

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

RESOLUCIÓN No. SENADI-DNDAYDC-2020-076-R

TUTELA ADMINISTRATIVA No. 001-2020 DNDAyDC

SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS, SAYCE vs.
QUITOLINDO QUITO LINDO S.A.

SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES -SENADI-. Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.- Quito D.M., 17 de diciembre de 2020, a las 09H30.

1. Se avoca conocimiento del presente procedimiento administrativo por parte del Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

ANTECEDENTES:

1. El 10 de enero de 2020, la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS, SAYCE presentó acción de Tutela Administrativa en contra de la compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., alegando en lo principal que: a) "...dentro de sus instalaciones cuenta con los servicios de hospedaje (215 habitaciones, un restaurante, 11 salas de eventos, un gimnasio, un spa, un bar, una discoteca, un salón de belleza y 2 tiendas. Cada uno de estos servicios se ofrecen en espacios diferentes dentro del hotel, los mismos que utilizan música de manera permanente e independiente uno del otro lo cual genera derechos de comunicación pública a favor de los autores..."; b) La accionada ha venido utilizando de manera permanente diferentes obras musicales, administradas por su parte, sin contar con su autorización previa y expresa y sin haber cancelado los derechos durante los años 2018 a 2020, de conformidad con su pliego tarifario; c) En cada uno de sus espacios se realiza comunicación pública de diferentes obras musicales, sin contar con la licencia respectiva, haciendo un uso indebido e ilegítimo de los derechos patrimoniales de los autores ecuatorianos y extranjeros; d) El monto total adeudado por la accionada asciende a USD \$13.884,50. Con base en los antecedentes resumidos, la accionante solicitó: a) Se realice una inspección al Hotel Quito, ubicado en la Av. González Suárez N27-142 y Av. Orellana, de la ciudad de Quito, para: i) Determinar si en el mismo se está utilizando o explotando diferentes obras musicales administradas por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE, mediante comunicación pública, en las habitaciones, restaurante, salas de eventos, gimnasio, spa, bar, discoteca, salón de belleza y tiendas; ii) Se identifique en el acta de inspección, un número racional de obras musicales utilizadas en las habitaciones, restaurante, salas de eventos, gimnasio, spa, bar, discoteca, salón de belleza y tiendas del hotel; iii) Se determine si las obras musicales utilizadas en las habitaciones, restaurante, salas de eventos, gimnasio, spa, bar, discoteca, salón de belleza y tiendas del hotel son las mismas o son diferentes en cada sitio; iv) Se requiera a la parte accionada la licencia de uso respectiva, factura de pago o cualquier otro documento auténtico en el cual conste que se ha cancelado a la parte accionante los derechos correspondientes por el uso de la música en las habitaciones, restaurante, salas de eventos,

gimnasio, spa, bar, discoteca, salón de belleza y tiendas del hotel; iv) De comprobarse aun presuntivamente la violación a derechos patrimoniales, tomar las medidas preventivas necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual violentados, ordenarse el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción, el cierre temporal del establecimiento del presunto infractor, y el retiro de los medios que sirvan para cometer la presunta infracción (Foja 1 a 4).

2. Mediante providencia de 27 de enero de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos admitió a trámite la acción de tutela administrativa, y, previo a señalar día y hora para la diligencia de inspección solicitada por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE, dispuso que la parte accionante pague la tasa de \$234.45 (Foja 7). Dicho requerimiento fue atendido por la parte accionante mediante escrito y anexos presentados con fecha 11 de febrero de 2020 (Fojas 10 a 12).

3. Mediante providencia de 14 de febrero de 2020, notificada el 17 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos fijó el día miércoles 19 de febrero de 2020, a partir de las 15h00, para la práctica de la inspección solicitada dentro de este trámite; y, concedió a la parte accionada el término de quince días contados a partir de la notificación de esta providencia para que conteste a la acción planteada en su contra (Foja 13).

4. El 19 de febrero de 2020, se llevó a cabo la diligencia de inspección requerida, cuya acta y anexos constan a fojas 16 a 22 del presente expediente administrativo, misma que en lo principal señala: - *"...procedimos a tomar contacto con la señora Fabiola Alexandra Bernal Maldonado, Asistente de Gerencia, mediando autorización del señor Mauricio Javier Mosquera Murgueytio, Representante Legal y Gerente General de la Compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., propietaria del HOTEL QUITO, quien prestó las facilidades para la realización de la presente diligencia";* - En cuanto al servicio de hospedaje: *"215 habitaciones hasta diciembre de 2019 y 116 desde enero de 2020", "...nos indican que todas las habitaciones del hotel están equipadas con un televisor y un radio despertador"*, hecho que se constató al ingresar en 5 habitaciones elegidas de manera aleatoria; - En cuanto al restaurante *"Techo del mundo"*: tiene dos televisores, sistemas de parlantes en el techo, un piano y una computadora, abierto al público en los siguientes horarios: desde las 6:30 a 10:30, de 12:30 a 15:30 y de 18h00 a 22h00; - En cuanto a las salas de eventos: son nueve, tres poseen proyector y parlante grande, las otras seis solo proyector; respecto al salón más grande, de aforo para 450 personas, se señala: *"Se destaca que mientras una persona interpretaba canciones de Selena en el mencionado evento (si una vez, como la flor y amor prohibido), simultáneamente se escuchaban diferentes canciones en el lobby del hotel (donde estás corazón)..."*; - En cuanto al showroom, se señaló que es un lugar utilizado para exhibir manteles para eventos; no se verificó la existencia de equipos que permitan la comunicación pública de obras; - En el local comercial *"Patisería Pan y Café"*: t'anta patisseries by hotel quito, se encontró un televisor encendido que sintonizaba el canal SPACE HD, película D-TOX, su atención al público es de 10h00 a 18h00; - En cuanto a las denominadas "áreas húmedas", compuestas por la piscina, sauna y turco, no se verificó la existencia de equipos que permitan la comunicación pública de obras; y, - En cuanto al lobby del hotel: en su entrada principal se verificó la existencia de dos parlantes, en los que sonaban las canciones: Cake by the ocean de DNCE, Rather be de Clean Bandit y Stitches de Shawn Méndez.; *"Con la información que antecede y aquella proporcionada por la*

señora Fabiola Alexandra Bernal Maldonado, esta Autoridad concluye: a) De los 5 locales comerciales existentes dentro del hotel (peluquería, masajes, agencia de viajes, local de cigarros y habanos y patisería), solo la patisería es propia, el resto, junto a la discoteca y el gimnasio del hotel son administrados por terceras personas, lo cual se justificaría con los contratos de arrendamiento que dicen haberse celebrado. b) Al momento de la diligencia de inspección, se pudo verificar la comunicación pública de ciertas obras musicales presuntamente representadas por SAYCE, así como la existencia de equipos o aparatos idóneos para su comunicación (televisores, radios, parlantes y proyectores) Conforme fotografías que se anexan al acta. c) Se requirió a la señora Fabiola Alexandra Bernal: la licencia de uso respectiva, factura de pago o cualquier otro documento auténtico en el que conste que ha cancelado a SAYCE los derechos correspondientes por el uso de la música, a lo que ella respondió: “El hotel está verificando si existe algún respaldo de pago a favor de SAYCE”. Se concedió la palabra a la señora Fabiola Alexandra Bernal quien manifestó: “La música del lobby es música ambiental y la música que sonaba en el salón Pichincha ocurría por un evento contratado por un cliente directamente; la persona que estaba haciendo la presentación tenía su propio equipo y realizaba esta actividad de manera privada y no a través del hotel. El Gerente General de la compañía responderá a la acción presentada en su contra, en el tiempo concedido”. La Abogada de SAYCE, Marlyce Ponce, señaló: “...se pudo constatar que hay comunicación pública de obras musicales del repertorio administrado por SAYCE y se pudo verificar que la comunicación pública de obras musicales en el lobby del hotel es diferente de las obras musicales que se comunican en el salón de eventos Pichincha, de aquí que en el lobby está sonando la canción “donde estás corazón” de Enrique Iglesias, mientras que en el Salón Pichincha estaba sonando la canción “si una vez” de Selena. Adicionalmente se pudo verificar que en las habitaciones y restaurante, existen equipos como televisores, radios y parlantes que permiten realizar comunicación pública de obras musicales...”. Con base en lo constatado, la autoridad ordenó como medida cautelar provisional: “el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a los derechos de comunicación pública representados por SAYCE, misma que estará sujeta a modificación, revocación o confirmación mediante resolución motivada”. Adicionalmente, se concedió el término de quince días a la parte accionada para que conteste a la presente acción (Fojas 16 a 19 y anexos fojas 20 a 22).

5. El 26 de febrero de 2020, la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE presentó un escrito de legitimación de la intervención de la Abogada Marlyce Ponce Moreno dentro de la práctica de la inspección (Foja 23).

6. El 12 de marzo de 2020, el señor Mauricio Javier Mosquera Murgueytio, Representante Legal y Gerente General de la Compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., contestó a la tutela administrativa presentada en contra de dicha compañía, señalando, en lo principal: a) “Admito también que, a la fecha, mi representada mantiene una obligación pendiente de pago a la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, por concepto de derechos del repertorio que administran en el uso de obras musicales en el espacio de HOTEL QUITO. Sin embargo, pongo en su conocimiento, que a pesar de la voluntad de pago que existe por parte de mi representada, esta valor no ha podido ser oportunamente cancelado en virtud que SAYCE determina un monto ajeno al dispuesto en el ordenamiento jurídico.”; b) “Los establecimientos de alojamiento deben considerarse como unidades íntegras de negocio para cálculo de pago a favor de SAYCE, al realizar

el cálculo han inobservado la norma aplicable para el efecto, además que tampoco responde a la verdad material del hecho generador para el cálculo de los derechos de repertorio... El cálculo efectuado por SAYCE considera los siguientes parámetros: 215 habitaciones, 1 restaurante, 11 salas de eventos, 1 gimnasio, 1 spa, 1 bar, 1 discoteca, 1 salón de belleza y, 2 tiendas... En este tarifario, constan de manera específica y detallada los valores que corresponden pagar a los establecimientos de actividades turísticas, de conformidad a su categoría (número de estrellas) y al número de habitaciones...NO existe disposición alguna que imponga a los establecimientos de alojamiento un pago adicional por los servicios complementarios que ofrecen, tales como restaurante, bares, discotecas, etc., conforme ahora el SAYCE pretende realizar, en total desapego e inobservancia a la normativa que esta misma institución expidió.”; c) Numeral 14 del Reglamento de Alojamiento Turístico y Disposición General Décimo Novena: “Todos los establecimientos de alojamiento turístico serán considerados como una unidad íntegra de negocios para el desarrollo de sus actividades”; “En consecuencia, las actividades complementarias que prestan los establecimientos de alojamiento turísticos como parte de sus servicios, no pueden ser consideradas como unidades de negocio independientes, y mucho menos incluirlas para el cálculo del valor a pagar a favor de SAYCE, por concepto de uso y difusión de música con protección de derechos de autor”; d) Este criterio fue ratificado por la autoridad nacional de propiedad intelectual, a través de la absolución de una consulta mediante Oficio No. 027-2012-SGC-DNDAYDC-IEPI: “...las Sociedades de Gestión Colectiva deben basar sus tarifas al sector hotelero en función del criterio dado por el Ministerio de Turismo”. “Por lo expuesto, mi representada NO está obligada a pagar a SAYCE ningún valor por el uso de la música en sus espacios de servicio complementario, tales como el restaurante, las salas de eventos, el gimnasio, el spa, el bar, la discoteca, entre otros, conforme están definidos en el Reglamento de Alojamiento Turístico”; e) “...algunos servicios complementarios prestados por mi representada se encuentran bajo la responsabilidad de terceros, conforme los contratos de arriendo que adjunto para su conocimiento, en virtud de lo cual, en el supuesto no consentido de que se pretenda desconocer que los establecimientos de alojamiento turístico son unidades íntegras de negocio, no correspondería a QUITOLINDO la calidad de sujeto pasivo obligado al pago de los valores reclamados por SAYCE”; f) “El número de habitaciones considerado por SAYCE para el cobro de los derechos de repertorio, no es real”. En unidad de acto presentó documentos que considero relevantes a la presente causa y solicitó que se rechace la presente acción, ratificando que QUITOLINDO debe ser considerada como unidad íntegra de negocio, determinándose el valor a pagar real (Fojas 24 a 26 y anexos fojas 27 a 76 vta.).

7. El 01 de junio de 2020, la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE presentó un escrito solicitando se emita la respectiva resolución dentro de este procedimiento administrativo (Foja 77).

8. Mediante providencia de 20 de julio de 2020, notificada el 22 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos dispuso la apertura del término de prueba por quince días contados a partir de la notificación de esta providencia (Foja 79 a 79 vta.).

9. El 13 de agosto de 2020, la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador presentó un escrito mediante el cual solicitó: a) “Que se sirva señalar un día y hora en el cual la demandada, exhiba ante su Autoridad la licencia, factura o cualquier otro documento otorgado por la Sociedad

de Autores, mediante el cual, la Compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., propietaria del HOTEL QUITO, está autorizada para hacer uso de las obras musicales administradas por SAYCE y realizar actos de comunicación pública en los distintos servicios (habitaciones, restaurante, salas de eventos, local comercial y lobby) que ofrece el Hotel dentro de sus instalaciones de manera individual e independiente, desde el año 2018 hasta la presente fecha.”; y, b) “Que se tenga como prueba a mi favor el acta de inspección y sus anexos de fecha 19 de febrero de 2020, en la que la Autoridad pudo comprobar prima facie la existencia de la infracción de los derechos de propiedad intelectual, toda vez que, la Compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., propietaria del HOTEL QUITO, se encontraba ejecutando actos de comunicación pública en los distintos ambientes que ofrece el Hotel, pues como usted pudo evidenciar cada uno de ellos contaba independientemente con sus respectivos equipos o aparatos idóneos (televisores, radios, parlantes y proyectores), para comunicar al público; a tal punto que, en el Salón de eventos denominado “Pichincha”, su Autoridad pudo constatar la comunicación pública de obras musicales administradas por SAYCE... En tal sentido no es aplicable que la accionada quiera excepcionarse indicando que son “unidades íntegras de negocios” para no cancelar a SAYCE los derechos de comunicación pública ejecutados en los distintos ambientes del Hotel....” (Foja 81 a 81 vta.).

10. El 13 de agosto de 2020, la Sociedad de Autores y Compositores del Ecuador presentó un escrito mediante el cual da contestación a lo alegado por la parte accionada, argumentando que: a) “...la Compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., propietaria del Hotel Quito, no puede excepcionarse de cancelar por los distintos actos de comunicación pública que se están explotando en los diferentes ambientes del Hotel Quito, ya que están generando una nueva obligación de licenciamiento...”; b) El Derecho de Autor goza de autonomía legislativa, ajena al Reglamento de Alojamiento Turístico, “...la normativa sobre propiedad intelectual, más allá de la especialidad, es preeminente y de aplicación preponderante por su jerarquía frente a las otras normas sobre turismo de estatus inferior.”; c) Mediante Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2019-090-R de 11 de diciembre de 2019, Cláusula Décimo Tercera, el SENADI manifiesta: “(...) esta Dirección Nacional no desconoce el hecho de que los hoteles deban cumplir con las disposiciones presentes en la Ley de Turismo o el Reglamento de Alojamiento Turístico, sin embargo insiste en que la gestión de obras y las exploraciones de las mismas deban regularse... conforme a las normas de la materia”; d) “...dos lugares diferentes, con distinto público en el Hotel Quito tuvieron acceso a diferentes obras musicales, generando independientemente una nueva obligación, susceptible de ser pagada y licenciada por SAYCE” (Fojas 83 a 84).

11. Mediante providencia de 18 de septiembre de 2020, notificada el 21 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos rechazó lo solicitado por la accionante, toda vez que, oportunamente se dispuso la apertura de término probatorio, dentro del cual se pudieron presentar los documentos cuya exhibición se está solicitando al accionado, además, señaló que los argumentos expresados por las partes de este procedimiento serán atendidos al momento de resolver la causa (Foja 85).

PRIMERO.- CONSIDERACIONES GENERALES:

1.1. Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 356, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 224 de 18 de abril de 2018, se creó el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI, como la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales; y, que de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, será el sucesor en derecho del extinto Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual.

De la misma manera, la Disposición Transitoria Cuarta del referido Decreto Ejecutivo, establece que: *“La estructura orgánica del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual funcionará hasta que la estructura orgánica del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales sea aprobada (...)”*, en consecuencia, esta Dirección Nacional es competente para sustanciar y resolver el presente procedimiento administrativo.

Por su parte, la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación dispone: *“(...) aquellos procedimientos que empezaren a sustanciarse a partir de la vigencia y promulgación del presente Código, deberán ser realizados conforme a las normas establecidas en este cuerpo legal, en lo que no se encuentre normado, se aplicará transitoriamente la Ley de Propiedad Intelectual y demás normativa, mientras se expidan los reglamentos respectivos (...)”*.

1.2. Que, no se han producido omisiones de solemnidades sustanciales ni vicios, que puedan afectar la validez del presente trámite.

1.3. Que, mediante Acción de Personal No. SENADI-UATH-2018-08-060 de 01 de agosto de 2018, se designó a Ramiro Rodríguez Medina, como Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, mismo que avoca conocimiento de la presente causa.

1.4. Que, con el fin de resolver el presente procedimiento, esta Dirección Nacional sistematizará el análisis del caso para la determinación de la existencia o no de la infracción de derechos; y, por ende, la procedencia de la acción de Tutela Administrativa presentada.

1.5. Que, la Constitución de la República, en sus artículos 22 y 322, señala:

“Artículo 22. *Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.”*

“Artículo 322. *Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley...”*

Disposiciones constitucionales que reconocen la propiedad intelectual y el derecho que tienen las personas a desarrollar su actividad creativa y a beneficiarse de la misma a través de la protección y explotación de sus derechos de propiedad intelectual.

SEGUNDO.- ASUNTOS CONTROVERTIDOS OBJETO DE DISCUSIÓN:

- I. DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA
 - a. De la administración, legitimación y definición de las sociedades de gestión colectiva
 - b. Presunción de legitimidad de las sociedades de gestión colectiva
 - c. Funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva
- II. DERECHO VULNERADO. COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS
 - a. Normativa internacional, andina y nacional respecto a los derechos de los autores y compositores
 - b. Comunicación pública de obras
- III. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
- IV. CÁLCULO DEL MONTO ADEUDADO POR LA PARTE ACCIONADA
 - a. Unidad íntegra de negocio de los establecimientos de alojamiento
 - b. Contratos de arrendamiento
 - c. Número de habitaciones en la actualidad
- V. MEDIDAS ORDENADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
 - a. Diligencia de inspección
 - b. Requerimiento de información
- VI. MULTA Y JUSTIFICACIÓN.
 - a. Fijación de la multa

TERCERO.- DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

A. DE LA ADMINISTRACIÓN, LEGITIMACIÓN Y DEFINICIÓN DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA:

3.1. Los titulares de Derecho de Autor y Derechos Conexos están facultados para gestionar y ejercer directamente sus derechos, de manera individual o a través de una Sociedad de Gestión Colectiva¹, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 239 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, mismo que se cita a continuación para una mejor referencia:

“Artículo 239.- De la administración de las sociedades de gestión.- Las sociedades de gestión colectiva autorizadas estarán obligadas a administrar los derechos que les son confiados y estarán legitimadas para ejercerlos de conformidad con este Libro y en los

¹ El artículo 238 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, señala “Son sociedades de gestión colectiva las personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos.”.

términos previstos en sus propios estatutos, en los mandatos que se les hubieren otorgado y en los contratos que hubieren celebrado con entidades extranjeras, según el caso...".

El artículo 49 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina, respecto a la legitimación de las Sociedades de Gestión Colectiva, prescribe:

"Art. 49.- *Las 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."*

3.2. Por tener especial relevancia en la causa, se considera ineludible definir a las Sociedades de Gestión Colectiva del derecho de autor y derechos conexos, citando el Proceso 22-IP-98 de 25 de noviembre de 1998, del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

"Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de obra; pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral (...)"²

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ha indicado:

"Las sociedades de gestión colectiva son creadas con la finalidad de que una sola persona jurídica sea el representante de varios titulares de derechos de autor o de derechos conexos, quien pueda efectuar la labor de hacer valer los derechos de sus representados. Si aisladamente cada autor o titular de derechos conexos intentara efectuar el cobro de puerta en puerta de los derechos patrimoniales que le confiere la ley, por temas de tiempo, procesos y demás, le sería difícil efectuarlo. En cambio apoyado en una sociedad de gestión colectiva, es ella quien se encarga de a su vez hacer las gestiones necesarias para que el autor o el titular de un derecho conexo se vea protegido y reciba el valor económico que le corresponde por reproducción de sus obras o producciones, respectivamente."³

En este sentido, se insiste en que los titulares de Derecho de Autor o Derechos Conexos están facultados para gestionar y ejercer directamente sus derechos de manera individual o a través de una Sociedad de Gestión Colectiva debidamente autorizada para su funcionamiento.

3.3. En el caso concreto, se debe señalar que la autorización de funcionamiento de la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE -por haber cumplido con lo dispuesto en

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial No. 22-IP-98 de 25 de noviembre de 1998.

³ <https://www.wipo.int/copyright/es/management/>

el artículo 112 y 113 de la Ley de Propiedad Intelectual (normativa vigente al momento de la respectiva autorización), fue conferida por el entonces Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, mediante Resolución No. 004 de 22 de diciembre de 1999; por ende, aquella estaría facultada para gestionar y ejercer los derechos de los autores y compositores asociados a ella. Además, conforme el artículo 116 del mismo cuerpo legal, se dispuso la publicación de las tarifas establecidas por las Sociedades de Gestión Colectiva, relativas a las licencias de uso sobre las obras que conformen su repertorio, siempre que se hubieren cumplido los requisitos formales establecidos en los estatutos y en la Ley.

B. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA:

3.4. Respecto de la presunción de legitimidad conferida a favor de las Sociedades de Gestión Colectiva, es trascendental citar lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Sobre la presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva, este Tribunal considera que lo que se busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de [los] (sic) estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tuviera que demostrar la representación de todo su repertorio para que recién pueda protegerlo ante una autoridad y recaudar el derecho de sus asociados, implicaría que cada vez que dicha sociedad exija a un tercero el pago por el uso no autorizado de los fonogramas que administra tenga que incurrir en cuantiosos gastos económicos, circunstancia que haría[n] (sic) inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

*Más aún si consideramos que el repertorio de los productores fonográficos afiliados a una sociedad de gestión colectiva nacional o extranjera puede variar constantemente y que las incorporaciones de nuevos asociados a este tipo de entidades pueden efectuarse en cualquier momento, lo cual haría imposible que las sociedades de gestión colectiva puedan demostrar a tiempo real todo el repertorio que se encuentra bajo su administración al momento de iniciar la defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por dichas razones, **se justifica que una sociedad de gestión colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o cada requerimiento de pago efectuado a un tercero.***

Existe, por lo tanto, una presunción iuris tantum de que las sociedades de gestión colectiva están legitimadas, conforme a lo que indiquen sus estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración ante cualquier autoridad administrativa o judicial. Para tal efecto, basta presentar dichos estatutos para presumir, salvo prueba

en contrario, que los derechos ejercidos les han sido confiados por los correspondientes titulares.⁴ (Énfasis agregado)

Es decir, el exigir a las Sociedades de Gestión Colectiva que justifiquen, dentro de cada procedimiento o acción que inician, cada uno de los titulares de derecho de autor que representan o cada una de las obras administradas, supondría un obstáculo evidente a la protección de los derechos de propiedad intelectual, lo cual beneficiaría al infractor con base en simples formalidades.

3.5. En consecuencia, la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE, en cuanto Sociedad de Gestión Colectiva, debidamente autorizada por el entonces Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual IEPI, hoy Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, para gestionar los derechos de propiedad intelectual de los artistas y compositores, goza de legitimación *ad causam* para ejercer la defensa de los derechos que le han sido confiados conforme sus estatutos y los contratos celebrados con entidades extranjeras análogas –sin necesidad de justificarlo o de presentar otro tipo de pruebas que aquellos documentos que reposan en los archivos de esta institución-. De ser el caso, corresponde, por tanto, al tercero accionado, demostrar documentada y justificadamente el no uso de obras del repertorio de la Sociedad de Gestión Colectiva.

3.6. Adicionalmente, QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. no ha presentado prueba que desvirtúe esta presunción en favor de la accionante, por el contrario en su escrito de contestación de 12 de marzo de 2020, expresamente, aceptó mantener una obligación de pago con la SAYCE, al señalar: *“Admito también que, a la fecha, mi representada mantiene una obligación pendiente de pago a la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, por concepto de derechos del repertorio que administran en el uso de obras musicales en el espacio de HOTEL QUITO”*, de ahí que esta Autoridad declara la legitimación activa de la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE dentro de la presente causa.

C. FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA:

3.7. La SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS – SAYCE está facultada por los mandatos de sus socios, sus estatutos, los convenios de representación recíproca y la autorización de funcionamiento conferida por el SENADI a otorgar, a favor de terceros, licencias para la comunicación pública, por diversos medios, de las obras musicales que representa, apegado al pliego tarifario publicado en el Registro Oficial No. 653 de 02 de marzo de 2012, en el cual se fijan las tarifas por comunicación pública a pagarse de manera obligatoria, por quién realiza la explotación de las obras que conforman su repertorio.

Al ser un tema controvertido, la tarifa que pretende cobrar la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS – SAYCE al ahora accionado, se lo analizará de manera independiente más adelante.

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial No. 372-IP-2019 de 19 de noviembre de 2019.

CUARTO.- DERECHO VULNERADO. COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS**A. NORMATIVA INTERNACIONAL, ANDINA Y NACIONAL RESPECTO A LOS DERECHOS DE LOS AUTORES Y COMPOSITORES:**

4.1. El artículo 11 bis del Convenio de Berna para protección de obras literarias y artísticas, dicta:

“Artículo 11.- Bis.- (Derechos de radiodifusión y derechos conexos: 1. Radiodifusión y otras comunicaciones sin hilo, comunicación pública por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, comunicación pública mediante altavoz o cualquier otro instrumento análogo de la obra radiodifundida...) 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar; 1° la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2° toda comunicación pública, por hilo o sin hilo de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3° la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.” (Énfasis agregado)

4.2. El artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor – WCT, establece:

“Artículo 8. Derecho de comunicación al público. Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter,1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.” (Énfasis agregado)

4.3. Por su parte, el artículo 13 de la Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comisión de la Comunidad Andina, al respecto de los derechos patrimoniales del autor, prescribe:

“Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: (...) b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; (...).” (Énfasis agregado)

4.4. Finalmente, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, establece en su artículo 120:

“Artículo 120. Derechos Exclusivos.- Se reconoce a favor del autor o su derechohabiente los siguientes derechos exclusivos sobre una obra:
(...)

2. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; (...). (Énfasis agregado)

4.5. En consecuencia, de la normativa citada se desprende que los autores y compositores son titulares de un derecho exclusivo para realizar, autorizar o prohibir la comunicación pública de sus obras.

B. COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS:

4.6. La comunicación pública, entendida como todo acto por el cual las personas pueden tener acceso a la obra o parte de ella por medios distintos a la distribución de ejemplares, origina la obligación de quien la realiza, de obtener autorización por parte del titular de las obras comunicadas o por parte de quienes lo representen, así como origina la obligación al pago de los respectivos derechos patrimoniales a favor de aquellos. Además, se recuerda que cada nueva comunicación pública de la obra implica una nueva obligación, una nueva autorización y un nuevo pago.

4.7. A decir del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE, la comunicación pública es: “...en principio, cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas...”⁵

Dicho Tribunal, además, ha destacado el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención en el acto de comunicación pública:

*“...En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención, los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida”.*⁶

4.8. Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, dentro del proyecto de sentencia del amparo directo en revisión 4040/2019, en sesión de 21 de noviembre de 2019, ha manifestado que por el término “comunicación pública” se entiende:

*“...todo acto por el cual una pluralidad de personas **puede** tener acceso a todo o parte de la obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.”*⁷ (Énfasis agregado)

⁵ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Interpretación Prejudicial, Asunto C-610/15 entre Stichting Brein y Ziggo BV, XS4ALL Internet BV

⁶ Sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C 527/15, EU:C:2017:300, apartado 31.

⁷ Sentencia del Amparo Directo 11/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan N. Silva Meza, 1 de diciembre de 2010..

Y, continúa:

*“...se precisa que la doctrina en la materia ha sostenido que un acto de comunicación pública se presenta aún frente a la existencia o no de un fin lucrativo como condición necesaria para que se dé tal comunicación.⁸...se estima que dentro de los criterios que permiten identificar su naturaleza se encuentran: (a) que el acto debe dirigirse a una pluralidad de personas; (b) **que exista una posibilidad real de acceso a la obra**; y, (c) que no se haya producido una previa distribución de ejemplares a cada una de dichas personas⁹; todas las anteriores con independencia de la existencia de un ánimo de lucro”. (Énfasis agregado)*

4.9. Por su parte, el artículo 15 de la Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la CAN, señala lo siguiente:

*“**Artículo 15.-** Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, **pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas...**” (Énfasis agregado)*

En concordancia con lo anterior, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación define a la comunicación pública, de la siguiente manera:

*“**Artículo 123.- Comunicación pública.-** Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente decidan, **pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas...**” (Énfasis agregado)*

4.10. El uso del verbo *poder* tanto en la Decisión Andina 351, como en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación no es casual, pues como bien señala la Corte Suprema de Justicia de México, la comunicación pública se configura frente al hecho **que exista una posibilidad real de acceso a la obra**. En esta misma línea, la normativa regional y nacional reconoce que **la sola potencialidad relativa a que el público pueda acceder a la obra es suficiente para que se configure el acto de comunicación pública**, al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sabido señalar que:

*“...para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella. Por consiguiente, **no es decisivo** a este respecto, en contra de lo afirmado por Rafael Hoteles e Irlanda, **el hecho de que los clientes que no hayan encendido el televisor no hayan tenido acceso efectivo a las obras.**”¹⁰ (Énfasis agregado).*

⁸ Rodríguez Tapia, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril), 2ª. ed., CIVITAS Y THOMSON REUTERS, 2009, p. 570

⁹ Ayllón Santiago, Héctor, *El derecho de comunicación pública directa*, España, Editorial Reus Y Fundación AISGE, 2011, pp. 157 – 163.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dentro del asunto C-306/05 de 07 de diciembre de 2006.

4.11. Por lo anterior, para que haya comunicación pública de determinada obra, basta con que la misma se ponga a disposición del público y que, en consecuencia, el público **pueda** acceder a ella. Es decir, en términos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, dentro del asunto C-306/05 de 07 de diciembre de 2006, previamente citado, el hecho de que QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. cuente en sus instalaciones con equipos que posibiliten técnicamente el acceso del público a las obras radiodifundidas, tales como radios, parlantes, televisores y proyectores, configura la potencialidad y, por tanto, configura un acto de comunicación pública, pues a través de estos equipos se puede comunicar contenido protegido por derecho de autor y, en consecuencia, se configura un acto de comunicación pública, ya que estaría posibilitando a sus clientes a acceder a obras que componen el catálogo representado por la parte accionante.

Insistiendo en la jurisprudencia citada, se aclara que “no es decisivo... el hecho de que los clientes que no hayan encendido el televisor no hayan tenido acceso efectivo a las obras.”¹¹

QUINTO.- INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

5.1. Respecto de la prueba de la infracción, es importante advertir que si bien el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos indica que: “**Art. 169.- Carga de la prueba.** Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.”, para estos casos, el ordenamiento jurídico invierte la regla respecto de la carga de la prueba, debido a que resulta lógico que se exija probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

“La carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

(...) aplica un paradigma más laxo del derecho probatorio, usada por el juez cuando de la aplicación de los presupuestos tradicionales de carga de la prueba existe la posibilidad de que quede la verdad al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue (...).”¹²

Pudiendo en consecuencia:

“(...) distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan... en procura que en el proceso aparezcan demostrados los hechos en que se

¹¹ *Ibidem.*

¹² DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. En: Entramado. Enero - Julio, 2016 vol. 12, no. 1, p. 1 y 209, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>.

*fundan las alegaciones de las partes, indistintamente de cuál es la posición procesal ocupada por cada una de ellas y cuál es el efecto jurídico que están persiguiendo en el proceso, orientando de ese modo la actividad probatoria hacia la búsqueda de la verdad.*¹³

5.2. Con base en lo anterior, considerando la presunción de legitimidad de la que gozan las Sociedades de Gestión Colectiva y que la comunicación pública se configura con la potencialidad de acceder a obras y prestaciones protegidas, configurada por el hecho de contar con instalaciones que posibiliten técnicamente el acceso del público a obras y prestaciones, era QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. quien debía probar que no ha usado ni ha comunicado públicamente las obras musicales contenidas en el repertorio representado por la parte accionante; sin embargo y al contrario, de la revisión del expediente administrativo se desprende que la parte accionada admitió que mantiene una “obligación pendiente de pago a la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos SAYCE, por concepto de derechos del repertorio que administran en el uso de obras musicales en el espacio de HOTEL QUITO”, impugnando únicamente el monto fijado por la parte accionante como deuda, ya que considera que aquél es ajeno a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico.

SEXTO.- CÁLCULO DEL MONTO ADEUDADO POR LA PARTE ACCIONADA

6.1. La SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS, SAYCE, en el escrito de tutela administrativa indicó que el monto adeudado por parte de la Compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. asciende a un total de USD \$13.884,50, monto calculado con base en los siguientes parámetros:

- “...dentro de sus instalaciones cuenta con los servicios de hospedaje (215 habitaciones, un restaurante, 11 salas de eventos, un gimnasio, un spa, un bar, una discoteca, un salón de belleza y 2 tiendas. Cada uno de estos servicios se ofrecen en espacios diferentes dentro del hotel, los mismos que utilizan música de manera permanente e independiente uno del otro...”
- La parte accionada no ha cancelado los derechos por comunicación pública de obras de conformidad con su pliego tarifario, durante los años 2018 a 2020.

6.2. QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. ha discrepado acerca del valor fijado por SAYCE, con base en los siguientes argumentos:

- Los establecimientos de alojamiento deben considerarse como unidades integras de negocio para el cálculo del pago a favor de SAYCE. Aplicación del artículo 3 numeral 14 del Reglamento de Alojamiento Turístico y de su Disposición General Décimo Novena.
- Conforme el tarifario aprobado de SAYCE, el valor a pagarse por los establecimientos de actividades turísticas depende de su categoría y del número de habitaciones, no se dispone pago adicional por los servicios complementarios que ofrezcan.

¹³ Ibídem

- Algunos de los servicios complementarios considerados por SAYCE para el cálculo del monto adeudado se encuentran bajo responsabilidad de terceros, “no correspondería a QUITOLINDO la calidad de sujeto pasivo obligado al pago de los valores reclamados”.
- El número de habitaciones considerado por SAYCE no es real.

6.3. Frente a lo alegado por la parte accionada, esta Dirección Nacional se encuentra en la obligación de analizar cada uno de los temas debatidos.

A. UNIDAD ÍNTEGRA DE NEGOCIO DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE ALOJAMIENTO:

6.4. La parte accionada señaló que las actividades complementarias que se prestan en su establecimiento, como parte de sus servicios, no pueden ser consideradas como unidades de negocio independientes “y mucho menos incluirlas para el cálculo del valor a pagar a favor de SAYCE”, alegando, a su favor, la llamada “unidad íntegra de negocio”, con base en lo definido en el numeral 14 del artículo 3 del Reglamento de Alojamiento Turístico:

“14. Establecimiento de alojamiento turístico: Es el establecimiento considerado como una unidad íntegra de negocio destinada al hospedaje no permanente de turistas y que brinda servicios complementarios, para lo cual deberá obtener previamente el registro de turismo y la licencia única anual de funcionamiento, a través de la Autoridad Nacional de Turismo o de los Gobiernos Autónomos Descentralizados a los cuales se les hubiere transferido la competencia, conforme a los requisitos de clasificación y categorización dispuestos en el presente Reglamento.”

En este mismo sentido, la Disposición General Décimo Novena del anunciado cuerpo normativo, establece:

“Todos los establecimientos de alojamiento turístico serán considerados como una unidad íntegra de negocios para el desarrollo de sus actividades”.

6.5. Para fundamentar lo invocado, la parte accionada presentó junto a la contestación de la tutela administrativa, diferentes documentos como el Oficio Nro. MT-MINTUR-2012-1618 de 30 de mayo de 2012, emitido por el entonces Viceministro de Turismo y dirigido al entonces Presidente de la Federación Hotelera del Ecuador – AHOTEC y al entonces Presidente de FENACAPTUR; el Oficio Nro. MT-VGT-2016-0028-O de 25 de mayo de 2016, emitido por el entonces Viceministro de Gestión del Ministerio de Turismo y dirigido al entonces Presidente de la Federación Hotelera del Ecuador – AHOTEC, al entonces Presidente de FENACAPTUR y al entonces Presidente Ejecutivo de la Asociación de hoteles de Quito Metropolitano, HQM; y, Oficio Nro. 027-2012-SGC-DNDAyDC-IEPI de 05 de noviembre de 2012, emitido por el doctor Andrés Ycaza, Presidente del extinto Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual y dirigido al entonces Presidente de la Federación Hotelera del Ecuador – AHOTEC y al entonces Presidente Ejecutivo de la Asociación de hoteles de Quito Metropolitano, HQM.

6.6. Verificando el contenido e importancia de cada uno de los documentos enunciados en el punto inmediato anterior, se debe hacer alusión específica al pronunciamiento del Viceministro de Gestión del Ministerio de Turismo, contenido en el Oficio Nro. MT-VGT-2016-0028-O de 25 de mayo de 2016 (Fojas 64 a 65 vta.), en el cual se lee:

“...un establecimiento de alojamiento turístico es una unidad íntegra de negocio, es decir que dicho establecimiento dentro de su giro de negocio debe brindar servicios complementarios según su tipo y categoría determinados en el Reglamento de Alojamiento Turístico...los eventos que se realizan dentro del establecimiento tales como: Actividades y/o eventos privados, sean estos familiares o institucionales...y, actividades y/o eventos planificados y organizados por el establecimiento...servicios de bar y cafetería... y/o que directamente fueran contratados por una persona natural o jurídica para un evento privado, son considerados como parte del giro del negocio y son de su actividad normal y común... la calidad de unidad íntegra de negocio que tienen los establecimientos de alojamiento, no genera obligaciones adicionales por eventos arriba descritos y realizados dentro del mencionado establecimiento, al ser estos servicios complementarios...”

Al respecto, esta Dirección Nacional entiende y comparte que los temas referentes a turismo deban ser regulados y aclarados por las autoridades de la materia, en el ámbito de su competencia legalmente conferida; sin embargo, advierte que la competencia en temas de propiedad intelectual, de sociedades de gestión y, en general, de la gestión de obras, con todos los trámites y tarifas que aquellas conllevan, le corresponde a la autoridad nacional en materia de Propiedad Intelectual, es decir, al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI.

6.7. Sobre el tema, ya se ha pronunciado esta Dirección Nacional, mediante Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2019-090-R de 11 de diciembre de 2019, en la cual ha indicado, en lo principal que:

“...no desconoce el hecho de que los hoteles deban cumplir las disposiciones presentes en la Ley de Turismo o el Reglamento de Alojamiento Turístico, sin embargo insiste en que la gestión de obras y la explotación de las mismas debe regularse conforme el Convenio de Berna, la Decisión Andina 351 y el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación y demás cuerpos normativos referentes a la materia, conforme el principio de especialidad de la ley, pues estas son las normas que regulan los activos intangibles conforme lo previsto en el artículo 601 del Código Civil, que señala:

“Art. 601.- Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se registrará por leyes especiales.”

En este contexto, apelando al principio de especialidad de la ley y de competencia, se considera oportuno citar a la Constitución de la República del Ecuador, en cuyo artículo 425 menciona:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Por otra parte, la Disposición General Cuarta del Código Orgánico Administrativo señala:

‘En el ámbito de la propiedad intelectual, son aplicables, las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, las normas de la Comunidad Andina de Naciones y demás normativa vigente, no obstante de ello, las disposiciones del presente Código se aplicarán de manera supletoria.’ ”

De ahí que el régimen de propiedad es el que se encuentra previsto en la normativa especializada de propiedad intelectual, misma que, reconoce el principio de independencia de las formas y modalidades de explotación.

6.8. El principio de independencia de las formas o modalidades de explotación se encuentra positivizado en el artículo 31 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina, norma que a la letra manda:

“Artículo 31.- Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.”

Sobre este principio la doctrina ha sabido señalar:

*“(...) la autorización de uso se limita a aquel o a aquellos expresamente mencionados en el contrato y las modalidades previstas en este (...)”.*¹⁴

Asimismo, Wilson Ríos a este respecto indica que:

¹⁴ Lipsyc, Delis, 2006, Derecho de Autor y Derechos Conexos, p. 278.

“(…) Las distintas formas de explotación de la obra son independientes entre sí; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás. Este principio, (…) busca siempre salvaguardar los derechos del autor o titular, precisando que, por ejemplo, si el autor cede o autoriza su derecho patrimonial de reproducción, ello no significa que los demás derechos (…)”. La interpretación de los derechos de autor será siempre restrictiva, es decir, deberán siempre pactarse y mencionarse de manera precisa que trata el negocio jurídico respectivo. (…) todas y cada una de las formas de disposición del derecho de autor son independientes entre sí (…).”¹⁵ (Énfasis agregado).

Por su parte el Tribunal Andino de Justicia en su Interpretación Prejudicial N° 544-IP-2018 de fecha 26 de febrero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N°3625 del 14 de mayo de 2019 respecto de la cesión expresa de derechos de autor señaló lo siguiente:

“(…) La cesión de derechos, así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros, deben ser interpretadas en forma restrictiva; es decir, solo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como transmisibles sin considerar los derechos que constituyen para el titular una reserva propia y particular para su uso (…).”

Por lo tanto, en aplicación de este principio, los titulares de derechos o las sociedades de gestión colectiva que gestionan sus derechos, pueden conceder licencias de uso por cada forma o modalidad de explotación. Debido a ello, las referidas sociedades para gestionar los derechos que representan, deben previamente contar con un tarifario en el que se detalle los conceptos y rubros por los que se debe desembolsar el pago por derechos de autor o conexos.

El tarifario de la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS – SAYCE fue expedido de conformidad con lo previsto en la Ley de Propiedad Intelectual -norma vigente en ese momento- y publicado en el Registro Oficial No. 653 de 02 de marzo de 2012. En el mismo se establecen conceptos diferenciados según la forma o modalidad de explotación del derecho de comunicación pública.

6.9. El accionado en su escrito de contestación señala:

“...c) Numeral 14 del Reglamento de Alojamiento Turístico y Disposición General Décimo Novena: ‘Todos los establecimientos de alojamiento turístico serán considerados como una unidad íntegra de negocios para el desarrollo de sus actividades’; ‘En consecuencia, las actividades complementarias que prestan los establecimientos de alojamiento turísticos como parte de sus servicios, no pueden ser consideradas como unidades de negocio independientes, y mucho menos incluirlas para el cálculo del valor a pagar a favor de SAYCE, por concepto de uso y difusión de música con protección de derechos de autor.’ ”

Al respecto es preciso señalar que la referida normativa tiene rango de reglamento por lo que, bajo los principios de unidad y validez, de orden jerarquizado gradado y de jerarquía normativa no puede

¹⁵ Ríos, Wilson R., 2011, La Propiedad Intelectual en la Era de las tecnologías, p. 76 y 70.

contravenir lo previsto por normas de rango superior. Del mismo modo tampoco puede pretender ser aplicable por sobre las normas que regentan de manera especial el ámbito de la Propiedad Intelectual.

Pretender limitar el derecho constitucional de propiedad atenta contra la normativa internacional, regional y nacional, pues de forma arbitraria y abusiva restringe la capacidad de disposición que el titular tiene respecto de los bienes inmateriales que le pertenecen. Una situación de esta naturaleza sería como si por tratarse de una unidad única de negocio, mediante reglamento, el Estado facultara unilateralmente al usuario del servicio de restaurante del hotel a exigir el uso de las habitaciones y el consecuente alojamiento gratuito en el mismo. Limitar el derecho de propiedad, concretamente la capacidad de disposición de uso que tiene el titular de un bien corporal, riñe con el ordenamiento jurídico de la misma manera que el pretender hacerlo respecto de la capacidad de disposición que tiene el titular de bienes inmateriales.

6.10. Debido a lo expuesto, esta autoridad rechaza este argumento como justificativo del no cumplimiento de las obligaciones de pago con SAYCE, recordando además que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, son solidariamente responsables las autoridades (entre ellos funcionarios o servidores públicos) que presten su apoyo para que terceros usen obras sin la debida autorización expresa del titular del derecho o de su representante:

“Artículo 54.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.”

6.11. Es preciso advertir además que la autoridad nacional competente en el ámbito de la Propiedad Intelectual es el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales -SENADI- y que el Ministerio de Turismo carece de competencia para expedir normativa relativa a derechos de propiedad intelectual.

B. CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO:

6.12. La parte accionada ha indicado que algunos de los servicios complementarios considerados por SAYCE para el cálculo del monto adeudado se encuentran bajo responsabilidad de terceros, con base en lo cual rechaza su calidad de sujeto pasivo obligado al pago de los valores fijados por SAYCE.

6.13. Para justificar lo dicho, ha presentado junto a la contestación de tutela administrativa copias certificadas de los documentos que se detallan a continuación:

a) Contrato de concesión de derecho de uso de espacio comercial para que opere el Centro de Estética Corporal, facial y de cámara de bronceado, con plazo de duración del 21 de junio de 2019 a 21 de junio de 2020 (Fojas 31 a 36):

Este documento no podría probar el uso que se daba ni quién utilizó dicho local comercial desde el año 2018 al 20 de junio de 2019; dato relevante, recordando que los años de no pago de la parte accionada a SAYCE son del año 2018 al 10 de enero de 2020 (fecha en la que se inició la presente acción de tutela administrativa), es decir, este documento únicamente tendría relevancia durante su plazo de duración.

b) Contrato civil de concesión del gimnasio del Hotel Quito, con una duración de dos años contados a partir del 31 de julio de 2015 (Fojas 37 a 39 vta.):

Considerando el plazo de duración de este documento (julio 2015 a julio 2017) y los años de no pago de la parte accionada a SAYCE (2018 al 10 de enero de 2020 (fecha en la que se inició la presente acción de tutela administrativa) este contrato es irrelevante a la causa. La parte accionada no ha presentado documento alguno que pruebe, por ejemplo, la renovación de este contrato, o la celebración de uno nuevo, con el fin de verificar quién utiliza y qué uso se le da a este local comercial en la actualidad.

c) Contrato de arrendamiento de local destinado a un negocio de Barbería, con plazo de duración del 01 de abril de 2018 a 01 de abril de 2020 (Fojas 40 a 41 vta.):

Este documento si bien tiene una vigencia en un plazo importante dentro de los años considerados por SAYCE para el cálculo del monto adeudado por el ahora accionado, no podría probar el uso que se daba ni quién utilizó dicho local comercial de enero a marzo del año 2018; dato relevante, recordando que los años de no pago de la parte accionada a SAYCE son del año 2018 al 10 de enero de 2020 (fecha en la que se inició la presente acción de tutela administrativa), es decir, este documento únicamente tendría relevancia durante su plazo de duración.

d) Contrato de concesión de local comercial destinado al funcionamiento de una discoteca, con una duración de 28 meses (2 años y 4 meses) contados a partir del 15 de noviembre de 2016, es decir hasta el 15 de marzo de 2019 (Fojas 43 a 46 y anexos 47 a 53 vta.) y adendum modificatorio al contrato (Foja 54 a 54 vta.), por el cual, entre otras cosas se modifica su plazo de duración, señalando que el plazo de 28 meses contará a partir de la firma del acta de entrega recepción del local, esto es 01 de mayo de 2017 (siendo su plazo hasta el 01 de septiembre de 2019):

Este documento no podría probar el uso que se daba ni quién utilizó dicho local comercial desde el 02 de septiembre del año 2019 en adelante; dato relevante, recordando que los años de no pago de la parte accionada a SAYCE son del año 2018 al 10 de enero de 2020 (fecha en la que se inició la presente acción de tutela administrativa), es decir, este documento únicamente tendría relevancia durante su plazo de duración.

e) Contrato de arrendamiento de local destinado a la comercialización de habanos de Cuba, con plazo de duración del 01 de enero de 2018 a 31 de diciembre de 2018 (Fojas 55 a 57):

Este documento no podría probar el uso que se daba ni quién utilizó dicho local comercial desde el año 2019 al 10 de enero de 2020 (fecha en la que se inició la presente acción de tutela administrativa); dato relevante, recordando que los años de no pago de la parte accionada a SAYCE son del año 2018 al 10 de enero de 2020), es decir, este documento únicamente tendría relevancia durante su plazo de duración.

6.14. En consecuencia, no todos los contratos presentados por la parte accionada son relevantes a la causa, considerando que los años de no pago a favor de SAYCE son los años 2018 al 10 de enero de 2020 (fecha en la que se inició la presente acción de tutela administrativa), así como tampoco, todos aquellos logran justificar el argumento defendido por la parte accionada, respecto a que dichos locales se encuentran bajo la responsabilidad de terceros, mismos que deberían considerarse como sujetos pasivos para la multa adeudada por la parte accionada.

C. NÚMERO DE HABITACIONES EN LA ACTUALIDAD:

6.15. Respecto del número de habitaciones consideradas por SAYCE para el cálculo del monto adeudado (215), la parte accionada ha manifestado que no es el número real.

6.16. Sobre el tema, obra del acta de inspección, al respecto del servicio de hospedaje del hotel en cuestión, y, en específico a su número de habitaciones: “...**215 (hasta diciembre de 2019) y 116 (desde enero de 2020)**”. (Énfasis agregado)

Tomando en cuenta que conforme el tarifario aprobado de SAYCE, el valor a pagarse por los establecimientos de actividades turísticas se ve influido por el número de habitaciones, se verifica que SAYCE no debía considerar el número de habitaciones de 215 para el año 2020, lo que no obsta que en el año 2018 y 2019 si deben considerarse las 215 habitaciones, mucho más cuando, a decir de la Asistente de Gerencia y de la Jefa de Revenue y Reservas “*todas las habitaciones del hotel están equipadas con un televisor y un radio despertador*”, situación verificada por esta Autoridad al ingresar a 5 habitaciones seleccionadas de manera aleatoria.

SÉPTIMO.- MEDIDAS ORDENADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

7.1. El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, respecto de la observancia y las atribuciones de vigilancia y sanción para reprimir actos que vulneren derechos de Propiedad Intelectual, dispone:

“Artículo 559.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales ejercerá, de oficio o a petición de parte, funciones de inspección, monitoreo y sanción para evitar y reprimir infracciones a los derechos de Propiedad Intelectual.”

“Artículo 560.- Medidas ordenadas por la autoridad en materia de propiedad intelectual.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá ordenar la adopción de una o más de las siguientes medidas:

1. Inspección;

2. *Requerimiento de información incluyendo la facultad de ordenar la presentación de documentos u objetos que se encuentren bajo el control o posesión del presunto infractor;*
3. *Sanción de la infracción de los derechos de propiedad intelectual; y,*
4. *Las demás providencias preventivas previstas en la norma general de procesos.”*

A. DILIGENCIA DE INSPECCIÓN:

7.2. El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, respecto de las inspecciones, establece:

“Artículo 562.- De las inspecciones.- *Las inspecciones se realizarán para comprobar la presunta infracción de los derechos de propiedad intelectual. (...).”*

7.3. Recordando que SAYCE consideró para el cálculo del monto adeudado: *“... los servicios de hospedaje (215 habitaciones), un restaurante, 11 salas de eventos, un gimnasio, un spa, un bar, una discoteca, un salón de belleza y 2 tiendas...”*, cabe destacar algunos elementos relevantes plasmados en el Acta de inspección de fecha 19 de febrero de 2020:

- Respecto al servicio de hospedaje (215 habitaciones (hasta diciembre de 2019) y 116 (desde enero de 2020): todas las habitaciones del hotel están equipadas con un televisor y un radio despertador.
- Respecto al restaurante “Techo del mundo”: Tiene dos televisores, sistemas de parlantes en el techo, un piano y una computadora.
- Respecto de las salas de eventos: se contabilizan 9, todas cuentan con proyector, tres de ellas con parlante grande, resaltándose respecto al salón de eventos “Pichincha”, que al momento de la inspección se llevaba a cabo un evento de la Policía Nacional, al respecto: *“Se destaca que mientras una persona interpretaba canciones de Selena en el mencionado evento (si una vez, como la flor y amor prohibido), simultáneamente se escuchaban diferentes canciones en el lobby del hotel (donde estás corazón)”*.
- Respecto al local comercial de uso del hotel: PATISERÍA PAN Y CAFÉ: *“t´anta patisserie by hotel quito”*, se verificó la existencia de un televisor.
- Respecto de las denominadas “áreas húmedas” compuestas por piscina, sauna y turco: *“No existen equipos que permitan la comunicación pública de obras”*.
- Respecto del lobby del hotel, se verificó la existencia de dos parlantes y, al momento de la inspección se constató la comunicación pública de obras que conforman, presuntamente, el repertorio administrado por SAYCE.

Además, se señala:

“De los 5 locales comerciales existentes dentro del hotel (peluquería, masajes, agencia de viajes, local de cigarros y habanos y patisería), solo la patisería es propia, el resto, junto a la discoteca y el gimnasio del hotel son administrados por terceras personas, lo cual se justificaría con los contratos de arrendamiento que dicen haberse celebrado.”

7.4. Basada en lo alegado al momento de la inspección, la autoridad no ingresó a los locales comerciales supuestamente administrados por terceras personas, por lo que no fundamentó la adopción de la medida cautelar provisional dictada: “*el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a los derechos de comunicación pública representados por SAYCE*”, con base en la comunicación pública de obras en dichos sitios.

Es así que, conforme al contenido del acta en cuestión, se desprende que la autoridad ingresó únicamente al local que es de propiedad y uso del hotel, esto es la PATISERÍA PAN Y CAFÉ: “*t’anta patisserie by hotel quito*”, destacando que: “*Al ingresar el televisor estaba encendido, sintonizando el canal SPACE HD, película D- TOX*”. Es decir, constató la existencia de medios idóneos para la comunicación pública de obras.

7.5. En consecuencia, durante la práctica de la inspección requerida se verificó la presencia de instalaciones que posibilitan técnicamente el acceso y la comunicación pública de obras y prestaciones, tales como televisores, radios, parlantes, computadora, entre otros, siendo de conformidad con la normativa indistinto si al momento de la inspección se estaban usando o no.

7.6. Se constató que las obras musicales comunicadas en los distintos espacios del hotel no son las mismas, configurándose distintos actos de comunicación; insistiendo en lo dicho en el literal B del Considerando Cuarto de la presente resolución: el tarifario de las Sociedades de Gestión Colectiva pueden establecer conceptos diferenciados por las formas y modalidades de explotación de los derechos que gestionan. De este modo en la especie, cada forma o modalidad de comunicación pública de obras prevista en el tarifario implica una nueva obligación, una nueva autorización y un nuevo pago.

B. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN:

7.7. El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, respecto de las inspecciones, establece:

“Artículo 567.- Requerimiento de información.- Cuando se presuma la infracción de derechos de propiedad intelectual o la inminencia de dicha infracción, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá requerir que se le proporcione cualquier información que permita establecer la existencia o no de tal infracción o su inminencia.

La información deberá ser entregada dentro del término de quince días desde la fecha de la notificación. La falta de contestación al requerimiento de información se tendrá como un indicio en contra del presunto infractor.” (Énfasis agregado)

7.8. En la especie, mediante el escrito inicial de acción de tutela administrativa, la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE, además de la práctica de la diligencia de inspección, solicitó que se requiera a la parte accionada la licencia de uso respectiva, factura de pago o cualquier otro documento auténtico en el cual conste que se ha cancelado a la parte

accionante los derechos correspondientes por el uso de la música, *“en las habitaciones, en el restaurante, en las salas de eventos, en el gimnasio, en el spa, en el bar, en la discoteca, en el salón de belleza y en las tiendas en el HOTEL QUITO”*.

7.9. En cumplimiento de lo anterior, esta autoridad, durante la práctica de inspección, solicitó a la parte accionada la exhibición de los documentos requeridos por la parte accionante, a lo que la Asistente de Gerencia del hotel contestó: *“El hotel está verificando si existe algún respaldo de pago a favor de SAYCE”*.

7.10. Del escrito de contestación presentado por QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., con fecha 12 de marzo de 2020, así como durante el término probatorio concedido a favor de ambas partes de este procedimiento, se desprende que la parte accionada no presentó ni se refirió a los documentos requeridos, basando su defensa únicamente en los puntos antes analizados.

7.11. En conclusión, de la interposición de la presente acción de tutela administrativa y de las propias declaraciones de QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. se infiere que dicha compañía no cuenta con la autorización para la comunicación pública de obras, así como tampoco ha obtenido licencia alguna para ese fin, situación que se concluye tras el incumplimiento al requerimiento de información ordenado por esta autoridad, relativo a la presentación de licencia, factura o cualquier otro documento otorgado por la ahora accionante, mediante el cual justifique su autorización de uso de las obras musicales administradas por SAYCE, se debe recordar que dicho incumplimiento se tiene con un indicio en contra del accionado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 567 del COESCCI; por otro lado, la existencia de medios idóneos en las instalaciones del hotel inspeccionado configuran la explicada potencialidad de que sus clientes accedan a las obras representadas por la accionante, configurándose un acto de comunicación pública impago.

OCTAVO.- MULTA Y JUSTIFICACIÓN:

8.1. En virtud de lo anterior, ante la posibilidad de comunicación pública de obras, por ende, la infracción al derecho de comunicación pública, y, la declarada falta de autorización o licencia conferida por parte del titular del derecho autor sobre las obras musicales a favor de QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., y, por tanto, el incumplimiento de pago por su parte, por concepto del ejercicio de dicho derecho, debe considerarse lo establecido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación:

“Artículo 569.- Resolución motivada.- Vencido el término de prueba o realizada la audiencia mencionada en el artículo precedente, según corresponda, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales dictará resolución motivada.

Si se determinare que existió infracción de los derechos de propiedad intelectual, se sancionará al infractor con la clausura del establecimiento de tres a siete días o con una multa de entre uno coma cinco salarios básicos unificados, hasta ciento cuarenta y dos salarios básicos unificados atendiendo a la naturaleza de la infracción y los criterios que para el efecto establezca el reglamento correspondiente. En la misma resolución podrá

disponerse la adopción de cualquiera de las medidas previstas en esta Sección o confirmarse las que se hubieren ordenado con carácter provisional.(...)” (Énfasis agregado).

A. FIJACIÓN DE LA MULTA:

8.2. Para la fijación de la sanción, esta Autoridad considera pertinente destacar que la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE ha señalado algunos valores adeudados con referencia a cada uno de los espacios que, en su criterio, componen al hotel, conforme la siguiente tabla que obra a foja 2 vta. del presente expediente administrativo:

HOTEL QUITO

Servicios del Hotel	Número	TARIFA	2018	2019	2020	Total
		R.O. 653 del 05/03/2012				
Habitaciones	215	Num 1 (\$2,50 por hab.)	537,50	537,50	537,50	1.612,50
Restaurante	1	Num 3 (36% SBU)	138,96	141,84	144,00	424,80
Salas de Eventos	11	Num 12 (65% SBU)	2.759,90	2.817,10	2.860,00	8.437,00
Gimnasio	1	Num 41 (50% SBU)	193,00	197,00	200,00	590,00
Spa	1	Num 40 (20% SBU)	77,20	78,80	80,00	236,00
Bar	1	Num 6 (1 a 100 pers. 1SBU)	386,00	394,00	400,00	1.180,00
Discoteca	1	Num 6 (1 a 100 pers. 1SBU)	386,00	394,00	400,00	1.180,00
Salones de Belleza	1	Num 24 (9%SBU)	34,74	35,46	36,00	106,20
Tiendas	2	Num 25 (5%SBU)	38,60	39,40	40,00	118,00
TOTAL			4.551,90	4.635,10	4.697,50	13.884,50

NOTA: Categoría: Primera / SBU (Salario Básico Unificado), 2018 (\$386), 2019 (\$394), 2020 (\$400).

8.3. Sobre los datos fijados en la tabla citada y con base en los argumentos plasmados durante este acto administrativo así como lo constatado en la diligencia de inspección y los documentos presentados por el accionado, a pesar de que la multa que el accionado posee con SAYCE es un asunto entre privados, esta Dirección Nacional tomará en cuenta dichos valores para establecer la sanción correspondiente en contra de QUITOLINDO QUITO LINDO S.A.

8.4. Esta autoridad cree pertinente realizar las siguientes precisiones:

- Como se ha señalado en el Considerando Sexto “Cálculo del monto adeudado por la parte accionada”, literal b) “Contratos de arrendamiento”, esta autoridad, considerará para la fijación de la multa el tiempo comprendido entre el 01 de enero de 2018 y el 10 de enero de 2020 (al ser la fecha en la que se inició la presente acción). Es por ello que al monto fijado por SAYCE por cada ambiente del hotel, correspondiente al año 2020, se lo dividirá entre 12 (número de meses del año) y entre 31 (número de días del mes de enero de 2020), valor que determinará el monto adeudado por día, mismo que será multiplicado por los 10 días adeudados del mes de enero de 2020.
- Respecto a las habitaciones: está bien considerar el monto de \$537,50 por el año 2018 y por el año 2019, sin embargo, para el año 2020 se debe aplicar lo señalado en el primer

punto de este apartado 8.4., es decir, el monto fijado por SAYCE por concepto de habitaciones del año 2020 (mismo que sería el resultado de multiplicar el número de sus habitaciones (116) x \$2,50 (conforme el pliego tarifario de SAYCE), siendo un total de \$290), se lo dividirá entre 12 (\$24,17 por mes) y ese valor entre 31 (\$0,779 por día) y multiplicarlo por los 10 días adeudados, siendo un total de \$7,79. El monto de los años 2018 y 2019 (\$537,50x2=\$1075) más el monto del año 2020 (\$ 7,79), da un total de **\$1082,79**.

- Respecto al restaurante: se ha determinado que pertenece al hotel y que posee dos televisores, sistemas de parlantes en el techo, un piano y una computadora, esta Dirección Nacional concuerda con el valor establecido por SAYCE, por los años 2018 y 2019, sin embargo, respecto al año 2020, habría que aplicar la fórmula señalada en el primer punto de este apartado 8.4., es decir, el monto fijado por SAYCE por concepto de restaurante del año 2020 (\$144,00 conforme el pliego tarifario de SAYCE), se lo dividirá entre 12 (\$12 por mes) y ese valor entre 31 (\$0,387 por día) y multiplicarlo por los 10 días adeudados, siendo un total de \$3,87. El monto de los años 2018 y 2019 (\$537,50x2=\$208,8) más el monto del año 2020 (\$3,87), da un total de **\$284,67**.
- Respecto de las salas de eventos: en la diligencia de inspección se comprobaron un total de 9 salas de eventos equipadas todas ellas con un proyector y 3 de ellas con un parlante grande adicional; a criterio de esta Dirección Nacional un proyector, constituye un medio idóneo para la comunicación pública de obras. Para el año 2020, deberían considerarse solo 9 salas, dando un total de \$2340 (valor al cual se debe aplicar la fórmula del punto uno de este apartado 8.4., es decir, dividirlo entre 12 (\$195 por mes) y entre 31 (\$6,29 por día) y multiplicarlo por los 10 días adeudados, siendo un total de \$62,90); no obstante para el año 2018 y 2019, al no tener pruebas por parte del accionado que desmientan que contaban con 11 salas de eventos, serán tomados en cuenta los valores establecidos por SAYCE, es decir \$2759,90 y \$2817,10, que sumados a los valores del año 2020, darían un total de **\$5639,9**.
- Respecto del gimnasio: el accionado ha presentado un contrato civil de concesión del gimnasio con una duración de dos años contados a partir del 31 de julio de 2015, es decir, mediante aquél no logra justificar la responsabilidad de un tercero frente a dicho local comercial, por lo que esta Dirección Nacional, considera el valor señalado por SAYCE, por los años 2018 y 2019 (193 y 197, respectivamente), debiendo, para el año 2020, aplicar la fórmula del punto uno de este apartado 8.4., es decir, dividir 200 entre 12 (\$16,666 por mes) y entre 31 (\$0,537 por día) y multiplicarlo por los 10 días adeudados, siendo un total de \$5,37), valor que sumado a los años 2018 y 2019, da un total de **\$395,37**.
- Respecto al denominado SPA por parte de SAYCE, esta autoridad puede tomar en cuenta el Contrato de concesión de derecho de uso de espacio comercial para que opere el Centro de Estética Corporal, facial y de cámara de bronceado, presentado por el accionado, mismo que garantiza que dicho local comercial está bajo la responsabilidad de un tercero, durante el plazo contado desde del 21 de junio de 2019 al 21 de junio de 2020; por lo que, al no tener pruebas que justifiquen la responsabilidad de un tercero frente a dicho local comercial, esta Dirección Nacional ha decidido tomar en cuenta todo el valor señalado por SAYCE en el año

2018 (\$77,20) y los 5 meses del cálculo por el año 2019 ($78,80/12*5=\$32,83$), dando un total de **\$110,03**.

- Respecto de los valores adeudados por el supuesto bar, del acta de inspección o de los argumentos señalados por el accionado no hay referencia alguna a dicho local, por lo que no se tomará en cuenta para la fijación de la multa.
- Respecto de la discoteca, al haberse presentado un documento que prueba la renovación de ese contrato celebrado con un tercero, cuya duración está fijada hasta septiembre de 2019, esta Dirección Nacional ha decidido fijar como multa al accionado la suma resultante de los 3 meses restantes del 2019 ($394/12*3= \$98,5$) al ahora accionado, y 10 días de enero del año 2020, valor que resulta de aplicar la fórmula del punto uno de este apartado 8.4., es decir, dividir 400 entre 12 (\$33,333 por mes) y entre 31 (\$1,075 por día) y multiplicarlo por los diez días, dando un total de (\$10,752), que sumados a los meses del año 2019, dan un total de **\$109,25**.
- Respecto del salón de belleza señalado por SAYCE: se podría considerar el local comercial destinado a un negocio de barbería, cuyo plazo de duración va del 01 de abril de 2018 al 01 de abril de 2020, quedando pendiente la justificación de 3 meses del año 2018 ($34,74/12*3$), dando un total de **\$8,68**.
- Respecto a las tiendas, del acta de inspección se desprende un local destinado a la comercialización de habanos de Cuba, cuyo plazo de duración va desde el 01 de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018, por lo que dicho valor no podría ser considerado en la multa fijada al accionado; ya que del expediente no obra un documento que desvirtúe la responsabilidad del accionado sobre la multa en cuestión, para su fijación, debería considerarse el monto total del año 2019 para una sola tienda ($39,40/2 = \$19,7$) y, respecto del año 2020, se debería aplicar la fórmula del punto uno de este apartado 8.4., es decir, dividir, en primer lugar, el valor fijado por dos tiendas, para una sola tienda ($40/2= 20$), dividirlo entre 12 (\$1,666 por mes) y entre 31 (\$0,053 por día) y multiplicarlo por los 10 días adeudados, siendo un total de \$0,537), valor que sumado al año 2019, da un total de **\$20,23**.
- Respecto a la patisería, local comercial utilizado por el propio hotel, habría que considerar los valores establecidos por SAYCE, durante los años 2018 a 2020, más aún cuando al momento de la inspección se verificó que, en el, existen medios idóneos que posibilitan la comunicación pública de obras, los valores a tomarse en cuenta serían: $38,6/2 + 39,40/2 +$ el valor por el año 2020, que sería el mismo establecido en el punto inmediato anterior, es decir, 0,537 por los 10 días del mes de enero, valor que sumado al año 2019, da un total de **\$39,53**.

Por consiguiente, el monto total adeudado por QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., en criterio de esta autoridad sería de **\$7,690,45**.

8.5. De todos modos, la antedicha norma legal (artículo 569 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación) reconoce un margen de discrecionalidad reglada para que la autoridad administrativa establezca una multa, reconociendo un daño punitivo, mismo que por su naturaleza en cuanto a su fijación o valoración es *arbitrio iuris*, en consecuencia, puede ser fijado libremente por la autoridad, siempre que se encuadre dentro de los parámetros previstos en la norma, de ahí que de forma análoga a lo que sucede con el daño punitivo en el sistema anglosajón, la multa debe ser disuasiva, para que de este modo el infractor modifique su conducta y no continúe realizando prácticas que riñen con lo previsto en el ordenamiento jurídico.

En este contexto no es necesario que esta autoridad justifique el valor de la multa prevista siempre que la misma cumpla con su carácter disuasivo y se encuadre dentro de la discrecionalidad reglada y por tanto de los parámetros que la norma prevé.

Sobre el tema, es preciso citar a Juan Carlos Henao, quien señala:

*“... Si la política pública que justifica el daño punitivo en el sistema anglosajón es la de regular conductas mediante las sanciones económicas, en nuestro sistema son muchos los mecanismos que para tal efecto se tienen, verbigracias, las sanciones administrativas que puede imponer el Estado a las personas naturales o jurídicas. Dicha sanción, que buscaría el mismo objetivo que el daño punitivo, sería en favor de quien sufre el daño, es decir, la sociedad en su conjunto... **no se está indemnizando un daño sino castigando a un responsable**...”¹⁶*
(Énfasis agregado)

8.6. No obstante lo anterior, para la fijación de la respectiva sanción, esta Autoridad considera:

a) El valor señalado en el punto 8.4. del presente acto administrativo, el cual es fijado de conformidad con el pliego tarifario publicado en el Registro Oficial 653 del 05 de marzo de 2012, esto es USD\$ **\$7,690,45** (Siete mil seiscientos noventa con 45/100 dólares de los Estados Unidos de América); b) El recargo del 50% del valor señalado (50% de **\$7,690,45= \$3.845,23**), por el incumplimiento o falta de respuesta al requerimiento de información solicitado por la parte accionante respecto a la licencia de uso respectiva, factura de pago o cualquier otro documento auténtico en el cual conste que se ha cancelado a la parte accionante los derechos correspondientes por el uso de la música; c) El 50% del valor que la parte accionada estaría adeudando a SAYCE, en criterio de esta Dirección (50% de **\$7,690,45= \$3.845,23**), con el fin de que la multa establecida cumpla con su carácter disuasivo y dado el tiempo de vulneración del derecho reclamado: 2 años y medio mes, así como los diferentes espacios en los que se facilita la comunicación pública de obras representadas por el accionante.

Por lo expuesto, tomando en cuenta las consideraciones de hecho y de derecho realizadas, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, **RESUELVE:**

¹⁶ HENAO, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado de derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999. P. 48 – 49.

1. **Aceptar** la acción de Tutela Administrativa planteada por la SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS, SAYCE, el 10 de enero de 2020.
2. **Ratificar** el cese de los actos que constituyan la infracción analizada, principalmente, suspender y evitar la comunicación pública no autorizada de las obras musicales que conforman el catálogo representado por la Sociedad General de Autores y Compositores Ecuatorianos, SAYCE hasta el cumplimiento de las obligaciones correspondientes a efecto de garantizar su uso autorizado.
3. **Sancionar** a la compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., con una multa de \$15,380,9 (Quince mil trescientos ochenta con 90/100 dólares de los Estados Unidos de América)
4. **Conceder** a la compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. el término de diez días contados a partir de la fecha de notificación con la presente resolución, para que efectúe el pago de la sanción detallada en el numeral anterior en el Banco del Pacífico, en la cuenta recaudadora del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales; posteriormente realice el canje de la papeleta, en las oficinas ubicadas en la Av. República 396 y Diego de Almagro, EDF. Forum 300 de esta Ciudad de Quito, a fin de evitar las acciones coactivas e imposición de medidas cautelares, que conllevaría el no pago de tales multas, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 356 del 3 de abril de 2018 y la Resolución No. 003-2018-DG-NT-SENADI, del 24 de julio de 2018.
5. **ORDEN DE COBRO:** Se emite la presente ORDEN DE COBRO en contra de la compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A., en los siguientes términos: a) La presente ORDEN DE COBRO es por la cantidad de \$15,380,9 (Quince mil trescientos ochenta con 90/100 más los intereses que se hubieren generado. b) Se ORDENA a la compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. en virtud del artículo 271 del Código Orgánico Administrativo: i) Que cancele en el término de diez días contados a partir de la notificación del presente acto administrativo, la cantidad de USD \$15,380,9 (Quince mil trescientos ochenta con 90/100 más los intereses generados, en la cuenta recaudadora No. 7877889 del Banco del Pacífico, de titularidad del SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES, para lo cual, deberá solicitar el comprobante correspondiente así como la liquidación de intereses en la Unidad Financiera del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales; y, ii) Que informe a la Unidad de Observancia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del cumplimiento de esta orden con la presentación del citado comprobante debidamente cancelado y del comprobante de pago respectivo otorgado por la institución financiera antes indicada. Se recuerda que en virtud del artículo 274 del Código Orgánico Administrativo, la obligación pecuniaria contenida en la presente orden de cobro puede ser satisfecha presentando una solicitud de facilidades de pago, de conformidad con este cuerpo normativo y el Reglamento del Procedimiento Coactivo del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales. c) Se previene a la compañía QUITOLINDO QUITO LINDO S.A. que en el caso de no satisfacer la obligación pecuniaria de la presente orden de cobro en el término dispuesto en el literal b) que antecede, se procederá con el inicio del procedimiento coactivo,

la suma de los intereses que se generen, y la imposición de medidas cautelares, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

6. El presente acto administrativo es susceptible de los recursos previstos en el artículo 597 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en concordancia con el artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos.

Notifíquese.-

Ramiro Rodríguez Medina, MSc.
**DIRECTOR NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR
Y DERECHOS CONEXOS**

Razón.- La resolución que antecede se notificó el día 18 de diciembre de 2020, a la **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y COMPOSITORES ECUATORIANOS, SAYCE**, en los correos electrónicos: marlycep@sayce.com.ec y frodriguez@sayce.com.ec; y al señor Mauricio Javier Mosquera Murgueytio, en su calidad de Gerente General y Representante Legal y señor Zhang Xian, en su calidad de Presidente, de la compañía **QUITOLINDO QUITO LINDO S.A.**, en los correos electrónicos xavier.sisa@dii.legal y jessahe.navarrete@dii.legal **CERTIFICO.-** En virtud de la delegación del Director de Gestión Institucional conferida mediante Resolución N° 007-2020-DGI-SENADI, de 01 de octubre de 2020.-

Abg. Ángel Omar Awad Yépez
DELEGADO DEL DIRECTOR DE GESTIÓN INSTITUCIONAL

Elaborado por:	Abg. Ana Carina Félix López	Sumilla: AF
Revisado y aprobado por:	Ramiro Rodríguez Medina, MSc.	Sumilla: RR