

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012  
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

## **Derecho de reproducción. Irrelevancia del fin de lucro.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Ecuador

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

**FECHA:** 15-11-2010

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

**FUENTE:** Texto de la Resolución, cortesía del IEPI

**OTROS DATOS:** Resolución No. 646-2010

### **SUMARIO:**

*“... se debe considerar que es un criterio ... unánime que el lucro no es un criterio determinante al momento de valorar si existe una violación al derecho de autor, puesto que los derechos patrimoniales consagrados en el Art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual tienen el carácter de exclusivos a favor del titular quedando reservada la facultad para autorizar o prohibir el uso de la obra por cualquier forma o procedimiento, sin importar la presencia o no de ánimo de lucro de quien desea realizar o realiza la reproducción de la obra, a excepción de los casos que taxativamente la ley establece como usos que no necesitan autorización (lo que se conoce como «limitaciones y excepciones»)”.*

[...]

*“La justificación es sencilla, cada reproducción de la obra es un potencial ingreso económico para el autor o titular del derecho patrimonial. Si las reproducciones no necesitaran de autorización previa en la medida que no sean realizadas con fines lucrativos, muy pocas personas pagarían por el ejemplar de una obra, ya que bastaría reproducirlo para fines personales (el disfrute de la obra, por ejemplo) u de otra índole extra-lucrativa”.*

**COMENTARIO:** La irrelevancia del lucro en la utilización no autorizada de las obras (en el sentido correcto de “ganancia” o “provecho”), ha sido resaltada de forma unánime en la jurisprudencia comparada. Así, por ejemplo, en relación al derecho de comunicación al público, la Audiencia Provincial de Bilbao manifestó que “... el derecho de los autores a recibir una contraprestación por la utilización de sus obras es independiente del ánimo de lucro que puedan tener o no las personas que realizan los actos de comunicación pública”.<sup>1</sup> Y en lo que se refiere al derecho de reproducción, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina, resolvió que “El derecho del autor a oponerse a la reproducción de la obra funciona independientemente de la ausencia o existencia de finalidad lucrativa por parte de quien la reproduce sin autorización de aquél”.<sup>2</sup> Y es que la reproducción, aunque sea sin fines lucrativos, atenta contra la explotación

<sup>1</sup> Sentencia del 4-6-2001.

<sup>2</sup> Sentencia de la Sala D (28-2-1957).

normal de la obra y/o afecta irrazonablemente los legítimos intereses del titular del derecho. Por esa razón, las reproducciones libres y gratuitas de una obra deban estar contempladas expresamente en la ley y ser objeto de interpretación restrictiva. © **Ricardo Antequera Parilli, 2012.**

## TEXTO COMPLETO:

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

#### Resolución No. 646-2010

Trámite No. **649-09/SC** de Tutela Administrativa de los Derechos de Propiedad Intelectual.

**INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.- Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.-** Quito, 15 de noviembre del 2010, las 10h00.-

#### ANTECEDENTES:

1. PABLO ITURRALDE MONCAYO, por sus propios derechos y SHIRMA GUAYASAMÍN DEPERON en calidad de Representante Legal de la SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE ARTISTAS PLÁSTICOS Y VISUALES ARTEGESTIÓN con escrito de 7 de julio del 2009 presentó solicitud de Tutela Administrativa en contra del MINISTERIO DE CULTURA, cuyo representante legal en calidad de Ministro es el señor RAMIRO NORIEGA FERNÁNDEZ y del señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO.

En el mencionado escrito manifiesta que:

- 1.1 “Entre los miembros de “ARTEGESTIÓN” se encuentra el artista plástico PABLO ITURRALDE, a quien representamos en razón de la autorización concedida que se adjunta.”
- 1.2 “Hemos conocido que durante el mes de Septiembre de 2007, el

Ministerio de Cultura del Ecuador realizó la Campaña para la Convocatoria Pasión por la Cultura, mediante la publicación de un folleto donde constan reproducciones de la obra de PABLO ITURRALDE no autorizadas por el artista, ni por ‘ARTEGESTION’. Estas obras además fueron modificadas, alteradas y mutiladas, atentando a los derechos morales del artista.”

- 1.3 “ A pesar de los múltiples requerimientos, que se han hecho ante el Ministerio de Cultura, no se han cancelado los valores correspondientes a las reproducciones realizadas, por el contrario, y a pesar de haber operado el silencio administrativo a favor de ARTEGESTION en la petición de pago de los derechos patrimoniales de Pablo Iturralde, el Ministerio de Cultura ha manifestado que esta Institución jamás mantuvo relación contractual con Pablo Iturralde, pues había suscrito un contrato con el Sr. Patrición Herrera para la reproducción, diseño, diagramación y artes finales del texto “Pasión por la Cultura”, conforme consta en el oficio No. 549 MC-DM-209 del 10 de junio de 2009, razón por la cual hemos conocido que la violación de los derechos autorales de Pablo Iturralde de ha dado por parte del Ministerio de Cultura y el Sr. Patricio Herrera.” (sic)

Fundamenta su petición en los artículos 44, 291, 332, y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual y Art. 90 y siguientes del reglamento a la mencionada Ley.

2. En providencia de 19 de agosto de 2009, esta Dirección Nacional dispuso que previo a aceptar a trámite la acción de Tutela Administrativa planteada, la parte accionante especifique cuál de las medidas previstas en el Art. 334 de la Ley de Propiedad Intelectual, inspección, requerimiento de información y/o sanción solicitaba en la presente acción.
3. El 7 de septiembre de 2009, la parte accionante especifica que las medidas solicitadas en esta tutela administrativa son requerimiento de información y sanción por la violación de los derechos de propiedad intelectual.
4. Mediante providencia emitida el 5 de octubre del 2009, notificada el 12 de los mismos mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos aceptó a trámite la acción de tutela administrativa interpuesta por la SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE ARTISTAS PLÁSTICOS Y VISUALES ARTEGESTIÓN y PABLO ITURRALDE MONCAYO en contra del MINISTERIO DE CULTURA, cuyo representante legal en calidad de Ministro es el señor RAMIRO NORIEGA FERNÁNDEZ y del señor PATRICIO HERRERA, a la que asignó el número de trámite 649-09 y se requirió información respecto de lo solicitado en la demanda inicial.
5. El 4 de noviembre del 2009, RAMIRO NORIEGA FERNÁNDEZ en calidad de Ministro de Cultura y como tal representante legal del MINISTERIO DE CULTURA, contesta la demanda. Manifestando en lo principal que:
  - “Los accionantes de la tutela administrativa no señalan, en ninguna parte de su escrito, cual es la obra u obras, supuestamente reproducidas sin la autorización del señor Iturralde. Al no existir la determinación clara y concreta de la supuesta o supuestas obras reproducidas de manera ilegal, de supuesta autoría del señor Pablo

*Iturralde, mal podríamos decir que existe violación a sus derechos morales y patrimoniales. En el folleto informativo del evento ‘Pasión por la Cultura’ se reproducen máquinas de escribir, micrófonos, libros, instrumentos musicales, cámaras fotográficas, figuras precolombinas, logo del Ministerio de Cultura, por lo que preguntamos si son todas estas reproducciones, obras anteriores de autoría del señor Iturralde?. Si fuere así, el señor Iturralde debió especificar que, por ejemplo, la reproducción del clown, mimo, cantante o danzantes de Píllaro, reproducidos en la primer página del folleto, son fotos de su autoría, y debió presentar al señor Director Nacional de Derechos de Autor y Conexos, las dichas fotografías que demuestren su autoría, en el presente caso, se señala de modo general, por parte de los accionantes, que existe violación a los derechos de autor de ‘obras’ del señor Iturralde.”*

- “Llama también la atención, que los accionantes afirmen que el Ministerio de Cultura ha violado los derechos autorales del señor Pablo Iturralde, conjuntamente con el señor Patricio Herrera, fundamentando tal aseveración en lo dispuesto en el artículo 291 de la Ley de Propiedad Intelectual, que señala que ninguna autoridad podrá autorizar o prestar apoyo para la utilización de una obra, sin contar con la expresa y previa autorización del titular del derecho o su representante. En caso de incumplimiento, será solidariamente responsable.”

Respecto de la responsabilidad solidaria que tendría el MINISTERIO DE CULTURA, puntualiza que:

- “Las accionantes, de hecho, no han incorporado a su petición, ningún documento que pruebe una autorización expresa, por parte del Ministerio de Cultura, de uso de alguna obra del señor Iturralde, porque sencillamente no existe, como lo he comprobado en líneas anteriores.

De igual manera, los accionantes no han podido probar un supuesto apoyo indebido, por parte del Ministerio de Cultura, para la reproducción de una obra del señor Iturralde; más bien, como lo hemos dejado sentado, el contrato con el señor Patricio Herrera, y su oferta de trabajo, señalan con claridad lo requerido con esta Cartera de Estado (producción, diseño, diagramación y entrega de artes finales del folleto), así como los derechos y obligaciones de cada una de las partes contratantes, en donde se comprueba el proceder legal del Ministerio de Cultura, y nunca un comportamiento dirigido a permitir usos no autorizados de alguna obra del señor Iturralde.”

Finalmente concluye que:

- “Las reproducciones de obras de autores ajenos, que pudieren constar en el folleto informativo del evento cultural ‘Pasión por la Cultura’, son de exclusiva responsabilidad del señor Patricio Herrera Crespo. Como lo hemos señalado, conforme lo determina la cláusula cuarta del contrato suscrito el 20 de septiembre de 2007, el señor Herrera se obligó a realizar todas las actividades necesarias para la producción, diseño, diagramación y artes finales. Como se puede apreciar en ningún momento el Ministerio de Cultura contrató la reproducción de obras de autores ajenos, y para nosotros, como Ministerio de Cultura, los diseños e imágenes que constan en el folleto, fueron producidos por el señor Herrera, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.”
- 6. En escrito de 29 de octubre de 2009 el señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO, solicita que se concede un término adicional de treinta días hábiles para contestar a la presente tutela administrativa.
- 7. Con providencia de 19 de noviembre de 2009, que de conformidad con el Art. 119 numeral 1 del Estatuto del Régimen

Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva se concedió el término adicional de cinco días para que el señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO y además se corrió traslado a la parte accionante con la contestación presentada por el Ministerio de Cultura.

8. El 26 de noviembre de 2009 PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO contesta a la presente acción de Tutela Administrativa y principalmente manifiesta que:
  - “ Fui contratado por el Ministerio de Cultura para realizar y dar a conocer las circunstancias que realiza dicho ministerio a través de una especie de folleto denominado Pasión por la Cultura mediante un contrato reposa ya en su judicatura; en el cual el diseñador y programador que fue quien realizó dicho folleto y que es único responsable de los mismos; ha incluido trazos y figuras zoomorfas de las diferentes culturas precolombinas del Ecuador ‘pertenecientes’ a la Sociedad Ecuatoriana de Gestión Colectiva de Artistas Plásticos y Visuales ‘ARTEGESTION’ en representación del Diseñador Gráfico Pablo Iturralde Moncayo y el que se halla protegido por la Ley de Propiedad Intelectual, en tal circunstancia y bajo ningún aspecto, que mi persona haya concebido o tratado de utilizar dichos trazos y figuras con el ánimo, mente o predisposición de cometer un ilícito o algo que vaya en contra de las normativas legales, habida cuenta que el mencionado folleto fue realizado con la aspiración de fomentar la cultura y el protagonismo del pueblo, misión del Ministerio de Cultura, es decir sin la intención de apropiarse o explotar de manera alguna el trazado protegido por ARTEGESTIÓN y, que además los folletos no tuvieron en ningún momento el afán de lucro sino por el contrario hacer conocer las bondades que tiene el Ministerio de Cultura y tampoco tuvieron el deseo de ser introducidos en el comercio de ninguna manera, toda vez que los

mismos no tuvieron valor alguno de venta al público, sino de conocimiento de este pues fue repartido gratuitamente.”

- “Y que además en dicho folleto se agradece a *Duales y Recíprocos* de Pablo Iturralde M., publicación de la cual se extrajo las figuras zoomorfas de las diferentes culturas precolombinas del Ecuador.”
- “De la misma manera alego enfáticamente que el DISEÑO y DIAGRAMACIÓN los realizó la Empresa MANZAKU y bajo ningún concepto mi persona Lcdo. Patricio Herrera Crespo.”
- “En cuya consecuencia vengo ante Usted y ratifico que la intención de mi persona jamás fue la de utilizar dichos esquemas o trazados, con intenciones comerciales de obtención de ganancias sino con la única orientación de hacer cultura y enseñar de alguna manera las operaciones que realiza el Ministerio de Cultura como podrá observarse del folleto publicado; y, en cuya

consecuencia lo realizado por mi persona en ningún caso fue la de ejecutar actos o ilícitos sin la autorización del titular, y como consecuencia de ello, no puede ser considerada ilícita tal reproducción.”

9. En providencia de 8 de diciembre del 2009, notificada el 14 de los mismos mes y año, se agrega al expediente el escrito de contestación de 26 de noviembre del 2009, presentado por PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO y en virtud de lo que dispone el Art. 147 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva se ordena la apertura del término probatorio por veinte días.
10. La parte accionante mediante escrito de 17 de diciembre de 2009, enumera las obras supuestamente reproducidas indebidamente por la parte accionada tanto en la versión en español como en el versión en kichwa, las cuales son:

**Versión español y Kichwa:**

<b>PAGINA FOLLETO MINISTERIO DE CULTURA</b>	<b>NOMBRE OBRA</b>	<b>LIBRO EN EL QUE FUE PUBLICADA</b>	<b>PAGINA DEL LIBRO EN EL QUE FUE PUBLICADA</b>
3	<i>Clown 1, fotografía del Autor Marco Bustos</i>	<i>Ciudad 25</i>	<i>Capítulo 8, página 3</i>
5	<i>Gusano, Figura Corporal zoomorfa basado en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 16</i>
6	<i>Gusano 2, figura corporal zoomorfa basado en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 20</i>
7	<i>Nariguera 1, Cultura La Tolita</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 113</i>
8	<i>Nariguera 2, Cultura La Tolita</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 113</i>
9	<i>Plato Ceremonial, Cultura Manteño Huancavilca</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 23</i>
10	<i>Nariguera 1, Cultura</i>	<i>Duales y recíprocos, la</i>	<i>Página 113</i>

	<i>La Tolita</i>	<i>comunicación visual del Ecuador</i>	
11	<i>Plato Ceremonial, Cultura Manteño Huancavilca</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 23</i>
12	<i>Ave Vasija Ceremonial, Cultura Manteño Huancavilca</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 19</i>
13	<i>Caimán Sello Corporal, cultura La Tolita</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 14</i>
14	<i>Gusano, Figura corporal zoomorfa basado en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 16</i>
15	<i>Gusano, Figura corporal zoomorfa basado en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 16</i>
16	<i>Adorno zoomorfo, cultura Carchi</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 20</i>
22	<i>Clown 2, fotografía del autor Marco Bustos</i>	<i>Ciudad 25</i>	<i>Capítulo 8, página 4</i>

11. PABLO ITURRALDE Y ARTEGESTIÓN el 4 de enero de 2010 y PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO el 12 de enero de 2010, presentan sendos escritos de prueba y anexos los cuales son despachados mediante providencia de 19 de enero de 2010 notificada el 20 de los mismos mes y año.

12. Con fecha 27 de enero de 2010 en escrito presentado por RAMIRO FABRICIO NORIEGA FERNÁNDEZ, en su calidad de Ministro de Cultura, se ratifica en sus argumentos, el cual es agregado al expediente mediante providencia de 28 de enero de 2010 notificado el 1 de febrero del mismo año.

#### **MOTIVACIÓN Y CONSIDERACIONES:**

**PRIMERO.-** Que la Constitución de la República del Ecuador en el artículo Art. 322 señala que: “Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley (...)” Que el Art. 22 de la misma Constitución establece el derecho a los autores

a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.

**SEGUNDO.-** Que el Artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual señala que: “El Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), es el Organismo Administrativo Competente para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que sobre esta materia deberán conocerse por la Función Judicial.”

**TERCERO.-** Que el artículo 332 del Libro V de la mencionada Ley de Propiedad Intelectual establece que la observancia y cumplimiento de los derechos de propiedad intelectual son de interés público. El Estado, a través del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, IEPI, ejercerá la tutela administrativa de los derechos sobre propiedad intelectual y velará por su cumplimiento y observancia.

**CUARTO.-** Que el artículo 333 del Libro V de la Tutela Administrativa de los Derechos de Propiedad Intelectual, de la Ley de Propiedad Intelectual establece que el IEPI, a través de las direcciones nacionales ejercerá, de oficio o a petición de parte, funciones de inspección, vigilancia y sanción para evitar y reprimir violaciones a los derechos de propiedad intelectual.

**QUINTO.-** Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 339 del Libro V de la Tutela Administrativa de los Derechos de Propiedad Intelectual, de la Ley de Propiedad Intelectual, concluido el proceso investigativo, el IEPI dictará resolución motivada.

**SEXTO.-** 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.

**SÉPTIMO.-** 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.

**OCTAVO.-** 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.

**NOVENO.-** Que en el presente caso, lo que se busca determinar es la existencia de la violación de los derechos de PABLO ITURRALDE MONCAYO, quien forma parte de la SOCIEDAD ECUATORIANA DE GESTIÓN COLECTIVA DE ARTISTAS PLÁSTICOS Y VISUALES ARTEGESTIÓN. Estos derechos habrían sido violados por parte del MINISTERIO DE CULTURA y el señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO puesto que no se obtuvieron las licencias respectivas para realizar reproducciones de las obras de autoría de PABLO ITURRALDE MONCAYO.

Para establecer la existencia de una infracción, es obligación de esta Autoridad Administrativa analizar los documentos que obran del

expediente, considerar los argumentos de las partes para finalmente en aplicación de las normas legales, doctrina y jurisprudencia resolver si existe o no una infracción de los derechos de la parte accionante.

**DÉCIMO.-** Que el objeto de las Sociedades de Gestión “La administración colectiva es el ejercicio del derecho de autor y los conexos por intermediación de organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos para la defensa de sus intereses”<sup>1</sup>. En el presente caso la SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE ARTISTAS PLÁSTICOS Y VISUALES ARTEGESTIÓN comparece en defensa de los intereses de PABLO ITURRALDE MONCAYO que es su socio.

**DÉCIMO PRIMERO.-** Que el fundamento de la demanda presentada por PABLO ITURRALDE MONCAYO y la SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE ARTISTAS PLÁSTICOS Y VISUALES ARTEGESTIÓN radica en la falta de autorización respectiva para la reproducción de las fotografías y diseños de autoría de PABLO ITURRALDE MONCAYO, por parte del MINISTERIO DE CULTURA que contrato a PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO para elaboración de un folleto dentro de la campaña denominada “PASIÓN POR LA CULTURA”.

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Del análisis de las pruebas aportadas por la parte accionante y de las propias afirmaciones realizadas por el señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO en su contestación y escrito de prueba, se puede claramente concluir, que en el folleto que se promocionó la campaña del MINISTERIO DE CULTURA denominada “PASIÓN POR LA CULTURA” se incluyeron creaciones que son de autoría de PABLO ITURRALDE MONCAYO, que son las siguientes:

---

<sup>1</sup> EL DERECHO DE AUTOR Y LA REPROGRAFÍA, María del Refugio Macías Sandoval, Universidad Autónoma de Baja California, 2006, pag. 75.

<b>PAGINA FOLLETO MINISTERIO DE CULTURA</b>	<b>NOMBRE OBRA</b>	<b>LIBRO EN EL QUE FUE PUBLICADA</b>	<b>PAGINA DEL LIBRO EN EL QUE FUE PUBLICADA</b>
3	<i>Clown 1, fotografía del autor Marco Bustos</i>	<i>Ciudad 25</i>	<i>Capítulo 8, página 3</i>
5	<i>Gusano, Figura corporal zoomorfa basada en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 16</i>
6	<i>Gusano 2, figura corporal zoomorfa basada en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 20</i>
7	<i>Nariguera 1, Cultura La Tolita</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 113</i>
8	<i>Nariguera 2, Cultura La Tolita</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 113</i>
9	<i>Plato Ceremonial, Cultura Manteño Huancavilca</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 23</i>
10	<i>Nariguera 1, Cultura La Tolita</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 113</i>
11	<i>Plato Ceremonial, Cultura Manteño Huancavilca</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 23</i>
12	<i>Ave Vasija Ceremonial, Cultura Manteño Huancavilca</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 19</i>
13	<i>Caimán Sello Corporal, Cultura La Tolita</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 14</i>
14	<i>Gusano, figura corporal zoomorfa basada en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 16</i>
15	<i>Gusano, figura corporal zoomorfa basada en símbolo de la cultura Bahía</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 16</i>
16	<i>Adorno zoomorfo, Cultura Carchi</i>	<i>Duales y recíprocos, la comunicación visual del Ecuador</i>	<i>Página 20</i>
22	<i>Clown 2, fotografía del autor Marco Bustos</i>	<i>Ciudad 25</i>	<i>Capítulo 8, página 4</i>

*Lo que corresponde en este caso es primero determinar si estas creaciones son objeto de protección por el ámbito del Derecho de Autor, para lo cual es indispensable que esa creación goce de originalidad. La originalidad debe ser*

*entendida como el sello o impronta personal, que el autor ha puesto en la creación. 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. 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 esto 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 relación a lo afirmado por señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO en sus argumentos de la contestación sobre la falta de originalidad de los diseños de propiedad de PABLO ITURRALDE MONCAYO, se debe aplicar el principio jurídico *affirmanti incumbit probatio* (a quien afirma, incumbe la prueba), es decir, que si el accionado argumenta falta de originalidad en las obras motivo de esta tutela administrativa debería haberlo probado, lo cual no ha sucedido.

**DECIMO TERCERO.-** Que entre los argumentos, que en reiteradas ocasiones menciona en sus escritos, PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO manifiesta que el fin que tuvo la producción de los folletos encargados por el MINISTERIO DE CULTURA no tuvo fines de lucro, sino difundir y fomentar la cultura de nuestro pueblo. Al respecto, sobre los derechos existentes en una obra es un criterio unánime en la legislación, doctrina y jurisprudencia la existencia de un doble contenido en el derecho de autor. Un primer elemento que forma parte del Derecho de Autor es de carácter extrapatrimonial, personal o moral y cuyo ejercicio no reporta retribución económica al autor, teniendo las características de ser perpetuo, inalienable, irrenunciable e imprescriptible. El segundo aspecto es de carácter económico o patrimonial, que es la facultad del autor de explotar por sí mismo su

creación o autorizar la explotación por parte de terceros y de esta forma seguir la suerte de su obra. Estos dos ámbitos pueden encontrarse en poder del autor de la obra, o estar separados, los derechos morales siempre de forma inalienable e intransferible con el autor y solamente los derechos patrimoniales que son susceptibles de transferencia y enajenación en poder de una persona natural o jurídica distinta del autor.

Los derechos patrimoniales, como lo manifiesta el Tribunal Andino de Justicia, “...implican la facultad exclusiva del titular de realizar o abstenerse de realizar cualquier acto conducente a la explotación económica que de la obra pueda ser posible”<sup>3</sup> constituyendo de esta forma aquel cúmulo de facultades que son de exclusividad del autor, cuyo fin es que exista un beneficio económico por la producción, reproducción o utilización de la obra. Esta facultad de explotación es privilegio del autor o de quienes el autor autorice a que puedan explotar su obra. Entre otras, está la facultad que tiene el autor y/o titular de los derechos patrimoniales de reproducir una obra, entendiéndose por reproducción “...la fijación de la obra o producción intelectual en un soporte o medio que permita su comunicación, incluyendo su almacenamiento electrónico, y la obtención de copias por parte de ella.”<sup>4</sup>. Por lo que resulta ilícita, salvo disposición en contrario, cualquier reproducción total o parcial de una obra sin la autorización del autor.

Además, sobre estas alegaciones, se debe considerar que es un criterio igualmente unánime que el lucro no es un criterio determinante al momento de valorar si existe una violación al derecho de autor, puesto que los derechos patrimoniales consagrados en el Art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual tienen el carácter de exclusivos a favor del titular quedando reservada la facultad para autorizar o prohibir el uso de la obra por cualquier forma o procedimiento, sin importar la presencia o no de ánimo de lucro de quien

<sup>2</sup> “PROPIEDAD INTELECTUAL, EL MODERNO DERECHO DE AUTOR”, Ernesto Rengifo García, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000, página 83.

<sup>3</sup> Proceso No. 24-IP-98, Caso CEDEL, R.O. No. 180, 29 de Abril de 1999.

<sup>4</sup> RICARDO, ANTEQUERA PARILLI, **El Nuevo Derecho de Autor en el Perú**, Monterrico, Lima-Perú, Pág. 128

desea realizar o realiza la reproducción de la obra, a excepción de los casos que taxativamente la ley establece como usos que no necesitan autorización (lo que se conoce como “limitaciones y excepciones”).

La doctrina sobre el tema del uso sin ánimo de lucro manifiesta que

:

“Nótese que ninguna de las normas contenidas en los convenios internacional, los instrumentos comunitarios o las leyes nacionales, al reconocer el derecho de reproducción, exclusivo del autor, lo condicionan a que el uso pro parte de un tercero se realice con propósitos lucrativos. El autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no esa modalidad de utilización, sea realizada con fines altruistas o con objetivos económicos, salvo excepción legal expresa.”<sup>5</sup>

La justificación es sencilla, cada reproducción de la obra es un potencial ingreso económico para el autor o titular del derecho patrimonial. Si las reproducciones no necesitaran de autorización previa en la medida que no sean realizadas con fines lucrativos, muy pocas personas pagarían por el ejemplar de una obra, ya que bastaría reproducirlo para fines personales (el disfrute de la obra, por ejemplo) u de otra índole extra-lucrativa.

**DECIMO CUARTO.-** Que a lo explicado en el considerando anterior, el señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO, argumenta en el proceso la existencia de un acervo común que pertenece a todos los ecuatorianos lo cual constituye su patrimonio cultural, siendo imposible su apropiación por parte de ninguna persona, fundamentándose además que usar estas figuras del patrimonio cultural de conformidad con el Art. 80, 82 y 83 de la Ley

<sup>5</sup> RICARDO ANTEQUERA PARILLI, BASE DE JURISPRUDENCIA CERLALC, comentario respecto del fallo emitido por la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, Resolución No. 306-97-TRISPI, “Compendio de Jurisprudencia. Sala de Propiedad Intelectual” (1996-1999), Tomo III, Lima, 2000, pp. 799-808.

de Propiedad Intelectual no se necesita de autorización alguna.

Al respecto se debe aclarar, sin perjuicio de que las ideas no son objeto de protección<sup>6</sup>, es decir, no puede nadie apropiarse de una idea, sino de la forma de expresión de esa idea. En el presente caso, existen varias figuras de creación de PABLO ITURRALDE MONCAYO que representan elementos de la cultura precolombina los cuales no se ha demostrado que no gocen de originalidad y por tanto no sean protegibles por el ámbito del Derecho de Autor, tomando en cuenta además de que sobre las fotografías que se incluyeron en el folleto encargado por el MINISTERIO DE CULTURA a PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO no existe justificación alguna para su uso sin autorización.

Adicionalmente, esta Dirección Nacional, sobre los denominados usos honrados o limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de los autores que no necesitan autorización ha manifestado que “...a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas de protección como en el anglo-americano donde el principio del “fair use” o “uso justo” establece criterios y/o factores generales que son aplicados a cada caso particular para determinar si el uso en cuestión requiere autorización o no por parte del autor o el titular, en nuestro sistema de protección los denominados “usos honrados” son enumerados en forma taxativa en la ley y no puede admitirse como “honrado” ningún uso que no sea expresamente calificado como tal por el artículo 83 de la Ley de Propiedad Intelectual y/o en el artículo 22 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina.”<sup>7</sup>

**DECIMO QUINTO.-** Que junto a lo mencionado, el señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO argumenta que la diagramación del folleto para la cual él fue contratado por el MINISTERIO DE CULTURA la realizó la empresa MANZAKU, de lo cual no

<sup>6</sup> Ley de Propiedad Intelectual, Art. 10

<sup>7</sup> Resolución No. 206, de 13 de febrero de 2007, dentro de la Tutela Administrativa No. 107-06

existe ninguna prueba, por lo que tal afirmación no puede ser tomada en cuenta.

En relación a la autorización que hace el señor LEON RICAURTE sobre su obra, que no tiene ninguna relación con este proceso, pero sobre la cual en el apartado VI de su contestación el señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO se fundamenta, la parte no observa lo dispuesto en el Art. 20 de la Ley de Propiedad Intelectual que dice:

“El **derecho exclusivo de explotación** de la obra comprende especialmente la facultad de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La **reproducción** de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación; y,
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

La explotación de la obra por cualquier forma, y especialmente mediante **cualquiera de los actos enumerados en este artículo es ilícita sin la autorización expresa del titular de los derechos de autor**, salvo las excepciones previstas en esta Ley.” (subrayado y negrillas son nuestras)

**DÉCIMO SEXTO.-** Que respecto de la responsabilidad del MINISTERIO DE CULTURA se debe realizar un cuidadoso análisis de todas las normas aplicables a casos en donde hay autoridades públicas vinculadas 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 MINISTERIO DE CULTURA autorizó el uso de los diseños y fotografías de autoría de PABLO ITURRALDE MONCAYO. De la revisión del expediente se desprende claramente que el MINISTERIO DE CULTURA no ha hecho tal cosa. 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 MINISTERIO DE CULTURA no está incurso en el primer supuesto de las normas antes transcritas.

Corresponde entonces analizar el segundo supuesto donde una autoridad pública es

responsable solidaría 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 de la siguiente forma:

“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>8</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. No puede entonces desconocerse que el financiar un folleto, como se desprende del contrato que consta en el expediente, que busca difundir la propia actividad del MINISTERIO DE CULTURA es indudablemente un acto de apoyo siguiendo la interpretación del artículo 54 realizada por Tribunal de Justicia Andino.

Es importante destacar que esta Autoridad Administrativa se ha pronunciado ya en casos como el que nos ocupa, lo cual incluso ha merecido comentarios del conocido tratadista Dr. Ricardo Antequera Parilli, quien sobre la resolución No. 422 de 8 de junio de 2009 emitida dentro del 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, resolución que se encuentra en la base de jurisprudencia del CERLALC, expresa lo siguiente:

“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

<sup>8</sup> Procesos 24-IP-98, 139-IP-2003.

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'. 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."

Además, ciertamente el que sean fondos públicos hace que el MINISTERIO DE CULTURA deba tener un especial cuidado en el folleto que iba a financiarse, y aunque queda claro que el financiamiento tenía como principal objetivo el difundir la cultura del Ecuador, y que de la revisión del expediente a criterio de esta Dirección Nacional el MINISTERIO DE CULTURA 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*. Por las razones expuestas la conducta del MINISTERIO DE CULTURA a criterio de esta Dirección Nacional se encuentra enmarcada en el segundo supuesto de responsabilidad solidaria para

autoridades públicas contemplado en el artículo 54 aquí analizado.

Por las consideraciones anteriores, esta Dirección en uso de facultades legales,

#### RESUELVE:

- 1) **Aceptar** la acción de Tutela Administrativa planteada por PABLO ITURRALDE MONCAYO y la SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE ARTISTAS PLÁSTICOS Y VISUALES ARTEGESTIÓN en contra del señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO y el MINISTERIO DE CULTURA.
- 2) **Sancionar** al infractor, señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO, con la multa de un mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América (1.830 U.S.D.), que deberán ser cancelados 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 MINISTERIO DE CULTURA con la multa de un mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América (1.800 U.S.D.), que deberán ser cancelados 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 señor PATRICIO JAIME HERRERA CRESPO y el MINISTERIO DE CULTURA la reproducción de las obras de autoría de PABLO ITURRALDE MONCAYO socio de la SOCIEDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE ARTISTAS PLÁSTICOS Y VISUALES ARTEGESTIÓN.
- 5) **Prevenir** al MINISTERIO DE CULTURA de la importancia de cuidar no volver a 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.

*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 misma 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.- **NOTIFIQUESE.-***

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