

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

**La obra. Originalidad. Marco conceptual. Apreciación en concreto.  
Obra de arte aplicado. Irrelevancia de la novedad.  
Prueba de la originalidad.**

**PAÍS U ORGANIZACIÓN:** Ecuador

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

**FECHA:** 30-9-2011

**JURISDICCIÓN:** Administrativa

**FUENTE:** Texto de la Resolución, cortesía de la Dirección

**OTROS DATOS:** Resolución 530-2011

**SUMARIO:**

*“... presentó solicitud de Tutela Administrativa de Derecho de Autor y Derechos Conexos, argumentando que es autor de las obras artísticas BRASSIERE DISEÑO 1382, PETER PAN certificado de registro No. 023106, en contra del señor ... Propietario del local comercial denominado ...”.*

*“El accionante en la demanda expresa principalmente que: ... El diseño y la obra artística BRASSIERE DISEÑO 1382, PETER PAN de su titularidad está siendo utilizada y comercializada sin su consentimiento por el señor ... Propietario del local comercial denominado ... en la ciudad de Guayaquil.*

[...]

*“... es necesario abordar el tema de la ORIGINALIDAD, por tanto, el primer aspecto a determinar es si las creaciones sobre las que alega tener derechos el accionante son o no objeto de protección por el ámbito del derecho de autor, es decir, si encasilla dentro de la definición de obra que la legislación vigente en el país contiene”.*

*“Al respecto el Art. 3 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina define a la Obra diciendo que es: «Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma», que tiene absoluta relación con el Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual que dice: «Obra: Toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse».”*

*“De las definiciones citadas, existen varios elementos que las creaciones presuntamente reproducidas ilícitamente cumplen sin lugar a duda, como son el hecho de*

*constituir una creación intelectual, la susceptibilidad de divulgación y la posibilidad de reproducirla; pero, un aspecto fundamental es la existencia de originalidad”.*

*“La originalidad es requisito indispensable que una creación debe cumplir para ser objeto de protección por el ámbito del derecho de autor, esta originalidad reside en la forma de expresión o forma representativa creativa o individualizada de la obra, por mínima que sea esa creatividad o individualidad, ya que si ese mínimo no existe no puede ser objeto de protección”.*

*“La originalidad no debe ser confundida con la novedad, la novedad es una característica que no es exigida por el derecho de autor para proteger una creación, si bien las obras pueden ser novedosas no es evaluado, a diferencia de otras áreas de la propiedad intelectual en las que su presencia es indispensable para su protección ...”.*

*“En relación a lo afirmado por señor ... en sus argumentos de la contestación sobre la falta de originalidad de los diseños de propiedad de ..., 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”.*

*“... establecida la existencia de obras, debemos determinar la naturaleza o clase a la que pertenecen éstas obras. Es necesario entonces mencionar el Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual sobre las obras de arte aplicado que las define como la «Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial», ésta definición es claramente aplicable a las obras materia de esta tutela administrativa”.*

[...]

*“... de la documentación que obra del proceso, analizadas las pruebas aportadas por las partes al expediente administrativo, tomando en cuenta lo expuesto en este considerando, las obras identificadas como BRASSIERE DISEÑO 1381 PETER PAN, BRASSIERE DISEÑO 1382 PETER PAN y BRASSIERE DISEÑO 1389 PETER PAN constituyen obras de arte aplicado que son objeto de protección por el ámbito el derecho de autor, ya que no se ha desvirtuado la originalidad de la que gozan y se encasillan perfectamente en la definición legal de obra de arte aplicado vigente en el Ecuador”.*

**COMENTARIO:** Como apuntara el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, *“la originalidad es el requisito primordial para que una obra sea considerada como tal y, en consecuencia, para que sea protegida, mientras que la novedad no constituye un requisito para la protección de una obra”* y que *“el requisito de originalidad se refiere a que la obra se diferencie claramente de obras de terceros, ya que el autor le ha impreso sus rasgos propios”*<sup>1</sup>. En lo que se refiere a la obra de arte aplicado, se le define como una creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea de artesanía o producida a escala industrial, siendo ejemplos de esta categoría creativa los modelos en joyería, orfebrería, bisutería, mueblería, cerámica, vidriería, vestidos y

<sup>1</sup> Proceso 002-IP-2010 (214-3-2010).

decoración. Este género de obras tiene por su forma de expresión un carácter artístico, pero su destino es de utilización industrial. Pero no toda expresión de forma incorporada a un artículo útil califica como obra de arte aplicado, pues se requiere de la concurrencia de dos requisitos, que tenga un carácter artístico y que ostente rasgos de originalidad, de modo que aunque no son criterios excluyentes, al objetivo ornamental debe unirse la expresión artística. Finalmente, constituye una tendencia generalizada en el ámbito judicial y administrativo en América Latina que la originalidad se presume y quien la niegue debe probarla, como lo sostuvo el citado fallo del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. De igual manera, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Argentina sentenció que *“la prueba de que la obra del actor no tiene ninguna originalidad incumbe a la parte demandada”*<sup>2</sup>. En similar sentido la Casación francesa ha dicho que *“... la prueba de la existencia de una eventual obra anterior incumbe al demandado en el caso de una acción por falsificación ...”*<sup>3</sup>. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

## TEXTO COMPLETO:

**INSTITUTO ECUATORIANO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.- Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.-** Quito, 30 de septiembre de 2011, las 15h00.

*Avoco conocimiento de la presente tutela administrativa en virtud de la resolución No. 12-2011DNDAYDC-IEPI, de 12 de mayo de 2011, con la cual el Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos me delega la facultad de resolver los trámites de tutelas administrativas que se pongan en su conocimiento y sean de su competencia*

## ANTECEDENTES

1. El 1 de septiembre del 2006, TOMAS EHRENFELD ROSEMBERG, presentó solicitud de Tutela Administrativa de Derecho de Autor y Derechos Conexos, argumentando que es autor de las obras artísticas BRASSIERE DISEÑO 1382, PETER PAN certificado de registro No. 023106, en contra del señor ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN Propietario del local comercial denominado DISTRIBUIDORA ALBITA 1. (fojas 1 a 14)

*El accionante en la demanda expresa principalmente que:*

♦ *El diseño y la obra artística BRASSIERE DISEÑO 1382, PETER PAN de su titularidad está siendo utilizada y comercializada sin su consentimiento por el señor ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN Propietario del local comercial denominado DISTRIBUIDORA ALBITA 1, en la ciudad de Guayaquil.*

*En atención a lo mencionado, solicita:*

♦ *La práctica de una diligencia de inspección al local denominado DISTRIBUIDORA ALBITA 1, ubicado en la calle Eloy Alfaro 344-348 y Av. Olmedo en la ciudad de Guayaquil, con el objeto de constatar la comercialización de brassieres que reproducen las obras de titularidad del accionante.*

2. *Mediante providencia de 19 de septiembre del 2006, notificada el 26 de los mismos mes y año, se acepta a trámite la tutela administrativa planteada por TOMAS EHRENFELD ROSEMBERG a la que se le asigna el número de trámite 234-06 y se dispone el pago de las respectivas tasas por concepto de inspección y peritaje. (foja 11)*

3. *Mediante providencia de 30 de marzo del 2007, notificada a la parte accionante el 5 de abril del mismo año; en cumplimiento de la providencia de 19 de septiembre del 2006, se adjuntan los comprobantes de tasa No. 63705, por un valor de USD 300.00 (trescientos dólares americanos), valor fijado para la*

<sup>2</sup> Sentencia de la Sala E del 17-5-1973.

<sup>3</sup> Sentencia de la 1ª Cámara Civil del 11-10-1989.

*inspección y No. 63706, por un valor de USD 400.00 ( Cuatrocientos dólares americano), valor fijado por concepto de peritaje; se dispone: señalar el día jueves 12 de abril del 2007 a las quince horas la diligencia de inspección en el local denominado DISTRIBUIDORA ALBITA 1 ubicado en la calle Eloy Alfaro 344-348 y Av. Olmedo, en la ciudad de Guayaquil; por tratarse de una materia técnica se nombra como perito a la señora IRINA CEMEONOVNA BLOJINA en el presente trámite, como consta del Acta de Posesión suscrita el 10 de abril del 2007. (foja 15)*

*4. Del acta de inspección que consta a fojas 18 del expediente, se desprende que el día, hora y lugar señalados en la providencia de 30 de marzo del 2007, se procede con la entrega legal y formal de la providencia y solicitud de tutela administrativa a la señorita ROSI ANCHUNDIA RIVAS administradora del local denominado DISTRIBUIDORA ALBITA de propiedad del señor Angel Oswaldo Tierra Guaman. (fojas 18 y 18vta.)*

*Se da inicio a la inspección física y ocular del local con la colaboración de la perito, durante la cual, no se encontraron productos en los exhibidores sino en una vitrina interior en la que estaban variedad de productos que presuntamente violan los derechos de propiedad intelectual los cuales suman un total de 29 brassiers de modelos 1008 y 1009, dos de los cuales fueron entregados a la perito para que en base de ellos pueda elaborar el respectivo informe.*

*En la intervención del abogado de la parte accionante se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de la tutela administrativa.*

*Realizada y concluida la inspección, como medida cautelar y provisional el delegado dispone que los productos que la perito encontró como violatorios a los derechos del accionante sean aprehendidos, quedando en depósito bajo responsabilidad civil y penal en el local motivo de esta inspección, prohibiéndose su comercialización y distribución además, se prohíbe la total*

*comercialización de los productos que violen los derechos de propiedad intelectual del actor.*

*5. El 20 de abril del 2007, VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA, contesta la acción de tutela administrativa negando los fundamentos de hecho y de derecho e interponiendo excepciones como tercero interesado, al ser él quien confecciona y comercializa las prendas identificadas con la marca CORSETEX que fueron incautadas durante la diligencia de inspección, fundamentándose en el Art. 188 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que establece sobre la Intervención de terceros, "...si durante la instrucción del procedimiento aparecen interesados que no tenían conocimiento del mismo y que pueden resultar afectados en sus intereses directos por la resolución que se dicte, se notificará a dichos interesados, a quienes se les concederá un término de diez días para ejercer sus derechos." (fojas 19 a 23)*

*6. El 25 de abril del 2007, la señora IRINA CEMEONOVNA BLOJINA presenta informe del peritaje de la diligencia de inspección realizada el 12 de abril del 2007, en el que concluye que: (fojas 24 a 29)*

*a. "El modelo 1009 Nylon de Corsetex es idéntico al Diseño y Obra Artística del Brassiere 1381 Peter Pan perteneciente al Señor Ing. Tomas Eherenfeld Rosemberg."*

*b. "El modelo 1008 Bramante de Corsetes es idéntico al Diseño y Obra Artística del Brassiere 1382 Peter Pan perteneciente al Señor Ing. Tomas Eherenfeld Rosemberg."*

*7. El 26 de abril del 2007, el señor ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN contesta la acción de tutela administrativa, negando los fundamentos de hecho y de derecho de la misma. Argumentando que: (fojas 30 a 34)*

*\* "El solicitante fundamenta su acción en los artículos 332-333-358 de la Ley de Propiedad Intelectual en relación a la*

*competencia y sobre la ejecución de medidas el Art. 334 citando los literales a) b) y c) de la Ley de Propiedad Intelectual, aquí no dice que en el momento de la inspección se deba incautar los artículos GENERICOS que corresponden al objeto de la acción, es decir señor Director el accionante especifica que el objeto de su acción es el sostén o Brassiere con modelos No. 1382 de la marca Peter Pan, es antijurídico que el accionante pretenda retirar de las perchas de mi negocio otro sostén de otra marca y de otro modelo.”*

♦ *Añade que “El accionante a quien tenía que acusar era el fabricante del sostén o brassiere objeto de esta acción, mas no a mi persona, pues no soy fabricante de sostenes, yo soy comerciante de ropa, yo compro ropa para vender en mi local comercial, por esto el accionante se equivoca al afirmar que mi persona es el autor de haber vulnerado en obra y acción su creación artística del brassiere o sostén Peter Pan modelo 1382 ”*

♦ *Termina la contestación solicitando:*

*“Primero: Que el IEPI aclare si la palabra BRASSIERE es una marca registrada o es un nombre de un artículo de vestir.*

*Segundo: Que se me haga conocer el informe de la Inspección Ocular Administrativa realizada en mi local.*

*Tercero: Que se me informe en mi domicilio comercial en la ciudad de Guayaquil, sobre todo el proceso para no quedar en la indefensión.”*

*8. Mediante providencia de 31 de mayo del 2007, notificada el 15 de junio de 2007, en lo principal, se declara al señor VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA tercero interesado en este trámite y se agrega el informe pericial de 25 de abril del 2007, el mismo que se corre traslado a las partes concediéndoles el término de diez días para que se pronuncien sobre su contenido. (foja 35)*

*9. El señor VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA, en su escrito de 25 de junio del 2007, solicita ampliación del informe pericial, pedido que es atendido mediante providencia de 25 de julio del 2007, notificada el 31 de julio del mismo año, en lo principal, se ordena a la señora IRINA CEMEONOVNA BLOJINA que en el término de diez días presente una ampliación al informe pericial. (fojas 38 a 42)*

*10. Mediante providencia de 25 de julio de 2007, se agregan al expediente los escritos presentado por VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA y se dispone a la perito la ampliación de su informe pericial. (foja 45)*

*11. El 14 de agosto del 2007, la señora IRINA CEMEONOVNA BLOJINA presenta ampliación del informe de pericial, el que se agrega al expediente con notificación a las partes, mediante providencia de 6 de octubre del 2008. (foja 46 a 65)*

*12. El 21 de octubre del 2008, el señor VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA presenta escrito de impugnación del informe pericial. El cual, junto con escrito de 3 de abril del 2009 se despacha en providencia de 28 de diciembre del 2009, notificada el 6 de enero del 2010. (fojas 67 y 68)*

*13. Mediante providencia de 4 de enero del 2010, notificada el 6 de los mismos mes y año, se agrega al expediente con notificación contraria el escrito presentado por el señor VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA el 21 de octubre del 2008 y de 3 de abril del 2009; así mismo, los escritos presentados por el señor ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN, el 21 de octubre del 2008 y 24 de diciembre del 2009.*

*14. Mediante providencia de 5 de abril del 2010, notificada el 13 de los mismos mes y año. En lo principal, se agrega al expediente administrativo el escrito presentado por el señor THOMAS EHRENFELD ROSEMBERG el 2 de febrero de 2010; Se notifica por última vez al Dr. Gonzalo Castro Espinoza, toda vez que ha sido sustituido dentro de la presente*

*causa y se nombra como abogado defensor al Dr. Henry Arcos Delgado.*

*15. Con escrito de escrito de 14 de mayo de 2010 se ratifica la intervención del Dr. Henry Arcos Delgado en virtud de la autorización que a su nombre se realiza, por lo que se declara legitimada su intervención dentro del presente trámite.*

### **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 las personas 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 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 el artículo 334 de la Ley de Propiedad Intelectual establece: “Cualquier persona afectada por la violación o posible violación de los derechos de propiedad intelectual podrá requerir al IEPI la adopción de las siguientes medidas: a) Inspección, b) Requerimiento de Información; y, c) Sanción de la violación de los derechos de propiedad intelectual.”(subrayado y negrillas son nuestras)*

**NOVENO.-** *Que el Art. 19 de la Ley de Propiedad Intelectual define y determina qué son los derechos patrimoniales, y expresa: “El autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios, salvo las limitaciones establecidas en el presente libro.” Complementa este derecho patrimonial el Art. 20 la invocada ley cuando establece algunos parámetros:*

*“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.”*

**DÉCIMO.-** *Que es necesario abordar el tema de la ORIGINALIDAD, por tanto, el primer aspecto a determinar es si las creaciones sobre las que alega tener derechos el accionante son o no objeto de protección por el ámbito del derecho de autor, es decir, si encasilla dentro de la definición de obra que la legislación vigente en el país contiene.*

*Al respecto el Art. 3 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina define a la Obra diciendo que es: “Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”, que tiene absoluta relación con el Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual que dice: “Obra: Toda creación intelectual original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse.”*

*De las definiciones citadas, existen varios elementos que las creaciones presuntamente reproducidas ilícitamente cumplen sin lugar a duda, como son el hecho de constituir una creación intelectual, la susceptibilidad de divulgación y la posibilidad de reproducirla; pero, un aspecto fundamental es la existencia de originalidad.*

*La originalidad es requisito indispensable que una creación debe cumplir para ser objeto de protección por el ámbito del derecho de autor, esta originalidad reside en la forma de expresión o forma representativa creativa o*

*individualizada de la obra, por mínima que sea esa creatividad o individualidad, ya que si ese mínimo no existe no puede ser objeto de protección.*

*La originalidad no debe ser confundida con la novedad, la novedad es una característica que no es exigida por el derecho de autor para proteger una creación, si bien las obras pueden ser novedosas no es evaluado, a diferencia de otras áreas de la propiedad intelectual en las que su presencia es indispensable para su protección. Una obra puede ser original sin ser novedosa ya que “El hecho de que una obra se haya inspirado en otra precedente no la inhibe de ser original, siempre y cuando se le incluyan elementos nuevos que denoten algún esfuerzo, trabajo o destreza particular y la que distancian de aquella.”<sup>[1]</sup>*

*En relación a lo afirmado por señor VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA en sus argumentos de la contestación sobre la falta de originalidad de los diseños de propiedad de TOMAS EHRENFELD ROSEMBERG, 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.*

**DÉCIMO PRIMERO.-** *Que establecida la existencia de obras, debemos determinar la naturaleza o clase a la que pertenecen éstas obras. Es necesario entonces mencionar el Art. 7 de la Ley de Propiedad Intelectual sobre las obras de arte aplicado que las define como la “Creación artística con funciones utilitarias o incorporada en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial”, ésta definición es claramente aplicable a las obras materia de esta tutela administrativa.*

---

[1] Ernesto Rengifo García, “Propiedad Intelectual, El Moderno Derecho de Autor”, publicado por la Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2000, página 83.

*Partiendo de lo expuesto en los considerandos anteriores, específicamente sobre la originalidad en las obras de arte aplicado, la doctrina ha manifestado que: "... una supuesta obra de arte aplicado no estará protegida por el derecho de autor si carece de originalidad, de la misma manera que no podrá invocar la tutela de la propiedad industrial si no es un diseño destinado a darle a un producto industrial o artesanal una apariencia especial, o si carece de novedad o no ha cumplido con el requisito del registro establecida al efecto".<sup>[2]</sup>*

**DÉCIMO SEGUNDO.-** *Que de la documentación que obra del proceso, analizadas las pruebas aportadas por las partes al expediente administrativo, tomando en cuenta lo expuesto en este considerando, las obras identificadas como BRASSIERE DISEÑO 1381 PETER PAN, BRASSIERE DISEÑO 1382 PETER PAN y BRASSIERE DISEÑO 1389 PETER PAN constituyen obras de arte aplicado que son objeto de protección por el ámbito el derecho de autor, ya que no se ha desvirtuado la originalidad de la que gozan y se encasillan perfectamente en la definición legal de obra de arte aplicado vigente en el Ecuador.*

**DÉCIMO TERCERO.-** *Que la Ley de Propiedad Intelectual en el Art. 8 manifiesta que la protección del Derecho de Autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad. Las obras protegidas comprenden entre otras las siguientes: "j) Obras de arte aplicado, aunque su valor artístico no pueda ser disociado del carácter industrial de los objetos a los cuales estén incorporadas."*

**DÉCIMO CUARTO.-** *Que consta del expediente que el señor TOMAS EHRENFELD ROSEMBERG, es autor de la obra de arte aplicado BRASSIERE DISEÑO 1381 PETER PAN, certificado No. 23105 expedido el 4 de octubre del 2005; BRASSIERE DISEÑO 1382 PETER PAN certificado No. 23106 expedido el 4 de octubre del 2005; y BRASSIERE DISEÑO*

*1389 PETER PAN certificado No. 23217 expedido el 19 de octubre del 2005.*

**DÉCIMO QUINTO.-** *Que dentro de la diligencia de inspección, en el informe pericial y su ampliación, la perito se ratifica en el análisis presentado indicando que los modelos que fueron analizados dentro de esta tutela administrativa presentan identidad en diseño con sus formas y líneas, por tal razón, el delegado de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos dispuso que los productos que la perito encontró como violatorios a los derechos del accionante sean aprehendidos, quedando en depósito bajo responsabilidad civil y penal en el local motivo de la inspección, prohibiéndose su comercialización y distribución.*

**DÉCIMO SEXTO.-** *Que en referencia a la comparecencia en el presente caso del señor VÍCTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA, es norma supletoria de la Ley de Propiedad Intelectual, el Código de Procedimiento Civil en lo que tiene que ver con las tercerías, éstas se encuentran determinadas en su Art. 502 que establece: "En cualquier juicio puede ser oído un tercero a quien las providencias judiciales causen perjuicio directo. La reclamación del tercero se sustanciará como incidente, sin perjuicio de lo establecido en los párrafos siguientes, respecto de las tercerías."*

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** *Que entre las excepciones presentadas por el señor VÍCTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA como tercero interesado -el que fue declarado así en cumplimiento de la ley- en este caso, se refiere a la falta de legítimo contradictor en la acción de tutela administrativa, condición que se ha desestimado, pues, en el momento procesal que correspondía se calificó en debida forma la demanda de tutela administrativa en contra del señor ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN propietario del local comercial denominado DISTRIBUIDORA ALBITA 1, y además se dio cumplimiento con el Art. 188 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, al referirse a la Intervención de terceros "Si durante la instrucción del procedimiento*

<sup>[2]</sup> Ibid



*aparecen interesados que no tenían conocimiento del mismo y que pueden resultar afectados en sus intereses directos por la resolución que se dicte, se notificará a dichos interesados, a quienes se les concederá un término de diez días para ejercer sus derechos.”*

**DÉCIMO OCTAVO.-** *Que así mismo, el señor VICTOR ERNESTO CAZAR MIRANDA alega usos anteriores de los modelos de brassiere aprehendidos en la tutela administrativa, afirmación que no ha sido probada dentro de la presente causa, puesto que si con este argumento quería desvirtuar el derecho que reivindica el accionante en la presente acción debería haberlo probado en el momento procesal correspondiente.*

**DÉCIMO NOVENO.-** *Que tanto del informe pericial como de las pruebas aportadas por el accionante se concluye la existencia de una reproducción no autorizada de las obras de titularidad del accionante, concluyéndose en base a la documentación que consta en el expediente la existencia de una violación a los derechos del señor TOMAS EHRENFELD ROSEMBERG.*

**VIGÉSIMO.-** *Respecto de la responsabilidad penal que pueda devenir como consecuencia de la existencia de una violación a un derecho de propiedad intelectual, en este caso específico al Derecho de Autor, el segundo inciso del Art. 339 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone: “Si existiere la presunción de haberse cometido un delito, se enviará copia del proceso administrativo al Juez Penal competente y al Ministerio Público.” Por lo que, cuando esta Dirección Nacional encuentra suficientes elementos que le permitan determinar que existe la presunción de responsabilidad penal se remitirá una copia del copia a las autoridades que en materia penal deban pronunciarse sobre la existencia de un delito.*

*En cuanto a los delitos de propiedad intelectual la Tercera Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, en el fallo dictado dentro del Juicio*

*Penal No. 471-08, manifestó que: “El elemento subjetivo del delito consiste en determinar si el agente actuó o no de manera antijurídica, es decir, si es posible atribuirle el desvalor del acto. El tipo penal en la hipótesis determina si es necesario el dolo o no en el accionar del sujeto activo, y si no existe alguna frase que revele una actuación fraudulenta específica como por ejemplo, ‘el ánimo de apropiación’ o ‘a sabiendas’, se debe acudir a la acción nuclear ya que la misma es la que indicará si el delito requiere de dolo o culpa.”*

*De lo mencionado, se desprende que para que exista un delito de propiedad intelectual es absolutamente indispensable la presencia de la intención de causar daño, es decir dolo. El tratadista Luis Jiménez de Asúa dice que “el dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere.”*

*Una vez analizado el expediente, esta Dirección Nacional concluye que en este caso no existe la presunción de haberse cometido un delito, puesto que tanto de la prueba aportada por la accionante como por el accionado no se puede determinar que ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN propietario del local comercial denominado DISTRIBUIDORA ALBITA 1, haya actuado con dolo o mala fe.*

*Sin perjuicio de esto, como se sabe no existe necesidad de prejudicialidad o resolución previa en ámbito administrativo en materia de propiedad intelectual, toda vez que, los casos de prejudicialidad o resolución previa en ámbito administrativo deben estar expresamente estipulados en la ley, lo cual no ocurre en materia de propiedad intelectual, por lo tanto queda salvo el derecho de la accionante de acudir a las autoridades penales si lo considera pertinente para que sean éstas quienes se pronuncien de forma*

*definitiva sobre la existencia o no de un delito o a las autoridades civiles para perseguir la responsabilidad civil verificada en el presente caso.*

*Por lo anotado, esta Dirección Nacional, en uso de sus facultades: **RESUELVE:***

*1. **Aceptar** la tutela administrativa deducida por el señor TOMAS EHRENFELD ROSEMBERG, en contra de ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN Propietario de DISTRIBUIDORA ALBITA 1.*

*2. **Prohibir** al señor ÁNGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN, la oferta en venta, venta, comercialización y distribución de productos que reproduzcan las obras de arte aplicado denominadas BRASSIERE DISEÑO 1381 PETER PAN, BRASSIERE DISEÑO 1382 PETER PAN y BRASSIERE DISEÑO 1389 PETER PAN, de titularidad de TOMAS EHRENFELD ROSEMBERG*

*3. **Ratificar** las medidas cautelares previstas durante la diligencia de inspección desarrollada dentro de la presente tutela*

*administrativa.*

*4. **Sancionar** al señor ANGEL OSWALDO TIERRA GUAMAN, con una multa de USD 1800 (mil ochocientos dólares americanos) valor que deberá cancelar en el término de quince días contados a partir de la notificación con esta resolución en la Tesorería del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, ubicado en la Av. República No. 396 y Diego de Almagro en esta ciudad de Quito.*

*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.-***