

**DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

**RESOLUCIÓN No. SENADI-DNDAYDC-2021-005-R**

**TUTELA ADMINISTRATIVA No. 010-2020-DNDAYDC**

SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ

vs.

CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A.

**SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES -SENADI-. Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.-** Quito D.M., 22 de febrero de 2021, a las 08H30.

- a) Avoco conocimiento del presente trámite en calidad de Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- b) Agréguese al expediente el escrito de alegatos finales y anexos presentados el 06 de enero de 2021, por CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A.
- c) Agréguese al expediente el escrito de alegatos finales presentado el 07 de enero de 2021, por SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ.

**ANTECEDENTES:**

1. El 09 de junio de 2020, SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ, a través de su abogado Byron Patricio Robayo Arroyo, presentó acción de Tutela Administrativa por la supuesta violación de derechos conexos de interpretación y violación de derechos de uso de imagen en contra de las compañías CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. (por ser la compañía que reproduce y comunica públicamente los contenidos que atentan contra los derechos del participante – infracción directa) y SHINE TV LIMITED (al ser titular de la marca MASTER CHEF, que identifica el formato del programa mediante el cual se infringen derechos).

Los antecedentes que destacó son los siguientes:

- El 16 de julio de 2019, el participante suscribió con CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. un contrato para participar en el programa reality MasterChef Ecuador, cuyo formato es de titularidad de SHINE TV LIMITED, y, por el cual, se obligó a participar en el programa, estipulando las siguientes cesiones: cesión de derechos conexos de interpretación y cesión de obra futura (Cláusula Décimo Sexta), y, cesión de uso de imagen (Cláusula Décimo Séptima).
- La vigencia del contrato, en este caso, inicia el 16 de julio de 2019 y terminó el 29 de noviembre de 2019, al haber finalizado la participación de la ahora accionante (Cláusula Décimo Sexta). Las cesiones, en su criterio viciadas, abarcan una sola reproducción del programa, su autorización de reproducción concluyó el 16 de diciembre de 2019, fecha en que finalizó el programa.

- El 10 de marzo de 2020, mediante comunicación escrita, el participante revocó el mandato otorgado a CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. respecto de sus funciones como promotor, agente y/o representante estipulada en el contrato.
- CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. ha reproducido nuevamente el programa, sin contar con autorización o cesión válida por parte del participante sobre sus derechos conexos y uso de imagen.

#### Sus fundamentos de hecho:

- CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. no cuenta con autorización válida para usar los derechos conexos de interpretación del participante ni su imagen. La cesión de derechos futuros es inválida.
- El participante ejecutaría múltiples prestaciones, las cuales constituirán derechos conexos a los derechos de autor correspondientes a la obra audiovisual (programa). La Cláusula Décimo Sexta contempla la cesión de derechos patrimoniales generados por la participación en el programa. La primera reproducción del programa y su reprise se fundamentan en una cesión de derechos conexos de interpretación inválida causada por su falta de delimitación respecto de los derechos que se ceden, el tiempo o territorio en el que opera la cesión o los usos que se realizan con base en la cesión.
- El 8 de mayo de 2020, el participante puso en conocimiento de CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. la invalidez de la cesión de derechos conexos de interpretación, solicitándose el cese de la comunicación pública del contenido infractor.
- El 14 de mayo de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. responde que los participantes no pueden ser titulares de derechos patrimoniales conexos, contrario a lo que estipulaba el contrato y a la razón de ser de la cláusula de cesión de derechos.
- El contrato estipuló en su Cláusula Décimo Sexta una cesión de derechos sobre obras futuras, la cual es nula al contravenir expresamente legislación nacional art. 167 COESC, lo que implica que cualquier obra que pueda crear el participante en el futuro y que tenga relación con el programa o cualquier forma de explotación que pueda realizarse se entiende pre-cedida a favor de CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A.
- La cesión de derechos de imagen establecida en la Cláusula Décimo Séptima del contrato es inválida; la Constitución del Ecuador indica que el uso de imagen es un derecho personalísimo inalienable, incompatible con la naturaleza de la cesión. El uso que se puede conceder a terceros sobre la imagen debe estar delimitado en su forma y tiempo.
- El COESCCI contempla disposiciones referentes al uso de imagen con fines comerciales (retrato o busto de una persona y fotografías de retrato) que abarca un tratamiento aplicable a todo uso que pueda realizarse de la imagen de una persona en cualquier obra protegida por derecho de autor. El presente caso versa sobre un uso no autorizado del ámbito patrimonial del derecho de uso de imagen del participante, radicando la competencia de esta autoridad para conocer la controversia.

En unidad de acto, la parte accionante solicitó que se considere como prueba a su favor: a) Copia certificada del contrato para participar en el programa reality MasterChef Ecuador; b) Copia certificada de la Comunicación escrito que contiene la revocatoria de mandato del participante a favor de CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A., 8 de mayo de 2020; c) Carta de apercibimiento de infracción a CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A.; d) Copia certificada de la Respuesta de CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A., 14 de mayo de 2020 (La reproducción y comunicación pública que realiza del programa no se fundamenta en cesión de derechos conexos sino en autorización de uso de imagen); e) Títulos marcarios No. 5306-17, 875-15 y 1869-15, relativos a la marca MASTERCHEF de titularidad de SHINE TV.; f) Copia certificada de la constatación notarial de la reproducción del programa.

Adicionalmente, solicitó: 1) Se requiera la siguiente información a: a) CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A., la fecha de inicio de la comunicación pública del reprise del programa MASTERCHEF, y la totalidad de medios a través de los cuales la realiza; y, b) SHINE TV LIMITED, que exhiba el contrato celebrado con CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A., a través del cual autorizó el uso de la marca MASTER CHEF Ecuador y del formato del programa; 2) Que al momento de avocar conocimiento esta autoridad disponga: a) El cese inmediato por todo tipo de medio de comunicación o red social, de todo tipo de publicidad del programa MASTERCHEF ECUADOR, que permita seguir perpetrando la infracción; b) La suspensión de la comunicación pública o puesta a disposición del programa por radiodifusión, televisión, hilo, cable, fibra óptica o por cualquier otro medio que sirva para la difusión del contenido infractor; 3) Se fije la multa más alta establecida en el COESCCI en contra de los accionados.

**2.** Mediante providencia de 15 de junio de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, previo a calificar la acción de Tutela Administrativa, solicitó que el accionante confirme: a) Quién es la parte accionada, ya que en su escrito mencionaba a CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. y a SHINE TV LIMITED, *“por lo que de pretenderse iniciar una acción de tutela administrativa en contra de las dos compañías señaladas, cada una será tramitada de forma independiente, motivo por el cual el accionante deberá completar el pago de la tasa faltante, la misma que se ligaría al trámite 014-2020 DNDAYDC”*; y, b) Qué derechos considera que se están vulnerando y se solicita se tutelen, ya que en su escrito menciona el derecho conexo de interpretación y el derecho de imagen, *“por lo que, de fundamentarse cada acción de tutela administrativa sobre dos derechos, el accionante deberá completar el pago de la tasa faltante”*; para cumplimiento de lo anterior, se le concedió el término de diez días.

**3.** El 17 de junio de 2020, SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ, a través de su abogado Byron Patricio Robayo Arroyo, dando cumplimiento a la providencia enunciada en el numeral inmediato anterior, aclaró que: a) La presente acción la inició en contra de la compañía CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A., sin perjuicio de lo cual, requiere que se notifique a la compañía SHINE TV LIMITED como tercero interesado, al ser la titular de los derechos de propiedad intelectual de MASTERCHEF; y, b) Los derechos vulnerados son dos: el derecho conexo de interpretación y el derecho de imagen, por lo cual adjuntó el comprobante de pago de la tasa faltante.

4. Mediante providencia de 22 de junio de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, admitió a trámite la acción de Tutela Administrativa presentada, y, considerando que la retransmisión del programa MASTERCHEF es un hecho público y notorio, ordenó las siguientes medidas cautelares, de conformidad con el artículo 563 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación: “a) El cese inmediato, por todo tipo de medio de comunicación o red social, de publicidad del programa MASTERCHEF Ecuador, que permita seguir perpetrando la presunta infracción; y b) La suspensión de la comunicación pública o puesta a disposición del programa MASTERCHEF Ecuador por radiodifusión, televisión, hilo, cable, fibra óptica o por cualquier otro medio que sirva para la difusión del contenido presuntamente infractor...”. Adicionalmente, requirió a CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. la información detallada en el escrito de petición de tutela administrativa, “esto es: a) La información correspondiente a la fecha de inicio de la comunicación pública del reprise del Programa MASTERCHEF en la parrilla de programación así como la totalidad de los medios a través de los cuales, se está realizando esta acción”, y, en aplicación al principio de oficiosidad, se requirió que “exhiba el contrato celebrado con SHINE TV LIMITED, respecto a la autorización de uso de la marca MASTERCHEF Ecuador y del formato del programa”; para cumplimiento de todo lo anterior y para que conteste a la acción de tutela administrativa, se concedió a la parte accionada, el término de quince días. Además, se dejó constancia que se notificará a SHINE TV LIMITED, sobre el curso de este procedimiento, por pedido de la parte accionante.

5. El 23 de junio de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó un escrito mediante el cual señaló que las medidas cautelares ordenadas le causarían un gravamen irreparable, dada la obligación de cumplir con contratos previos de publicidad y compromisos comerciales adicionales, por lo que, con base en el artículo 561 del COESCCI solicitó se imponga a la parte accionante que rinda fianza o garantía por el monto no menor de \$17.000.

6. Mediante providencia de 24 de junio de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, considerando que el monto señalado en el escrito enunciado en el numeral inmediato anterior no ha sido fundamentado materialmente y la fianza no puede ser un obstáculo que impida acceder a la justicia, dispuso a la parte accionante que rinda un aval por un monto total de \$2.500 “que sea incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, renovable por sola solicitud del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, instrumentado mediante póliza de seguro o garantía bancaria a favor de CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A...”, en el término de cinco días, advirtiendo que su incumplimiento dará lugar a la revocatoria de las medidas cautelares dictadas.

7. El 25 de junio de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó un escrito mediante el cual señaló que el valor fijado para la fianza es irrisorio frente al daño que se le causaría y resumió el costo de las pautas de publicidad contratadas por terceros y que se difunden en el horario de interés, por lo que se mantiene en el monto de fianza inicialmente solicitado. Adicionalmente, solicitó se aclaren las medidas cautelares dictadas al inicio del proceso “pues la eventual orden general de cese de toda la publicidad del programa Masterchef

y una suspensión de difusión de la segunda temporada de Masterchef, en la que no participará el accionante, constituirían actos ajenos a la legalidad.”.

8. Mediante providencia de 25 de junio de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos insistió en que no se ha presentado evidencia documental de lo alegado por la parte accionada, debiendo considerarlas como meras afirmaciones, por lo que ratificó el monto de la fianza por \$2.500 y aclaró que el cese inmediato de publicidad del programa MASTERCHEF Ecuador y la suspensión de la comunicación pública o puesta a disposición del programa se refieren exclusivamente a aquellos contenidos que se presume vulnerarían los derechos intelectuales de la parte accionante.

9. El 23 de julio de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó el escrito mediante el cual ratificó la comparecencia del abogado Rafael González Gómez de la Torre así como autorizó a él y a otros profesionales del derecho dentro de la causa.

10. El 23 de julio de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó su escrito de contestación a la presente acción de tutela administrativa junto a los anexos que consideró pertinentes dentro de la causa.

Los antecedentes que destacó son los siguientes:

- La fianza ordenada no fue cubierta dentro de los cinco días otorgados para el efecto, por lo que las medidas cautelares ordenadas se entienden revocadas y no surtieron efecto dentro de la causa.
- Realizó *“inversiones importantes y encaminadas a seguir de manera fiel el formato franquiciado del programa”*.
- La difusión y acogida del programa ha generado que los participantes se tornen en figuras notorias, lo cual les ha brindado diversas oportunidades de negocio.
- El participante ha firmado el contrato en cuestión de forma libre y voluntaria, mismo que tenía por finalidad *“acordar las condiciones que regirían la relación entre mi Representada y el Participante durante la grabación y futuras transmisiones del programa MasterChef Ecuador”*. *“Como contraprestación, CRATEL se obligó a pagar al hoy accionante una suma única por su participación en el reality y, a su vez, este debía cumplir una serie de obligaciones entre las que se encontraban –de manera ejemplificativa- las siguientes: “e) realizar la actividad contratada con plena autonomía e independencia” (Cláusula Quinta).”... es decir, sin que dichas prestaciones nazcan de un guión u obra previamente creada.”*.

Sus fundamentos de hecho y de derecho:

- Los participantes de un programa reality no interpretan una obra protegida por derecho de autor, por tanto, no ostentan derechos patrimoniales conexos.
- Mediante el contrato celebrado, el participante *“cede (autoriza el uso) de sus derechos de imagen asociados a su participación en el programa... dicha cesión prevista en el*

*Contrato se refiere exclusivamente a aquellas imágenes y sonidos asociados con las aportaciones en vivo que el participante realizó y que se encuentran grabadas en un soporte.”*

- El programa en vivo en cuestión no nace de una obra protegida por derecho de autor, los participantes no interpretan, ejecutan ni son artistas, sino que realizan prestaciones en vivo que son fijadas en un soporte factible de reproducción con imágenes y audio. En los programas reality se establece la mecánica del programa, ambientación, escenografía, vestuario, musicalización, no constituye una obra sobre la cual *“los participantes interpretan el guion de un personaje, ejecutan un instrumento musical, o pueden ser considerados artistas con relación a sus ejecuciones”*.
- Las producciones audiovisuales no pueden considerarse obras pues son una simple *“fijación audiovisual”*, carentes de originalidad y creatividad necesaria para ser calificada como obra.
- *“La cesión (léase autorización) de uso de la imagen del Participante en las grabaciones en vivo del programa y en entrevistas paralelas, surge por mutuo acuerdo de las partes y por expresa autorización dentro de la cláusula décimo séptima. La autorización de uso allí realizada se refiere a una licencia por el período de duración del contrato y para la reproducción por cualquier medio a futuro.”*
- *“Sin perjuicio que el Contrato establezca posibles derechos patrimoniales de autor, se debe atender a la realidad contractual y a la buena fe de firma del contrato, donde el Participante simplemente autorizó el uso de su imagen y voz, asociada a las prestaciones de un programa reality de cocina.”*
- Cuenta con autorización suficiente para difundir por cualquier medio, grabaciones del programa MasterChef Ecuador en las que se incluya prestaciones del participante con voz e imagen, y, en su calidad de organismo de radiodifusión, ostenta derechos conexos sobre el contenido de la programación y difusión del programa.
- La duración del contrato (8 de diciembre de 2019) corresponde a la producción, grabación y fijación del programa, no obstante existen cláusulas vigentes como la Décimo Sexta. Las obligaciones del participante se restringen al *“desarrollo del presente Contrato”*, es decir *“exclusivamente a las prestaciones en las grabaciones del programa MasterChef Ecuador”*. *“...toda explotación de la imagen-prestaciones del participante en MasterChef, fijadas en formato audiovisual, se limitan al Contrato, es decir a las grabaciones de MasterChef Ecuador.”*. *“La imagen autorizada a favor de mi representada se restringe a las grabaciones de MasterChef Ecuador y no otras”*.
- *“...toda prestación realizada por el Participante se refiere única y exclusivamente al Contrato, es decir, a las fijaciones audiovisuales donde participa el accionante preparando recetas, otorgando entrevistas o simplemente emitiendo opiniones sobre el desarrollo de las prestaciones de otros Participantes... sería ilógico, absurdo e inválido que nuevas creaciones realizadas por el Participante (y éstas nuevas y originales sí protegidas por Derecho de Autor) se encuentren pre-cedidas a favor de mi representada.”*
- Se debe distinguir entre el *“derecho inalienable constitucional a la imagen que se fundamenta en el derecho y garantía del honor y buen nombre de las personas, derechos no susceptible de transferencia o autorización de uso, y la imagen como objeto de autorización para explotación comercial no denigratoria, como en el caso de*

*cualquier programa de televisión Reality.*”. El derecho a la imagen es inalienable pero no su explotación comercial.

- *“...la actuación del Participante ha estado lejos del estándar de buena fe que exige la legislación ecuatoriana. Los múltiples incumplimientos a sus obligaciones Contractuales y, por ende, la contravención al pacta sunt servanda habilitan a que mi Representada active la cláusula penal y reclame la penalidad que le corresponde por los daños experimentados...mi representada ha iniciado demandas arbitrales por el claro incumplimiento contractual del Participante, procesos que serán relevantes para la presente acción de tutela administrativa, que solicito desde ya, quede en suspenso...”.*

En unidad de acto, la parte accionante solicitó que se considere como prueba a su favor: a) Copia del contrato para participar en un programa reality; b) Copia de la notificación de revocatoria de mandato de 10 de marzo de 2020; c) Copia de la contestación a la notificación de revocatoria de mandato de 12 de mayo de 2020; d) Carta de apercibimiento de 8 de mayo de 2020; y, e) Copia de la contestación a la carta de apercibimiento de 14 de mayo de 2020.

En atención al requerimiento de información: a) Adjuntó copia del contrato celebrado en conjunto con Endemol Shine IP B.V. relativo al uso del sistema del programa MasterChef, en idioma inglés; y, b) Señaló que la segunda reproducción del programa inició el 30 de marzo de 2020 y finalizó el 26 de junio de 2020, *“Sin perjuicio del derecho que le asiste a mi representada, no se han reproducido imágenes o voz del Participante desde esa fecha.”.*

En este sentido, solicitó que se rechace la tutela administrativa al no constatarse infracción alguna de derechos conexos de interpretación o de derecho de imagen de la accionante, resaltando que *“la demandada ha incumplido obligaciones materiales asumidas en el Contrato, en especial aquellas relacionadas a la Notificación y a la violación de la cláusula de confidencialidad.”*

**11.** Mediante providencia de 05 de agosto de 2020, notificada el 06 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos rechazó la solicitud de suspensión de la tramitación de este procedimiento *“hasta que la autoridad arbitral resuelva la demanda supuestamente iniciada por el accionado en contra del accionante por incumplimiento contractual”* en razón de que el accionado no ha fundamentado documentalmente dicha aseveración, sin perjuicio de lo cual resaltó que *“la sustanciación del procedimiento arbitral y su posterior laudo no influyen en el procedimiento administrativo iniciado ante esta autoridad.”*; adicionalmente, dispuso la apertura del término de prueba por quince días; y, con base en el principio de oficiosidad, requirió a SHINE TV LIMITED y a la parte accionante que declaren, de manera justificada, *“si las actividades del participante dentro del programa en cuestión se realizaban a partir de un guión o con plena autonomía e independencia”.*

**12.** El 07 de agosto de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó un escrito mediante el cual solicitó se aclare quién debe cumplir con el requerimiento de información contenido en la providencia detallada en el numeral inmediato anterior. Mediante providencia de 19 de agosto de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho

de Autor y Derechos Conexos ratifica en que la información requerida se solicitó a la parte accionante y a SHINE TV LIMITED, con base en el principio de oficiosidad.

**13.** El 25 de agosto de 2020, SHINE TV LIMITED presentó un escrito mediante el cual señaló no mantener su domicilio en el país por lo que requiere de tiempo adicional para dar cumplimiento a lo ordenado por esta Dirección Nacional. Dicha petición fue atendida por esta Dirección Nacional, mediante providencia emitida el 27 de agosto de 2020 y notificada el 28 del mismo mes y año, en la que concedió: a) El término adicional de ocho días para que SHINE TV LIMITED atienda al requerimiento de información señalado; y, b) El término de diez días para que legitime la intervención de la Doctora María Cecilia Romoleroux dentro de la causa.

**14.** El 28 de agosto de 2020, SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ, a través de su abogado Byron Patricio Robayo Arroyo presentó su escrito probatorio junto a los anexos que consideró pertinentes a la causa. Con el objetivo de demostrar que la accionada ha utilizado de forma ilegítima los derechos de imagen y los derechos conexos de interpretación de la accionante, así como las obras creadas durante la grabación del programa en cuestión, solicitó se considere a su favor: a) Materialización notarial de fotografías publicadas por la accionada en sus redes sociales y sitio web; b) Constatación notarial que refleja que la accionada siguió utilizando la imagen del participante al transmitir por segunda ocasión su programa; d) Clausula Décimo Séptima del contrato celebrado entre el participante y la accionada: “sin limitación alguna”, “para cualquier fin”; e) Sentencia emitida en el Juicio No. 09801-2007-0295 (Juicio No. 295-07-3) por el Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo, en el cual se establece que el derecho de imagen, como derecho fundamental, no puede ser sujeto de actos de comercio sin la autorización expresa del titular; f) Materialización del capítulo 5 del programa: la introducción del programa que forma parte de sus 62 capítulos constituye una obra protegida por derechos de autor, no es una mera grabación audiovisual; g) Materialización de los capítulos 36, 51 y 62, en los cuales se refleja el uso de las obras creadas por el participante: creación intelectual culinaria; h) Cláusula Décimo Sexta del contrato celebrado entre el participante y la accionada: prueba la falta de delimitación del contrato y el abuso por parte de la accionada de los derechos del participante; i) Carta de apercibimiento en contra de la accionada que prueba la buena fe del participante y comunicación del accionado que prueba su intención de dilatar las negociaciones hasta la conclusión del reprise del programa; y, j) Materialización del correo enviado por el abogado de la accionada, mediante el cual acepta que está incurriendo en una violación de derechos de la participante. Adicionalmente, solicitó: i) Exhibición por parte de la accionada de uno de los contratos celebrados con los participantes de la segunda temporada del programa en cuestión, para verificar si ha corregido sus irregularidades o si se ratifica en ellas; ii) Designar un perito experto en materia de derechos de propiedad intelectual y creaciones audiovisuales con carácter artístico, para que analice la introducción al programa y determine si constituye o no una obra original protegida por el derecho de autor y si existen o no derechos conexos en la interpretación de los participantes; y, iii) Convocar a audiencia.

**15.** El 28 de agosto de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó su escrito probatorio junto a los anexos que consideró pertinentes a la causa. Con el objetivo de demostrar que el participante no ostenta derechos conexos de interpretación en virtud de



sus aportes en el programa en cuestión, solicitó que se considere a su favor: a) Traducción notarizada al idioma castellano del “SCRIPT” (o guión general) contenido en el formato y locaciones que son parte del contrato celebrado en conjunto con el licenciante de MasterChef, resaltando: *“...los guiones de MasterChef son cortos y agudos y se usan como modelo para los jueces, productores y director, más que como algo que deba seguirse al pie de la letra.”*, mediante lo cual pretende probar que no existe guión para los participantes y que no existe un formato para que los participantes lo ejecuten como artistas, intérpretes o ejecutantes; b) Archivo en pen drive que contiene diferentes segmentos del programa donde se aprecian accidentes, controversias y errores cotidianos dentro de un programa de cocina, para probar que los participantes no realizaron ninguna ejecución sobre la base de un guión u obra y que tenían completa independencia, autonomía y espontaneidad; c) Letra e) de la Cláusula Quinta del contrato celebrado con el participante; d) Primer párrafo de la cláusula Décimo Sexta del contrato celebrado con el participante; y, e) Citas de la obra *“El derecho a la propia imagen, Su identidad y aproximación a la información. Monografías Cívitas. Madrid 1997”*. Adicionalmente, concluye: *“...el accionante en su demanda está confundiendo abiertamente el derecho a la imagen vinculado con la intimidad, con el uso audiovisual de la imagen resultante de una autorización expresa como la que corresponde al Contrato Celebrado. Así en el caso que nos ocupa prima abiertamente el Contrato, toda vez que el uso de la imagen autorizada a favor de mi representada no reviste afectaciones al honor, a la honra o a cualquier otro derecho personalísimo o una afectación a la “vida privada”.*”

16. El 02 de septiembre de 2020, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó un escrito corrigiendo un error en su escrito de contestación a la acción presentado el 13 de julio de 2020, relativo al uso, dentro de su acápite VII. Pretensión, de la palabra “demandada”, cuando lo correcto era “participante y accionante en esta causa”.

17. El 09 de septiembre de 2020, SHINE TV LIMITED presentó un escrito mediante el cual contestó al requerimiento de información señalado en el numeral 11 de antecedentes de este acto administrativo, señalando en lo principal: a) *“El programa se clasifica como “sin guión”, y es programación basada en la realidad que no utiliza actores o tiene una historia ficticia y/o con guión...el programa MasterChef requiere y se basa en que los concursantes, que deben ser chefs aficionados, actúen con independencia y experimenten su propio recorrido en el marco del programa”*; b) *“...aunque Shine TV es propietaria del programa MasterChef y de los derechos de propiedad intelectual relacionados, no tiene el control ni está involucrada en el desarrollo y el día a día de las producciones locales del programa en todo el mundo. Esta responsabilidad recae en la emisora local y/o el equipo de producción que ha licenciado el programa. En el caso de la versión ecuatoriana, el programa fue licenciado a Centro de Radio y Televisión Cratel C.A.”*; c) *“Shine TV no puede opinar si se introdujeron aspectos como guiones en el programa ecuatoriano, ya que está alejado del proceso de producción de los programas.”*

18. El 11 de septiembre de 2020, SHINE TV LIMITED presentó un escrito mediante el cual solicitó una ampliación de término concedido mediante providencia de 27 de agosto de 2020, para legitimar la intervención de la Doctora María Cecilia Romoleroux dentro de la causa.

**19.** 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 agregó al expediente, y corrió traslado con los escritos mencionados en los numerales anteriores de antecedentes de este acto administrativo, adicionalmente: a) Negó la solicitud realizada por la parte accionante respecto de la exhibición de los contratos que celebrará la parte accionada con los participantes de la segunda temporada del programa en cuestión, en razón de que, en su criterio, el fin de la misma, se respaldaría en la materialización de los correos electrónicos mantenidos entre ambas partes del procedimiento; b) Dispuso que por medio de Secretaría se inicien los trámites necesarios para la selección y designación del perito solicitado por la parte accionante; c) Concedió el término de quince días adicionales para que SHINE TV LIMITED legitime la intervención de la Doctora María Cecilia Romoleroux en la causa; d) Con base en el principio de oficiosidad, requirió a CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. que presente el contrato celebrado con la productora del programa MasterChef Ecuador, en el término de quince días contados a partir del siguiente día hábil de la notificación de esta providencia.

**20.** El 24 de septiembre de 2020, SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ presentó un escrito mediante el cual solicitó la reforma parcial de la providencia que se detalla en el numeral inmediato anterior, insistiendo en que se debería aceptar su solicitud de exhibición de los contratos que celebrará la parte accionada con los participantes de la segunda temporada del programa en cuestión, dado que su propósito es acreditar que la contraparte ha modificado el contrato que utiliza, toda vez que está consciente de las ilegalidades en materia de propiedad intelectual e imagen que cometió.

**21.** El 22 de septiembre de 2020, la Doctora María Cecilia Romoleroux, en su calidad de apoderada especial de SHINE TV LIMITED, presentó un escrito señalando que su actuación dentro del proceso se encuentra legitimada con base en el poder otorgado a su favor, mismo que está registrado en el libro de poderes del SENADI bajo el número IEPI\_LP\_2020\_16863.

**22.** Mediante providencia de 05 de octubre de 2020, notificada el 06 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos se ratificó en la negativa de exhibición de documentos solicitada por la parte accionante ya que consideró que las personas involucradas en la presente acción son participantes de la primera temporada del programa, siendo los términos del contrato a ser firmados entre la accionada y los participantes de la segunda temporada, ajenos al objeto de la presente acción, en este contexto, ratificó el contenido total de la providencia mencionada.

**23.** Mediante Acta de sorteo de 20 de octubre de 2020, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos efectuó el sorteo correspondiente utilizando la lista de peritos acreditados en el Sistema Pericial del Consejo de la Judicatura, y envió a los tres profesionales favorecidos las características del peritaje requerido por la accionante para que en el término de cuarenta y ocho horas remitan a esta autoridad su postura económica junto con su perfil profesional. Mediante providencia de 26 de octubre de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos corrió traslado a la parte accionante con el extracto de propuestas económicas y hojas de vida de los dos peritos que atendieron el requerimiento de esta autoridad, concediéndole el término de tres días para que

se pronuncie respecto de su idoneidad. Asimismo, se dispuso la suspensión de los términos dentro del procedimiento. El 29 de octubre de 2020, SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ presentó un escrito mediante el cual solicitó se declare la falta de idoneidad en los perfiles de los peritos propuestos: *“se solicitó un experto en propiedad intelectual y creaciones audiovisuales con carácter artístico, más no en propiedad intelectual, marcas y patentes, pues es materia no controvertida...”* y se realice una nueva convocatoria pericial. Mediante providencia de 04 de noviembre de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos dispuso que se inicien los trámites necesarios para la selección y designación de peritos dentro del área o profesión: Comunicación, especialidad: Comunicación Visual. Mediante Acta de sorteo de 12 de noviembre de 2020, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos efectuó el sorteo correspondiente utilizando la lista de peritos acreditados en el Sistema Pericial del Consejo de la Judicatura, y envió a los dos profesionales favorecidos las características del peritaje requerido por la accionante para que en el término de cuarenta y ocho horas remitan a esta autoridad su postura económica junto con su perfil profesional.

**24.** El 20 de noviembre de 2020, SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ presentó un escrito mediante el cual desistió expresamente de la solicitud de peritaje experto en materia de propiedad intelectual y creaciones audiovisuales, solicitando el archivo de dicho procedimiento.

**25.** Mediante providencia de 14 de diciembre de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos aceptó el desistimiento detallado en el numeral inmediato anterior, ordenando el archivo del procedimiento de designación de perito y convocó a diligencia de audiencia para el día 22 de diciembre de 2020, a partir de las 09h00, a través de videoconferencia por la plataforma zoom.

**26.** En el presente expediente administrativo obra el Acta de la Audiencia celebrada el 22 de diciembre de 2020, en la cual se detallan los argumentos de hecho y de derecho argüidos por la parte accionante y la parte accionada así como su contra réplica. Terminadas las intervenciones, el Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos dispuso: a) Que se incorpore al expediente una copia de la grabación de la presente audiencia; b) Conceder a las partes el término de diez días para que presenten sus alegatos finales y remitan los documentos que crean pertinentes; c) Concluido el término concedido, pasen los autos para resolver.

**27.** El 06 de enero de 2021, CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL C.A. presentó sus alegatos finales, entre sus principales puntos se refirió a: a) Incompetencia del SENADI para resolver la pretensión del participante; las penalidades señaladas en el COESCCI aplican para infracción a derechos de propiedad intelectual, no sancionan supuestas nulidades contractuales, misma que debería ser declarada en vía arbitral; b) Las pretensiones del participante deben resolverse en la vía arbitral según lo convinieron las partes que celebraron el contrato en su Cláusula Vigésimo Séptima; c) MasterChef es un programa de concurso de cocina, más no de interpretaciones o ejecuciones de obras protegidas por derecho de autor; Según declaración de SHINE TV LIMITED: *“El programa se clasifica como “sin guión”, y es reconocido como tal en la industria de los medios de comunicación ya que comprende*

*programación basada en la realidad que no utiliza actores o tiene una historia ficticia y/o con guión.”; d) “...la cesión de derechos prevista en la Cláusula Décimo Sexta y Décimo Séptima del Contrato se ajusta a disposiciones previstas en la Decisión 351 de la Comunidad Andina. La Cláusula Décimo Séptima no constituye una mal llamada “cesión de imagen”, sino de los derechos patrimoniales que incluyen imagen, voz, actuaciones y animaciones del PARTICIPANTE, cesión que de acuerdo a la legislación supranacional andina de Derecho de Autor, es plenamente válida, y además prohíbe expresamente al PARTICIPANTE oponerse a cualquier forma de comunicación pública de esas interpretaciones o ejecuciones cuando la fijación de éstas has sido plenamente autorizada.”; Art. 34 Decisión 351; e) Los contratos son instrumentos que deben cumplirse, honrarse y ejecutarse de buena fe; la contravención al *pacta sunt servanda* lo faculta a activar la cláusula penal y reclamar la penalidad que corresponde por los daños experimentados dentro del proceso arbitral correspondiente; f) Las creaciones culinarias no pueden constituir obras protegidas por Derecho de Autor. Adicionalmente, solicito que se considere a su favor, una copia certificada del “Contrato para participar en un programa reality” que corresponde a MasterChef Colombia segunda temporada.*

**28.** El 07 de enero de 2021, SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ presentó sus alegatos finales, entre sus principales puntos se refirió a: a) Las cesiones ilegales son: i. cesión perpetua, indeterminada e indefinida de derechos conexos de interpretación; ii. Cesión de derechos sobre obras futuras; y, iii. Cesión de derechos de imagen; b) La introducción del programa MasterChef se compone de una obra individual que caracteriza particularidades de cada participante expresadas en el programa, no puede ser considerada como una mera grabación audiovisual; c) La cláusula Décimo Sexta del contrato celebrado entre las partes no dispone la facultad expresa del canal de televisión, limitada en el tiempo y territorio para comunicar públicamente, reproducir interpretación o poner a disposición del público la introducción del programa, transgrediendo al artículo 31 de la Decisión 351 y 167 del COESCCI; d) Dentro de la plataforma YouTube se sigue disponiendo públicamente los capítulos de la primera temporada de MasterChef Ecuador; MasterChef es un canal de YouTube administrado por Teleamazonas e identificado con la marca del canal; e) SHINE TV LIMITED ha registrado al programa y formato de MasterChef como una *motion picture* (obra audiovisual) del género *performing arts* (artes escénicas) ante el Congreso Nacional de los Estados Unidos; f) Vulneración de derechos de imagen al no contar con la autorización de uso debida para transmitir el programa; *“las grabaciones como la Obra Audiovisual MasterChef Primera Temporada, constituyen una secuencia de imágenes en las que se predispone el retrato fotográfico de mi representada...Por lo tanto, le son aplicables las mismas disposiciones de las obras fotográficas en el sentido pleno de la prohibición señalada en el artículo 161 del COESCCI”*; g) Vulneración de derechos de imagen en obras fotográficas: *“al estar la imagen personal protegida por un derecho constitucional, al momento de conocer las controversias sobre las obras fotográficas protegidas por derechos de autor, el SENADI no puede obviar las violaciones a los derechos constitucionales que se están configurando”*; h) Las obras culinarias no son protegibles por su sabor o su receta, sino por la estructura artística del plato; e, i) Vulneración de derechos de autor en obras culinarias por estipulación de cesión de obras futuras.



## 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. PRESUNTA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS CONEXOS DE INTERPRETACIÓN
  - a. De los derechos conexos y su objeto de protección
  - b. Obra protegida supuestamente interpretada
    - i. Programa MasterChef Ecuador
    - ii. Guión del programa MasterChef Ecuador
  - c. Intervención y manifestaciones del participante
    - i. En el desarrollo del reality
    - ii. En la introducción al programa
- II. PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE IMAGEN
  - a. Del Derecho a la imagen y su alcance
  - b. Inalienabilidad del Derecho a la imagen y autorización de uso
  - c. Competencia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos para conocer la vulneración alegada
- III. CESIONES DE DERECHOS ESTIPULADAS EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL PROGRAMA REALITY MASTERCHEF ECUADOR
  - a. Invalidez de la cesión de derechos conexos de interpretación
  - b. Cesión indebida del derecho de imagen
  - c. Prohibición de cesión de derechos futuros
    - i. Obras culinarias
- IV. NULIDAD DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL PROGRAMA REALITY MASTERCHEF ECUADOR
- V. MEDIDAS ORDENADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
  - a. Requerimiento de información
  - b. Medidas cautelares provisionales
    - i. Obstaculización al cumplimiento del trámite
- VI. MULTA Y JUSTIFICACIÓN.
  - a. Fijación de la multa

## TERCERO.- PRESUNTA VULNERACIÓN A LOS DERECHOS CONEXOS DE INTERPRETACIÓN

3.1. Con el fin de verificar la alegada infracción a los derechos conexos de interpretación de SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ (en adelante, EL PARTICIPANTE), supuestamente cometida por parte de CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A. (en adelante, CRATEL), esta Autoridad deberá determinar si del formato del programa MasterChef Ecuador y de la intervención del participante en el mismo, se originan o no dichos derechos y si aquellos, en efecto, fueron vulnerados por la parte accionada, lo cual será determinado en los siguientes apartados.



## A. DE LOS DERECHOS CONEXOS Y SU OBJETO DE PROTECCIÓN:

3.2. Una creación intelectual protegible por el Derecho de Autor (obra) no origina, únicamente, derechos en favor de su autor o titular, sino que es extensiva también a artistas intérpretes o ejecutantes, entre otros, puesto que aquellos realizan, con base en la obra, otro tipo de prestaciones o acciones que van a ser protegidas por los denominados “derechos conexos”.

Al respecto, Antequera Parilli y Ferreyros Castañeda han señalado:

*“Con posterioridad al reconocimiento universal del derecho de autor, se han incorporado a numerosas legislaciones un conjunto de derechos que, reunidos bajo la denominación “vecinos”, “conexos” o “afines”, tienen como **objeto de protección ciertas manifestaciones que no constituyen una “creación” literaria o artística, pero sí vinculación con la difusión de las obras del ingenio.**”<sup>1</sup> (Énfasis agregado)*

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual al referirse a los derechos conexos ha manifestado:

*“Se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los \*artistas intérpretes o ejecutantes, \*productores de fonogramas y \*organismos de radiodifusión en relación con sus **actividades referentes a la utilización pública de \*obras de \*autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes...**”<sup>2</sup> (Énfasis agregado)*

3.3. En este contexto, previo a analizar la existencia o no de derechos conexos en el caso en concreto, es conveniente también citar las definiciones de “*artista intérprete o ejecutante*”, establecidas en la normativa internacional, andina y nacional:

- a) Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión:

**“Artículo 3:** A los efectos de la presente Convención, se entenderá por: a) « *artista intérprete o ejecutante* », **todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística;** (...).” (Énfasis agregado)

<sup>1</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. El nuevo Derecho de Autor en el Perú. Lima. 1996. p.79.

<sup>2</sup> Boytha György, “OMPI, GLOSARIO DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS”, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1980, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_816.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf). Fecha de acceso 09 de febrero de 2020.



- b) Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante Decisión 351):

**“Artículo 3:** A los efectos de esta Decisión se entiende por: (...) - Artista intérprete o ejecutante: **Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.**” (Énfasis agregado)

- c) Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante, COESCCI):

**“Artículo 223:** (...) Se entiende por artista, intérprete o ejecutante a la **persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.**” (Énfasis agregado)

3.4. De las citas realizadas se desprende que EL PARTICIPANTE será calificado como “artista intérprete o ejecutante”, si se verifica que, en el desarrollo del programa MasterChef, actuó (representó un determinado papel), cantó, leyó, bailó, recitó, declamó, interpretó o ejecutó una obra.

3.5. Sobre el tema, a breves rasgos, se verificó que en el denominado “Contrato para participar en un programa reality”, celebrado entre las partes accionante y accionada, aportado como documento anexo al escrito de tutela administrativa, en su Cláusula Tercera “Objeto”, se estipula: *“En virtud del presente Contrato, la PARTICIPANTE se obliga a tomar parte como concursante en las competencias, ensayos, montajes y fijación en soporte material de sonidos sincronización con imágenes o de imágenes sin sonido del Reality, conforme a las reglas del Reality y a los términos y condiciones que se expresan adelante.”*; es decir, en dicha Cláusula no se hace referencia expresa a una obra literaria o artística que EL PARTICIPANTE estaría en la obligación de interpretar o ejecutar.

Como tampoco se encuentra en su Cláusula Quinta “Obligaciones de [el] [la] participante”, un literal que haga alusión expresa a la obligación de EL PARTICIPANTE de interpretar o ejecutar una obra literaria o artística determinada; únicamente desarrolla las reglas, términos y condiciones para el pleno desarrollo del concurso de cocina.

3.6. Sin perjuicio de lo anterior, EL PARTICIPANTE ha argumentado que en el desarrollo del programa ha ejecutado *“múltiples prestaciones que constituyen derechos conexos a los derechos de autor correspondientes a la obra audiovisual (programa MasterChef)”*, tema que, al ser indispensable dentro de la especie, será analizado de manera minuciosa en el siguiente apartado.

## **B. OBRA SUPUESTAMENTE INTERPRETADA:**

3.7. De las definiciones previamente citadas sobre los *derechos conexos*, se desprende que aquellos protegerían –de ser el caso- las manifestaciones llevadas a cabo por EL



PARTICIPANTE para difundir una determinada obra; motivo por el cual es pertinente definir cuál sería esa obra.

Para tal fin, es imprescindible recordar los requisitos o características generales de una obra para ser protegible por el Derecho de Autor, Antequera Parilli ha destacado los siguientes parámetros:

*“1. Que el resultado de la obra debe ser el resultado del talento creativo del hombre, en el dominio literario, artístico o científico. 2. Que esa protección es reconocida con independencia del género de la obra, su forma de expresión, mérito o destino. 3. Que ese producto del ingenio humano, por su forma de expresión, exige características de originalidad”<sup>2</sup>.*

Conforme lo anterior, se recalca que una creación será considerada como obra protegida por el Derecho de Autor siempre que se trate de una creación humana, original y creativa, sin importar su modo o forma de expresión, su género, su mérito, su destino ni su complejidad intelectual, y, siempre que pueda exteriorizarse (lo cual facilita la prueba de su existencia).

En definitiva, conforme la originalidad objetiva, una obra es protegible por el Derecho de Autor siempre que no constituya una copia de una obra anterior, centrándose en la obra en sí misma, condicionándole a ser una obra individual, propia e independiente, mientras que, conforme la originalidad subjetiva, una obra será protegible por el Derecho de Autor en cuanto constituya el reflejo de la personalidad de su autor, enfocándose en el autor de la obra y su personalidad.

Sobre las obras protegibles por el Derecho de Autor, la originalidad de las obras en su concepción objetiva y subjetiva, y la desprotección de las ideas por el Derecho de Autor véase la Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2020-001-REG-R de 23 de diciembre de 2020 emitida por esta Dirección Nacional.

3.8. Como se mencionó previamente, EL PARTICIPANTE considera que las prestaciones realizadas en el desarrollo del programa constituyeron, a su favor, derechos conexos a los derechos de autor sobre la obra audiovisual (programa MasterChef); mientras que CRATEL ha alegado que EL PARTICIPANTE no interpretó ni ejecutó una obra protegida por el Derecho de Autor, y, por tanto, no ostenta derechos patrimoniales conexos, aclarando que no se lo puede calificar como artista ya que únicamente ha realizado *“prestaciones en vivo que fueron fijadas en un soporte factible de reproducción con imágenes y audio”*. Respecto a dichas prestaciones, CRATEL ha insistido en que EL PARTICIPANTE, en cumplimiento al contrato celebrado, debía desempeñar una serie de obligaciones, destacando aquella estipulada en la Cláusula Quinta “Obligaciones de [el] [la] participante”, literal e): *“Realizar la actividad contratada con plena autonomía jurídica e independencia”*, con base en lo cual aseguró que las prestaciones realizadas por EL PARTICIPANTE no nacieron de la interpretación de un personaje originado en un guión o de otra obra previamente creada.

#### **B.1. PROGRAMA MASTERCHEF ECUADOR:**

3.9. Con respecto al programa MasterChef, CRATEL ha señalado que sus producciones audiovisuales son una simple “fijación audiovisual” que carece de originalidad y creatividad necesaria para calificarse como obra.

Al respecto, el abogado de EL PARTICIPANTE, en la diligencia de audiencia llevada a cabo el 22 de diciembre de 2020, expuso su disconformidad con lo dicho, señalando que SHINE TV LIMITED es titular de varios registros del programa MasterChef, como obra audiovisual, ante la Oficina de Derecho de Autor de Estados Unidos (<https://cocatalog.loc.gov/cgi-bin/Pwebrecon.cgi?v1=1&ti=1,1&Search%5FArg=MASTERCHEF&Search%5FCode=TALL&CNT=25&REC=0&RD=0&RC=0&PID=TOM7MxYEMIn7CrzRf2XmyYLYZ6FSq&SEQ=20201222093151&SID=1>).

3.10. Sobre la obra audiovisual, esta Dirección Nacional ya se ha pronunciado mediante Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2020-071-R de 25 de noviembre de 2020. En ella, cita a la Decisión 351, artículo 3 (que define a la obra audiovisual como: “*Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.*”), y artículo 4 (que indica que la protección del Derecho de Autor: “*recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluya entre otras, las siguientes: (...) f) Las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento; (...).*”), además, expone lo que sigue:

Antequera Parilli, al respecto de la naturaleza de la obra audiovisual, ha señalado:

*“...al menos en la gran mayoría de los casos, la obra audiovisual es una obra en colaboración, donde intervienen varias personas físicas, con sus respectivos aportes creativos. Respecto de aquellas contribuciones que son separables, como es el caso del argumento, su creador es el autor de su aportación individual y coautor de la obra en colaboración resultante expresada mediante una sucesión de imágenes en movimiento.”<sup>4</sup>*

Sobre el tema, el COESCCI, en su artículo 152 señala:

**“Artículo 152.- Coautores de obra audiovisual.-** Se presume coautores de la obra audiovisual: 1. El director o realizador; 2. Los autores del argumento, de la adaptación y del guion y diálogos; 3. El autor de la música compuesta especialmente para la obra; y, 4. El dibujante, en caso de diseños animados”.

En este mismo sentido, la jurisprudencia de la materia reconoce:

*“... la diferenciación de cuatro clases de posibles antecedentes literarios inmediatos de la obra audiovisual: argumento, adaptación, guión y diálogos. Entonces: El creador del argumento para una obra audiovisual es, por un lado, autor de la obra literaria en que*

*consiste el argumento en tanto que creador y coautor de la obra audiovisual en la que se utiliza el argumento.”*

*Por lo tanto si bien **la obra audiovisual es obra primigenia**, requiere de autorizaciones respecto de uso de obras que la conforman tales como guión, música.”<sup>5</sup> (Énfasis agregado)*

Al igual que otras leyes de Derecho de Autor, el COESCCI, con el fin de posibilitar la gestión de derechos, reconoce el carácter primigenio, independiente y autónomo de la obra audiovisual respecto de las obras preexistentes que contribuyen a su creación, en los siguientes términos:

**“Artículo 153.- Obra primigenia.- Sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras preexistentes que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra audiovisual se protege como obra primigenia.**

*Salvo pacto en contrario, los autores de las obras preexistentes podrán explotar su contribución en forma aislada en cualquier género, siempre que lo hagan de buena fe y no se perjudique injustificadamente a la explotación normal de la obra audiovisual. Sin embargo, la explotación de la obra en común, así como de las obras especialmente creadas para la obra audiovisual, corresponderá en exclusiva al titular de los derechos sobre la obra audiovisual, conforme al artículo siguiente.” (Énfasis agregado)*

En consecuencia y si bien, por disposición normativa la obra audiovisual se considera obra primigenia, ello no quiere decir que para su creación no se requiera contar con las respectivas autorizaciones de uso de los titulares de los derechos de las obras que la componen. En definitiva, para la creación de una obra audiovisual es imprescindible contar con las autorizaciones de uso sobre las diferentes obras que la constituyen, tales como guión, música, entre otros.

3.11. En este contexto, considerando que CRATEL señaló, con respecto al programa MasterChef, que lo que se ha establecido es “*su mecánica, ambientación, escenografía, vestuario, musicalización*”. En criterio de esta Autoridad el conjunto de dichos elementos o aportaciones configurarían un programa de televisión conforme se ha manifestado en la jurisprudencia española; sin embargo, los distintos elementos que la conforman tales como fotografías, serie de imágenes asociadas con sonorización o sin ella, siempre que reúnan las características de originalidad necesarias, constituyen obras susceptibles de protección por el Derecho de Autor.

A este respecto, la Audiencia Provincial Civil de Madrid, al analizar la intervención de ciertos personajes en un concurso de televisión, citó al perito de Artistas intérpretes, Sociedad de Gestión - AISGE, quien señaló:

*“...que el concurso no es una obra audiovisual, sino un programa de televisión; y que la intervención del Sr. Elegido es accidental, pues no contribuye a la creación de una trama ni presenta el elemento volitivo y teleológico necesario para tratarse de un resultado*

*creativo en sentido estricto... El actor ha dado por supuesto que “Cifras & Letras” es una obra protegida, pero consideramos que no se trata de una característica inherente a cualquier programa televisivo, por lo que se debería haber justificado este aserto, tanto desde el punto de vista puramente alegatorio como desde el punto de vista probatorio.”<sup>3</sup>*

No obstante lo anterior, el punto central de la discusión jurídica en la especie radica en si EL PARTICIPANTE interpretó o no un determinado papel respecto a dicho programa, tema que será analizado más adelante.

## B.2. GUIÓN DEL PROGRAMA MASTERCHEF ECUADOR:

3.12. CRATEL ha defendido que las manifestaciones y actividades de EL PARTICIPANTE fueron realizadas con total autonomía e independencia, basados en el previamente enunciado literal e) de la Cláusula Quinta del contrato, así como en el “SCRIPT” (o guión general) contenido en el formato que forma parte del contrato celebrado entre CRATEL y SHINE TV, resaltando lo dicho en el script: “...los guiones de MasterChef son cortos y agudos y se usan como modelo para los jueces, productores y director, más que como algo que deba seguirse al pie de la letra.”; a través de lo cual pretende probar que no existía un guión que debía seguirse por parte de los participantes y que tampoco existía un formato para que los participantes lo ejecuten, tornándose en artistas intérpretes o ejecutantes.

3.13. Con relación al tema planteado, es transcendental recordar que, mediante escrito de 09 de septiembre de 2020, SHINE TV LIMITED, al referirse al formato del programa MasterChef, indicó: a) Se clasifica como “sin guión”; b) Se basa en la realidad; c) No utiliza actores; d) No tiene una historia ficticia y/o con guión. Además, recalcó que la eventual introducción de guiones en el programa, son de completa responsabilidad de CRATEL.

3.14. Esta Autoridad insiste en lo señalado por la doctrina, al referirse a la “telerrealidad” o “tv de la vida real”:

*“Se trata de hacernos creer que lo que está sucediendo ante las cámaras es la realidad misma en vivo y en directo. De ahí la “presunta” desaparición de la cámara (más presente que nunca), la ausencia del guión (que se deja a la espontaneidad de los protagonistas, como si estos desconocieran que están siendo filmados) y la desaparición del tiempo narrativo (ya que el tiempo en que se desarrolla la historia coincide con el tiempo en que se expresa la misma, y hasta converge con el tiempo en el que lo visiona la propia audiencia).”<sup>4</sup> (Énfasis agregado).*

3.15. Esta Dirección Nacional ha analizado al guión y al argumento como obra literaria, mediante Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2020-071-R de 25 de noviembre de 2020; en

<sup>3</sup> Sentencia No. 540/2020 de 06 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial Civil de Madrid.

<sup>4</sup> LAMARCA LAPUENTE, María Jesús. El reality show en España Definición, características, Tipos, Orígenes y Claves del éxito, Cine y reality show. <http://artesadigital.blogspot.com/2009/11/el-reality-show-en-espana-definicion.html>. Fecha de acceso: 11 de febrero de 2021.

ella cita la definición dada al “guión cinematográfico” por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual:

*“Es el texto escrito de una \*obra escénica, de una \*obra de radiodifusión, o de una \*obra cinematográfica. **Puede publicarse separadamente como \*obra literaria. El guión cinematográfico pasa a ser parte de la obra cinematográfica en él basada**». De este contenido se concluye con facilidad que **el guión constituye por sí mismo una obra literaria, que se protege con independencia de su incorporación a las obras teatrales, cinematográficas o de radiodifusión, esto es como un bien jurídico autónomo**”.*<sup>5</sup> (Énfasis agregado)

Sobre la protección del guión como obra literaria, esta Dirección Nacional (Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2020-071-R de 25 de noviembre de 2020) ha indicado que se protege de manera independiente y autónoma de la obra audiovisual, como obra literaria, de conformidad con lo prescrito en los siguientes cuerpos normativos:

- El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 09 de septiembre de 1886, revisado mediante el Acta de Paris de 24 de julio de 1971, que establece:

*“**Artículo 2.-** 1) Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos...”.*

- La Decisión 351, que establece:

*“**Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluya entre otras, las siguientes: a) Las obras expresadas por escrito, es decir, los libros, folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales; (...).”.*

Adicionalmente, recuerda que el guión es apenas uno de los antecedentes literarios de una obra, debido a ello a lo largo del tiempo tanto nuestro ordenamiento jurídico, como la jurisprudencia y el derecho comparado han sabido diferenciar lo que, en palabras de la Audiencia Provincial de Madrid, son las “cuatro clases de posibles antecedentes literarios inmediatos de la obra audiovisual: argumento, adaptación, guión y diálogos”.

Lo cual concuerda con el COESCCI, en su artículo 152, previamente citado, que establece:

<sup>5</sup> Boytha György, “OMPI, GLOSARIO DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS”, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1980, [https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo\\_pub\\_816.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf). Fecha de acceso 16 de noviembre de 2020.

**“Art. 152.- Coautores de obra audiovisual.- Se presume coautores de la obra audiovisual: (...) 2. Los autores del argumento, de la adaptación y del guión y diálogos;”** (Énfasis agregado)

Sobre este respecto, la jurisprudencia española señala:

**“...El Diccionario de Casares define "argumento", como asunto del que se trata en una obra, y "guión", como argumento para una obra de cinematógrafo con todos los pormenores para su realización, y similar definición ofrece el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. También Da María Moliner, en su Diccionario conceptúa el "argumento", como parte narrable de una obra literaria, una película, etc., y, el "guión", como texto que contiene todo el desarrollo de una película: plano, decorado, personajes, luces, diálogos, etc., el cual sigue el director durante el rodaje. Es decir, el argumento constituye un texto previo al guión, mientras que éste, incorpora aquél completándolo con los elementos técnicos propios del lenguaje fílmico a utilizar.”** (Énfasis agregado)

3.16. Con base en las diferencias plasmadas, en criterio de esta Dirección Nacional, el SCRIPT o “guión” general aportado por CRATEL, mediante su escrito de prueba de 28 de agosto de 2020, más bien, consistiría en el “argumento” del programa MasterChef, es decir no se trata de un guión propiamente dicho, ya que refleja la temática del programa y, de manera general, pequeñas guías para su desarrollo: **“La comida, los concursantes y los jueces son las estrellas del programa y la mayoría de los momentos mágicos ocurren improvisada y espontáneamente en la cocina, en locación o en la casa. Por esta razón, los guiones de Masterchef son cortos y agudos y se usan como modelo para los jueces, productores y director, más que como algo que deba seguirse al pie de la letra. En Australia, MasterChef sigue un ciclo de seis episodios que se repite varias veces a lo largo de la temporada. Por lo tanto, es el trabajo del guionista transmitir la misma información sobre los retos, pero de maneras distintas cada semana... La escritura del guión de cada episodio puede dividirse a grandes rasgos en tres categorías: 1. La mecánica del movimiento en cada episodio...explica lo que están haciendo las personas en el set o en locación... 2. Dialogo esencial para explicar las reglas, riesgos y recompensas...3. Un diálogo que pinta una imagen que añade dramatismo...”** (Énfasis agregado).

Confrontando el argumento del programa MasterChef con la intervención de EL PARTICIPANTE en el mismo, esta Autoridad no puede declarar que este último ostente derechos conexos de interpretación sobre aquel.

3.17. Sin perjuicio de ello, y toda vez que SHINE TV LIMITED señaló que **“no tiene el control ni está involucrada en el desarrollo y el día a día de las producciones locales del programa en todo el mundo. Esta responsabilidad recae en la emisora local y/o el equipo de producción que ha licenciado el programa. En el caso de la versión ecuatoriana, el programa fue licenciado a Centro de Radio y Televisión Cratel C.A.”**, resaltando que el proceso de producción y la introducción de guiones al programa es de responsabilidad de CRATEL, correspondería a esta Autoridad analizar el contenido de los supuestos guiones o argumentos, para establecer si

pueden ser consideradas como obras literarias, para posteriormente determinar si EL PARTICIPANTE los ha interpretado, originándose derechos conexos a su favor.

3.18. CRATEL ha aportado un total de 10 guiones consistentes en 10 capítulos del programa, que fueron analizados por los abogados de EL PARTICIPANTE, en la diligencia de audiencia llevada a cabo dentro de la causa, con el fin de demostrar la supuesta interpretación realizada por EL PARTICIPANTE.

3.19. Al respecto del uso de guiones en programas de entretenimiento televisivo, la Audiencia Provincial Civil de Madrid ha señalado:

*“Parece obvio que los concursos y demás programas de entretenimiento televisivo generalmente se ajustan a un guión, entendido éste en sentido amplio, ya que puede ser más o menos exhaustivo en su concepción, puede exigir una mayor o menor literalidad en la ejecución o puede ser más o menos creativo. AISGE **no niega que existiera un guión del programa, como ocurre con la casi totalidad de los programas televisivos, pero mantiene que ninguno de los intervinientes en el concurso realizó una actividad artística protegida porque nadie interpretó ningún personaje de ficción...** En este sentido, **al presentador del concurso tampoco puede ser considerado “artista” en sentido técnico, a pesar de que ejecuta el guión con un texto que de hecho es más amplio que el asignado a colaboradores como el “experto en letras”.**”*

*... **la existencia de un guion del programa no convierte en artistas a todos los que intervienen en el mismo, por lo que debemos concretar si la figura del “experto en letras” contiene algún elemento específico que autorice un tratamiento diferente al del resto de intervinientes en el concurso, de modo que podamos considerar que realiza una actividad artística protegida.**”<sup>6</sup>(Énfasis agregado)*

3.20. En criterio de esta Autoridad, si bien dichos guiones poseen pormenores para la realización de cada capítulo e incorporan ciertos elementos técnicos, lo cierto es que son textos que deben ser utilizados por la presentadora del programa y por sus jueces, como bien lo ha señalado el script del programa.

Por otro lado es importante precisar que la sola existencia de un guión o argumento no convierte a los participantes, ni aún a la presentadora o jueces del programa, en artistas; por tanto, no originarían derechos conexos de interpretación a favor de EL PARTICIPANTE.

3.21. Por otra parte, aquellos “guiones” de los capítulos en que se narra una escena o se establece una temática sobre la cual los participantes pueden conversar u opinar, podrían cumplir con las características señaladas previamente para ser calificados como “argumento” –siempre que tengan el grado requerido de originalidad- más no como guión propiamente

<sup>6</sup> Sentencia No. 540/2020 de 06 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial Civil de Madrid.

dicho; no obstante lo anterior, el punto central de la discusión jurídica en la especie radica en si EL PARTICIPANTE interpretó o no un determinado papel.

### C. INTERVENCIÓN Y MANIFESTACIONES DEL PARTICIPANTE:

3.22. Frente a todo lo analizado, y con el fin de determinar si EL PARTICIPANTE, en el desarrollo del programa, puede ser considerado como artista intérprete, corresponde a esta Autoridad verificar si su intervención o sus manifestaciones califican o no como interpretación de una supuesta obra audiovisual (programa MasterChef), o de una supuesta obra literaria (argumento de capítulos del programa MasterChef).

#### C.1. EN EL DESARROLLO DEL REALITY:

3.23. Del análisis al “Contrato para participar en un programa reality”, celebrado entre las partes, en específico de su Cláusula Quinta relativa a las obligaciones del PARTICIPANTE, se desprende que éste debía cumplir ciertas reglas y señalamientos generales en el programa, tales como: no tener contacto con medios de comunicación sobre asuntos relacionados al programa, conservar su fisonomía y características básicas corporales, no publicar obras sobre la experiencia vivida en el programa, asumir los costos de su afiliación, entre otros; y, además, se obligaba a brindar entrevistas personales, a estar disponible para todos los ensayos, pruebas, grabaciones, a realizar menciones comerciales, a intervenir en producciones publicitarias y a comportarse “de manera correcta”, sin embargo, en ninguno de esos literales se especifica que EL PARTICIPANTE debía cumplir cierto papel o interpretar a cierto personaje, lo cual parecería estar acorde al ya citado literal e), que indica que EL PARTICIPANTE estaba obligado a *“Realizar la actividad contratada con plena autonomía jurídica e independencia”*.

3.24. En el contrato analizado, al referirse al programa en cuestión, se mencionan los términos “programa-concurso” o simplemente “reality”. Por su parte, CRATEL lo ha definido como “reality” o “programa en vivo”, alegando que lo único que se ha establecido en torno a él, es su mecánica, ambientación, escenografía, vestuario, musicalización; lo cual, en su criterio, no originaría derechos conexos de interpretación a favor de EL PARTICIPANTE.

Consecuentemente, de la información y pruebas materiales aportadas por las partes, sería indiscutible que el programa MasterChef corresponde al género televisivo conocido como “reality”, el cual, doctrinariamente, deriva de la denominada “telerrealidad” o “tv de vida real”, y cuyo formato, en la especie, es de titularidad de SHINE TV LIMITED.

3.25. Sobre el “reality”, la doctrina, de manera general, ha destacado:

*“...en los reality show se muestra lo que les ocurre a **personajes reales**, en contraposición a los programas de ficción que están interpretados por actores y, por lo tanto, dan forma a personajes y situaciones ficticias... en el caso de algunos reality shows, desaparecen tanto el guión como los presentadores... La proliferación de programas englobados dentro del género de la telerrealidad... ha conducido a una clasificación más precisa en la que se distingue el género reality show (reservado para*



*el reality tipo encierro que puede ir acompañado de concurso o no) de otros programas de telerealidad como los concursos (reality game show)...”<sup>7</sup>. (Énfasis agregado)*

*“El reality show **se caracteriza por hacer de la realidad un espectáculo televisivo. Una realidad que se basa en la vida cotidiana de la gente común... De este modo se produce una nueva relación entre el público y la televisión y esa gente común se convierte en la protagonista** (ya no solo de los programas concurso), más allá de la diversidad de temas y lenguajes que ofrece un género tan diverso como el reality...”<sup>8</sup> (Énfasis agregado).*

Así también, es preciso indicar que en la doctrina se han distinguido varios subgéneros que surgen de los programas de televisión de entretenimiento; entre los cuales se mencionan: *game show* (concurso espectáculo e interactivos), *reality show* (de citas, de remodelación, entre otros), *talent show* (artístico, de negocios o de cocina) y *talk show* (historias de la vida). Con referencia a los programas de cocina, se ha mencionado:

*“El elemento concurso va más allá de la simple competición y se caracterizan por la profesionalización y el alto rendimiento, transformándose en **talent shows donde los participantes deben demostrar sus habilidades culinarias... Masterchef ofrece la posibilidad de iniciar su aventura culinaria a cocineros amateur en un programa que pone a prueba sus conocimientos y habilidades en la cocina** que son evaluadas por tres chefs de prestigio en pruebas individuales y de grupo tanto en plató como en exteriores.”<sup>9</sup> (Énfasis agregado)*

De los fragmentos citados, se puede concluir que en los realities se exhibe a gente común - personas reales-, que, en la mayoría de casos, no cuentan con un guión para acomodar sus diversas actividades.

3.26. En la especie, respecto al formato del programa controvertido, no se ha podido verificar la creación de personajes ficticios a ser interpretados por cada uno de los participantes, pudiendo concluir que se trata de personas comunes y reales llevadas por la improvisación. En consecuencia, confrontando el formato del programa MasterChef con la intervención de EL PARTICIPANTE, esta Autoridad no puede declarar que este último ostente derechos conexos de interpretación sobre dicha obra audiovisual.

3.27. Así también, valorando el contenido de los argumentos que narran una escena o establecen una temática sobre la cual los participantes deben opinar, no se han encontrado suficientes manifestaciones que permitan concluir que los participantes están interpretando una obra en sí misma. EL PARTICIPANTE no desempeña un papel como actor, sino que,

<sup>7</sup> LAMARCA LAPUENTE, María Jesús. El reality show en España Definición, características, Tipos, Orígenes y Claves del éxito, Cine y reality show. <http://artesanadigital.blogspot.com/2009/11/el-reality-show-en-espana-definicion.html>. Fecha de acceso: 11 de febrero de 2021.

<sup>8</sup> SALÓ BENITO, Gloria. Los formatos de televisión en el mundo. De la globalización a la adaptación local. Análisis de formatos nórdicos. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/56746/1/T41330.pdf>. Fecha de acceso: 11 de febrero de 2021.

<sup>9</sup> ibídem

espontáneamente, se desenvuelve en actividades relacionadas a un concurso de cocina dirigido para cocineros aficionados, siendo el único perfil que deben cumplir.

En este contexto, SHINE TV LIMITED, titular del formato del programa MasterChef, mediante su escrito de 08 de septiembre de 2020, textualmente ha señalado: “...*el programa MasterChef requiere que y se basa en que los concursantes, que deben ser chefs aficionados, actúen con independencia y experimenten su propio recorrido en el marco del programa*”.

## C.2. EN LA INTRODUCCIÓN AL PROGRAMA:

3.28. Adicional al formato del programa y al supuesto guión, los abogados de la parte accionante discutieron los “*gestos y actitudes*” de EL PARTICIPANTE en la introducción al programa, defendiendo que aquellos no pueden calificarse como espontáneos, autónomos e independientes, constituyéndose en una interpretación que origina derechos conexos a su favor.

3.29. Al respecto, es preciso citar a la Audiencia Provincial Civil de Madrid, que indica:

*“El demandante pone de manifiesto que la figura del “experto en letras” requiere un perfil determinado. Así lo indicó doña Carmen de Blas, Directora y Guionista del programa, cuando dijo que **hicieron castings para encontrar ese perfil, que debía responder a la idea de un maestro bohemio, antiguo, clásico y versado en letras.** Por ello también se exigía al Sr. Elegido que su vestimenta fuera acorde. El Sr. Elegido reunía esas características...”<sup>10</sup> (Énfasis agregado)*

3.30. Con base en lo anterior, se puede concluir que la introducción al programa requirió que cada uno de los participantes refleje un determinado perfil –unos más acentuados que otros– que debía responder a la idea de ciertas profesiones, oficios u orígenes, que pudieron estar ligadas a su físico o personalidad; por ejemplo: personaje amazónico (Beto), personaje de panadería (Yoyo), personaje bombero (Memo), personaje atractivo (Sharon), personaje pintor (Germán), entre otros.

3.31. Respecto a que las ideas no son protegibles por el Derecho de Autor, esta Dirección Nacional se ha manifestado mediante Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2020-071-R de 25 de noviembre de 2020, en la que señaló que el COECCI, en su artículo 102, es claro al establecer que: “(...) *Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras... No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas...*”.

Además, cita a la Audiencia Provincial de Madrid: “...*las ideas no son susceptibles de propiedad intelectual y el hecho de que los demandados reconvincientes pudieran tener la idea de escribir un libro sobre el lobo no les atribuye derecho alguno sobre cualquier otra obra de cualquier*

<sup>10</sup> Sentencia No. 540/2020 de 06 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial Civil de Madrid.

*naturaleza que aborde, analice o recree con cierta dosis de ficción la vida del mismo personaje...”.<sup>11</sup>*

Finalmente cita a la jurisprudencia argentina: “(...) el principio de que las ideas son libres y lo que se protege es la obra intelectual...En igual sentido Miguel A. Emery (“Propiedad Intelectual Ley 11723 [1], comentada”, p. 13) en el ítem “La ley no protege la idea sino la forma de expresión” cita un precedente de esta sala (ED 43- 619 [2]) en que se decidió que el objeto legalmente protegido es la forma de la manifestación intelectual, el método, el estilo personal del autor...”.<sup>12</sup>

3.32. Por tal motivo, lo que se debe valorar al momento de determinar si los gestos y actitudes de EL PARTICIPANTE en la introducción al programa, pueden originar derechos conexos a su favor, es su “*labor interpretativa*”, al respecto, la Audiencia Provincial de Madrid, ha destacado:

**“...una nota inherente a la labor interpretativa protegida debe ser su exteriorización, que ha de poder ser apreciada como tal por el destinatario al que va dirigida. Esa exteriorización de la creación artística no se ha producido en este caso porque es el propio Sr. Elegido el que se muestra a sí mismo como un experto en letras y el que actúa como tal de forma natural, como si los diálogos realizados fueran manifestaciones propias espontáneas y no obra de un guión. Es cierto que el demandante pudo esforzarse en mostrar al público un perfil de sí mismo que quizá no respondía a la realidad, o al menos no plenamente, pero esto quedó en su fuero interno, ya que ese esfuerzo no estaba destinado a que el público pudiera apreciarlo y valorarlo.”<sup>13</sup>**

3.33. En este contexto, en criterio de esta Dirección Nacional, la labor interpretativa de los participantes para desarrollar los perfiles asignados en la introducción al programa, no cumplen dicho elemento de exteriorización, toda vez que los participantes durante todo el programa demostraron que dichos perfiles correspondían con elementos de su propia vida (profesión, oficio, origen), mostrándose tal y como son y actuando de forma coherente a tales circunstancias (Beto nació en la Amazonía ecuatoriana, Yoyo es panadero, Memo es bombero, Sharon es modelo, Germán tiene un bigote que le da un tinte artístico de pintor).

3.34. Por tanto, el público al que estaba dirigido el programa, no podía valorar como “interpretación” a los gestos y actitudes realizados por los participantes en la introducción al programa, toda vez que se correspondían con elementos propios y normales de su vida. Es decir, dicho perfil se mostraba como un perfil personal propio de cada participante, más no como un personaje de ficción; no existía distancia entre el participante y el perfil asignado.

<sup>11</sup> Audiencia Provincial de Madrid - España, Sección 28°. Recurso 386/2009. Sentencia 154/2010 de 25 de junio de 2010. <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>. Id Cendoj: 28079370282010100146. Actualización: 22-6-2012. CERLALC: <https://cerlalc.org/wp-content/uploads/dar/jurisprudencia/2311.pdf>

<sup>12</sup> Taggino J. M. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 12 de marzo de 2001.

<sup>13</sup> Sentencia No. 540/2020 de 06 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Vigésimosexta de la Audiencia Provincial Civil de Madrid.

3.35. En consecuencia, esta Dirección Nacional concluye que los gestos y actitudes realizados por EL PARTICIPANTE en la introducción al programa MasterChef no son suficientes para concederle derechos conexos como artista intérprete.

#### CUARTO.- PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE IMAGEN

4.1. EL PARTICIPANTE inició la presente acción de tutela administrativa alegando, adicional a la violación de los derechos conexos de interpretación, la violación de derechos de uso sobre su imagen.

##### A. DEL DERECHO A LA IMAGEN Y SU ALCANCE:

4.2. En la doctrina, el derecho a la imagen se ha definido de la siguiente manera:

*“El derecho a la imagen es el derecho personalísimo que permite a su titular oponerse a que otros individuos y por cualquier medio capten, reproduzcan, difundan o publiquen –sin su consentimiento o el de la ley- su propia imagen.”<sup>14</sup>*

4.3. Al respecto del derecho a la imagen, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 66, numeral 18, garantiza:

**“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.”** (Énfasis agregado)

Respecto a este derecho, se han reconocido dos vertientes, una personal y otra patrimonial:

*“Como bien recoge el Magistrado Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz, en su voto particular a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998 (RJ 1998\358), **“el derecho a la imagen [...] tiene una doble vertiente, el aspecto personal y el aspecto patrimonial. El aspecto personal está relacionado estrechamente con el derecho a la intimidad y efectivamente así apareció históricamente en la jurisprudencia anglosajona de principio de siglo (Roberson v. Rochester Holding Box Co. y Pavesich v. New England Life Insurance Co) e incluso la Sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1988 (RJ 1988\2480) y más tarde la de 17 de julio de 1993 (RJ 1993\6458), los relaciona. Distinto [...] es el aspecto patrimonial del derecho a la imagen, del que se ha dicho (en la doctrina anglosajona) que se trata de un derecho sui generis, mezcla de derecho personal, de propiedad y también de protección de la competencia desleal...”**<sup>15</sup> (Énfasis agregado)*

<sup>14</sup> Rivera, Julio César, Instituciones de derecho civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. II, p. 114. Citado en Rivera, Giatti, Alonso. La cuantificación del... Óp. cit., p. 377

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ LOSADA, Soraya, “El Contenido de los Derechos de Imagen y su posible catalogación como canon”, Universidad Santiago de Compostela. <https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2009/02/24-el-contenido-de-los-derechos-de-imagen.pdf>. Fecha de acceso: 17 de febrero de 2021.

En esta línea, se concuerda con lo alegado por CRATEL, en el sentido de que el derecho a la imagen posee una doble esfera: por un lado, se encuentra su índole personal, que se relaciona con el derecho al honor, al buen nombre, a la intimidad, entre otros, siendo derechos inalienables no aptos de transferencia o cesión; y, por otro lado, se encuentra su índole patrimonial, la cual hace posible la explotación comercial de la imagen de una persona.

4.4. Adicional a lo anterior, la Corte Provincial de Justicia del Guayas, haciendo referencia al caso Carrizo, José Oscar contra Editorial Atlántida en la Argentina, ha señalado que los derechos de exclusiva, como los derechos de Propiedad Intelectual están limitados por los derechos fundamentales de la persona, como es el caso del derecho a la imagen, en los siguientes términos:

*“La protección brindada al derecho de imagen por el artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador no es un caso aislado, al contrario **es usual por la característica del derecho fundamental que tiene el de imagen**, así tenemos que la Ley 11723 de la Argentina que versa sobre Propiedad Intelectual en su artículo 31 dispone: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y prima facie, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, o en su defecto del padre o de la madre...”*

*(...) Resulta evidente que el artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual que el accionante cita como fundamento de su acción reconoce que **los derechos de exclusiva, como son los de Propiedad Intelectual, tienen como límite los derechos fundamentales de la persona**, y en ese sentido se encuentra lógico que el legislador haya establecido que el retrato de una persona no pueda ser puesto en el comercio sin el consentimiento de ésta.”<sup>16</sup> (Énfasis agregado)*

De ahí que, los elementos que componen el programa de televisión en cuestión, tales como fotografías e imágenes con sonorización o sin ella, para su uso por parte de un tercero, requieren de autorización, la cual debe observar los parámetros prescritos en el artículo 161 del COESCCI.

4.5. Sobre el tema, EL PARTICIPANTE, en su escrito de solicitud de acción de tutela administrativa, ha señalado que: *“el COESCCI contempla disposiciones referentes al uso de imagen con fines comerciales dentro del apartado correspondiente a los derechos de autor”*, y cita los siguientes artículos:

**“Artículo 160.- Del retrato o busto de una persona.-** *El retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin su consentimiento y, luego de su muerte, de sus herederos. Sin embargo, la publicación del retrato es libre cuando se relacione únicamente con fines científicos, didácticos, históricos o culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.”*

<sup>16</sup> Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo. Edison Méndez Méndez v. CONECEL. Juicio Núm. 295-07-3, de 16 de septiembre de 2009.

**“Artículo 161.- Fotografías de retrato.-** Nadie podrá utilizar una obra fotográfica o una mera fotografía que consista esencialmente en el retrato de una persona, si dicha fotografía no se realizó con su autorización expresa, la de su representante legal, la de sus herederos, con las limitaciones establecidas en la Ley. **La autorización deberá hacerse por escrito y referirse al tipo de utilización específica de la imagen.**

*La persona fotografiada podrá oponerse cuando la utilización sea diferente de la autorizada, salvo que la imagen dé cuenta de hechos o acontecimientos mencionados en el artículo anterior.*

*No será necesaria la autorización cuando la persona fotografiada sea un componente secundario de la fotografía.” (Énfasis agregado)*

Con referencia a las citas realizadas, la parte accionante concluyó: *“Si bien estas disposiciones versan sobre supuestos específicos de bustos y fotografías, abarcan un tratamiento aplicable a todo uso que pueda realizarse de la imagen de una persona en cualquier obra protegida por derecho de autor”.*

4.6. Sobre el argumento señalado por EL PARTICIPANTE, se cita a la jurisprudencia argentina, que ha definido al derecho a la imagen, de la siguiente manera:

*“...facultad de cada persona de disponer exclusivamente de ella a través de la fotografía divulgada por los medios masivos de comunicación, como la prensa y la televisión, así como por el cinematográfico. Como consecuencia de ello, también consiste en el derecho a oponerse a que otro la utilice con cualquier fin.”<sup>17</sup>*

Adicionalmente, confrontado las definiciones del derecho a la imagen con el alcance de la normativa de propiedad intelectual que hace referencia a dicho derecho, en la doctrina, se han realizado las siguientes precisiones:

*“Es dable advertir que la expresión retrato fotográfico no debe tomarse ad pedem litteris, sino como comprensiva de dibujos, retratos a lápiz, pinturas, esculturas, televisión, caricaturas y cualquier otra forma de captar y/o reproducir la imagen humana.”<sup>18</sup>*

*“...en la actualidad existe una amplia variedad de medios ante los que la imagen de una persona puede ser difundida. Esta difusión ya no se limita exclusivamente a la fotografía*

<sup>17</sup> CNCiv. Sala D, 22 de abril de 1997, “V.E.O. c/Editorial Perfil”, L. L. 1998-B-703.

<sup>18</sup> RIVERA, Julio César; GIATTI, Gustavo; ALONSO, Juan Ignacio, “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas – UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/download/21378/19051>. Fecha de acceso: 17 de febrero de 2021.

*como hace décadas, ahora la imagen de la persona puede abarcar un sinnúmero de medios materiales como digitales.”<sup>19</sup>*

Lo anterior, nos permite aceptar que la protección del derecho a la imagen de una persona no se limitaría únicamente a su uso en bustos y fotografías, sino que abarca todo uso realizado mediante cualquier obra protegida por el Derecho de autor y cualquier medio material; no obstante, aquello no sería suficiente para determinar de manera absoluta si esta autoridad está o no facultada para conocer las posibles vulneraciones alegadas en la especie; tema que será dilucidado más adelante.

## **B. INALIENABILIDAD DEL DERECHO A LA IMAGEN Y AUTORIZACIÓN DE USO:**

4.7. La Constitución de la República del Ecuador, al respecto de los principios que rigen el ejercicio de los derechos garantizados en ella, establece:

**“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.”** (Énfasis agregado)

Se debe recordar que estas características son aplicables al derecho a la imagen de una persona, toda vez que este mismo cuerpo normativo garantiza su protección, en su calidad de derecho fundamental de carácter personalísimo, al ser esencial para el desarrollo pleno y completo de la persona.

Así entonces, se debe resaltar que una persona no puede enajenar (por tanto, no puede ceder), renunciar ni dividir su derecho a la imagen, pues serían acciones contrarias a la Constitución.

4.8. Sobre la protección al derecho a la imagen y la facultad de consentir su uso, se ha señalado:

*“La necesidad de protección contra la arbitraria utilización de la imagen deriva de una exigencia de la individualidad personal, según la cual la persona debe ser quien debe consentir o no la representación de su propia imagen.”<sup>20</sup>*

*“...el derecho a la propia imagen se desprende como un derecho de la personalidad, por ende, el titular de la imagen es la persona idónea para otorgar o no su consentimiento sobre la difusión y representación de su propia imagen.”<sup>21</sup>*

<sup>19</sup> Guerra Rodríguez, Paúl. “Tutela Jurisdiccional de la Vida privada de deportistas profesionales”. El conflicto constitucional del derecho a la libertad de información con los derechos a la intimidad, honor y propia imagen. Directora: Sophia Espinosa Coloma, JSD. Universidad San Francisco de Quito Colegio de Jurisprudencia

<sup>20</sup> Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. El Concepto Constitucional Del Derecho A La Propia Imagen En Portugal, España Y Brasil. España: Universidad de Sevilla, Revista Araucaria, Vol. 11, Núm. 22, Sin Mes, 2009, p. 23.

<sup>21</sup> Guerra Rodríguez, Paúl. “Tutela Jurisdiccional de la Vida privada de deportistas profesionales”. El conflicto constitucional del derecho a la libertad de información con los derechos a la intimidad, honor y propia imagen. Directora: Sophia Espinosa Coloma, JSD. Universidad San Francisco de Quito Colegio de Jurisprudencia

*“Al titular le asiste, con exclusividad, el derecho de determinar quién puede representar, grabar, registrar, utilizar o divulgar su imagen.”<sup>22</sup>*

4.9. De las citas realizadas en el apartado anterior, se entiende que no existiría vulneración al derecho a la imagen siempre que exista el consentimiento de su titular para el uso de su imagen -por cualquier medio y a través de cualquier obra protegible por el Derecho de Autor- a favor de cualquier tercero. Al respecto, se menciona:

*“Claro que los derechos de la personalidad son relativamente disponibles, por lo que su titular puede autorizar la indagación o conocimiento de su vida privada, cuanto la captación, difusión o utilización de la imagen. En este punto, cabe señalar que **el consentimiento para la publicación de la imagen no puede presumirse y es de interpretación restrictiva lo cual veda la posibilidad de admitir un consentimiento implícito anticipado para su publicación.**”<sup>23</sup> (Énfasis agregado)*

Así también, existen algunas excepciones en cuanto al alcance del derecho a la imagen y su correspondiente autorización:

*“No serán ilegítimas las captaciones, reproducciones o difusiones de la imagen que hayan sido validadas por la autoridad, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.*

*...no habrá intromisión ilegítima cuando la imagen corresponda a una persona pública y ésta se encuentre en un acto o espacio público; tampoco será intromisión ilegítima el hacer una caricatura de la figura pública; y, por último, tampoco habrá intromisión ilegítima cuando se trate de imágenes en donde la figura de la persona expuesta aparezca de manera secundaria o accesoria.”<sup>24</sup>*

En este contexto, en el evento de otorgarse una autorización de uso de imagen a favor de un tercero, se debe respetar lo que señala el previamente citado artículo 161 del COESCCI, esto es: 1. Que debe tratarse de una autorización expresa; 2. Que dicha autorización debe otorgarse por escrito; y, 3. Que dicha autorización debe hacer referencia al tipo de uso o utilización específica que se realizará sobre la imagen.

La Cláusula Séptima “Derechos de imagen, voz, fotografía, animación” contenida en el contrato analizado señala:

<sup>22</sup> Manuel da Costa Andrade. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídica criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 132. Citado en Marco Aurélio Rodrigues Da Cunha E Cruz. *El Concepto...* Óp. cit., p. 24.

<sup>23</sup> RIVERA, Julio César; GIATTI, Gustavo; ALONSO, Juan Ignacio, “La cuantificación del daño moral en los casos de lesión al honor, la intimidad y la imagen”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigación Jurídicas – UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/latinoamericana-derecho/article/download/21378/19051>. Fecha de acceso: 17 de febrero de 2021.

<sup>24</sup> Palomar Olmeda, Alberto y Descalzo González, Antonio. *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 11.



**“LA PARTICIPANTE cede a la COMPAÑÍA todos y cada uno de los derechos patrimoniales relacionados con su imagen, voz, fotografía y animación sobre las prestaciones que realice en cumplimiento del presente Contrato, en consecuencia, la COMPAÑÍA tendrá, sin limitación alguna, derecho incondicional y exclusivo a su uso, divulgación, disposición y explotación sonora, visual y audiovisual, en todo tipo de soportes o formatos, en cualquier procedimiento técnico o sistema y a través de cualquier medio, existentes o que lleguen a existir. En particular, la COMPAÑÍA podrá utilizar para cualquier fin, todas las prestaciones, editadas o sin editar, realizadas por LA PARTICIPANTE en virtud del presente Contrato y podrán ceder libremente los mencionados derechos, sin que nada de lo anterior implique ninguna remuneración adicional para la PARTICIPANTE.”.**

4.10. Respecto de la cláusula citada, esta Autoridad hace notar: 1. que la misma se refiere a la figura de cesión, más no de autorización, que es lo que correspondería por la naturaleza del derecho que se trata, además, 2. Que en principio no se vislumbra una referencia al tipo de utilización exacta que se va a realizar con la imagen de EL PARTICIPANTE ni del soporte, formato o medio que se utilizaría para tal fin, configurándose en un uso ilimitado como textualmente se señala.

4.11. Por otro lado, hace notar que CRATEL debería considerar que no puede ceder libremente los derechos patrimoniales relacionados con la imagen, voz, fotografía y animación de las prestaciones realizadas por EL PARTICIPANTE, con base en el criterio expuesto por la Corte Provincial de Justicia del Guayas ha mencionado:

**“De la revisión del Convenio suscrito entre CONECEL y la Federación Ecuatoriana de Fútbol se aprecia que, como ha quedado dicho, el mismo se suscribió entre dichas partes, no existiendo la intervención del Señor Edison Méndez Méndez en la celebración de dicha convención, mal puede generar este contrato efectos respecto de la parte actora, pues el artículo 1561 del Código Civil claramente señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, es por esto que resultan inoponibles al actor las estipulaciones contenidas en dicho contrato del que no ha sido parte. No se observa además que a dicho convenio se haya adjuntado como habilitante o parte de la misma convención alguna suscrita entre la Federación Ecuatoriana de Fútbol y el Señor Edison Méndez Méndez en virtud de la cual éste último haya autorizado a esta entidad a utilizar su imagen. Aprecia también esta Sala de Conjuces que la cláusula primera del citado convenio se refiere a la imagen y retrato de las selecciones que por lógica constituyen un cuerpo colegiado, como además se expresa en las consideraciones del Convenio tantas veces mencionado, particular de trascendencia para esta causa, en cuanto las Tarjetas Prepago con cuya emisión y circulación indica el actor se han violentado sus derechos contienen únicamente la imagen de Edison Méndez Méndez y no del conjunto de jugadores y demás personas que conforman la selección ecuatoriana de fútbol. El documento denominado bases de la Promoción Jugador 12 revela la existencia de un acuerdo entre CONECEL y otras entidades para llevar a cabo una promoción, sin que conste en el mismo declaración**

*alguna o participación del Señor Edison Méndez Méndez autorizando la utilización de su imagen.*<sup>25</sup>

4.12. En la especie, la eventual vulneración al derecho de imagen de EL PARTICIPANTE, en la producción de una obra, dependerá de la existencia o no de una autorización expresa otorgada por aquel a favor de CRATEL, en el que refleje su consentimiento y autorización para el uso de su imagen, siempre que dicha autorización haya sido otorgada conforme lo prescrito en el artículo 161 del COESCCI.

4.13. Adicionalmente, para constatar la vulneración al derecho de imagen no habría necesidad de probar otro tipo de afectación a derechos como el de honor, reputación, intimidad, entre otros derechos que se ven ligados, en principio, a la imagen de una persona. En este sentido se ha pronunciado la Corte Provincial de Justicia del Guayas:

*“(...) en el caso Carrizo, José Oscar contra Editorial Atlántida en la Argentina, la Sala E en resolución del 4 de octubre de 1996 expresó: “Como se ha señalado en otras oportunidades la simple exhibición no consentida de la imagen, afecta el derecho que se intenta proteger por medio del artículo 31 de la Ley 11723, aunque ello no cauce ningún gravamen en la privacidad, honor y reputación del afectado, ya que por sí sola presenta un daño moral por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad...” Resalta esta Sala de Conjuces que esta resolución tomada en la República Argentina alude directamente a una norma que es de similar contenido a la del artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador”.*<sup>26</sup>

### **C. COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS PARA CONOCER LA VULNERACIÓN ALEGADA:**

4.14. Partiendo de los artículos 160 y 161 del COESCCI, que hacen referencia al uso que puede realizarse de la imagen de una persona en bustos y fotografías, la parte accionante ha señalado: *“...si el presente caso versa sobre un uso no autorizado del ámbito patrimonial del derecho de uso de imagen de mi representada, su autoridad está facultada para conocer esta controversia por la analogía detallada. Sería inadecuado que su autoridad pueda pronunciarse sobre un uso de imagen no autorizado en una fotografía o un busto, y no sobre el uso realizado en una obra audiovisual, como lo es el Programa MasterChef.”*

4.15. En el afán de reconocer la competencia de esta Dirección Nacional, en relación a la vulneración al derecho a la imagen, EL PARTICIPANTE ha citado el artículo 11, numeral 3, de la Constitución de la República del Ecuador, mismo que establece:

**“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos**

<sup>25</sup> Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo. Edison Méndez Méndez v. CONECEL. Juicio Núm. 295-07-3, de 16 de septiembre de 2009.

<sup>26</sup> Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo. Edison Méndez Méndez v. CONECEL. Juicio Núm. 295-07-3, de 16 de septiembre de 2009.

*internacionales de derechos humanos **serán de directa e inmediata aplicación** por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.” (Énfasis agregado)*

No obstante, omite mencionar el numeral 1 de ese mismo artículo, que dicta:

*“**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 1. Los derechos **se podrán ejercer, promover y exigir** de forma individual o colectiva **ante las autoridades competentes**; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.” (Énfasis agregado)*

Al respecto, se debe distinguir entre la aplicación del derecho propiamente dicha (artículo 11 numeral 3) y su ejecución (finalidad del artículo 11 numeral 1), conforme lo que sigue:

*“...cuando se habla de aplicación del Derecho o aplicación de las normas, se alude a la realización de actos jurídicos individuales conformes con las normas jurídicas generales. Por eso, suele decirse que la aplicación del derecho no es más que la concreción de los preceptos jurídicos generales, ya que en ella se procede a encajar los concretos elementos fácticos (situaciones o conductas) dentro del marco normativo de los preceptos jurídicos generales y abstractos.*

*(...).Pero sucede a veces que el Derecho no puede lograr su propia eficacia sin la intervención de los órganos jurídicos estatales, ya que el inmediatamente obligado no sabe, no puede o no quiere darle cumplimiento. En tales casos es cuando tiene lugar la ejecución (o aplicación del Derecho en sentido estricto), puesto que son las autoridades y órganos competentes los que proyectan sobre los casos concretos de la vida real la regla de conducta contenida en los preceptos generales, llegando a imponer a los obligados (incluso por la fuerza, si fuere necesario) la conducta considerada como exigida.”<sup>27</sup>*

Consecuentemente, si bien es cierto que los derechos y garantías establecidos en la Constitución son de aplicación directa e inmediata por cualquier servidor público, administrativo o judicial, su garantía se debe ejercer, promover y exigir ante la autoridad competente. Es decir, una cosa es que los servidores públicos, administrativos o judiciales estén en la obligación de velar por el respeto de los derechos fundamentales de las personas, y otra, distinta, es que cualquier servidor pueda determinar y castigar sus eventuales incumplimientos.

4.16. Al respecto, es preciso, también, citar el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece:

<sup>27</sup><https://derechouned.com/libro/teoria/3043-tipos-de-aplicacion-del-derecho#:~:text=Habitualmente%2C%20cuando%20se%20habla%20de,con%20las%20normas%20jur%C3%ADdicas%20generales.&text=Toda%20norma%20jur%C3%ADdica%20contiene%20un,sociales%20a%20quienes%20va%20destinada.> Fecha de acceso: 17 de febrero de 2021.

**“Art. 226.-** Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal **ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.** Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.” (Énfasis agregado)

El artículo citado materializa al denominado “Principio de Legalidad y Constitucionalidad”, que exige que las actuaciones de la autoridad se fundamenten en las facultades que la Constitución y la ley les atribuye, sin extenderse más allá de lo reglado.

En este contexto, el artículo 10 del COESCCI señala:

**“Artículo 10.- Autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales.-** Es el organismo técnico adscrito a la Secretaría de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, con personalidad jurídica propia, dotado de autonomía administrativa, operativa y financiera, que **ejerce las facultades de regulación, gestión y control de los derechos intelectuales y en consecuencia tiene a su cargo principalmente los servicios de adquisición y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, así como la protección de los conocimientos tradicionales.** Además de las funciones inherentes a sus atribuciones, será la principal encargada de ejecutar las políticas públicas que emanen del ente rector en materia de gestión, monitoreo, transferencia y difusión del conocimiento.

**La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales tendrá competencia sobre los derechos de autor y derechos conexos; propiedad industrial; obtenciones vegetales; conocimientos tradicionales; y, gestión de los conocimientos para incentivar el desarrollo tecnológico, científico y cultural nacional.** Competencias que deberán ser consideradas al momento de reglamentar su conformación, atribuciones, organización e institucionalidad...” (Énfasis agregado)

Así también, en el mismo cuerpo normativo, en el artículo 11, se enlistan ciertas atribuciones del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, que hacen referencia principalmente a la regulación, control y gestión de la propiedad intelectual, más ninguna de ellas, se refiere al control de las autorizaciones sobre el uso del derecho a la imagen.

Es preciso advertir entonces que no todo bien inmaterial está sujeto al régimen de propiedad intelectual, así si bien la imagen (además de ser un derecho personalísimo) tiene un componente que constituye un bien inmaterial, no está sujeta al régimen de propiedad intelectual, sino que en atención a su naturaleza debe contar con su propio régimen normativo, que salvo lo previsto en el artículo 161 del COESCCI, no ha sido desarrollado por el legislador, pese al mandato previsto por la Constitución de la República en el artículo 66, numeral 18.

4.17. Si bien en los artículos 160 y 161 del COESCCI se hace referencia a la utilización de la imagen de una persona, lo cierto es que está regulando que dicha obra, sea ésta un retrato, un

busto o una fotografía de un retrato de una persona (objetos sobre los cuales esta autoridad si es competente), no nazca con vicios, es decir, que desde su nacimiento una obra protegible por el Derecho de Autor respete los derechos fundamentales de las personas que se vean inmiscuidas en ella.

Sobre este punto, es preciso indicar que si bien el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales posee atribuciones para regular, controlar y gestionar derechos sobre bienes inmateriales, estos se refieren a aquellos que son protegibles por cualquier rama de la Propiedad Intelectual, no siendo el caso del derecho a la imagen; por lo que esta Autoridad, ha citado al artículo 161 del COESCCI con el único propósito de declarar que para generar una obra que utiliza imágenes de una persona y gestionar sus derechos de propiedad intelectual debe contar con la autorización de la misma.

## QUINTO.- CESIONES DE DERECHOS ESTIPULADAS EN EL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL PROGRAMA REALITY MASTERCHEF ECUADOR

5.1. En el escrito inicial de acción de tutela administrativa, EL PARTICIPANTE alegó: *“CRATEL, con el consentimiento de SHINE TV, está reproduciendo nuevamente el Programa, sin contar con ningún derecho o autorización válida para explotar los derechos conexos de mi representada y su imagen... CRATEL no cuenta con ninguna autorización válida a su favor respecto del uso de los derechos conexos de interpretación de mi representada; en segundo lugar, la cesión de derechos futuros realizada a favor de CRATEL es inválida; y, finalmente CRATEL no cuenta con ninguna autorización para utilizar la imagen de mi representada”.*

### A. INVALIDEZ DE LA CESIÓN DE DERECHOS CONEXOS DE INTERPRETACIÓN:

5.2. Sin perjuicio de que en el Considerando Tercero de la presente resolución se desvirtuó que EL PARTICIPANTE sería titular de derechos conexos de interpretación sobre el programa MasterChef, dado que en el contrato celebrado existe la Cláusula Décimo Sexta, denominada “Propiedad Intelectual”, misma que contiene algunas cesiones de derechos, es preciso señalar que el hecho de que el contrato celebrado estipule una cláusula de propiedad intelectual no implica, indefectiblemente, que EL PARTICIPANTE sea titular de derechos de propiedad intelectual o derechos conexos, así lo ha manifestado la Audiencia Provincial Civil de Madrid:

*“El apelado también resalta que los contratos suscritos por el Sr. Elegido contienen una cláusula de cesión de derechos de autor en favor de la productora, por la que se prevé una retribución adicional. A partir de este dato, la defensa de don Antonio Elegido entiende que carecería de sentido esta estipulación si su participación no devengase derechos protegidos por la LPI. Sin embargo, **no consideramos que esta previsión contractual cambie el estado de la cuestión, pues se trata de una cláusula de salvaguardia que trata de salir al paso de posibles reclamaciones que puedan efectuarse sobre el particular. No en vano, ya hemos dicho que en un programa***

*pueden existir manifestaciones artísticas puntuales de los intervinientes como cantantes, recitadores etc.*<sup>28</sup> (Énfasis agregado)

Adicionalmente, dada la existencia de dicha cláusula, esta Dirección Nacional propone el análisis que se desarrolla a continuación.

5.3. Para la eventual cesión de derechos de propiedad intelectual se deben aplicar y observar los siguientes artículos del COESCCI, en los cuales se fijan ciertos requisitos para transferir derechos, autorizar su uso o explotar obras por parte de terceros:

**“Artículo 165.- Disposición de los derechos de autor.-** Con sujeción a las normas de este Libro, se reconoce la facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilidades de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia.”

**“Artículo 166.- Contratos de transferencia de uso de derechos de autor o explotación de obras por terceros.-** Los contratos sobre transferencia de derechos, autorización de uso o explotación de obras por terceros **deberán otorgarse por escrito** y se presumirán onerosos. Salvo pacto en contrario, el autor conservará la facultad de explotar las obras en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que lo haga de buena fe y no perjudique injustificadamente la explotación normal que realice el cesionario. Además, cuando corresponda, **durarán el tiempo determinado en los mismos contratos.**

*En dichos contratos, el autor garantizará la autoría y la originalidad de la obra. Así mismo, se entenderá incluida, sin necesidad de estipulación expresa, la obligación de respetar los derechos morales del autor.*” (Énfasis agregado)

**“Artículo 167.- Formas de explotación de una obra.-** Las diversas formas de explotación de una obra son independientes entre sí y, en tal virtud, los contratos se entenderán circunscritos a las formas de explotación expresamente estipuladas y, salvo pacto en contrario, a las que se entiendan comprendidas según la naturaleza del contrato o sean indispensables para cumplir su finalidad. Así, la cesión o licencia del derecho de reproducción implicará la del derecho de distribución mediante venta u otro título de los ejemplares cuya reproducción se ha autorizado.

**Se entenderán reservados todos los demás derechos así como los derechos sobre las formas de explotación inexistentes o desconocidas al tiempo de la celebración del contrato.**

<sup>28</sup> Sentencia No. 540/2020 de 06 de noviembre de 2020, dictada por la Sección Vigésimotava de la Audiencia Provincial Civil de Madrid.

**Salvo estipulación en contrario, los contratos tendrán una duración de diez años y estarán limitados al territorio del país en donde se celebró el contrato.**

**La cesión de derechos queda limitada a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen.**

**Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.**

**Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.**

La transferencia de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión.

La cesión de derechos se podrá pactar a través de una participación razonable de los ingresos de explotación, o, a través de un valor fijo cuando no sea factible pactar la participación bajo la primera modalidad. Si en la cesión se produjese una manifiesta desproporción entre la remuneración del autor y los beneficios obtenidos por el cesionario, aquél podrá pedir la revisión del contrato y, en defecto de acuerdo, acudir al Juez para que fije una remuneración equitativa, atendidas las circunstancias del caso. Esta facultad podrá ejercitarse dentro de los diez años posteriores a la cesión". (Énfasis agregado)

Del mismo modo, la Decisión 351, en su artículo 31, prescribe:

**“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.” (Énfasis agregado)**

Sobre este particular, la doctrina ha sabido señalar:

*“(...) De acuerdo con los principios de la interpretación restrictiva de los contratos de explotación de las obras y de la independencia de los derechos patrimoniales, la autorización de uso se limita a aquel o a aquellos expresamente mencionados en el contrato y las modalidades previstas en este (...).”<sup>29</sup>*

Asimismo, Wilson Ríos a este respecto indica que:

**“(...) 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,**

<sup>29</sup> Lipsyc, Delis, 2006, Derecho de Autor y Derechos Conexos, p. 278.

*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. (...) En todo contrato en el que se está transmitiendo de manera total o parcial cualquier clase de derecho patrimonial del autor, deberá quedar perfectamente establecido cuáles prerrogativas y facultades se están otorgando, pues (...) todas y cada una de las formas de disposición del derecho de autor son independientes entre sí (...).*<sup>30</sup> [Énfasis agregado].

En concordancia con lo antes mencionado, respecto del contrato de cesión y transferencia de derechos, Juan Carlos Monroy señala que:

*"(...) Los derechos de autor y conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente (...).*"<sup>31</sup> [Énfasis agregado].

Del mismo modo Diego Guzmán explica:

*"(...) el alcance de la transferencia de derechos patrimoniales está limitado por las modalidades de explotación señaladas expresamente por las partes (...) por eso es necesario especificar los usos y derechos cedidos, pues sólo aquellos expresamente señalados quedarán en cabeza del cesionario (...). La cesión abarca únicamente los derechos expresamente incluidos en el contrato (...). Así pues, las cláusulas del contrato no son susceptibles de ser interpretadas de modo tal que se amplíe su alcance por fuera de la voluntad de las partes."*<sup>32</sup> [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 (...)"*

5.4. Es decir, para que una autorización de uso o cesión de derechos sea válida, se deben contemplar expresamente las formas o modalidades de explotación de la obra o prestación en

<sup>30</sup> Ríos, Wilson R., 2011, La Propiedad Intelectual en la Era de las tecnologías, p. 76 y 70.

<sup>31</sup> Monroy, Juan Carlos, 2018, Derechos de Autor y Derechos Conexos, Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, p. 246.

<sup>32</sup> Guzmán, Diego, 2018, Derecho del Arte, pp. 120 y 121.



cuestión, se debe delimitar temporalmente y territorialmente dicha autorización de uso o cesión de derechos o, en todo caso, se deben estipular las reglas generales del artículo 167 del COESCCI.

5.5. Con base en lo anterior y con el fin analizar la Cláusula Sexta “Propiedad Intelectual” del contrato respecto de la normativa antes invocada, se la cita:

*“LA PARTICIPANTE cede, pura y simplemente, en favor de la COMPAÑÍA, **sin limitación de tiempo o territorio**, los derechos patrimoniales de propiedad intelectual que le correspondan o que podría tener o llegar a tener sobre las prestaciones personales realizadas en virtud de su participación en el Reality y aquellos que le correspondan sobre cualquier obra en las que se incluyan estas prestaciones personales. En cumplimiento de esta obligación, **la mencionada cesión incluye, pero no se limita a, la totalidad de derechos sobre cualquier prestación realizada por la PARTICIPANTE en desarrollo del presente Contrato, así como aquellos derechos que le correspondan dentro de las obras en las cuales se incluyan estas prestaciones... quedando facultada la COMPAÑÍA para explotar la totalidad de dichas prestaciones, obras, fijaciones audiovisuales y soportes materiales, por todas las formas y procedimientos que existan o lleguen a existir.***

*La COMPAÑÍA podrá usar, divulgar, disponer y explotar **sin limitación alguna**, de forma exclusiva e incondicional, **las prestaciones de la PARTICIPANTE y las obras que las contengan, comprendiendo esta autorización, entre otros, el derecho exclusivo de...***

***Los mecanismos de explotación anteriormente mencionados tienen un carácter eminentemente enunciativo, quedando la COMPAÑÍA facultada para explotar, en cualquier momento y por cualquier medio conocido o que llegare a surgir, las prestaciones realizadas por la PARTICIPANTE en virtud de este Contrato y cualquier obra en la que se incluyan éstas.”*** (Énfasis agregado)

5.6. Respecto al primer párrafo de la cláusula citada, se debe destacar:

- Se estipula que la cesión de derechos patrimoniales de propiedad intelectual no tiene limitación en tiempo ni territorio, lo cual contraviene a las reglas del artículo 167 del COESCCI.
- Se estipula que CRATEL queda facultada para explotar la totalidad de las prestaciones, obras, fijaciones audiovisuales y soportes materiales *“por todas las formas y procedimientos que existan o lleguen a existir”*, lo cual implicaría una cesión “vacía” pues de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del COESCC, se entienden reservados los derechos sobre las *“formas de explotación inexistentes o desconocidas al tiempo de la celebración del contrato.”*

Respecto al segundo párrafo de la cláusula citada, se debe destacar:

- Si bien en dicho párrafo se intenta limitar las modalidades de explotación de las prestaciones de EL PARTICIPANTE, se leen frases como “*sin limitación alguna*”, o “*comprendiendo esta autorización, entre otros...*”, lo cual demuestra que las modalidades de explotación no están limitadas lo cual implicaría que de conformidad con lo previsto en el artículo 31 de la Decisión 351 y en el cuarto inciso del artículo 167 del COESCCI, la cesión se entiende circunscrita única y exclusivamente a las *formas y modalidades de explotación* expresamente previstas, por lo que se entienden reservados los derechos sobre las *formas o modalidades de explotación* que no estén expresamente pactadas.

Respecto al segundo párrafo de la cláusula citada, se debe destacar:

- Al resaltar el carácter enunciativo de los mecanismos de explotación y la explotación *por cualquier medio conocido o que llegare a surgir*, no se deja claro las formas de explotación que se ceden, por lo que de conformidad con el artículo 167 del COESCCI, aquella también sería una cesión “vacía”: “*Se entenderán reservados todos los demás derechos así como los derechos sobre las formas de explotación inexistentes o desconocidas al tiempo de la celebración del contrato.*”

5.7. En conclusión, de conformidad con lo previsto en la norma andina y nacional, el autor conserva aquellos usos y derechos que no hayan sido expresamente pactados o que no se encuentren cedidos conforme a las reglas que se exigen. Por tanto, los derechos que no se han cedido se mantienen en cabeza del titular de la obra o prestación.

## **B. CESIÓN INDEBIDA DEL DERECHO DE IMAGEN:**

5.8. Sin perjuicio de que en el Considerando Cuarto de la presente resolución, esta Dirección Nacional, con base en las facultades atribuidas al Servicio Nacional de Derechos Intelectuales y en plena aplicación del principio de legalidad, indicó que el análisis de este tema no es competencia de esta Dirección Nacional y que la misma únicamente se refiere a la problemática en la medida en que analiza la gestión de los derechos de propiedad intelectual respecto de obras que usan imágenes de terceros, señalando que en estos casos su uso por terceras personas debe ser consentido y autorizado por la persona cuya imagen se utiliza, observando al efecto los parámetros prescritos en el artículo 161 del COESCCI. Recordando además que su eventual vulneración dependerá de la existencia o alcance de dicha autorización.

## **C. PROHIBICIÓN DE CESIÓN DE DERECHOS FUTUROS:**

5.9. EL PARTICIPANTE alega que CRATEL pretende apropiarse de todos los derechos de autor y derechos conexos, que puedan corresponderle en el futuro, por la creación de obras o por los nuevos usos que puedan darse a las obras ya creadas, resaltando que la cesión de derechos sobre obras futuras está prohibida conforme el previamente citado artículo 167 del COESCCI, en específico:

**“Artículo 167.- Formas de explotación de una obra.- (...) Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro.**

**Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro. (...).”** (Énfasis agregado)

5.10. Al respecto, analizando el Contenido de la Cláusula Décimo Sexta del contrato en cuestión, se infiere que:

- Cuando se habla de “...derechos patrimoniales de propiedad intelectual que le correspondan **o que podría tener o llegar a tener** sobre las prestaciones personales realizadas”, se hace referencia a derechos futuros, lo cual contraviene al artículo 167 del COESCCI, no pudiendo configurarse tal cesión y quedando reservados esos derechos al no estar expresamente cedidos.
- Adicionalmente, como una de las obligaciones estipuladas en la Cláusula Quinta del contrato en cuestión, en su literal n), se lee: “*No publicar libros, ensayos o género literario alguno o, en general, cualquier otra obra sobre la experiencia vivida en el programa...*”, dicha obligación también contraviene al artículo citado.

5.11. De la misma manera que se señaló en la cesión de derechos conexos de interpretación, esta Autoridad insiste en que frente al incumplimiento de lo establecido en el artículo 167 del COESCCI, no se puede declarar la nulidad ni la invalidez del contrato, ya que la normativa citada no nos faculta a hacerlo.

### C.1. OBRAS CULINARIAS:

5.12. Si bien no fue objeto de la tutela administrativa interpuesta, a lo largo del presente procedimiento, particularmente en la audiencia el accionante hizo referencia a las denominadas “obras culinarias”, respecto de las cuales EL PARTICIPANTE alega tener derechos de autor con base en la estructura artística de los platos elaborados en el desarrollo del programa MasterChef, por su parte CRATEL, contrario a lo defendido por EL PARTICIPANTE, manifiesta que las creaciones culinarias no pueden constituir obras protegidas por el Derecho de Autor.

5.13. En el Considerando Tercero, citando a Antequera Parilli ya se hizo referencia a los requisitos o características generales de una obra para ser protegible por el Derecho de Autor (creación humana, original y creativa, sin importar su modo o forma de expresión, su género, su mérito, su destino ni su complejidad intelectual, y, siempre que pueda exteriorizarse).

Por otro lado, se ha citado a la norma nacional y andina, mismas que al referirse al objeto de protección del Derecho de Autor enlistan de manera enunciativa distintos tipos de obras: literarias, artísticas y científicas, no obstante, no incluyen expresamente en ninguno de esos tipos a las obras culinarias.

5.14. En la doctrina, se ha hecho énfasis en que una obra debe tener cierto nivel de creatividad, por lo que han estudiado al proceso de creación de una “obra culinaria”, señalando:

*“Hoy es admitido de forma unánime que la creatividad se da en el arte culinario. Y como sucede en toda disciplina creativa, se han identificado distintos grados o niveles de creatividad.”*<sup>33</sup>

**“El primer grado que implica una actividad creativa es el que supone la transformación de una creación culinaria ya existente”**<sup>34</sup>. Por debajo de este primer nivel, se situaría la mera reproducción de una creación culinaria existente, en la que no existe actividad creativa alguna, pues la reproducción se limita “a seguir paso a paso lo que nos indica una receta. Puede haber *savoir faire*, cariño, productos increíbles, pero no espíritu creativo”.<sup>35</sup>

Por encima de aquel primer grado de creatividad culinaria que supone la transformación de una obra preexistente, están los **grados que se identifican con la creación de nuevas obras culinarias, así como de nuevas técnicas y conceptos culinarios**<sup>36... 37</sup>

Respecto del argumento de la accionada, relativo a que la fijación es un requisito para que una creación pueda ser considerada obra, es preciso aclarar que aquello sucede usualmente en los sistemas del *Copyright* (cultura jurídica anglosajona), más no en el sistema de Derecho de Autor (países de Derecho continental):

*“El derecho de autor no protege las ideas sino la forma como las mismas son expresadas. Esa forma exteriorizada por el autor es lo que se denomina obra. Sin embargo, ésta puede ser expresada en diferentes medios que no siempre requieren de su fijación. Ello se ve comúnmente en el arte contemporáneo, donde algunas obras*

<sup>33</sup> M. CSIKSZENTMIHALYI, *Creativity. Flow and the psychology of Discovery and invention*, ed. Harper Perennial, Nueva York, 1997, 23; T. SAUBER / H. TSCHIRKY, *Structured Creativity: Formulating an Innovation Strategy*, ed. Palgrave MacMillan, Nueva York, 2006, 29 y ss; D. RUSSELL STRICKER, *Perceptions of Creativity in Art, Music and Technology Education*, Tesis doctoral, Universidad de Minnesota, Umi Microform / Proquest LLC, Minnesota, 2008, 52; J. ZHOU / C. E. SHALLEY / M. A. HITT, *The Oxford Handbook of Creativity, innovation, and Entrepreneurship*, Oxford University Press, Nueva York, 2015, 292

<sup>34</sup> (A. RIBERA / S. RIBERA / Ó. VALLÉS, *Los secretos los chefs*, Ed. Robinbook, Barcelona, 2008, 11: «Versión de una receta existente. Aquí aparece ya un determinado nivel de creatividad, tendente a dar un toque personal y a adaptar una receta. En cualquier caso, hay intención de hacer algo diferente»; En el mismo sentido, N. MYHRVOLD / C. YOUNG / M. BILET, *Modernist Cuisine. The Art and Science of Cooking*, The Cooking Lab, vol. 1, 2011, Bellevue, 100-101.)

<sup>35</sup> A. RIBERA / S. RIBERA / Ó. VALLÉS, *Los secretos los chefs*, Ed. Robinbook, Barcelona, 2008, 11; N. MYHRVOLD / C. YOUNG / M. BILET, *Modernist Cuisine. The Art and Science of Cooking*, The Cooking Lab, vol. 1, 2011, Bellevue, 100.

<sup>36</sup> A. RIBERA / S. RIBERA / Ó. VALLÉS, *Los secretos los chefs*, Ed. Robinbook, Barcelona, 2008, 11; F. ADRIÀ, *Los secretos de ElBulli*, ed. Altaya, Barcelona, 1997, 21-22.

<sup>37</sup> ROBERT GUILLÉN, Santiago, “La protección jurídica de las obras culinarias por el Derecho de Autor y de la competencia desleal”, Universitat Autònoma de Barcelona <https://www.tdx.cat/handle/10803/402236#page=1>. Fecha de acceso: 18 de febrero de 2021.

como las instalaciones y los performances suelen exhibirse sin ser fijadas y, aun así, muchas se encuentran amparadas. El numeral dos del artículo dos del Convenio de Berna permite a los países miembros establecer por legislación interna si la fijación de la obra es requisito para que sea amparada por el Derecho de Autor. “En general los países del common law –como Estados Unidos e Inglaterra– requieren de fijación, mientras que los países del civil law –incluyendo Francia, España y Suiza– no lo hacen... En el caso colombiano, el artículo 3 de la Decisión 351 señala que la obra debe ser **“susceptible de ser divulgada o reproducida”**. La divulgación consiste en “hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento”. Por otra parte, la reproducción constituye un sinónimo de copia de la obra. De este modo, al no ser requisito la fijación de la obra, esta es protegida en la medida en que su forma de expresión permita a las personas percibirla y acceder a ella”.<sup>38</sup> (Énfasis agregado)

En este contexto, la Decisión 351 y el COESCCI, respectivamente señalan:

**“Artículo 3.-** A los efectos de esta Decisión se entiende por: (...) Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. (...).”

**“Artículo 4.-** La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes: (...).”

**“Artículo 104.-** Obras susceptibles de protección.- La protección reconocida por el presente Título recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas, que sean originales y que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocerse. (...).”

De ahí que, en el caso ecuatoriano al igual que en el colombiano, la fijación de la creación no es un requisito para que exista obra, bastando que la misma sea susceptible de divulgación o reproducción.

5.15. Así también, en el análisis sobre la inclusión de las obras culinarias en el marco del Derecho de Autor, se ha discutido sobre la consideración de esta “obra” como un bien cultural, como creación de forma y se ha analizado su forma y soporte material, destacando la exteriorización que debe sufrir una creación intelectual para ser considerada como obra, resaltando que una obra puede ser comunicada en varias formas sensible. Respecto de las obras culinarias expresa:

*“En las obras culinarias la forma sensible característica o expresión definitiva es la expresión comestible, perceptible por todos los sentidos, y su forma sensible*

<sup>38</sup> Guzmán, Diego, 2018, Derecho del Arte, pp. 48 y 49.

convencional, como expondremos en el siguiente epígrafe, es su transcripción en la receta.

(...) Una obra culinaria, en cuanto realidad física, está determinada por unas coordenadas espaciales y temporales, y por unas técnicas y materiales. Y la limitada durabilidad de su soporte material característico nos recuerda que su permanencia solamente puede estar en su repetición.

...las obras culinarias requieren de un soporte de conservación y que sirva a su reproducción, cuantas veces se desee, en su forma sensible característica y definitiva. Y lo que en aquellos dominios creativos se denominan «partitura», «notación», «guion», «formato» o «proyecto», en lo culinario se suele conocer como «receta»<sup>39</sup>

(...) Pero la obra culinaria también puede haber sido creada ad hoc para un momento único, y no ser voluntad del autor una futura reproducción. La creatividad de la obra también está en su forma visual, que puede quedar fijada por cualquier medio que permita plasmar la imagen en un soporte duradero. **La protección de la dicha forma sensible característica de la obra, de ser original, y a pesar de su carácter efímero, resulta protegible, y con independencia del texto de la «receta» y su contenido prescriptivo.**<sup>40</sup> (Énfasis agregado).

5.16. Por otro lado, con relación al soporte de la obra culinaria, es preciso mencionar que:

*“Todo soporte es, en mayor o menor medida, efímero. Y en algunas obras, concebidas bajo la idea de la no permanencia material, su fugacidad en el tiempo, el hecho de que su soporte sea perceptible por un breve momento, es un valor intrínseco en aquella. Dichas obras no son concebibles sin tal carácter efímero.”<sup>41</sup> <sup>42</sup>*

En consecuencia, el carácter efímero del soporte de la obra culinaria no constituye un obstáculo para su protección.

<sup>39</sup> F. ALLHOFF / D. MONROE, *Food and Philosophy; Eat, Think, and Be Merry*, Blackwell Publishing, Oxford, 2007,138; F. ADRIÀ / J. M. PINTO, «SAPIENS, una metodología para comprender la gastronomía. Primera explicación (work in progress)», *Revistes Catalanes amb Accés Obert (RACO)*, núm. 31, Barcelona, 2015, 21: «En el proceso gastronómico se producen resultados que se pueden plasmar, bien en elaboraciones que se degustan, bien en su transcripción escrita, las recetas».

<sup>40</sup> ROBERT GUILLÉN, Santiago, “La protección jurídica de las obras culinarias por el Derecho de Autor y de la competencia desleal”, *Universitat Autònoma de Barcelona* <https://www.tdx.cat/handle/10803/402236#page=1>. Fecha de acceso: 18 de febrero de 2021.

<sup>41</sup> M. C. MAYORGA TOLEDANO, «El arte efímero como objeto de la propiedad intelectual: especial referencia a los embalajes monumentales y demás instalaciones conceptuales», *ADI*, tomo XXXI, (2010-11), 297: «para muchos autores [...] esta falta de permanencia de la obra tiene un sentido propio pues el efecto en los espectadores permanece más allá de la duración física de la obra»; J. FERNÁNDEZ ARENAS, *Arte efímero y espacio estético*, ed. Anthropos, Barcelona, 1988, 9; J. ORTEGA DOMÉNECH, «Aspectos técnico-jurídicos en la conservación y restauración del arte contemporáneo», *RGLJ*, núm. 6, época III, 2000, 748.

<sup>42</sup> ROBERT GUILLÉN, Santiago, “La protección jurídica de las obras culinarias por el Derecho de Autor y de la competencia desleal”, *Universitat Autònoma de Barcelona* <https://www.tdx.cat/handle/10803/402236#page=1>. Fecha de acceso: 18 de febrero de 2021.



5.17. Es así como, distintos platos gastronómicos podrían calificarse como obras culinarias, y, eventualmente podrían ser protegidas como obras por el Derecho de Autor, siempre que posean la suficiente originalidad, ya sea respecto a su estética o respecto a sus referencias visuales como su forma y colores; referencias gustativas como su sabor; referencias olfativas como su aroma; o, también, referencias táctiles como la densidad del plato y sus texturas.

5.18. Por otro lado, el accionado no ha desvirtuado la originalidad de las creaciones gastronómicas de los participantes, impugnando únicamente la calidad de obra de las mismas al afirmar que no han sido fijadas, cuestión que como se señaló en el apartado anterior no es requisito para que una creación sea catalogada como obra. Es importante advertir que de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, la originalidad se presume, por lo que corresponde la carga de la prueba a la parte que la impugna.

A este respecto, la Cámara de Apelaciones en lo comercial de la Capital Federal de Argentina dentro de la causa de Norberto C. Creta vs. Galería de Arte de Santi y Héctor L. De Santi citó a Satanowsky señalando: *“El término originalidad no tiene en esta materia un alcance absoluto. Basta que la creación sea relativa o de forma, algo que denote la impronta personal del autor y que se manifieste por rasgos característicos en su expresión propia. Adviértase por último que la originalidad se presume y quien la niega debe probarla.”* En el caso de la referencia, CRATEL no ha alegado ni ha probado la falta de originalidad de las creaciones gastronómicas, debiendo presumirse la misma respecto de las creaciones gastronómicas desarrolladas por EL PARTICIPANTE.

En este contexto, respecto de las creaciones gastronómicas que tengan calidad de obra, aplica las normas previstas en el artículo 167 del COESCCI.

5.19 Por otro lado, CRATEL en la audiencia llevada a cabo el 22 de diciembre de 2020, señaló que el canal de YouTube, mediante el cual se pone a disposición los episodios del programa MasterChef Ecuador, que contienen creaciones gastronómicas, no es de su propiedad. Por tanto, frente a la presunción de originalidad de dichas creaciones y al haberse mencionado que dicho canal no es de propiedad de CRATEL, esta autoridad, a efecto de salvaguardar los derechos de las partes, las exhorta a solicitar a YouTube la suspensión de la puesta a disposición de dichos episodios.

## **SEXTO.- NULIDAD DEL CONTRATO DE PARTICIPACIÓN EN EL PROGRAMA REALITY MASTERCHEF ECUADOR**

6.1. Mediante el presente considerando únicamente se pretende dejar constancia en que el Contrato celebrado entre la parte accionante y la accionada, en su Cláusula Vigésimo Séptima “Controversias”, establece:

*“En caso de controversias las Partes procurarán solucionar sus divergencias directamente y de mutuo acuerdo, caso contrario las Partes libre y voluntariamente se*

*someterán a un procedimiento de mediación en el Centro de Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.*

*En caso de no llegar a un acuerdo mediante el procedimiento antes descrito, las Partes renuncian a fuero y domicilio y se someten a la resolución que en derecho dicte el árbitro designado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito...”*

En este contexto, se concuerda con lo señalado por CRATEL, en el sentido de que, de considerar, EL PARTICIPANTE, que existen vicios que pueden causar la nulidad del contrato celebrado deberán ventilarlos por la vía que han señalado, no siendo competente para tal fin, esta autoridad.

## **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. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN:**

7.2. EL PARTICIPANTE, mediante su escrito inicial de tutela administrativa, solicitó:

*“5.1. Que requiera a CRATEL la información correspondiente a la fecha de inicio de la comunicación pública del reprise del Programa MASTERCHEF en la parrilla de programación, así como la totalidad de los medios a través de los cuales, se está realizando esta acción.*

*5.2. Que requiera a SHINE TV LIMITED, que exhiba el contrato celebrado con CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A., a través del cual autorizó el uso de la marca MASTER CHEF Ecuador y del formato del programa.”*



Cabe aclarar que el requerimiento contenido en el citado numeral 5.2., fue solicitado también a la parte accionada con base en el principio de oficiosidad.

7.3. Con relación al requerimiento de información ordenado a CRATEL, una vez verificados los autos que obran del presente expediente administrativo, se desprende:

a) Mediante la contestación a la tutela administrativa, CRATEL, en su apartado VI. “Requerimiento de información” indicó:

*“38. Cumpló con lo ordenado por su Autoridad y en tal virtud acompaño copia del contrato íntegro celebrado por mi representada y Endemol Shine IP B.V. relativo al uso del sistema de programa MasterChef.*

*39. La segunda reproducción del reality MasterChef Ecuador inició el 30 de marzo de 2020 y finalizó el viernes 26 de junio de 2020. Sin perjuicio del derecho que le asiste a mi representada, no se han reproducido imágenes o voz del Participante desde esa fecha.”*

b) De la simple lectura del numeral 38 previamente citado, parecería ser que CRATEL cumplió con el documento requerido, no obstante, al verificar el mismo se observa que aquél está escrito en idioma inglés, debiendo recordar lo previsto en el artículo 200 del Código General de Procesos - COGEP, norma supletoria en materia de Propiedad Intelectual:

*“Art. 200.- Documentos en idioma distinto al castellano. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requerirá que hayan sido traducidos por un intérprete y cuenten con la validación conforme lo dispuesto en la ley.”*

En este contexto, no podría validarse el cumplimiento de CRATEL, al presentar un documento que no cumple con las solemnidades legales requeridas.

c) Por otro lado, respecto del requerimiento del numeral 5.2. antes citado, se observa que aquel se compone por dos elementos: 1. *Fecha de inicio de la comunicación pública del reprise del Programa MASTERCHEF*; y, 2. *Totalidad de los medios a través de los cuales, se está realizando esta acción.*

Estudiando la respuesta detallada en el numeral 39 del escrito de contestación de CRATEL, se observa que aquel responde únicamente a una de las dos interrogantes (fecha de inicio del reprise), asegurando que: *“no se han reproducido imágenes o voz del Participante desde esa fecha.”*; no obstante omite referirse a los medios a través de los cuales se ha comunicado públicamente el reprise del programa en cuestión.

7.4. Frente a lo analizado, es pertinente recordar lo señalado en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, respecto al requerimiento de información:

**“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)

7.5. En la especie, si bien no existió falta de contestación respecto a todos los puntos requeridos, se resalta que aquellos que si fueron atendidos no fueron cumplidos legal y debidamente, reflejándose una clara falta, por parte de la accionada, en brindar facilidades en el desarrollo del trámite.

## B. MEDIDAS CAUTELARES PROVISIONALES:

7.6. Adicionalmente EL PARTICIPANTE, mediante su escrito inicial de tutela administrativa, solicitó que al momento de avocar conocimiento, esta autoridad, disponga ciertas medidas cautelares con el fin de impedir que se siga perpetrando la presunta infracción.

7.7. Con base en lo solicitado, esta autoridad, mediante providencia emitida y notificada con fecha 22 de junio de 2020, ordenó:

**“3) Toda vez que la parte accionante ha señalado que: “CRATEL, con el consentimiento de SHINE TV, está reproduciendo nuevamente el Programa sin contar con ningún derecho o autorización válida para explotar los derechos conexos de mi representada y su imagen. Lo cual implica una violación a los derechos de mi representada...” y, al tratarse la retransmisión del programa MASTERCHEF, de un hecho público y notorio, de conformidad con el artículo 563 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESCCI), al acreditarse, mediante el contenido del escrito de tutela administrativa y anexos, el cumplimiento de los presupuestos exigidos en dicha norma: a) Legitimación para actuar de la parte accionante; b) Existencia de derecho infringido; y, c) Pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción acusada o su inminencia, esta Dirección Nacional se encuentra facultada para ordenar medidas cautelares al inicio del proceso; en este sentido, ordena: a) El cese inmediato, por todo tipo de medio de comunicación o red social, de publicidad del programa MASTERCHEF Ecuador, que permita seguir perpetrando la presunta infracción; y, b) La suspensión de la comunicación pública o puesta a disposición del programa MASTERCHEF Ecuador por radiodifusión, televisión, hilo, cable, fibra óptica o por cualquier otro medio que sirva para la difusión del contenido presuntamente infractor; medidas que estarán sujetas a modificación, revocación o confirmación mediante resolución motivada.”** (Énfasis propio del texto original)



Al respecto, de los antecedentes plasmados en esta resolución, se desprende que CRATEL, lejos de cumplir con las medidas ordenadas por esta Dirección Nacional, se limitó a presentar escritos en los cuales:

a) Señaló que las medidas cautelares ordenadas le causarían un gravamen irreparable, dada la obligación de cumplir con contratos previos de publicidad y compromisos comerciales adicionales, por lo que, con base en el artículo 561 del COESCCI solicitó se imponga a la parte accionante que rinda fianza o garantía por el monto no menor de \$17.000 (23 de junio de 2020); El 24 de junio de 2020, mediante providencia notificada el mismo día, esta Autoridad, considerando que el monto señalado no ha sido fundamentado materialmente y la fianza no puede ser un obstáculo que impida acceder a la justicia, dispuso a la parte accionante que rinda un aval por un monto total de \$2.500, en el término de cinco días, y, advirtió que su incumplimiento daría lugar a la revocatoria de las medidas cautelares dictadas.

b) Señaló que el valor fijado para la fianza es irrisorio frente al daño que se le causaría y resumió el costo de las pautas de publicidad contratadas por terceros y que se difunden en el horario de interés. Adicionalmente, solicitó se aclaren las medidas cautelares dictadas al inicio del proceso (25 de junio de 2020);

c) Determinó que la fianza ordenada no fue cubierta dentro de los cinco días otorgados para el efecto, por lo que las medidas cautelares ordenadas se entienden revocadas y no surtieron efecto dentro de la causa (23 de julio de 2020, casi un mes después de que finalizó la comunicación pública del reprise del Programa MASTERCHEF, que conforme él mismo lo indicó fue el 26 de junio de 2020). Al respecto se destaca que, sin perjuicio de los escritos que se presentaron respecto de la fianza fijada, dichas medidas debieron cumplirse hasta que esta autoridad disponga lo contrario.

### C.1. OBSTACULIZACIÓN AL CUMPLIMIENTO DEL TRÁMITE:

7.8. La estrategia de defensa aplicada por CRATEL durante el presente procedimiento administrativo, en específico respecto a la respuesta al requerimiento de información y el incumplimiento de las medidas cautelares provisionales dictadas por esta autoridad, conforme lo relatado en el literal inmediato anterior, obliga a esta autoridad a aplicar el artículo 572 del COESCCI, que establece:

***“Artículo 572.- Obstaculización en el cumplimiento de los actos.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales impondrá igual sanción a la establecida en el artículo 569 a quienes injustificadamente obstaculizaren o dificultaren el cumplimiento de los actos, medidas o inspecciones dispuestos por dicha autoridad, o no enviaren la información requerida dentro del término concedido.”*** (Énfasis agregado)

### OCTAVO.- MULTA Y JUSTIFICACIÓN:

8.1. En el escrito inicial de tutela administrativa, EL PARTICIPANTE solicitó que se fije la multa más alta establecida en el COESCCI en contra de CRATEL, con base en lo cual, y

adicional a todas las consideraciones desarrolladas en la presente resolución, esta Dirección Nacional resalta lo establecido en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación en el ya mencionado artículo 572, que nos remite a la norma que se cita a continuación:

**“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).*

8.2. La antedicha norma legal 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...**”<sup>43</sup> (Énfasis agregado)*

<sup>43</sup> 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.

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

- a) Incumplimiento al requerimiento de información ordenado por esta autoridad, toda vez que la información solicitada no fue presentada conforme lo establece la norma aplicable.
- b) Incumplimiento a las medidas cautelares provisionales ordenadas por esta autoridad, mediante providencia emitida y notificada con fecha 22 de junio de 2020.

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:**

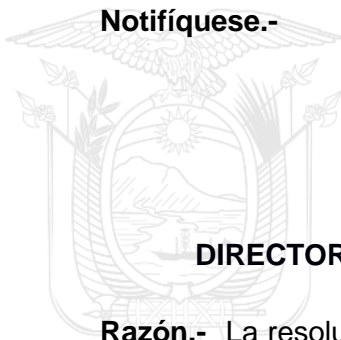
1. **Rechazar** la acción de Tutela Administrativa planteada por SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ, el 09 de junio de 2020.
2. **Sancionar** a la compañía CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A., con una multa de \$2.500,00 (Dos mil quinientos con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América).
3. **Conceder** a la compañía CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL 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.
4. Se deja a criterio de las partes, solicitar a YouTube la suspensión de la puesta a disposición de los episodios de la primera temporada del programa MasterChef Ecuador.

**ORDEN DE COBRO:** Se emite la presente ORDEN DE COBRO en contra de la compañía CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A., en los siguientes términos: a) La presente ORDEN DE COBRO es por la cantidad de \$2.500,00 (Dos mil quinientos con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) más los intereses que se hubieren generado. b) Se ORDENA a la compañía CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL 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 \$2.500,00 (Dos mil quinientos con 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) 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 CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL 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.

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 25 de febrero de 2021, al señor Byron Patricio Robayo Arroyo, abogado autorizado por **SHARON NATALY CORTEZ RODRIGUEZ** en las direcciones electrónicas: [brobayo@pazhorowitz.com](mailto:brobayo@pazhorowitz.com); [scardenas@pazhorowitz.com](mailto:scardenas@pazhorowitz.com); e, [jp@pazhorowitz.com](mailto:jp@pazhorowitz.com); y, a la compañía **CENTRO DE RADIO Y TELEVISIÓN CRATEL S.A.**, en las direcciones electrónicas: [rgonzalez@pbplaw.com](mailto:rgonzalez@pbplaw.com); [pquevedo@pbplaw.com](mailto:pquevedo@pbplaw.com); [fperez@pbplaw.com](mailto:fperez@pbplaw.com) y [aarcos@pbplaw.com](mailto:aarcos@pbplaw.com). **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