

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Responsabilidad estatal. Autoridades electorales.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Ecuador

**ORGANISMO:** Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos

**FECHA:** 8-6-2009

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

**FUENTE:** Texto de la Resolución, cortesía de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Ecuador

**OTROS DATOS:** Resolución 422

### **SUMARIO:**

*“La Ley de Propiedad Intelectual en su Art. 291 dispone: «Ninguna autoridad, ni persona natural o jurídica podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o de cualquier otra prestación protegida por esta Ley, o prestar apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa y previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable». La norma antedicha es casi una transcripción de una norma anterior y de superior jerarquía, el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina, el cual expresa: «Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable».*

*Estas normas contemplan dos escenarios en donde una autoridad pública es solidariamente responsable por el uso no autorizado de una obra por parte de un tercero. El primer escenario es «autorizar la utilización de una obra». Cabe entonces analizar si en el presente caso el Tribunal Supremo Electoral autorizó el uso de la obra musical «Contigo somos más». De la revisión del expediente se desprende claramente que Tribunal Supremo Electoral no ha hecho tal cosa. El Tribunal autorizó la utilización de una cuña o spot publicitario, pero en ningún momento autorizó expresamente el uso de la obra musical «Contigo somos más». Efectivamente, tal como expresa la Procuraduría General del Estado, en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos es indispensable que cualquier autorización de uso sea expresa. No caben las autorizaciones implícitas o indirectas, de conformidad con los Principios de la Interpretación Restrictiva de los Contratos de Explotación de las Obras y de la Independencia de los Derechos Patrimoniales del Autor, recogidos por los artículos 44 y 45 de la Ley de Propiedad Intelectual. En consecuencia, el Tribunal Supremo Electoral no está incurso en el primer supuesto de las normas antes transcritas.*

*Corresponde entonces analizar el segundo supuesto donde una autoridad pública es responsable solidaria por el uso no autorizado de una obra por parte de un tercero, esto es,*

cuando la autoridad «presta apoyo» para la utilización de la obra. Al respecto el Tribunal de Justicia Andino se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*«En este sentido, el artículo 54 dispone que ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante.*

*De modo que, ninguna persona distinta al titular de los derechos sobre un programa de ordenador, podrá facultar o permitir su utilización, y todo acto así orientado, debe considerarse violación a la protección conferida por la normativa comunitaria andina.*

*Igualmente, es solidariamente responsable la autoridad judicial o administrativa que estando en conocimiento de la violación de los referidos derechos, tolere o haga caso omiso de ésta, debiendo entenderse tal hecho una prestación de apoyo para su utilización, toda vez que “apoyo” es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión.*

*En tal sentido, todo proceder o comportamiento dirigido a secundar, respaldar, proteger o permitir usos no autorizados de obras amparadas por el derecho de autor, y en este caso, de programas de ordenador, aun cuando se trate de conductas omisivas, encuadran dentro del supuesto de hecho contenido en el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena»<sup>1</sup> (el subrayado es nuestro).*

A criterio de esta Dirección Nacional la posición del Tribunal de Justicia Andino establece en forma clara que el segundo supuesto del artículo 54 (esto es, el «prestar apoyo») debe ser aplicado de manera amplia (incluyendo aún actos de omisión, aunque en este caso el Tribunal sí exige que la autoridad «esté en conocimiento de la violación de los referidos derechos», algo que no hace para los actos positivos de apoyo, casos para los cuales el antes citado artículo 54 crea una carga de cuidado y vigilancia proactiva por parte de autoridades públicas que vayan a colaborar de cualquier forma con el uso de obras). No puede entonces desconocerse que el financiar un spot o cuña publicitaria que incluya una obra musical que no cuenta con la autorización debida es indudablemente un acto de apoyo. Ciertamente el que sean fondos públicos hacía que el Tribunal Supremo Electoral debería tener además un especial cuidado en la revisión del spot o cuña publicitaria que iba a financiarse, y aunque queda claro que el financiamiento tenía como principal objetivo cumplir con normas constitucionales que garantizan elecciones efectivamente democráticas y que éste es un objetivo altamente beneficiosa para el país, y que de la revisión del expediente a

<sup>1</sup> Procesos 24-IP-98, 139-IP-2003.

*criterio de esta Dirección Nacional el Tribunal Supremo Electoral actúo en todo momento de buena fe, no es menos cierto que en materia de responsabilidades civiles por violaciones a propiedad intelectual no se requiere de mala fe o dolo para que exista responsabilidad por la violación. Dura lex, sed lex. La conducta del Tribunal Supremo Electoral a criterio de esta Dirección Nacional se encuentra enmarcada en el segundo supuesto de responsabilidad solidaria para autoridades públicas aquí analizado”.*

**COMENTARIO:** Conforme al Preámbulo del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), Anexo 1C del Tratado de la OMC, los derechos de propiedad intelectual son derechos privados, de manera que el goce y el ejercicio de los derechos correspondientes al autor, son asuntos de naturaleza privada. Y nada cambia por el hecho de que el usuario o quien autorice o consienta en el uso de una obra sea un ente público, porque allí actúa como un particular. Otra cosa es que, por razones de política legislativa, se establezca en algún ordenamiento que corresponde a los tribunales de lo contencioso-administrativo conocer de las demandas que se propongan contra la República, los organismos provinciales o estatales, los municipios, los institutos autónomos o las empresas en las cuales el Estado o alguna entidad pública ejerza un control decisivo, pero aún en esos casos el asunto de fondo sigue siendo de naturaleza civil, porque no hay allí una supra-subordinación del autor respecto del ente público que resuelve explotar su obra o autorizar o consentir en su utilización que califique a esa relación como de derecho público. Por lo demás, como lo apuntó el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo de la República de Colombia, la Administración no tiene privilegios frente al derecho de los autores “y se encuentra frente a ellos en situación similar a la de los particulares” y que “es la propia administración la que tiene que dar ejemplo en este campo”<sup>1</sup>. En el presente caso, tanto la normativa comunitaria andina (de aplicación directa y preferente), como la ley interna ecuatoriana, disponen, en el texto de la primera de ellas, que “ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable”. En aplicación de las dos disposiciones, la Resolución en comentarios, interpretando correctamente las interpretaciones prejudiciales emanadas del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, hace una distinción entre el acto de “autorizar la utilización de una obra” y el de “prestar apoyo para su utilización”, llegando a la conclusión de que si bien la autoridad electoral, en el asunto sometido a su consideración, no autorizó el uso de una obra sin el consentimiento de su autor, sí prestó su concurso para la explotación no autorizada. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

#### **TEXTO COMPLETO:**

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

#### **RESOLUCIÓN No. 422**

*Trámite No. 380-07/SC de Tutela Administrativa de Derecho de Autor, presentada por EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA en contra de KLERY ESCOBAR PÉREZ en su calidad del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S. listas*

73

**INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.- Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.-** Quito, 8 de junio del 2009, las 12h00.

*Avoco conocimiento del presente recurso de reposición en virtud de la resolución No. 09-140 P-IEPI, con la cual se me nombra como Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.*

#### **Antecedentes:**

1. *Mediante escrito presentado el 22 de agosto del 2007 el Ab. Diego Francisco Yépez Garcés en calidad de apoderado de*

<sup>1</sup> Sentencia de la Sala Político Administrativa del 21-11-2006. Recurso 1382/2004.

*EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA, solicita tutela administrativa por la presunta infracción a los derechos de propiedad intelectual de su titularidad, específicamente aquellos existentes sobre la letra y música de la canción denominada “Contigo somos más”.*

*En lo principal en el mencionado escrito manifestó que:*

- *“EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA, es autor de la letra y música del tema ‘Contigo somos más’, el mismo que se encuentra grabado en un CD conteniendo interpretaciones musicales del Grupo TUPAY, CD que tiene el nombre ‘...con Corazón’”.*
- *“Es de mi conocimiento y también público el MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, ... está usando la canción de propiedad intelectual de mi poderdante en su propagando electoral, como lo demuestro en el CD que adjunto con propaganda del movimiento político mencionado donde se escucha el tema musical de propiedad de mi poderdante, sin que para ello se haya contado con autorización o consentimiento alguno de parte de mi poderdante, lo que constituye sin duda alguna, una flagrante violación a la normativa de los derecho de autor.”*
- *En atención a lo mencionado solicita:*
  - *Inspección al Departamento de Comunicación Social del Tribunal Supremo Electoral TSE, ubicado en la Av. 6 de diciembre y Bosmediano en la ciudad de Quito, para verificar la propaganda entregada por el Movimiento Acción Social M.A.S., listas 73, para la promoción de sus candidatos a la Asamblea Constituyente.*

- *Solicita la información, sobre la autorización para utilizar en las propagandas del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, la canción “Contigo somos más”, de autoría de mi mandante.*
- *Solicita se sancione, a los infractores, MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, representado por el señor KLERY ESCOBAR PÉREZ, conforme lo estipulado en los artículos 324 y 339 de la Ley de Propiedad Intelectual.*
- *Además solicita, que una vez realizada la inspección y verificada la violación a los derecho de propiedad intelectual del accionante, se servirá contar con el MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73 cuyo representante es el señor KLERY ESCOBAR PÉREZ, cuyas oficinas están ubicadas en las calles Calama, entre Juan León Mera y Reina Victoria, en la Oficina de Viajes Isla de Fuego.*
- 2. *Mediante providencia de 24 de agosto de 2007, se aceptó a trámite la petición de tutela administrativa y se fijó la tasa para la práctica de la inspección solicitada.*
- 3. *Mediante escrito presentado el 28 de agosto de 2008, se adjuntó el comprobante de pago de tasa No. 0121008 correspondiente a inspección.*
- 4. *Con providencia de 6 de septiembre de 2007, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos señaló para el día 7 de septiembre de 2007 para que lleven a cabo las inspecciones en el Departamento de Comunicación Social del Tribunal Supremo Electoral TSE, ubicado en la Av. 6 de diciembre y Bosmediano en la ciudad de Quito; y, en las oficinas del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73 cuyo representante es el señor KLERY*

*ESCOBAR PÉREZ, cuyas oficinas están ubicadas en las calles Calama, entre Juan León Mera y Reina Victoria, en la Oficina de Viajes Isla de Fuego, en la ciudad de Quito.*

5. *Siendo el día y hora señalados se realizaron las inspecciones, cuyas actas constan a fojas diecinueve y veinte del expediente.*

*En el Departamento de Comunicación Social del Tribunal Supremo Electoral TSE, el señor Gonzalo Pinto, Director de Comunicación Social del Tribunal Supremo Electoral, informó que este departamento de comunicación se encarga de dar soporte técnico, recepta el material publicitario de cada uno de los movimientos y a su vez se ha contratado una productora independiente donde se encuentran todos los soportes que contiene este material publicitario.*

*En las oficinas del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, el señor David Valencia, miembro del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, informa que en esa oficina no tiene ninguna cuña publicitaria y que respecto al derecho de autor fundamento de esta tutela administrativa han presentado una solicitud dirigida al Tribunal Supremo Electoral para que retire de los medios de comunicación la publicidad que utiliza la obra del señor EDWIN CASTELLANOS MENDOZA integrante del grupo musical TUPAY.*

6. *Mediante escrito de 20 de septiembre de 2007, KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ contesta a la acción de tutela administrativa presentada, manifestando en lo relevante lo siguiente:*

- *“El spot, si bien es cierto contiene 30 segundos de una canción andina que era totalmente desconocida por nosotros, y que al haber sido*

*tomada por quienes prepararon el spot, no representa ningún beneficio para nuestras candidaturas, toda vez que la letra y música está orientada a pueblos indígenas...”*

- *Propone como excepciones:*
  - i. *Negativa pura y simple a los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta.*
  - ii. *Improcedencia de la acción, por no adecuarse su demanda a lo determinado en el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil.*
  - iii. *Niega expresamente que el MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, haya cometido alguna infracción de derecho de Propiedad Intelectual o haya conculcado algún derecho de autor del accionante en su calidad de supuesto perjudicado.*
  - iv. *Alega expresamente falta de legítimo contradictor y falta de derecho, ya que ha sido demandado en calidad de representante legal del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, dignidad que no ostenta conforme el certificado que adjunta.*
  - v. *Indica que el MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, no es ninguna organización con fines de lucro, en tal virtud, la utilización de 30 segundos de dicha obra como fondo musical en el spot publicitario, difundido, no busca la obtención de beneficios económicos para ningún miembro de la organización o para terceras personas.*

7. *Mediante escrito de 21 de septiembre de 2007, el Dr. Jorge Acosta Cisneros, en calidad de Presidente y Representante Legal del Tribunal Supremo Electoral, manifiesta en lo relevante lo siguiente:*

- *“... que el Tribunal Supremo Electoral para normar y dar una mayor eficacia en la aplicación del Art. 18 del Estatuto, expidió el Reglamento para difusión de la publicidad electoral de las listas para assembleístas en franjas publicitarias, así como el instructivo técnico para el manejo de pauta para las franjas publicitarias...”*
- *Cita los artículos 5 y 12 del Reglamento para Difusión de la Publicidad Electoral que dicen:*
  - i. *“Art. 5.- Para la planificación y ejecución de lo determinado en el presente reglamento se conformará una Comisión Especial de Franjas Publicitarias nombrada por el efecto por el Pleno del Tribunal Supremo Electoral.”*
  - ii. *“Art. 12.- La comisión Especial de Franjas Publicitarias delegará a la Unidad de Control del Gasto Electoral y de la Propaganda Electoral para que un plazo de 48 horas de recibido el material verifique el material a ser difundido por los medio de comunicación social.”*
- *“Con respecto a los temas musicales que utilicen los partidos políticos y movimientos, sea ya para promover sus propuestas programáticas o campañas proselitistas son de responsabilidad exclusiva de los sujetos políticos para lo cual deberán observar las disposiciones contempladas en*

*la Ley de Propiedad Intelectual y su reglamento, es decir el Tribunal Supremo Electoral.”*

8. *Con escrito de 9 de octubre de 2007 el Ab. Diego Francisco Yépez Garcés en calidad de apoderado de EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA solicitó se convoque a una audiencia de conformidad con el Art. 338 de la Ley de Propiedad Intelectual, la misma que fue convocada mediante providencia de 17 de octubre de 2007.*
9. *El 26 de octubre de 2007 se llevó a cabo la audiencia, en la que compareció el Ab. Diego Francisco Yépez Garcés en calidad de apoderado de EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA y manifestó que: “Cabe mencionar que las instituciones públicas deben respetar la Ley de Propiedad Intelectual y en este caso los Derechos de Autor, por lo tanto es inadmisibles que el TSE no sea responsable de los spots publicitarios en los que se infrinjan los derechos de terceros; y, recalco en manifestar que todas las personas, incluidas las autoridades públicas y todas sus instituciones están obligadas a respetar la Ley de Propiedad Intelectual.”*

*El Dr. Edison Ledesma Cardoso, comparece a nombre del Tribunal Supremo Electoral, quien en uso de la palabra manifestó que: “... el TSE es una entidad con autonomía administrativa, el mismo que tiene que velar porque los candidatos a la asamblea y las respectivas listas no se excedan en el gasto electoral, nada más, es decir simplemente el TSE contrata los espacios publicitarios y vigila, controla dicho gasto.”*

*El Dr. Ángel Sisalema, compareció a nombre de KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ, quien manifestó: “El Ing. Klery Escobar no es representante ni director del Movimiento MAS lista 73, es decir no es su representante, por lo tanto él no puede responder por algo*

que le corresponde, por lo tanto se debe declarar la nulidad de este proceso.” Además señala que: “... no se ha beneficiado económicamente del tema musical aludido...”.

10. Luego de la audiencia, en sendos escritos, cada una de las partes intervinientes presentó argumentos y/o pruebas las mismas que deben ser analizadas en la parte considerativa de la presente resolución.

### **Motivación y consideraciones:**

**PRIMERO.-** Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 339 de la Ley de Propiedad Intelectual, concluido el proceso investigativo, el IEPI dictará resolución motivada.

**SEGUNDO.-** Que en virtud de las atribuciones otorgadas a esta Dirección Nacional en el Art. 358 de la Ley de Propiedad Intelectual, es competente para conocer los procesos de tutela administrativa puestos en su conocimiento.

**TERCERO.-** Que en el trámite de este proceso no se ha omitido el cumplimiento de solemnidad sustancial alguna que lo vicie de nulidad, siendo en consecuencia válido.

**CUARTO.-** Que respecto a lo dicho en la contestación a la Tutela Administrativa el accionado alega la falta de legítimo contradictor de no ser representante del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, es necesario analizar las pruebas que respaldan tal afirmación y las pruebas que a su vez el accionante ha agregado al expediente buscando demostrar lo contrario.

KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ ha presentado junto con la contestación y los escritos en su defensa, entre otros, la certificación otorgada por el Tribunal Provincial Electoral de Pichincha que textualmente dice: “... revisados los libros de Directivas Provinciales de los Partidos y Movimientos Independientes que mantiene este Tribunal, no consta inscrita la Directiva Provincial del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas

73, y por lo tanto no consta el nombre del señor Ing. Klery Geovanny Escobar Pérez.”. Además, la parte accionada ha presentado el Acta de Proclamación e Inscripción de Candidatos en la que figura como candidato a primer candidato a Asambleísta principal KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ.

Por su parte, el accionante ha presentado una certificación entregada por el Tribunal Supremo Electoral, fojas cincuenta y tres a cincuenta y siete de donde claramente se desprende que KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ figura como representante del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73.

Del análisis de los documentos presentados por las partes se concluye, que si bien en el Tribunal Provincial Electoral de Pichincha no se encontraba registrados los representantes o representante del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, de la copia certificada aportada al proceso por la parte accionante, claramente se demuestra que el MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, fue aprobado el 15 de mayo de 2007, con Resolución del Pleno 386 y la representación la ejerce KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ, por lo que el argumento de falta de legítimo contradictor alegado por la parte accionada no es correcto.

**QUINTO.-** Que una creación para que sea considerada obra, y en consecuencia sea objeto de protección del Derecho de Autor debe contar con originalidad. La originalidad debe ser entendida como el sello o impronta personal, que el autor ha puesto en la creación.

La originalidad es requisito indispensable que una creación debe cumplir para ser objeto de protección por el ámbito del derecho de autor, esta originalidad reside en la forma de expresión o forma representativa creativa o individualizada de la obra, por mínima que sea esa creatividad o individualidad, ya que si ese mínimo no existe no puede ser objeto de protección. La originalidad no debe ser confundida con la novedad, la novedad es una característica que no es exigida por el derecho de autor para proteger una creación, si bien las obras pueden ser novedosas no es evaluado, a

*diferencia de otras áreas de la propiedad intelectual en las que su presencia es indispensable para su protección. Una obra puede ser original sin ser novedosa ya que “El hecho de que una obra se haya inspirado en otra precedente no la inhibe de ser original, siempre y cuando se le incluyan elementos nuevos que denoten algún esfuerzo, trabajo o destreza particular y la que distancian de aquella.”<sup>2</sup>*

*En el presente caso, la parte accionada no ha impugnado la originalidad de la canción denominada “Contigo somos más”, por lo tanto la obra sobre la cual EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA es perfectamente protegible por el ámbito del derecho de autor.*

**SEXTO.-** *Que de la revisión del expediente se ha podido verificar que a fojas seis del expediente administrativo, consta el CD grabado por el GRUPO TUPAY, donde consta el señor EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA como autor de letra y música de la canción “Contigo somos más”. Al respecto, el Art. 12 de la Ley de Propiedad Intelectual, establece que: “Se presume autor o titular de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales, sigla o cualquier otro signo que lo identifique aparezca indicado en la obra.”, de lo que se concluye, que al no existir prueba en contrario, el accionante es el autor de la obra motivo de la presente tutela administrativa.*

**SÉPTIMO.-** *Que la Ley de Propiedad Intelectual en el Art. 8 manifiesta que la protección del Derecho de Autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Las obras protegidas comprenden entre otras las siguientes: “g) Composiciones musicales con o sin letra”. En el presente caso la obra sobre la cual el accionado reclama derechos se encuentra expresamente incluida entre las creaciones protegidas.*

<sup>2</sup>Ernesto Rengifo García, “Propiedad Intelectual, El Moderno Derecho de Autor”, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000, página 83.

**OCTAVO.-** *Que es facultad exclusiva del autor, o titular de los derechos patrimoniales, la posibilidad de explotar su obra de cualquier forma y obtener producto de esa explotación beneficios.*

*De conformidad con el Art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual, el derecho exclusivo de explotar la obra comprende entre otras la facultad de realizar, autorizar o prohibir: “b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes.”*

*En el presente caso, el uso de la obra musical denominada “Contigo somos más” por parte del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, sin autorización del autor, ha sido aceptada expresamente por el accionado tanto en su contestación, fojas veintiuno, y en varios párrafos de los escritos presentados en la sustanciación de la presente tutela.*

**NOVENO.-** *Del análisis del expediente, que constituye el universo sobre el cual debe resolver el juzgador, se concluye que el MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, ha comunicado públicamente una obra de autoría y titularidad de EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA, sin que exista ninguna autorización configurándose una violación a los derechos del accionante.*

**DÉCIMO.-** *Que respecto de la responsabilidad del Tribunal Supremo Electoral se debe realizar un cuidadoso análisis de todas las normas aplicables a casos en donde hay autoridades públicas relacionadas con el acto ilícito para efectos de establecer si deben ser consideradas responsables solidarias o no. De lo contrario podrían darse serios abusos tanto por parte de los afectados como por parte de las autoridades públicas, abusos que deben evitarse a toda costa para el interés del Derecho de Autor y del país. Por lo tanto a continuación delimitaremos el que a nuestro criterio es el ámbito de aplicación de la responsabilidad solidaria para autoridades públicas en casos como el que nos ocupa.*

*La Ley de Propiedad Intelectual en su Art. 291 dispone: “Ninguna autoridad, ni persona natural o jurídica podrá autorizar la utilización de una*



obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o de cualquier otra prestación protegida por esta Ley, o prestar apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa y previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.” La norma antedicha es casi una transcripción de una norma anterior y de superior jerarquía, el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina, el cual expresa: “Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.”

Estas normas contemplan dos escenarios en donde una autoridad pública es solidariamente responsable por el uso no autorizado de una obra por parte de un tercero. El primer escenario es “autorizar la utilización de una obra”. Cabe entonces analizar si en el presente caso el Tribunal Supremo Electoral autorizó el uso de la obra musical “Contigo somos más”. De la revisión del expediente se desprende claramente que Tribunal Supremo Electoral no ha hecho tal cosa. El Tribunal autorizó la utilización de una cuña o spot publicitario, pero en ningún momento autorizó expresamente el uso de la obra musical “Contigo somos más”. Efectivamente, tal como expresa la Procuraduría General del Estado, en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos es indispensable que cualquier autorización de uso sea expresa. No caben las autorizaciones implícitas o indirectas, de conformidad con los Principios de la Interpretación Restrictiva de los Contratos de Explotación de las Obras y de la Independencia de los Derechos Patrimoniales del Autor, recogidos por los artículos 44 y 45 de la Ley de Propiedad Intelectual. En consecuencia, el Tribunal Supremo Electoral no está incurso en el primer supuesto de las normas antes transcritas.

Corresponde entonces analizar el segundo supuesto donde una autoridad pública es responsable solidaria por el uso no autorizado

de una obra por parte de un tercero, esto es, cuando la autoridad “presta apoyo” para la utilización de la obra. Al respecto el Tribunal de Justicia Andino se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“En este sentido, el artículo 54 dispone que ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante.

De modo que, ninguna persona distinta al titular de los derechos sobre un programa de ordenador, podrá facultar o permitir su utilización, y todo acto así orientado, debe considerarse violación a la protección conferida por la normativa comunitaria andina.

Igualmente, es solidariamente responsable la autoridad judicial o administrativa que estando en conocimiento de la violación de los referidos derechos, tolere o haga caso omiso de ésta, debiendo entenderse tal hecho una prestación de apoyo para su utilización, toda vez que “apoyo” es amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión.

En tal sentido, todo proceder o comportamiento dirigido a secundar, respaldar, proteger o permitir usos no autorizados de obras amparadas por el derecho de autor, y en este caso, de programas de ordenador, aun cuando se trate de conductas omisivas, encuadran dentro del supuesto de hecho contenido en el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena<sup>3</sup> (el subrayado es nuestro).

A criterio de esta Dirección Nacional la posición del Tribunal de Justicia Andino establece en forma clara que el segundo supuesto del artículo 54 (esto es, el “prestar apoyo”) debe ser aplicado de manera amplia (incluyendo aún

<sup>3</sup> Procesos 24-IP-98, 139-IP-2003.

actos de omisión, aunque en este caso el Tribunal sí exige que la autoridad “esté en conocimiento de la violación de los referidos derechos”, algo que no hace para los actos positivos de apoyo, casos para los cuales el antes citado artículo 54 crea una carga de cuidado y vigilancia proactiva por parte de autoridades públicas que vayan a colaborar de cualquier forma con el uso de obras). No puede entonces desconocerse que el financiar un spot o cuña publicitaria que incluya una obra musical que no cuenta con la autorización debida es indudablemente un acto de apoyo. Ciertamente el que sean fondos públicos hacía que el Tribunal Supremo Electoral debería tener además un especial cuidado en la revisión del spot o cuña publicitaria que iba a financiarse, y aunque queda claro que el financiamiento tenía como principal objetivo cumplir con normas constitucionales que garantizan elecciones efectivamente democráticas y que éste es un objetivo altamente beneficiosa para el país, y que de la revisión del expediente a criterio de esta Dirección Nacional el Tribunal Supremo Electoral actuó en todo momento de buena fe, no es menos cierto que en materia de responsabilidades civiles por violaciones a propiedad intelectual no se requiere de mala fe o dolo para que exista responsabilidad por la violación. *Dura lex, sed lex*. La conducta del Tribunal Supremo Electoral a criterio de esta Dirección Nacional se encuentra enmarcada en el segundo supuesto de responsabilidad solidaria para autoridades públicas aquí analizado.

**UNDÉCIMO.-** Que de conformidad con el Art. 339 de la Ley de Propiedad Intelectual cuando el IEPI, en el caso que determine la existencia de una violación, sancionará al infractor con una multa, confirmará las medidas dispuestas con carácter provisional y si existiere la presunción de haberse cometido un delito, se enviará una copia del proceso administrativo al Juez Penal competente y al Ministerio Público.

**En merito de lo expuesto y en uso de sus facultades esta Dirección Nacional RESUELVE:**

- 1) **Aceptar** la acción de tutela administrativa propuesta por el Ab.

Diego Francisco Yépez Garcés en calidad de apoderado de EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA.

- 2) **Sancionar** al infractor, señor KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ, en su calidad de representante del MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, con la multa de quinientos dólares de los Estados Unidos de América (1.000 U.S.D.), que deberán ser canceladas en el término de 15 días, a partir de la notificación con esta Resolución, en la Tesorería del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual -IEPI-.
- 3) **Sancionar** al TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL con la multa de quinientos dólares de los Estados Unidos de América (1.000 U.S.D.), que deberán ser canceladas en el término de 15 días, a partir de la notificación con esta Resolución, en la Tesorería del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual -IEPI-.
- 4) **Prohibir** al MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S., listas 73, la comunicación pública mediante el uso en sus cuñas o spots publicitarios electorales la canción denominada “Contigo somos más”.
- 5) **Prevenir** al TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL de la importancia de cuidar no incurrir en los supuestos de responsabilidad solidaria contemplados tanto en el artículo 291 de la Ley de Propiedad Intelectual como el artículo 54 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y de esta forma evitar futuras sanciones.
- 6) **Remitir** copia certificada del proceso administrativo al Ministerio Público para los efectos legales pertinentes, dejando expresa constancia que esta Dirección Nacional, de la revisión del expediente, reconoce en buena conciencia (y sin perjuicio de las conclusiones que alcance el Ministerio Público, a quien

*finalmente le corresponde analizar las posibles responsabilidades penales), que encuentra por parte del Tribunal Supremo Electoral una conducta que pese a ser violatoria de las normas en materia de propiedad intelectual ha sido realizada de buena fe, por lo que no existiría el dolo requerido para que se verifiquen los tipos penales de la Ley de Propiedad Intelectual, los cuales contemplan delitos dolosos, tal como ha reconocido la jurisprudencia nacional.*

*El presente acto administrativo es susceptible de los recursos establecidos en el Art. 357 de la Ley de Propiedad Intelectual: Recurso de Reposición ante esta Dirección en el término de quince días; recurso de Apelación para ante el Comité de Propiedad Intelectual, en el término de quince días; Recurso de Revisión, para ante el Comité de Propiedad Intelectual, en los plazos establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la*

*Función Ejecutiva; y una vez causado estado, por vía jurisdiccional ante uno de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. **Notifíquese.-***

**AB. FLAVIO JOSÉ AROSEMENA BURBANO**  
**DIRECTOR NACIONAL DE DERECHO DE**  
**AUTOR Y DERECHOS CONEXOS**

**Certifico:** Que la resolución que antecede se notificó el \_\_\_\_\_ a **EDWIN ARTURO CASTELLANOS MENDOZA** a la casilla JUDICIAL No. **3216**, al **TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL** a la casilla JUDICIAL No. **38** y a **KLERY GEOVANNY ESCOBAR PEREZ**, en su calidad de representante del **MOVIMIENTO ACCIÓN SOCIAL M.A.S.**, listas **73**, a la casilla JUDICIAL No. **269**.

**AB. VIVIANA HIDROBO S.**  
**SECRETARIA DE LA DIRECCIÓN**  
**NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR**  
**Y DERECHOS CONEXOS**