

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2010
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Derecho de autor y derecho a la imagen. Fotografía.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Ecuador

ORGANISMO: Corte Provincial de Justicia del Guayas. Sala de Conjuces de lo Contencioso Administrativo

FECHA: 16-9-2009

JURISDICCIÓN: Judicial (Contencioso Administrativo)

FUENTE: Texto del fallo en formato digital

OTROS DATOS: Juicio No. 295-07-3

SUMARIO:

“Asevera el demandante que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL titular de la marca PORTA, empresa que se dedica principalmente a brindar servicio de telefonía celular, sin autorización, consentimiento, ni conocimiento de su representado ... diseñó y comercializó tarjetas prepago de telefonía celular en las que consta, sin autorización y en consecuencia infringiendo el ordenamiento jurídico, un retrato contentivo de la imagen de Edison Méndez Méndez”.

[...]

“Dado que la pretensión del actor en la presente causa es que se condene a la parte accionada por haber utilizado con fines comerciales, sin autorización, del Señor Edison Méndez Méndez, su imagen, en contravención al artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual, esta Sala de Conjuces señala que el derecho a la imagen al que alude el accionante es un derecho fundamental de la persona explícitamente consagrado en la Constitución de la República, que deriva del derecho a la intimidad, o dicho en otras palabras, es una manifestación del derecho a la intimidad reconocido desde hace mucho tiempo en los diversos cuerpos normativos del mundo como un derecho fundamental de la persona. Siendo, como es la imagen un derecho protegido por la Constitución Política es obligación de todo funcionario judicial y administrativo velar por su respeto ...”.

[...]

“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”.

[...]

“De la revisión del Convenio suscrito entre CONECEL y la Federación Ecuatoriana de Fútbol se aprecia que ... 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”.

[...]

“... la actividad de compraventa de Tarjetas Prepago de Telefonía Celular es, sin duda conforme al Código de Comercio, un acto de comercio por su carácter de masivo, es claro que el uso dado a la imagen de Edison Méndez Méndez al incorporar la misma en Tarjetas Prepago de Telefonía Celular de ninguna forma puede considerarse como una utilización con fines científicos, didácticos o culturales, ni encaja en los denominados «usos honrados» a los que alude el Convenio de Berna a la protección de obras literarias y artísticas”.

[...]

TEXTO COMPLETO:

En esta fecha y ante los señores Dr. Héctor Yerovi Kenide, Ab. César Boderó Rodas y Dr. Miguel Bayona Triviño, Conjueces del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil, la infrascrita Secretaria Relatora del Tribunal, abogada Miriam Flores Apolinario, hizo la relación de la presente causa que certifica Guayaquil, septiembre dieciséis de dos mil nueve.-

*Firma) Ab. Miriam Flores Apolinario.
SECRETARIA RELATORA.*

*SALA DE CONJUECES DE LOS
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA
CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DEL
GUAYAS.- Guayaquil, 16 de septiembre del
2009, las 12h15.-*

VISTOS: *A fojas uno comparece el abogado Gabriel Barona Morey en calidad de Procurador Judicial de Edison Vicente Méndez Méndez y manifiesta que su representado es un futbolista internacional de alta trayectoria,*

muy conocido tanto en el exterior como en la República del Ecuador. Que para dimensionar lo señalado basta citar cuatro hechos relevantes en la trayectoria del indicado futbolista: que actuó en los mundiales de fútbol Corea Japón 2002, y Alemania 2006; dos, que fue el autor del gol con el cual Ecuador ganó un partido de fútbol en un mundial, tres: que fue transferido a un club de fútbol holandés que se coronó campeón con el PSV; y, cuatro, que fue el primer futbolista ecuatoriano en jugar en la Liga de Campeones de Europa. Por lo anterior asevera que la imagen de Edison Méndez Méndez es muy conocida en la República del Ecuador, tenida como ejemplo y atrae la atención del público en general. Indica el demandante que el numeral ocho del artículo veintitrés de la Constitución Política del Ecuador establece: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes el Estado reconocerá y garantizará a las personas lo siguiente: El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona”. Que el artículo

dieciocho de la Constitución establece: “Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier Juez, Tribunal o autoridad. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos. Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. Manifiesta el actor que dichas normas recogen con amplitud el desarrollo que en protección a los derechos de la personalidad y la integridad se ha dado en el mundo, pues expresamente protegen al nombre, la imagen y la voz de la persona. Indica el recurrente que la legislación ecuatoriana ha desarrollado la protección al derecho de imagen en el artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual que es del siguiente tenor: “El retrato o busto de una persona no podrá ser puesto en el comercio sin el consentimiento de la misma persona y, luego de su muerte, de sus causahabientes. Sin embargo la publicación del retrato es libre, cuando se relacione, únicamente, con fines científicos, didácticos o culturales o con hechos y acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público. Cita el actor que el comercio ha evolucionado notablemente en los últimos tiempos y ha generado el desarrollo de técnicas, o planes de publicidad, venta, o comercialización que en muchas ocasiones para su implementación utilizan la imagen de personas conocidas, con la intención de inducir al mercado a inclinarse, de entre los distintos productos que satisfacen una necesidad, por uno en particular. Asevera el demandante que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL titular de la marca PORTA, empresa que se dedica principalmente a brindar servicio de telefonía celular, sin autorización, consentimiento, ni conocimiento de su representado Señor Edison Vicente Méndez Méndez diseñó y comercializó

tarjetas prepago de telefonía celular en las que consta, sin autorización y en consecuencia infringiendo el ordenamiento jurídico, un retrato contentivo de la imagen de Edison Méndez Méndez. Esta utilización contraria a la Constitución y a la ley, permitió al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL comercializar de mejor forma dichas tarjetas, y procurarse ingresos económicos. Cabe manifestar que dichas tarjetas tuvieron gran acogida en el mercado. Lo anterior ha ocasionado a Edison Méndez Méndez, como no puede ser de otra forma, angustia, sufrimiento y humillación, por cuanto, ha sido avasallado en su personalidad, se ha violentado su intimidad, en fin se invadió su esfera más íntima en la que no es dable que otra persona incursione. Por otra parte este obrar contrario a derecho ha generado al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL ingresos económicos sin que exista justa causa para ello, al contrario estos ingresos derivan de una infracción a la Constitución y a la ley. Con los antecedentes expuestos concurre a demandar como en efecto demanda a la Compañía Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL en la interpuesta persona de su Presidente Ejecutivo y por lo tanto representante legal Señor Juan Antonio Aguilar Vásquez y solicita que en sentencia sea condenada por la utilización comercial no autorizada del retrato contentivo de la imagen de Edison Méndez Méndez en tarjetas de telefonía celular identificadas con la marca PORTA que pertenece al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL a lo siguiente: 1) La cesación de los actos violatorios de la Constitución y de la ley descritos en esta demanda. 2) El comiso definitivo de los productos u objetos resultantes de la infracción, el retiro definitivo de los canales comerciales de las mercancías que constituyan infracción, así como su destrucción. 3) El comiso definitivo de los aparatos y medios empleados para el cometimiento de la infracción. 4) La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados incluyéndose los daños morales producidos. 5) El pago de una suma no inferior a USD 500.000,00 Dólares de los Estados Unidos de América, por compensación de los ingresos no recibidos por Edison Méndez

Méndez por la utilización comercial no autorizada de su imagen. 6) El pago de los honorarios profesionales de mis patrocinadores y de las costas procesales con los recargos establecidos en el artículo 936 del Código de Procedimiento Civil. El Procurador judicial de Edison Méndez Méndez fundamenta la acción en los artículos 16, 17, 18, 192 y 23 número 8 de la Constitución, artículo 2232 del Código de Procedimiento Civil y 40, 289, 294, 297, 303 y disposición transitoria décima de la Ley de Propiedad Intelectual. La parte actora señala como sus patrocinadores al Doctor Santiago Velázquez Velázquez, Abogada Maria Fernanda Pazmiño Hernández y Abogado Enrique Aldaz Brito. La demanda fue admitida al trámite mediante providencia del 15 de octubre del 2007, la misma que fue reformada el 18 de octubre del 2007, a fojas 17, 18 y 19 de los autos constan las citaciones practicadas a la parte accionada. El día 13 de febrero del 2008 se efectuó la audiencia de conciliación donde la parte accionada procedió a contestar la demanda en los siguientes términos: según consta de las bases de la promoción denominada "Jugador 12" suscrita el 10 de mayo de 2007 y depositadas ante el notario primero del cantón Quito el 15 de junio del 2007, la Promoción "Jugador 12" – en lo adelante la Promoción- se desarrolló entre el 17 de junio y el 31 de julio de 2007 y fue organizada conjuntamente por Refreshment Product Service Ecuador (R.P.S.E) S.A. y Ecuador Bottling Company Corp, (denominada el Sistema Coca-Cola en el contexto de la Promoción) y Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL. La promoción incluía la emisión de una edición especial y limitada de tarjetas prepago de US \$ 6 y US \$ 10 para el uso de tiempo aire en el sistema de telefonía móvil celular de CONECEL (en adelante las "Tarjetas"). Las tarjetas contenían en el reverso una raspadita que permitía acceder a determinados premios en algunas tarjetas. El señor Edison Vicente Méndez Méndez (en lo sucesivo el "señor Méndez") presenta juicio verbal sumario contra el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL (en lo sucesivo "CONECEL"). La demanda afirma que con la comercialización de las Tarjetas en las que aparece la imagen del Señor Méndez, CONECEL ha infringido sus derechos a la

personalidad y a la intimidad, así como su derecho a la imagen. Sin allanarme a las nulidades procesales, formulo las siguientes excepciones: 1) Incompetencia de este Tribunal en razón de la materia; 2) Subsidiariamente y para el caso no consentido de que se desestimare la excepción anterior, deduzco la excepción de: violación de trámite y nulidad de proceso. 3) Subsidiariamente y para el caso no consentido de que se desestimare las excepciones anteriores deduzco la excepción de falta de legítimo contradictor e integración indebida de litis consorcio pasivo. 4) Así mismo en forma subsidiaria a las excepciones anteriores y para el caso no consentido de que se desestimare las anteriores excepciones, deduzco las siguientes: negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda y de cada una de las pretensiones del Señor Méndez ; niego que el uso de la imagen del Señor Edison Méndez en las tarjetas emitidas dentro de la Promoción constituya infracción a los derechos del Señor Méndez y especialmente a su derecho a la intimidad y a su personalidad; niego que exista violación de los derechos de autor o cualquier otro derecho de Propiedad Intelectual del Señor Méndez; niego que el uso de la imagen del Señor Méndez en las Tarjetas haya ocasionado angustia, sufrimiento y humillación al Sr. Méndez. Niego que exista daño moral; niego que hubiere existido aprovechamiento comercial por parte de CONECEL de la imagen del Sr. Méndez; y, en el caso no consentido de que lo hubiere, CONECEL actuó debidamente autorizada para el efecto. Violación del trámite. Falta de legítimo contradictor. "El actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el Juez declare, en sentencia de merito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial". Resolución 285-2001 Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia R.O 420-26-IX-2001. La Promoción dentro de la cual se emitieron las Tarjetas fue organizada conjuntamente por el Sistema Coca-Cola y CONECEL. Respecto del "legítimo contradictor" la doctrina coincide en que es obligatoria la concurrencia al proceso

de todas las personas interesadas en la relación jurídica que se pretende aclarar mediante la demanda, dado que todas ellas pueden resultar afectadas con la resolución de fondo y gozan de igual derecho a la defensa. “Cuando en el proceso hay falta, ya sea por parte del actor o del demandado, de legitimación en la causa, el juzgador al momento de dictar sentencia tiene que necesariamente expedir resolución inhibitoria sin pronunciarse en forma alguna sobre el derecho material o sustancial controvertido”. Resolución 231-2004 Primera Sala Corte Suprema de Justicia R.O 39-15-VI-2005. La misma sentencia cita el Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso, Tomo I, P. 269, 14ª Edición, Editorial ABC, 1996, cuando dice “Puede suceder que el demandante y el demandado estén legitimados para obrar en la causa y que su presencia en esas condiciones sea correcta, pero que por mandato legal expreso o tácito no tengan ellos solos, el derecho a formular tales pretensiones o a controvertir la demanda. En este caso la legitimación estaría incompleta y tampoco será posible la sentencia de fondo. Se trata de litis consorcio necesario”. Y afirma que este pronunciamiento que ha sido varias veces reiterado en fallos dictados por el Tribunal Supremo, entre los cuales se citan los siguientes: No. 405-99, publicado en el R.O 273 de 9 de septiembre de 1999, No. 516-99, publicado en el R.O 335 de 9 de diciembre de 1999. No. 314-2000, publicado en el R.O. 140 de 14 de agosto del 2000, No. 210-2003, publicado en el R.O 189 de 14 de octubre del 2003 y en la Gaceta Judicial Serie XVIII, No.13;No. 251-03, publicado en el R.O 221 de 28 de noviembre del 2003, No. 372-99 publicado en el R.O 257 de 18 de agosto de 1999. No habiéndose demandado, ni citado, en este proceso a Refreshment Product Services Ecuador (R.P.S.E) S.A. y Ecuador Bottling Company Corp, (denominadas el Sistema Coca-Cola en el contexto de la Promoción)-organizadoras de la Promoción conjuntamente con CONECEL; ni a la Federación Ecuatoriana de Fútbol, quien autorizó el uso de la imagen controvertida, como se detalla más adelante, existe falta de legitimación en la causa y el juzgador no puede dictar sentencia sobre el fondo. Uso Informativo de la imagen del Sr. Méndez en las Tarjetas con fecha 25 de enero

de 2007, CONECEL y la Federación Ecuatoriana de Fútbol (En adelante F.E.F) celebraron un “Convenio para Uso de Imagen “(En adelante “Convenio CONECEL”) mediante el cual CONECEL se obligó a auspiciar a las selecciones nacionales de fútbol a cambio de ciertos beneficios comerciales. Dentro de dichos beneficios se encuentra el derecho a realizar promociones comerciales relacionadas con las selecciones nacionales de fútbol. En este contexto se realizó la Promoción “Jugador 12”, debidamente autorizada por la FEF, que consistió fundamentalmente en que (además de otros premios existentes) los ganadores acompañarían a la selección ecuatoriana de fútbol de mayores en un determinado partido y tendrían la posibilidad de participar de todo el proceso tal y como si se tratase de un jugador de la selección. En el caso de CONECEL, el acceso a participar en la Promoción se obtenía a través de la compra de las Tarjetas, en las cuales mediante el sistema “raspadita” se otorgaba premios a los participantes. Entre dichos premios se incluía la posibilidad de ser el “Jugador 12” y acompañar a la selección nacional de fútbol. Como parte del material de la Promoción, las Tarjetas contenían motivos de la selección nacional de fútbol, pues como queda dicho, el premio principal era convertirse en el “Jugador 12” de la selección. Entre los motivos e imágenes de la selección contenidos en las Tarjetas, se encontraban imágenes de los jugadores de la selección Edison Méndez, Ulises de la Cruz, Iván Hurtado y Carlos Tenorio. De todo lo anterior se desprende claramente que nunca existió un uso comercial de la imagen individual del Señor Méndez, como tergiversadamente se señala en la demanda. Lo que existió es uso de imágenes de jugadores de la selección ecuatoriana de fútbol, en movimiento y vistiendo el uniforme de nuestra selección e imágenes grupales de la selección. Ese uso de imágenes de ninguna manera respondía a la intención de beneficiarse comercialmente de determinado jugador sino de informar sobre la calidad de CONECEL de auspiciante de la selección nacional, de los partidos que enfrentaría la selección nacional, de la Promoción y de la posibilidad de convertirse en el “Jugador 12”. Las imágenes de determinados jugadores que aparecieron en las Tarjetas siempre se las utilizó en el contexto informativo y como

jugadores de la selección nacional de fútbol, de la cual CONECEL es auspiciante oficial y goza de derechos otorgados por la FEF al amparo del Convenio Conecel. Uso autorizado de las imágenes de las tarjetas prepago de telefonía celular objeto de la demanda por existencia de Convenio Previo. Aun en el no consentido caso de que el uso de imágenes no hubiere sido con el carácter de informativo, lo cual expresamente rechazamos, CONECEL estaba expresamente autorizado para utilizar las imágenes que aparecieron en las Tarjetas. Como se señaló en párrafos anteriores en virtud del Convenio Conecel, la FEF autorizo expresamente a CONECEL a utilizar imágenes de las selecciones nacionales de fútbol y de aparecer como su auspiciante. El Convenio Conecel otorgo a CONECEL el derecho a “la inclusión de “las selecciones” en los productos o servicios que, de tiempo en tiempo, se ofrezcan conforme se vaya desarrollando la tecnología”. El uso de imágenes realizado en las Tarjetas se enmarca dentro de aquel autorizado por la FEF a CONECEL. Reiteramos que el uso realizado es exclusivamente de imágenes de la selección nacional de fútbol de mayores, en los términos tantas veces mencionados en esta contestación a esta maldada demanda. Además es evidente que no existe infracción alguna a la privacidad del Señor Méndez en la imagen utilizada por CONECEL en las Tarjetas, en tanto no se incluyo referencia al Señor Méndez como persona individual, en su vida diaria, familiar o sin ningún contexto determinado. La imagen utilizada involucra al Seleccionado No. 8 de la Selección Nacional de Mayores, con vestimenta de la Selección Nacional, en el contexto de una jugada y en el campo de juego. Al no referirse a una actividad individual y privada del Señor Méndez, sino a su calidad de seleccionado nacional, también es claro que el uso realizado se enmarca dentro de aquel autorizado a CONECEL por la FEF. Uso de las imágenes del “Seleccionado” autorizado por la Federación Ecuatoriana de Fútbol. Al ser el Señor Méndez seleccionado de la selección nacional de mayores-como hemos acotado antes, y como reconoce el propio Señor Méndez en su demanda- posee una relación jurídica previamente establecida con la Federación Ecuatoriana de Fútbol, que es la entidad convocante de los seleccionado.

El Señor Méndez, fue directa y personalmente convocado a la selección nacional de fútbol por la FEF, entidad a la que consecuentemente se debe y subordina en el marco de su actividad como Seleccionado. Con este antecedente, es entonces importante acotar que previo a la realización de la Promoción, con motivo de la participación de la selección Nacional de Fútbol del Ecuador en la Copa América 2007, el Señor Francisco Acosta Espinosa, Secretario General de esta entidad, mostró su acuerdo y aprobó, en todas sus partes la Promoción “Jugador 12”, incluyendo la emisión de las Tarjetas. Esta aprobación fue confirmada mediante oficio de fecha 18 de mayo de 2007 en el cual expresamente se estableció: “Aprobamos también las artes finales de las tarjetas que estarán en el mercado con las imágenes de los jugadores”. Existiendo entonces previa aprobación expresa de la FEF, a quien el Señor Méndez se debe cuando actúa en su calidad de “Seleccionado”, no puede existir la supuesta infracción por parte de mi representada que señala el Señor Méndez. Con la contestación dada a la demanda quedo trabada la litis y habiéndose aperturado el término de prueba se obraron y practicaron las solicitadas por las partes conforme obra de autos. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: *La Sala de Conjuces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo número 2 es competente para conocer este proceso en razón de la materia en virtud de la disposición transitoria quinta de la Ley de Propiedad Intelectual, así como el número 6 del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial y en razón del territorio en aplicación de lo previsto en el artículo 296 de la Ley de Propiedad Intelectual en concordancia con el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil. La competencia de la presente Sala de Conjuces se encuentra dada por la providencia dictada el 10 de Febrero de 2009 a las 15h05 por el Presidente del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo en consideración a lo preceptuado en el artículo 203 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y vista la excusa presentada por el conjuce abogado Mario Velázquez Saltos, la Sala se integra con el Juez ocasional doctor*

Miguel Bayona Triviño en atención a lo dispuesto por el Presidente del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso Administrativo en providencia de marzo 2 del 2009.

SEGUNDO: No se observa violación del trámite por cuanto se ha seguido el propio para la presente acción, este es el establecido en el artículo 297 de la Ley de Propiedad Intelectual, ni ninguna omisión o violación legal que pueda afectar la validez del presente proceso por lo que se lo declara válido. Respecto de la excepción de falta de legítimo contradictor e integración indebida de litis consorcio pasiva esgrimida por la parte accionada, esta Sala de Conjuces considera infundada la misma ya que de la revisión de la tarjeta prepago incorporada a los autos por la parte actora con el objeto de probar el uso indebido de la imagen de Edison Méndez Méndez que obra a fojas 40 del expediente, no se aprecia ninguna leyenda o dato que haga al público suponer que esa tarjeta prepago planes controlado e Internet de PORTA tenga un uso distinto que el habitual o que en su emisión exista una participación activa y fundamental de otra persona distinta al titular de la marca Porta, es decir el público compra la tarjeta para utilizar el servicio dado por CONECEL y para nada más, además la presente Sala de Conjuces estima que en el evento que la utilización de la imagen de Edison Méndez se haya producido con la participación de dos o más personas naturales o jurídicas es perfectamente factible que el actor decida demandar únicamente a uno de ellos sin que esto vicie el procedimiento ya que perfectamente puede el actor renunciar al ejercicio de una acción contra determinada persona, obviamente la presente sentencia como cualquier otra solo surte efecto respecto de las partes procesales.

TERCERO. Dado que la pretensión del actor en la presente causa es que se condene a la parte accionada por haber utilizado con fines comerciales, sin autorización, del Señor Edison Méndez Méndez, su imagen, en contravención al artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual, esta Sala de Conjuces señala que el derecho a la imagen al que alude el accionante es un derecho fundamental de la persona explícitamente consagrado en la Constitución de la República, que deriva del

derecho a la intimidad, o dicho en otras palabras, es una manifestación del derecho a la intimidad reconocido desde hace mucho tiempo en los diversos cuerpos normativos del mundo como un derecho fundamental de la persona. Siendo, como es la imagen un derecho protegido por la Constitución Política es obligación de todo funcionario judicial y administrativo velar por su respeto, y dado que la disposición Transitoria Quinta de la Codificación de la Ley de Propiedad Intelectual atribuye competencia a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo para conocer de las acciones de Propiedad intelectual, es obligación de esta Sala de Conjuces, en el conocimiento de dichas causas, velar por el cumplimiento de las disposiciones específicas de la Ley de Propiedad Intelectual, pero también tutelar en dichos procesos los derechos fundamentales de la persona. 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.

CUATRO. El actor indica en el libelo de su demanda que el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL sin su autorización ha utilizado con fines comerciales su imagen contenida en un retrato, respecto de esta afirmación de la actora la accionada admite haber utilizado la imagen de Edison Méndez Méndez en la realización de una Promoción denominada "Jugador 12", pero manifiesta que esa utilización de la imagen es lícita, en virtud de un convenio que suscribió el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL con la Federación Ecuatoriana de Fútbol, el cual en el período probatorio fue debidamente incorporado a los autos como prueba a su favor y obran de fojas 89 a 94 del expediente. Encontrándose admitida la utilización de la imagen del Señor Edison Méndez Méndez por parte del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL corresponde dilucidar a esta Sala de Conjuces si dicha utilización ha sido

realizada conforme a Derecho, o sí, como manifiesta el actor, se la ha realizado en contravención al artículo 40 de la Ley de Propiedad Intelectual.

QUINTO. En apoyo a su afirmación de que la utilización de la imagen del señor Edison Méndez Méndez ha sido realizada en forma lícita, la accionada a más de presentar el contrato referido en el considerando anterior que suscribió con la Federación Ecuatoriana de Fútbol presenta un documento denominado “Bases de la Promoción Jugador 12” que obra de foja 81 al 88 del expediente, así como una comunicación de fecha 21 de mayo del 2007 dirigida por el Gerente de Prepago PORTA- CONECEL al secretario General de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, una comunicación de fecha 18 de mayo del 2007 suscrita por el secretario General de la Federación Ecuatoriana de Fútbol dirigida a la señora Pilar Vargas y solicitó, que se oficie al Presidente de la Federación Ecuatoriana de Fútbol y a la agencia de Publicidad Saltivity Ogilvy. Corresponde, por tanto, determinar si dichas pruebas debidamente actuadas por la parte accionada sustentan adecuadamente las aseveraciones de la demandada sobre la licitud de la utilización de la imagen del Señor Edison Méndez Méndez. 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. Las comunicaciones cursadas entre PORTA y la Federación Ecuatoriana de Fútbol respecto de la aprobación de los artes finales de Tarjetas Prepago Amigo de ninguna forma acreditan que PORTA haya podido utilizar lícitamente la imagen del Señor Edison Méndez Méndez en la Tarjeta Prepago Amigo, por cuanto no existe evidencia que la parte actora haya autorizado a la Federación Ecuatoriana de Fútbol a disponer de su imagen, al contrario, la comunicación de fecha 21 de mayo de 2007 dirigida por el Gerente de Prepago de PORTA al Secretario General de la Federación Ecuatoriana de Fútbol, que obra a foja 95 del expediente, acredita que las imágenes que se iban a utilizar no eran de la selección ecuatoriana de fútbol como tal sino eran individuales de los jugadores. A foja 131 del expediente se encuentra la respuesta de la Federación Ecuatoriana de Fútbol al oficio cursado a ella por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, a petición de la parte accionada, en el mismo se indica que las imágenes pertenecen a la Federación Ecuatoriana de Fútbol en virtud de corresponder a partidos oficiales jugados por la Selección de Fútbol de Ecuador, de la revisión de la Tarjeta Prepago Amigo no aparece que la imagen del Señor Edison Méndez Méndez corresponda a un partido oficial jugado, pues la imagen, es única de Edison Méndez Méndez sin que pueda observarse a otras personas; igual reflexión merece por parte de esta Sala de Conjuces la contestación al oficio oportunamente cursado dado por Saltivity Ogilvy que obra a foja 141 de los autos. Llama

así la atención en dicha contestación la afirmación por parte de dicha agencia de publicidad de un partido al que según su afirmación pertenece la foto contentiva de la imagen de Edison Méndez Méndez y utilizada en las Tarjetas, de ser esto así como lo afirmó también la parte accionada en su alegato por escrito, se habría modificado la imagen original, omitiendo una serie de detalles constantes en la misma, lo que constituiría una modificación a la obra original contraria a lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual en su artículo 18, por lo que de ninguna manera puede considerarse como fundamento de la licitud de la utilización de la imagen de Edison Méndez Méndez dicha aseveración. Para probar sus afirmaciones la parte accionada solicita una confesión judicial al actor, quien fuere declarado confeso en providencia de 29 de mayo de 2008, siendo una confesión ficta esta Sala de Conjuces valorará dicha confesión tomando en consideración las demás pruebas actuadas y las circunstancias del caso, de acuerdo a la sana crítica, esto conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, siendo importante también destacar que las pruebas, conforme al artículo 116 del Código de Procedimiento Civil deben concretarse al asunto que se litiga y a los hechos sometidos al juicio. La alegación de CONECEL sobre que el uso de la imagen de Edison Méndez en la Tarjeta Prepago fue informativo, en tanto en cuanto tenía por objeto hacer conocer la calidad de auspiciante oficial que ellos tienen de la Selección Ecuatoriana de Fútbol, resulta deleznable, en tanto existen muchas formas de hacer conocer que una empresa es auspiciante de una entidad, lógicamente este particular debe efectuarse acorde con la Ley. La calidad de auspiciante de la Federación Ecuatoriana de Fútbol no lleva, ni puede llevar, implícito la facultad de utilizar la imagen, derecho fundamental de la persona, de un jugador de la selección de fútbol que es un ser humano y no una mercancía. Por su parte el accionante produce las siguientes pruebas dentro del proceso, incorpora a los autos un ejemplar auténtico de Tarjeta de Telefonía Prepago PORTA la misma que obra a foja 40 del expediente, con la que acredita la utilización de la imagen de Edison Méndez Méndez por parte del Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL con fines

comerciales en virtud que la marca PORTA constante en dicha tarjeta corresponde en cuanto a su titularidad al Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL tal como aparecen de la copia certificada de los títulos Número DNPI-482-98-MICIP y DNPI-1490-98-MICIP que obran a foja 126 y 127 del expediente. Con lo anterior y dada la aceptación formulada por la parte accionada a la utilización de la imagen de Edison Méndez Méndez, no es necesario abundar en más comentario sobre este punto.

SEXTO. 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. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre...” El artículo 18 de la Constitución española en su inciso primero garantiza el derecho a la imagen. La protección a la imagen de la persona no sólo ha sido obra del legislador sino también de la administración de justicia, así por ejemplo 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. Sobre este tema Eduardo Martínez Álvarez, magistrado en la capital federal de Buenos Aires, en su artículo “El Derecho a la Imagen” publicado en

la revista jurídica on line Juris Doctor manifiesta: "... En el tema y coincidiendo con Rivera, la sola utilización no consentida de la imagen de una persona con una finalidad publicitaria, constituye un hecho ilícito que da causa a un daño moral indemnizable..." en el mismo artículo el mencionado letrado concluye "... la reproducción o difusión técnica de la imagen (representación gráfica de la figura humana) sin consentimiento del interesado posibilitará a éste para accionar y eventualmente obtener una indemnización..." El profesor Humberto Nogueira Alcalá sobre este tema manifiesta: "...El derecho a la imagen constituye la facultad de una persona para disponer de su imagen, pudiendo autorizar a terceros a captarla, reproducirla y publicarla con fines comerciales, publicitarios y otros similares como así mismo a revocar tales autorizaciones". La Corte Suprema de Argentina al fallar sobre un recurso de protección interpuesto por el padre de Fernando González Ciuffardi contra V.T.R Banda Ancha S.A., y V.T.E Glob S.A., caso en el cual el recurrente afirmaba que las empresas demandadas habían realizado una campaña publicitaria en su beneficio utilizando sin autorización la imagen personal del famoso tenista González Ciuffardi, señaló: " la persona de que se trata (Fernando González Ciuffardi) es ampliamente conocida, y su fama y prestigio han sido laboriosamente conseguidos a través de su propio esfuerzo individual, en este caso, en el terreno deportivo-tenístico y por consiguiente el uso de ilustraciones en que ella aparezca tendrá ciertamente una decisiva influencia en el público consumidor, a favor del anunciante, quien de esta manera usufructuará del beneficio económico que de tal difusión se deriva, en perjuicio del recurrente. De aquí entonces, que la empresa recurrida para poder utilizar la referida imagen, ha debido contar, necesariamente con la autorización de la persona en cuyo favor se recurre, suya es la facultad de otorgarla o no, y si lo hace es a él a quien comete fijar las condiciones en que se realice, o acordar los términos pertinentes con quien desea difundirla como base para implementar alguna campaña publicitaria. En la especie, está claro que ello no ocurrió y en consecuencia, la difusión denunciada constituye una conducta ilegal que transgrede la garantía señalada." José Enrique

Bustos en su Manual sobre Bienes y Derechos de la Personalidad, páginas 132 y 133 señala: "... el tercer bien de la personalidad que la doctrina suele incluir entre los de naturaleza moral es la imagen. Por imagen no se entiende un sinónimo de fama u honor, como a veces se entiende en el lenguaje habitual, el derecho por imagen sólo se entiende la propia efigie o cara, o el cuerpo en tanto en cuanto permita conocer la persona a que pertenece. Ahora bien, no se trata de la preservación física del propio cuerpo o cara, por que ello es el contenido del bien integridad física, el bien imagen consiste en la reserva o preservación del propio físico o efigie en tanto que revelador de la persona: significa la no reproducción inconsentida de la propia efigie..."

SÉPTIMO. Sobre el uso comercial dado a la imagen de Edison Vicente Méndez Méndez esta Sala de Conjuces estima que es indudable, en tanto en cuanto el Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL es conforme al artículo 2 de la Ley de Compañías una Compañía de Comercio, la actividad de compraventa de Tarjetas Prepago de Telefonía Celular es, sin duda conforme al Código de Comercio, un acto de comercio por su carácter de masivo, es claro que el uso dado a la imagen de Edison Méndez Méndez al incorporar la misma en Tarjetas Prepago de Telefonía Celular de ninguna forma puede considerarse como una utilización con fines científicos, didácticos o culturales, ni encaja en los denominados "usos honrados" a los que alude el Convenio de Berna a la protección de obras literarias y artísticas.

OCTAVO. Con el ejemplar de la Revista Estadio que obra a fojas 43 de los autos, y con la publicidad de Sal De Andrews que obra a foja 42 se encuentra acreditado el hecho de la notoriedad y popularidad de Edison Méndez Méndez. La parte actora también dentro del presente expediente solicitó se oficie a las Compañías Refreshment Product Services Ecuador y Ecuador Bottling Company, no observándose que las mismas hayan respondido dichos oficios, lo que en todo caso no influye en la validez del presente proceso, ni en su decisión. A fojas 137 vuelta obra la razón sentada por la actuaría en el sentido que la parte demandada no ha cumplido con exhibir

los documentos cuya presentación ordenó el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo en providencia de 20 de febrero 2008 a las 15h03, ni tampoco ha cumplido con la exhibición dispuesta en providencia del 26 de febrero de 2008 a las 10h45. Documentos cuya exhibición fue solicitada por la parte accionante, por cuanto se encuentran en poder del demandado, ante dicha renuencia a cumplir con la exhibición ordenada, la presente Sala de Conjuceces considera aplicable la disposición contenida en el artículo 302 de la Ley de Propiedad Intelectual, por tanto para resolver la presente causa en relación al monto de los daños y perjuicios se basa en la información suministrada por la parte que requirió la exhibición no cumplida.

NOVENO. De la contestación dada a la demanda y de los documentos presentados en el proceso, especialmente el denominado “Bases de la Promoción Jugador 12” se desprende que a la fecha de presentación de la demanda ya había concluido la comercialización de la Tarjetas Prepago de PORTA que contiene la imagen de Edison Méndez Méndez, por lo que resulta improcedente la pretensión del actor de que esta Sala de Conjuceces ordene la cesación de actos violatorios de la Constitución y la Ley descritos en la demanda, el comiso definitivo de los productos u objetos resultantes de la infracción, el retiro definitivo de los canales comerciales de las mercancías que constituyen infracción, el comiso definitivo de los aparatos y medios empleados para el cometimiento de la infracción.

DÉCIMO. La pretensión No. 4) dice “La indemnización por los daños y perjuicios ocasionados incluyéndose los daños morales producidos”. En la legislación ecuatoriana hay daño moral, en los siguientes casos: a) Quienes manchen la reputación ajena mediante cualquier forma de difamación; b) Quienes causen lesiones; c) Quienes cometan violación, estupro o atentado al pudor; d) Quienes provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios; e) Quienes provoquen procesamientos injustificados; f) Quienes provoquen angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes. El caso materia de este juzgamiento no está comprendido en ninguna

de las hipótesis mencionadas. Por más que e Procurador Judicial del actor haya dicho que la foto aparecida le provocó al Señor Méndez, angustia, ansiedad, humillaciones, sin embargo no aparece prueba alguna de daño moral para su valoración conforme a las reglas de la sana crítica.

UNDÉCIMO. En relación a la pretensión de la actora signada como No.4 en el libelo de la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios, esta Sala de Conjuceces expresa que conforme a nuestra legislación, la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, al respecto es sumamente claro el artículo 1572 del Código Civil. En materia de Propiedad Intelectual la Ley de dicho nombre en el artículo 303 reitera dicho enunciado cuando indica que la indemnización de daños y perjuicios comprenderá las pérdidas sufridas y el lucro cesante, y establece en forma ejemplificativa cuatro criterios para determinar la cuantía de los ingresos no obtenidos, siendo relevante para la presente causa los identificados con las letras a) y c) que se refieren a los beneficios que el titular hubiese obtenido de no haberse producido la violación al derecho de Propiedad Intelectual, y, el precio, remuneración, o regalía que el infractor hubiese tenido que pagar al titular, para la explotación lícita de los derechos violados. En el presente caso la Sala de Conjuceces estima que la utilización comercial no autorizada de la imagen del actor, le ha significado un lucro cesante, que debe ser resarcido por la parte demandada.

DUODÉCIMO. Como se expresó en el considerando octavo la parte accionada, no cumplió con el mandato judicial de exhibir los documentos que tiene en su poder, que permiten determinar o por lo menos tener parámetros para establecer la cuantía del lucro cesante sufrido por el actor. Es por esto que esta Sala de Conjuceces considera plenamente aplicable la parte correspondiente del artículo 302 de la Ley de Propiedad Intelectual que expresa que el Juez para resolver, si la parte requerida no ha exhibido la prueba, puede basarse en la información suministrada por quien requirió la prueba. Destaca la Sala de Conjuceces que el contenido del artículo citado de la Ley de Propiedad Intelectual recoge la

tendencia moderna en el derecho procesal que determina que quienes tienen la posibilidad y actitud de producir la prueba es quien debe hacerlo, pues no siempre, como en el presente caso, puede producirla la parte que alega un hecho. La norma tiende a impedir que quien no colabora con la administración de justicia cumpliendo un mandato judicial de exhibición se beneficie de su propio desacato.

Por las consideraciones expuestas LA SALA DE CONJUECES DEL TRIBUNAL DISTRITAL No. 2 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE GUAYAQUIL, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA declara parcialmente con lugar la demanda, admitiendo las pretensión cuarta de la demanda en lo atinente al lucro cesante, así como la quinta pretensión constante en el libelo de la demanda y dispone que la Compañía

demandada Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones S.A. CONECEL, pague al actor por concepto de lucro cesante y compensación por ingresos no recibidos por la utilización comercial no autorizada de su imagen la cantidad de QUINIENTOS MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Se deniegan las restantes pretensiones demandadas. Con costas a cargo de la parte accionada se fija los honorarios de los abogados de la parte actora en el 5% del monto mandado a pagar en esta sentencia de conformidad con lo previsto en la Ley de Federación de Abogados. Notifíquese.- fff) Dr. Héctor Yerovi Kenide. CONJUEZ PERMANENTE. Ab. César Boderó Rodas_CONJUEZ PERMANENTE. Dr. Miguel Bayona Triviño CONJUEZ. Lo Certifico: f) Ab. Miriam Flores Apolinario SECRETARIA RELATORA. Lo que comunico a usted para los fines de Ley.- Guayaquil, septiembre 17 de 2009. f) Ab. Miriam Flores Apolinario SECRETARIA RELATORA.