCLUSIONES.

1. La protección de los derechos de autor se encuentra perfectamente justificada desde sus inicios, no sólo por la necesidad de permitir a sus titulares poder vivir de su arte, sino también para incentivar a los autores para que nuevas obras sean creadas, en beneficio de la educación y la cultura.

2. No se puede negar la estrecha vinculación que existe entre los derechos de autor, con los derechos de acceso a la educación, y de acceso a la cultura. Esto es tan evidente, que tanto los Tratados más importantes de Derechos Humanos, como la mayoría de Constituciones a nivel mundial los han elevado a la calidad de derechos humanos, y derechos fundamentales, siendo deber de la legislación establecer un sistema equilibrado de derechos de autor, que permita el acceso a la educación y a la cultura.

3. Existe un marco jurídico internacional amigable con respecto a limitaciones y excepciones al derecho de autor, que ha sido acogido en su mayoría por la legislación interna en el Ecuador. No obstante, es de señalar que la limitación para bibliotecas no está acorde con la realidad nacional ni las necesidades de la población. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no existe un régimen de licencias obligatorias que permita el acceso justo y equitativo por parte de la población a las obras, lo que a su vez ha generado que el mercado nacional se llene de mercadería infractora, y, por consiguiente, que no se respeten los derechos de propiedad intelectual de las obras.

4. La situación de la piratería en Ecuador, especialmente de obras audiovisuales es extremadamente alarmante, llegando a considerarse que un 90% por ciento de las obras extranjeras que se ofrece en el mercado, es infractora. No obstante, es de mencionar que con respecto a la producción nacional se ha logrado un consenso con los comerciantes de obras audiovisuales, con el fin de que se paguen las regalías correspondientes. Sin embargo, la solución no es sólo esa, ya que si no se logra controlar la piratería de obras audiovisuales extranjeras, la competencia para los productores

nacionales es extremadamente difícil, por cuanto sus obras se tienen que expender a precios mucho mayores que las obras extranjeras.

5. La Dirección Nacional de Derechos de Autor del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, ha llevado a cabo campañas y proyectos para regularizar la situación de las obras de producción nacional, conjuntamente con los actores vinculados con esta problemática. Por otra parte, ha iniciado de oficio sendas Tutelas Administrativas en contra de los comerciantes infractores. No obstante, es importante señalar que ninguna de las productoras extranjeras coadyuvó estos procesos, lo que permite colegir su falta de interés en el mercado ecuatoriano.

6. En la legislación de carácter internacional –supranacional-, se encuentran previstos sistemas de licencias no voluntarias, que son aquellas que por excepción, permiten ciertas utilidades de obras protegidas, sin la autorización de sus titulares, quedando a estos únicamente la posibilidad de exigir una retribución por dicho uso. Estas licencias pueden ser licencias obligatorias, que son aquellas otorgadas por una autoridad, o licencias legales, aquellas que son otorgadas por virtud de una norma legal.

7. Al igual que lo que sucede respecto de las obras audiovisuales en el Ecuador, se han suscitado casos en los cuales las obras, por su fácil reproducción y su difícil administración, tuvieron que ser concedidas para su explotación mediante licencias no voluntarias, y, administradas por sociedades de gestión colectiva. Tal es el caso de la comunicación pública de obras musicales en locales comerciales o públicos.

8. La aplicación de un sistema de licencias no voluntarias debe analizar la pertinencia de implementar un sistema de licencia legal, o un sistema de licencia obligatoria. El autor considera que requiere de un mayor rigor la aprobación por Ley de una licencia legal; sin embargo esta es más práctica para los fines requeridos, puesto que permite regular un sistema de licencia no

voluntaria para todos los interesados. Por su parte, en un régimen de licencia obligatoria, tendría que tramitarse cada Solicitud de un interesado, requiriendo un mayor trabajo administrativo, lo que puede restar celeridad al proceso de obtención de las licencias, haciendo ineficaz al sistema que se pretende proponer.

9. Por tanto, el presente trabajo propone que se agoten todos los esfuerzos necesarios para obtener licencias de común acuerdo con los titulares de derechos de obras audiovisuales extranjeras, de acuerdo a la realidad nacional.

10. En caso de no conseguirse lo anterior, se propone un régimen de licencias legales, con sustitución del derecho de exclusiva por el derecho de remuneración administrado por una sociedad de gestión colectiva. Para esto se justificó la pertinencia del mencionado sistema de licencia, en base a la regla de los tres pasos.

11. Finalmente, en caso de que se considere que la propuesta realizada mediante el presente trabajo infrinja de alguna manera alguna obligación del Estado frente a los Organismos Internacionales pertinentes, especialmente la OMPI y la OMC, se propone llevar a discusión a estos Organismos la/s propuesta/s realizadas por medio del presente trabajo.

## RECOMENDACIONES.

Es necesario crear un régimen favorable y equilibrado para la protección de los derechos de autor, que permita a su vez a la población, el acceso legal a obras protegidas, en ejercicio de su derecho a la educación y a la cultura, de acuerdo a la capacidad adquisitiva del país.

El Ecuador ha establecido un período de protección de 70 años después de la muerte del autor, lo cual es ADPIC PLUS o superior a lo requerido por el Acuerdo Sobre los ADPIC, así como también respecto de la Decisión 351, los cuáles ponen como período mínimo de protección de 50 años después de la muerte del autor. Por tanto, se recomienda revisar el período de protección en la legislación interna, con el fin de que se cumpla con el mínimo requerido por la legislación internacional.

Es recomendable que se analicen e implementen limitaciones o excepciones para bibliotecas públicas, que permita una mayor difusión de la educación y la cultura entre la población.

Con respecto a las obras audiovisuales extranjeras, se recomienda realizar un acercamiento con los titulares de derechos de las mismas, o sus representantes, con el fin de persuadirlos para pactar licencias voluntarias, ajustadas a la realidad nacional.

En caso de no conseguirlo, se recomienda implementar un régimen de licencias legales mediante el cual se sustituya el derecho exclusivo de autorizar cualquier clase de explotación de la obra, por un derecho de remuneración administrado por sociedades de gestión colectiva.

En cualquier caso, el cálculo de las regalías debe partir de un cálculo en base al PIB per cápita del país de origen de la obra y del Ecuador, con el fin de que se permita un acceso de acuerdo a las posibilidades de la población ecuatoriana.

Finalmente, y en caso de que se considere que la propuesta realizada a través del presente trabajo no cumple con las obligaciones frente a Organismos Internacionales, debe proponerse ante estos la discusión de la misma, explicando la situación y realidad nacional sobre piratería, y la necesidad de implementar soluciones excepcionales que permitan solucionar esta problemática.

## REFERENCIAS.

- Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos de América (CIA). (s.f.). The World Factbook (Libro de datos mundiales.) Recuperado en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2004rank.html>, el 17 de febrero de 2013.
- Ancona García López, Arturo. (2012). El derecho de autor en la obra audiovisual. México D.F., México. Editorial Porrúa.
- Antequera Parilli, Ricardo, Antequera, Ricardo E. (s.f). Las Licencias Obligatorias Como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual. Caracas, Venezuela. Recuperado en <http://www.revistajuridicaonline.com>, el 15 de septiembre de 2013.
- Antequera Parilli, Ricardo. (1992). La transmisión del derecho de autor y la explotación por terceros. San José, Costa Rica: OMPI.
- Antequera Parilli, Ricardo. (1992). Los autores de las obras literarias y artísticas (autoría y titularidades). Documento OMPI/DA/JU/COS/92/3 (a). San José, Costa Rica: OMPI.
- Antequera Parilli, Ricardo. (2006). La observancia del derecho de autor y los derechos conexos en América Latina. Caracas, Venezuela: CERLALC
- Antequera Parilli, Ricardo. (2009). Estudios de derecho Industrial y derechos de Autor. Bogotá, Colombia: Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Temis S.A.
- Antequera Parilli, Ricardo. (2010). Comentario a la Sentencia 166/2007 del Tribunal Constitucional de España. Caracas, Venezuela: Selección y disposición de las materias y comentarios. Centro Regional para el



Fomento del Libro en América Latina y el Caribe CERLALC. Recuperado en

<http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=1730>, el 15 de agosto de 2013.

Antequera Parilli, Ricardo (2011). Análisis del fallo de la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-245/00 de 6 de febrero de 2003. Caracas, Venezuela. Selección y disposición de las materias y comentarios. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe CERLALC. Recuperado en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=2120>, el 15 de agosto de 2013.

Antequera Parilli, Ricardo. (2011). Antecedentes históricos del derecho de autor y los derechos conexos”. Caracas, Venezuela: CERLALC.

Antequera Parilli, Ricardo. (2011). Comentario a la Sentencia 744/2001 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11a. Selección y disposición de las materias y comentarios. Caracas, Venezuela: Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe CERLALC. Recuperado en <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=2116>, el 20 de agosto de 2013.

Arosemena, Flavio. (2011). Derecho de autor para autores y empresarios. Quito, Ecuador: Instituto Ecuatoriano de la propiedad Intelectual.

Antequera Parilli, Ricardo. (2011). La importancia del derecho de autor en el mundo contemporáneo. la producción de bienes culturales y el impacto tecnológico. Caracas, Venezuela. CERLALC.

Antequera Parilli, Ricardo. (2011). La obra como objeto del derecho de autor. Caracas, Venezuela: CERLALC.

Aragón, Emilia. (2004). Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Antigua, Guatemala: OMPI / OEP / OEPM. Recuperado en: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04/ompi\\_pi\\_ju\\_lac\\_04\\_23.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/ompi_pi_ju_lac_04/ompi_pi_ju_lac_04_23.doc), el 6 de julio de 2013.

ASECOPAC: Carta Abierta al Eco. Rafael Correa Delgado, Presidente Constitucional de la República del Ecuador. Recuperado en [http://asecopac.blogspot.com/2011/01/carta-abierta\\_2982.html](http://asecopac.blogspot.com/2011/01/carta-abierta_2982.html), el 22 de diciembre de 2010.

Avila Santamaría, Ramiro y Benavides Llerena, Gina. (2012). El Desarrollo Normativo como Garantía de derechos. Balance de la producción legislativa de la Asamblea Nacional. En obra colectiva Rafael Correa, Balance de la Revolución Ciudadana. Quito, Ecuador: Ed. Planeta.

Barzallo, José Luis. (s.f.). La Propiedad Intelectual en Internet. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.

Baylos, Hermenegildo. (2009). Tratado de derecho industrial. (3ª Ed.) Pamplona, España: Thomas Reuters (legal) Limited.

Borja Cevallos, Rodrigo. (2012). Enciclopedia de la Política. Tomo I. México D.F., México: Fondo de Cultura Económica. Cuarta Edición.

Burgenthal, Thomas. (1996). Derechos Humanos Internacionales. México D.F., México: Ediciones Gernika S.A.

Burodeanálisis.com. (2011). Entrevista al Doctor Andrés Ycaza Mantilla de fecha 2 de junio de 2011 titulada "Presidente del IEPI: No somos ciudadanos de segunda clase, merecemos acceso legal a productos originales." Recuperada en <http://www.burodeanálisis.com/2011/06/02/presidente-del-iepi-no-somos-ciudadanos-de-segunda-clase-merecemos-acceso-legal-a-productos-originales/>, el 23 de octubre de 2013.

Caballero, José Luis. (2005). Explotación en línea de las obras musicales y audiovisuales: nuevos modelos de negocio. Documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/13. XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. Asunción, Paraguay: OMPI / SGAE de España.

Cerda SILVA, Alberto. (2012). Derechos de autor y desarrollo: Más allá de la ilusoria solución provista en el "Anexo" del "Convenio de Berna". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre). Valparaíso, Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Recuperado en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n38/a05.pdf>, el 2 de septiembre de 2013.

Delgado, Antonio. (1997). La legitimación de las entidades de gestión colectiva en el ámbito administrativo y judicial. Montevideo, Uruguay: OMPI / IIDA.

Delgado, Antonio. (1997). La protección de las obras audiovisuales. La autoría y titularidad en el sistema latino o continental. III Congreso Iberoamericano de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Montevideo, Uruguay: OMPI/IIDA.

Diario EL COMERCIO: Artículo "Cineastas de Ecuador combaten la piratería de la mano de los "piratas" de 20 de diciembre de 2012. En

[http://www.elcomercio.ec/entretenimiento/Cineastas-Ecuador-combaten-pirateria-piratas\\_0\\_832116909.html](http://www.elcomercio.ec/entretenimiento/Cineastas-Ecuador-combaten-pirateria-piratas_0_832116909.html), el 7 de septiembre de 2013.

Diario El Universo. (2013). Ecuador en segundo nivel de vigilancia por piratería. 1 de mayo de 2013. Guayaquil, Ecuador. Recuperado en <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/05/01/nota/892046/ecuador-segundo-nivel-vigilancia-pirateria>, el 16 de octubre de 2013.

Ecuadorinmediato.com. (2013). Entrevista al Doctor Andrés Ycaza Mantilla de fecha 17 de abril de 2013 titulada “Director del IEPI analiza posibles reformas a la Ley de Propiedad Intelectual.” Recuperado en [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news\\_user\\_view&id=195316&umt=director\\_del\\_iepi\\_analiza\\_posibles\\_reformas\\_a\\_ley\\_propiedad\\_intelectual](http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=195316&umt=director_del_iepi_analiza_posibles_reformas_a_ley_propiedad_intelectual), el 4 de mayo de 2013.

Ecuador Inmediato. (2013). IEPI arrancó proceso de regularización de venta de productos audiovisuales. 7 de noviembre de 2013. Quito, Ecuador. Recuperado en [http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=wap\\_news\\_view&id=2818750668](http://www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=wap_news_view&id=2818750668), el 17 de noviembre de 2013.

Ecuavisa. (2013). 90% de películas extranjeras que compran los ecuatorianos son piratas. Publicado el día jueves 19 de septiembre de 2013. Quito, Ecuador. Recuperado en <http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/41412-90-peliculas-extranjeras-que-compran-ecuatorianos-son-piratas>, el 23 de octubre de 2013.

El Telégrafo. (2013). IEPI: Nuestro objetivo ahora es acabar con la piratería en la música. 9 de octubre de 2013. Guayaquil, Ecuador. Recuperado en <http://www.telegrafo.com.ec/cultura1/item/iepi-nuestro-objetivo-ahora-es-acabar-con-la-pirateria-en-la-musica.html>, el 23 de octubre de 2013.

Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales del Ecuador – EGEDA. (s.f.) Quito, Ecuador. Recuperado en [http://www.egeda.ec/EEc\\_EGEDAEcuador2.asp](http://www.egeda.ec/EEc_EGEDAEcuador2.asp), el 28 de diciembre de 2013.

Entrevista personal del autor al Director Nacional de Derechos de Autor del IEPI. 14 de noviembre de 2013. Quito.

Ermert, Monika. (2008). "IP Experts Sign Declaration Seeking Balanced Copyright Three-Step Test". Ginebra, Suiza: Intellectual Property Watch. Recuperado en <http://www.ip-watch.org/2008/07/24/ip-experts-sign-declaration-against-unbalanced-copyright-three-step-test/>, el 19 de noviembre de 2013.

Fernández Delpech, Horacio. (2011). Manual de los Derechos de autor (1ª Ed.) Buenos Aires, Argentina: EDITORIAL HELIASTA S.R.L.

Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual. (s.f.). Página web institucional. Quito, Ecuador: IEPI. Recuperado en <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/sociedades-de-gestion/>, el 7 de noviembre de 2013.

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual. (2013). Página web institucional, Sección correspondiente a Derecho de Autor. Quito, Ecuador. Recuperado en <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/pirateria/>, el 6 de agosto de 2013.

Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual. Sitio web. En <http://www.propiedadintelectual.gob.ec/pirateria/>, el 6 de agosto de 2013.

Instituto Max Planck para la Propiedad Intelectual y el Derecho de Competencia. (2008). Declaración Por Una Interpretación Equilibrada De La Regla De Los Tres Pasos En El Derecho De Autor. Múnich, Alemania.

Jassin, Lloyd y Schechter, Steven. (1998). The Copyright Permission and Liebel Handbook. Danvers, Massachusetts, EE.UU.: John Wiley & Sons Inc.

Larrañaga, Osvaldo. (1997). Educación y superación de la pobreza en América Latina. ESTRATEGIAS PARA REDUCIR LA POBREZA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Nueva York, EE.UU: Programa para el desarrollo de las Naciones Unidas (PNUD). (Cita 78 en el texto.).

Lipszyc, Delia. (1993). Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, Argentina: UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA.

Lipszyc, Delia. (2004). Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. Buenos Aires, Argentina: Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALÍA.

Metro Ecuador. (2013). Hasta \$100 mil de multa por piratería. 8 de noviembre de 2013. Quito, Ecuador. Recuperado en <http://www.metroecuador.com.ec/63064-hasta-100-mil-de-multa-por-pirateria.html>, el 10 de noviembre de 2013.

Montaño Galarza, César. (2009). Las relaciones internacionales y los tratados en la Constitución. En obra colectiva La Nueva Constitución del Ecuador. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional.

Motion Picture Association of America (MPAA). (s.f.). Recuperado en: <http://www.mpa.org/about/history>, el 15 de agosto de 2013.

Motion Picture Association of America (MPAA). (2013). The Economic Contribution of the Motion Picture & Television Industry to the United States. Recuperado en <http://www.mpa.org/Resources/92be6469-1d3c-4955-b572-1d3f40f80787.pdf>, el 15 de agosto de 2013.

Oficina Del Representante De Comercio Exterior De Los EE.UU. (2013). Lista 301. Recuperado en <http://www.ustr.gov/sites/default/files/05012013%202013%20Special%2001%20Report.pdf>, el 5 de agosto de 2013.

Organización de las Naciones Unidas (ONU). (s.f.). Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado en <http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>, el 26 de abril de 2013.

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia la Cultura (UNESCO). (2001). Boletín de Derecho de Autor. Volumen XXXV, No. 3, La propiedad intelectual como derecho humano: Ediciones UNESCO. Recuperado en [unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf](http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001255/125505s.pdf), el 1 de abril de 2013.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (s.f.). Recuperado en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/lcd\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/lcd_s.htm), el 6 de diciembre de 2013.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (s.f.). Gestión Colectiva del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Ginebra, Suiza: OMPI. Recuperado en [http://www.wipo.int/about-ip/es/collective\\_mngt.html](http://www.wipo.int/about-ip/es/collective_mngt.html), el 26 de agosto de 2013.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). (s.f.) Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos. Recuperado en

[http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/909/wipo\\_pub\\_909.pdf](http://www.wipo.int/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf),  
el 5 de abril de 2013.

Oyarte Martínez, Rafael. (2009). Relaciones Ejecutivo-Legislativo. En obra colectiva La Nueva Constitución del Ecuador. Quito, Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>, el 22 de mayo de 2013.

Rubio Torres, Felipe. (2008). Propiedad Intelectual para la MIPYME. Bogotá, Colombia: USAID.

Salvioli, Fabián (s.f.). El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos”. Recuperado en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>, el 22 de mayo de 2013.

Santiago, Vanisa. (2001). La protección de los productores de fonogramas. Santa Cruz de Bolivia: OMPI / SGAE de España.

Schuster, Santiago. (1997). Legitimación activa de las entidades de gestión. Arequipa, Perú: OMPI / INDECOPI.

Stim, Richard. (2010). Getting permission: how to licence & clear copyrighted materials online & off. (4<sup>th</sup> Ed). Berkeley, California, EE.UU.: Ed. Nolo.

Thesing, Joseph. Editor. Eichenberger Kurt, Autor. (1999). Estado de derecho y democracia. El Estado de Derecho como garante de los derechos humanos. Buenos Aires, Argentina: Konrad Adenauer Stiftung.



Villarejo, Martín. (2009). Derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes. Madrid, España.

Zapata López, Fernando. (2000). Duración de los derechos patrimoniales de autor y conexos. Séptimo Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina. San José, Costa Rica: OMPI / SGAE de España.