

## LA REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA Y EL CASO ECUADOR

Dr. Antonio Pazmiño Ycaza (1966)

*Profesor de Propiedad Intelectual en las Facultades de Jurisprudencia de las universidades Católica de Santiago de Guayaquil, titular; De Especialidades Espíritu Santo, visitante; Del Pacífico, visitante; Profesor de Signos Distintivos en el Postgrado en Propiedad Intelectual, en la universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titular; Profesor de Introducción al Derecho de Patentes en el Postgrado en Propiedad Intelectual, en la universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titular; Director del Postgrado en Propiedad Intelectual en la universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Presidente de la Academia Ecuatoriana de Propiedad Intelectual; Árbitro de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual; Miembro del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual (por cuatro ocasiones); Director de la Revista de Propiedad Intelectual de la universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Director de Investigaciones en el área de Propiedad Intelectual en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la universidad Católica de Santiago de Guayaquil.*

### I.- RESPECTO DE LA FIJACIÓN Y LA REPRODUCCIÓN:

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un breve estudio del **Caso Ecuador**, respecto de la Remuneración por Copia Privada. En efecto, en nuestro país, en la Ley Nacional, así como en los convenios internacionales a los cuales se ha adherido el Ecuador, se encuentra una institución denominada "Remuneración por Copia Privada", esto es, una especie de derecho compensatorio que se debe de cancelar a quienes importen o comercialicen equipos que permitan, de una u otra forma, fijar sonidos o imágenes como podría ser el caso de un CD, antes de un casete; o, a quienes importen o comercialicen equipos que sirvan ya no para fijar sino para reproducir determinada obra, como lo podría ser un quemador de CD o una fotocopidora.

La idea o el motivo de existencia de esta disposición, es la de proteger de alguna manera a los autores o titulares de obras protegidas en materia de Derecho de Autor, en forma tal que, en determinado momento, la reproducción hecha en forma privada, no afecte sus derechos patrimoniales.

No podemos iniciar el estudio del **Caso Ecuador**, que consiste en una inadecuada acción de inconstitucionalidad que se presentó en contra de una Resolución del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual que fijaba los valores que se deberían de cancelar como compensación por la Remuneración por Copia Privada, así como respecto de todas las normas legales que establece la creación y obligación de pagar la misma, sin primero estudiar dos características fundamentales de la Remuneración por Copia Privada, como son la fijación por un lado; y, por otro la reproducción, que no es sino un derecho patrimonial que tiene el titular de una obra para explotarla.

De conformidad con el artículo 6 de Propiedad Intelectual, fijación: es la incorporación de signos, sonidos, imágenes o su representación digital, sobre una base material que permita su lectura, percepción, reproducción, comunicación o utilización. Entonces, fijación no es sino el acto que permite grabar un sonido, una imagen o un texto en un instrumento que luego permita que a su vez ese sonido, imagen o texto pueda ser reproducido. Así, por ejemplo, fijación es cuando grabamos una canción en un casete antes, en un CD ahora en un pendrive; o, cuando acudimos a una imprenta a reproducir, o a imprimir el texto de una obra literaria por ejemplo entonces, queda claro, cuál es el concepto de fijación.

Por su parte, para el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI Sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TOIEF, ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo número 439, publicado en el Registro Oficial número 93 del 3 de agosto de 2000; y cuyo texto (el del Convenio) fue publicado en el Registro Oficial número 711 del 25 de noviembre de 2002, Fijación es, de conformidad con lo establecido en el artículo 2 literal c):

“...la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo...”

Por otro lado, también es importante entender en que consiste o qué es la reproducción. La primera reflexión que se debería hacer respecto a ¿qué es la reproducción? Es la de decir que es una forma de explotar una obra, tal como lo indica el literal a) del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual. Importante es indicar que la reproducción de una obra es también un derecho patrimonial. No nos olvidemos que en materia de Derecho de Autor existen Derecho Morales y Derechos Patrimoniales pero, para efectos del presente trabajo, nos interesa solamente revisar el Derecho Patrimonial de Reproducción. Y, si queremos, por otra parte ubicar el concepto de reproducción podemos volver a acudir al artículo 7 de la Ley de Propiedad Intelectual que textualmente nos dice:

*“reproducción consiste en la fijación de la obra en cualquier medio o en cualquier procedimiento conocido o por conocerse, incluyendo su almacenamiento digital, temporal o definitivo y la obtención de copias de toda o parte de ella”.*

Por su parte, el Tratado de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI Sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas TOIEF, al referirse al Derecho de Reproducción (en fonogramas) nos indica que:

“...Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. (6)...”

Entonces, podríamos pensar que **fijación** es el acto de grabar una obra en un soporte digital; y, **reproducción** podríamos entenderlo como que es la forma también de fijarlo en un soporte digital pero para obtener copias de toda o parte de ella. ¿A qué quiero llegar? a que podríamos entender que la reproducción va un poco más allá de lo que es

sencillamente la fijación, es decir, reproducción podría entenderse como una forma de explotación de una obra.

En este punto, lo importante es indicar, que de conformidad con la normativa legal ecuatoriana y ya no solamente me refiero a la legislación local que estaría entendida o integrada por la Ley de Propiedad Intelectual, sino en este caso, por la Decisión 351 y, por todos y cada uno de los convenios respecto de los cuales el Ecuador es parte que la reproducción de una obra protegida a través del Derecho de Autor si se la hace sin el consentimiento del autor de la misma o de quien sea el titular de sus derechos, constituye pues un acto ilegal. Esto lo indica, entre otras normas, el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana que, en su parte pertinente dice:

*“...la explotación de la obra por cualquier forma, y especialmente por cualquiera de los actos numerados en este artículo es ilícita sin la autorización expresa del titular de los Derechos de Autor, salvo las excepciones previstas en esta ley...”.*

Entonces, como ustedes podrán entender una obra protegida en materia de Derecho de Autor no puede ser utilizada por terceros, salvo las excepciones que, por tratarse en efecto de excepciones, deben de ser especial y claramente detalladas en la ley y, lo que es más importante, interpretadas en forma restrictiva. Cualquier institución jurídica que establezca la posibilidad de una excepción debe ser siempre hecha bajo un acto normativo legal y debemos entender siempre esa excepción o, mejor dicho, debemos interpretar siempre esa excepción en forma limitada. Si acudimos por ejemplo a la Ley de Propiedad Intelectual y queremos entender o revisar cuales son las excepciones en materia de Derecho de Autor, pues deberemos acudir al artículo 83 en donde consta una lista que, de alguna u otra forma nos indica, cuando la utilización de una obra protegida pues no constituye una infracción. Así, por ejemplo, si el día de mañana alguien cita en su obra a un tratadista, pues mientras indique el nombre del tratadista, el nombre de la obra y siempre y cuando se cite a esa obra **en la medida justificada para el fin de esa incorporación**, no constituye una infracción.

De tal forma que si yo quiero en efecto citar a un tratadista, sin que eso constituya un plagio o un uso no honrado, deberé yo citar necesariamente el nombre del tratadista, el libro del cual he extraído yo ese concepto o esa reflexión de él y, como lo indica la ley nacional, debe ser en la medida justificada para el fin de su incorporación. Mal podría yo por ejemplo, citar a Antequera, a Lipszyc, Otero Lastres o a Rengifo y transcribir dos o tres páginas enteras de una obra de ellos a manera de cita. No, ya ahí realmente no se está tratando de una cita sino de una reproducción, por lo tanto, cuando yo cite a un tercero o cuando alguien quiera citar a un tercero pues deberá hacerlo siempre en la **medida justificada**. El artículo 83 de la ley nacional y otros pertinentes en la Decisión 351 o en los tratados internacionales determinan otra serie de casos en los que se considera como uso honrado la utilización de una obra de un tercero sin que eso constituya un delito.

Y, una de estas excepciones es justamente la **Copia Privada**, que consta establecida en algunas legislaciones, así como en Tratados Internacionales. Así, por ejemplo, el Convenio de Berna, acto normativo de naturaleza supra nacional, al cual el Ecuador se adhirió el 2 de octubre de 1979, conforme se desprende del Decreto Ejecutivo No. 2469, publicado en Registro Oficial 697 de 4 de Junio de 1991; y cuyo texto (el del Convenio) fue publicado en el Registro Oficial número 844 del 2 de enero de 1992, establece la posibilidad de que las legislaciones nacionales puedan establecer excepciones, siempre y cuando, no se afecten los derechos del autor de la misma.

El texto del numeral 2 del artículo 9 dice dice:

“...Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor...”

## II.- RESPECTO DE LA PRELACIÓN DE LOS TRATADOS:

Una vez que hemos definido de alguna forma conceptos importantes como el de **fijación** y el de **reproducción**; creo pertinente, antes de adentrarnos a revisar en que consiste la **Remuneración por Copia Privada**

da y tomando en cuenta que no existe una rama del Derecho tan universal como la Propiedad Intelectual, ya que la uniformidad de normas que hay a nivel mundial es realmente de un altísimo grado, hacer referencia a la Prelación que los Tratados y/o Convenios Internacionales tiene en el Ecuador.

#### 1.- **Supremacía Constitucional:**

Existe, en mi criterio, una inadecuada interpretación, en el sentido de que los Tratados y/o Convenios Internacionales (entre los que se encuentran las Decisiones de la CAN) están por encima de la Constitución. Esto, ha hecho, que no solo otros autores, sino magistrados del Tribunal Andino de Justicia digan, cada vez y cuando, que existe una preeminencia de los indicados actos normativos lo cual, por lo menos en el Ecuador, no se puede dar.

La Constitución de nuestro país, en su artículo 163, en forma expresa, determina el nivel de gradación que tienen los Tratados Internacionales, cuál es, el de prevalecer incluso sobre nuestras leyes. No dice, en ninguna parte de la Constitución, que estos Tratados prevalecen sobre ésta.

“...Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados<sup>1</sup> en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y **prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía...**”

Por su parte, el artículo 272 de la Constitución dice:

“...La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposi-

---

<sup>1</sup> Se usa en forma equivocada la palabra promulgación, lo correcto es publicación. Promulgar es el acto por el cual el Presidente de la República sanciona una ley.

ciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones...”

Las dos normas citadas, son las que establecen la gradación (pirámide de Kelsen) de las normas en el Ecuador y, ninguna de ellas, hace referencia a que un Tratado y/o Convenio Internacional, está por encima de la Constitución. Es más, tanto un Tratado y/o Convenio Internacional no está por encima de la Constitución que, previo a su aprobación, se requiere primero, un dictamen del Tribunal Constitucional. ¿y, para que se requiere un dictamen? pues para conocer si el Tratado y/o Convenio a aprobar guarda o no relación con la Constitución ¿y, cuándo es importante la jerarquía de las normas? pues solo cuando existe contradicción. Y, tanto no puede estar por encima de nuestra Constitución un Tratado que, en el caso de que se requiera primero una reforma constitucional para que sea aprobado un Tratado, primero debe darse la reforma y luego la aprobación. Esto ratifica, que la Constitución prevalece, hasta sobre los Tratados.

“...La aprobación de los Tratados y Convenios, se hará en un solo debate y con el voto conforme de la mayoría de los miembros del Congreso.

Previamente se solicitará el dictamen del Tribunal Constitucional respecto a la conformidad del tratado o convenio con la Constitución.

La aprobación de un Tratado o Convenio que exija una reforma constitucional, no podrá hacerse sin que antes se haya expedido dicha reforma...”<sup>2</sup>

Sin perjuicio del breve análisis jurídico hecho, el Tribunal Andino de Justicia, ha expedido, de tiempo en tiempo, algunos fallos en el sentido de que las Decisiones de la CAN están por encima de cualquier norma de carácter local, entre otros argumentos, en base a una disposición que obliga a los países a no expedir actos normativos contrarios a los de la CAN lo cual, es perfectamente válido en tratándose de leyes y normas

---

<sup>2</sup> Artículo 162 de la Constitución.

inferiores, pero, por ningún concepto, respecto de la Constitución. Una disposición en la que se basa el Tribunal Andino de Justicia es el artículo 4 de la Decisión 472 que dice:

“...Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculicen su aplicación...”.

Lo subrayado es mío.

Insisto, esta disposición no puede ser válida para nuestra Constitución. Sí, para leyes y normas de inferior jerarquía y, de darse el caso, el Ecuador podría ser objeto de una acción de incumplimiento por parte de la Secretaría General de la CAN o de un País Miembro

Respecto a la supremacía de la norma comunitaria sobre la legal nacional (principio con el que sí estamos de acuerdo) existen muchos fallos del Tribunal Andino de Justicia, a saber:

“...No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas pecuniarias de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay –se ha dicho– una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario (“preemption”). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modi-

fique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él...”<sup>3</sup>

“...Las medidas de simple ejecución que en casos concretos pudiera adoptar un País Miembro tampoco pueden servir de excusa válida para alterar el efecto directo y uniforme propio de tales regulaciones. La entrada en vigor de estas, por tanto, ha de determinar automáticamente la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario a sus determinaciones o que, de alguna manera, las desnaturalice, y ello en virtud de la primacía que tiene la norma comunitaria. La posible colisión de normas, en consecuencia, ha de resolverse sin vacilaciones ni reticencias a favor del derecho de integración”. Asimismo, en la citada sentencia se dice: “En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria”...”. Este principio de desplazamiento de la norma nacional como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior –que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales del derecho- es precisamente la norma comunitaria...”<sup>4</sup>

“...Sostuvo el Tribunal en el mencionado Proceso No. 2-IP-90, Gaceta Oficial No. 69 de 11 de octubre de 1990, lo siguiente: “El Derecho de la Integración, como tal, no puede existir si no se acepta el principio de su primacía o prevalencia sobre los derechos nacionales o internos de los Países Miembros ...”. El legislador queda así inhabilitado para modificar, sustituir o derogar el Derecho Común vigente en su territorio así sea con el pretexto de reproducirlo o de reglamentarlo, y el juez nacional, a cuyo cargo está la aplicación de las leyes comunitarias, tiene la obligación de

<sup>3</sup> Proceso No. 2-IP-88. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

<sup>4</sup> Proceso No. 5-IP-89. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo II.

garantizar, tiene la obligación de garantizar la plena eficacia de la norma común ... El Derecho de la Integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: tan solo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias ... “...Los Países Miembros, en consecuencia, conservan su competencia para legislar en esta materia, sobre aspectos no regulados por el Derecho de la Integración, o para desarrollar o complementar los que no hayan sido regulados de modo exhaustivo, según se ha señalado en la parte motiva de esta sentencia ...”<sup>5</sup>

“... Analizadas así la demanda y las normas que se piden sean interpretadas perjudicialmente, debemos en primer lugar partir del hecho, de que el ordenamiento jurídico de la integración andina, prevalece sobre las normas internas de cada uno de los países, entendiéndose sin embargo que la prevalencia se materializa cuando las normas internas van en contraposición de las normas comunitarias ...”<sup>6</sup>

“...Por lo que se entiende mutatis mutandis que no sólo tienen vigencia las normas nacionales ya existentes –siempre que no contradigan a la Decisión 344- sino que también, las normas a dictarse deberán guardar esa misma armonía y unidad jurídica, no sólo porque se trata de la voluntad del legislador andino expresada en el “Régimen Común”, sino también porque éste emerge por imperio del artículo 27 del Acuerdo de Cartagena y porque los países signatarios de él, se han comprometido por imperio del artículo 5 del Tratado de Creación del Tribunal Andino a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico del Acuerdo y asimismo, se han comprometido a no adoptar, ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

---

<sup>5</sup> Proceso No. 3-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

<sup>6</sup> Proceso No. 5-IP-90. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

Este Tribunal Comunitario ha sido minucioso en el análisis de las relaciones entre el ordenamiento jurídico andino y el derecho interno de los países. El efecto directo de la norma comunitaria, su preeminencia sobre el derecho nacional de los Países Miembros, la obligatoriedad en la aplicación de los fallos de este Tribunal y la complementariedad entre una y otro han sido objeto de examen, a guisa de ejemplo, en las sentencias 1-IP-87 de 3 de diciembre de 1987, 2-IP-88, 5-IP-89, 2-IP-90 y 3-IP-94, recogidas en lo esencial por la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, entre otros, en fallos de septiembre 1 de 1988 y febrero 7 de 1991 y por el Consejo de Estado del mismo país, entre otros, en fallos de septiembre 9 de 1988, mayo 11 de 1990, febrero 7 de 1991 y abril 3 de 1992.

De esta forma se ha logrado establecer una estrecha relación entre el Tribunal Comunitario y las jurisprudencia de los más altos tribunales colombianos que coinciden en otorgar al ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, la capacidad de regir la conducta de los países comprometidos en asuntos de interés común, fundamentales para el desarrollo de la actividad económica, y a su función de aplicarse en forma directa en el orden interno por encima del derecho nacional. Asimismo se ha reconocido por el mencionado Consejo de Estado, la obligación de los Países Miembros de asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena y de abstenerse de aplicar o probar cualquier medida de derecho interno que esté en contradicción con el mismo. Como consecuencia de lo anterior, la alta jurisdicción colombiana ha reconocido el carácter obligatorio de las sentencias de interpretación prejudicial del Tribunal para el juez nacional, conforme al mandato del artículo 31 de su Tratado de Creación...<sup>7</sup>

“...Desde la interpretación prejudicial 1-IP-87 y posteriormente en la 2-P-88, sentadas en vigencia del artículo 84 de la Decisión 85 (equivalente al 144 de la Decisión 344 hoy vigente) este Tribunal reconoció el principio de la preeminencia de la norma comunitaria sobre el derecho interno de los países y en la segunda de ellas señaló

---

<sup>7</sup> Proceso No. 6-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

que “en caso de conflicto la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente ya que ... la norma interna resulta inaplicable”. Resaltó además el Tribunal la claridad del principio de preeminencia cuando la ley anterior comunitaria es precisamente norma superior que debe primar sobre la anterior, de acuerdo con principios universales de derecho; advirtiendo sin embargo que ello no implica la derogatoria de la una sobre la otra, sino que lleva la inaplicabilidad de la primera en la medida en que resulte incompatible con las previsiones del derecho comunitario.

El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del “complemento indispensable”, según el cual no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquellas. Este régimen de excepción, dada su naturaleza de tal, debe ser aplicado en forma restringida de acuerdo con normas elementales de hermenéutica jurídica. Significa esto que para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión “régimen común sobre tratamiento” que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. Como lo ha dicho el Tribunal en la interpretación del artículo 84 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena (caso 2-IP-88), no es posible que la legislación nacional modifique, agregue o suprima normas sobre aspectos regulados por la legislación comunitaria “o que se insista en mantener la vigencia de leyes nacionales anteriores a la norma comunitaria incompatibles con ella”, debiendo únicamente legislar sobre lo no comprendido en la Decisión Comunitaria ...”<sup>8</sup>

“... Si bien es cierto que en este artículo se establece el Principio de Prevalencia de la norma comunitaria, debemos tener en cuenta como consustancial al derecho comunitario la “prevalencia” sobre el derecho interno de los Estados Miembros, asunto que reiteradamente ha sostenido este Tribunal en virtud de lo cual torna en

---

<sup>8</sup> Proceso No. 10-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo III.

inaplicable la norma interna, en tanto cuanto, colisione o modifique el texto del derecho de la integración, cuya configuración queda definida de otra parte, en el artículo 1 del mencionado Tratado de creación del Tribunal y, que concuerda con el artículo 6 del Tratado Marco del Acuerdo de Cartagena, que a su vez establece el principio de la Intangibilidad en el derecho comunitario, al disponer que: “La Comisión es el órgano máximo del Acuerdo y como tal tiene la capacidad de legislación exclusiva sobre las materias de su competencia”. Así se establece con claridad que ninguna autoridad nacional puede al margen de la Comisión modificar o establecer reglas no previstas por los Ministros de Industrias de los Países Miembros o los Plenipotenciarios debidamente acreditados que integran la Comisión y que tienen la capacidad exclusiva para legislar por medio de las Decisiones.

El Tribunal como garante de la institucionalidad jurídica-administrativa de la integración, tiene la obligación de vigilar los actos ilegítimos o la desviación de las normas, porque el Acuerdo de Cartagena existe como Comunidad supranacional de derecho y el Tribunal está en la obligación de establecer la nulidad que nace de la ilegalidad de un acto, o de la violación del Tratado.

Tampoco era y es concebible que frente al silencio de la norma, los Estados miembros del Acuerdo de Cartagena, de conformidad con el artículo 84 de la Decisión 85, puedan establecer válidamente requisitos adicionales a los contenidos en los artículos 56 y 58 de dicha Decisión para el registro de marca de cualquier clase de productos, ni señalar causales adicionales de cancelación de un registro, distintas a las establecidas en los artículos 76 y 77 de la citada Decisión. En la sentencia de este Tribunal en el caso Cavelier-Corte Suprema Colombiana (Proceso No. 2-IP-88, publicado en la Gaceta Oficial No. 33 de 26 de julio de 1988), se dijo además que: “Pretender hacerlo sería contrario al derecho comunitario”...”<sup>9</sup>

“...En cuanto a la remisión que hace la norma del artículo 66 a la legislación nacional como complementaria del Derecho Comunitario, debe entenderse que su aplicación es obligatoria en tanto no

---

<sup>9</sup> Proceso No. 5-IP-95. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

contradiga disposición alguna de la Decisión 85, y a quien corresponde precisar si se ha cumplido o no con ésta es al juez nacional, por las razones y motivos analizados en párrafos anteriores...”<sup>10</sup>

“...Finalmente diremos que el Tribunal no puede prejuzgar de hecho la solución final que se dará a un litigio por el juez nacional, salvo recordarle al juez que es a él a quien corresponde, en el caso de incompatibilidad entre el Derecho nacional y el comunitario, declarar que debe prevalecer este último...”<sup>11</sup>

Los subrayados son míos.

## 2.- **Obligatoriedad o no de publicación en el Registro oficial:**

El Derecho de la Integración es un derecho nuevo, ágil, comercial, de desarrollo, es por eso que, la vigencia de dichas normas, depende ya no de un poder interno (Congreso Nacional) sino de un órgano legislativo (La Comisión) el cual, por delegación, ha asumido la capacidad legislativa en ciertos ámbitos que tienen más bien relación a temas de carácter comercial. Por lo menos a esta fecha ya que, de seguir avanzando el proceso de integración andina, podría llegar a ser una verdadera Unión Económica en la que se legisle sobre temas de mayor importancia como: moneda común, unidad fiscal, políticas macroeconómicas, etc.

Esto, es decir, el principio de aplicabilidad directa, nace de lo establecido en el artículo 3 de la Decisión 472 cuyo texto dice:

“...Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

---

<sup>10</sup> Proceso No. 4-IP-94. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

<sup>11</sup> Proceso No. 9-IP-95. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo IV.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro...”

En virtud de este principio, no se requiere que una Decisión de la CAN por ejemplo pase por el Congreso, ya que, dicho acto normativo, emana ya de un órgano legislativo y mal podría ser necesario que vaya nuevamente a otro órgano legislativo como sería el Congreso Nacional.

Respecto de los demás tratados y/o Convenios que no sean las Decisiones de la CAN, no hay duda y deben ser publicados en el Registro Oficial.

Existe innumerable jurisprudencia en el sentido anotado. Veamos:

“...Estos criterios alcanzan plena vigencia como norma jurídica, con la entrada en vigor del Tratado constitutivo del Tribunal a partir del 19 de mayo de 1983 –en que este cuerpo legal comienza a regir en la Subregión- por cuanto su artículo 2 ratifica que las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sea aprobadas por la Comisión, y el artículo 3 dispone que las Decisiones serán directamente aplicables a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior y, sólo cuando su texto así lo disponga requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en casa País Miembro. Estos preceptos concuerdan con el artículo 5 del Tratado que obligan a los Países Miembros adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo, por lo que estos países, conforme a esta disposición, se comprometen a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación y, en consecuencia, cualquier incumplimiento de esta previsión puede ser demandado ante el Tribunal del Acuerdo en aplicación de lo establecido en la Sección Primera del Capítulo III, artículos 17 al 22 del Tratado...”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Proceso No. 1-IP-87. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo I.

“...La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los países miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

El profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Presidente del Tribunal de las Comunidades Europeas, define la aplicabilidad directa de la norma comunitaria “como la capacidad de la misma para producir efectos jurídicos en un País Miembro sin que se requiera ningún complemento normativo de derecho interno”.

Para el derecho europeo, dice, Muñoz Machado, una regla o norma “goza de aplicabilidad directa cuando no precise que los Estados Miembros dicten normas de incorporación, transposición o desarrollo para darle efectividad dentro de su territorio”

El profesor Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, define el principio manifestando que “La aplicabilidad inmediata significa que la norma comunitaria adquiere, automáticamente, de por sí, estatuto de derecho positivo en el orden interno de los Estados a que va dirigida. Ello supone que la norma comunitaria se integra de pleno derecho en ese orden interno, sin necesidad de ninguna fórmula de introducción o de recepción, que se impone en cuanto tal derecho comunitario y que genera en todo juez nacional la obligación de aplicarla”

El mismo Tratadista al referirse al principio de aplicabilidad directa del derecho comunitario ha dicho: “El derecho comunitario, por consiguiente, además de ser un ordenamiento jurídico autónomo, con su propio sistema de producción normativa, posee una fuerza específica de penetración en el orden jurídico interno de los Estados Miembros nacida de su propia naturaleza, que se manifiesta en su aplicabilidad inmediata y, fundamentalmente, en su efecto directo y su primacía”

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocido a partir de la sentencia Van & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa “significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esa manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario”

Este principio ha sido recogido también por los Presidentes Andinos al reiterar “la aplicación directa de las Decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, según se establece en el artículo 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, e instruir a las autoridades nacionales para que las apliquen sin restricciones y promuevan su difusión (Consejo Presidencial Andino. Acta de Caracas, mayo 18 de 1991)”

En conclusión, las resoluciones de la Junta de acuerdo a las normas comunitarias, a la doctrina y Jurisprudencia de este Tribunal, al pasar a formar parte del ordenamiento jurídico andino, son de efecto y aplicación directa en todos los Países Miembros desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, lo que significa que son de obligatorio e inmediato cumplimiento por los Países Miembros, los órganos del Acuerdo y los particulares...”<sup>13</sup>

Los subrayados son míos.

Finalmente, en este punto, importante es indicar cuáles son los actos normativos que se deben de verificar en el Ecuador, para que un Tratado y/o Convenio (con la excepción de las Decisiones de la CAN): Dictamen del Tribunal Constitucional<sup>14</sup>, Aprobación por parte del Congreso

---

<sup>13</sup> Proceso No. 30-AI-96. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Tomo VI.

<sup>14</sup> Artículo 162 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

Nacional<sup>15</sup> y finalmente la Ratificación del Presidente Constitucional de la República<sup>16</sup>

### III.- REMUNERACIÓN POR COPIA PRIVADA

Quizás la mejor forma de comenzar entendiendo en qué consiste la Remuneración por Copia Privada es acudiendo al concepto que establece el artículo 108 de la Ley de Propiedad Intelectual Ecuatoriana que textualmente dice:

*“... se entenderá por copia privada la copia doméstica de fonogramas o videogramas, o la reproducción reprográfica en un solo ejemplar realizada por el adquiriente original de un fonograma o videograma u obra literaria de circulación lícita, destinada exclusivamente para uso no lucrativo de la persona natural que la realiza. Dicha copia no podrá ser empleada en modo alguno contrario a los usos honrados. La copia privada realizada sobre soporte o con equipos reproductores que no hayan pagado la remuneración compensatoria constituye una violación del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos correspondientes...”*

Entonces, la copia privada no es sino la copia que alguien realiza para un uso personal o doméstico, podría alguien por ejemplo comprar un CD legalmente, esto es, en una casa musical que respete el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, pagar el CD, llevarlo a su casa y hacer una copia para escuchar ese mismo CD en su auto. La reproducción que se a hecho de ese CD es una reproducción para un uso doméstico y privado; pero el hecho de que sea para un uso doméstico y privada no quiere decir que llegado un momento no se esté afectando el derecho patrimonial de reproducción del autor de esa obra musical en este caso, y, por lo tanto, al haberse afectado de alguna forma, al autor de la obra musical pues es injusto que él no gane una regalía por esa copia privada que se ha realizado.

Entonces, a que quiero llegar, a que estamos hablando, en buen romance, de una especie de **licencia no voluntaria (que puede ser legal u**

---

<sup>15</sup> Numeral 7 del artículo 130 de a Constitución Política de la República del Ecuador

<sup>16</sup> Numeral 12 del artículo 171 de a Constitución Política de la República del Ecuador

**obligatoria. Legal, cuando la ley la otorga en forma directa y obligatoria cuando por ley se establece la posibilidad de que el Estado la otorgue por cuerda separada**). Así es, licencia no voluntaria porque no es que el autor de la obra o el titular de los derechos patrimoniales de la obra nos ha autorizado a realizar una copia privada no, lo que sucede, es que el avance de la tecnología ha sido tal que el legislador nacional, andino e internacional ha previsto la necesidad de que se pueda otorgar una especie de licencia no obligatoria a quien reproduce privadamente una obra. Pero, la carga del pago de esa remuneración por copia privada, no es de quien ejecuta el acto (reproducción), sino que el obligado es el importador o comercializador de los soportes o de los equipos que permitan la Copia Privada.

Por otro lado, creo pertinente indicar, que debería analizarse cuáles son las características de esta Institución y me permito indicar las siguientes:

**1.- No es un impuesto.-** Es fundamental indicar que la Remuneración por Copia Privada no implica una carga tributaria. Tanto no implica una carga tributaria, que no está sujeta al control del Servicio de Rentas Internas que es el órgano administrador de los tributos en el Ecuador, lo que quiere es establecerse el pago de una **compensación por un uso no autorizado por parte del autor de una obra**. Podríamos asimilar, en todo caso, a la Remuneración por Copia Privada al pago de una regalía y, bajo ningún motivo, a un impuesto. Insisto, quiero dejar claramente establecido que el pago por Remuneración por Copia Privada **no es en absoluto un tributo**.

**2.- ¿Quién es el obligado al pago?.-** Como hemos indicado, no es y puede sonar de alguna forma rara, quien reproduce el ejemplar de la obra quien está obligado al pago de esta compensación. Quienes están obligados, son los importadores o los comercializadores de los equipos y/o soportes.

En efecto el texto del artículo 107 nos permite aclarar el tema.

*“... la persona natural o jurídica que ofrezca al público soportes susceptibles de incorporar una fijación sonora o*

*audiovisual, o de equipos reproductores que no hayan pagado la remuneración compensatoria, no podrán poner en circulación dichos bienes y responderá solidariamente con el fabricante o importador por el pago de dicha remuneración, sin perjuicio de que el IEPI o los jueces competentes según el caso, requieran del comercio los indicados bienes hasta la solución de la remuneración correspondiente...”*

Y, por su parte, el artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual nos aclara, nuevamente como hemos indicado en párrafos anteriores, quienes son realmente los obligados al pago de la remuneración por copia privada. Su texto dice:

*“... la copia privada de obras fijadas en fonograma o videogramas, así como la reproducción reprográfica de obras literarias impresas estará sujeta a una remuneración compensatoria de conformidad con las disposiciones de este párrafo. **Esta remuneración se causará por el hecho de la distribución de soportes susceptibles de incorporar una fijación sonora o audiovisual o de equipos reproductores de fonogramas o videogramas, o de equipos para reproducción petrográfica.***

*La remuneración corresponderá por partes iguales a los autores, a los artistas, interpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas en el caso de fonogramas y videogramas y, corresponderá así mismo, por partes iguales a los autores y editores en el caso de obras literarias.*

*La remuneración por copia privada de fonogramas y videogramas será recaudada por una entidad recaudadora única y común de autores, interpretes y productores de fonogramas y videogramas, cuyo objeto social será exclusivamente la recaudación colectiva de la remuneración compensatoria por copia privada. Igualmente la recaudación de los derechos compensatorios por reproducción reprográfica corresponderá a una entidad recaudadora única y común de autores y editores.*

*Estas entidades de gestión serán autorizadas por el IEPI y observarán las disposiciones de esta ley...*

Sobre esto Antequera nos indica:

*“... El Sistema más común consiste en aplicar esa remuneración en función de los equipos, aparatos, materiales y soportes idóneos para realizar la reproducción, de modo que no es pagada directamente por el público, sino por los fabricantes o importadores de esos equipos o materiales y, en algunos textos, también por los operadores de equipos que prestan el servicio de fotocopiado al público...”<sup>17</sup>*

**3.- Quien la cobra.-** De conformidad con lo establecido en el artículo 105 de la Ley de Propiedad Intelectual será una entidad recaudadora única, en el caso del Ecuador ENRUCOPI.

La parte pertinente de este artículo dice:

*“...La remuneración compensatoria por copia privada de fonogramas y videogramas será recaudada por una entidad recaudadora única y común de autores,, intérpretes y productores de fonogramas y videogramas, cuyo objeto social será exclusivamente la recaudación colectiva de la remuneración compensatoria por copia privada. Igualmente, la recaudación de los derechos compensatorios por reproducción reprográfica corresponderá a una entidad recaudadora única y común de autores y editores.*

Estas entidades de gestión serán autorizadas por el IEPI y observarán las disposiciones de esta Ley...

Antequera comenta:

---

<sup>17</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo; Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, página 194.

“...La tendencia más generalizada consiste también en confiar la recaudación y distribución de esa remuneración a las entidades de gestión colectiva constituidas para tal fin...”<sup>18</sup>

**4.- Fijación porcentual.**- Por otro lado, importante es indicar y quizás esta característica es la fundamental para el trabajo que estamos realizando, que la determinación de cuanto se deberá de pagar por Remuneración por Copia Privada **debe ser porcentual**, esto es, se debe de indicar porcentualmente cuál es el valor que debe de pagar quien importe CDs o quien importe copiadoras; y, no es que se puede determinar un valor fijo como equivocadamente lo hizo el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, al fijar valores fijos y no porcentajes para los equipos o implementos que están sujetos al pago de la Remuneración por Copia Privada.

Respecto de este punto me permito transcribir el artículo 106 de la Ley ecuatoriana que dice:

*“... la remuneración compensatoria prevista en el artículo anterior será pagada por el fabricante o importador en el momento de la puesta en el mercado nacional de:*

*a) La cintas u otros soportes materiales susceptibles de incorporar una fijación sonora o individual; y, de los equipos reproductores.*

*La cuantía porcentual de la remuneración compensatoria por copia privada deberá ser calculada sobre el precio de los soportes o equipos reproductores, la misma que será fijada y establecida por el Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual...”*

**5.- Reproductor legitimado.**- Esta característica también es muy importante por cuanto debe quedar claramente establecido que, única y

---

<sup>18</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo; Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, página 194.

exclusivamente el adquirente de una obra original, es el único que tiene derecho a reproducir la obra para su uso personal. Esto es, si el día de mañana le pido a un amigo que me preste un CD de una canción y, así el CD de él haya sido adquirido en forma completamente legal, eso no me da derecho a mí a reproducir dicho CD así sea para uso privado sino, exclusivamente a él.

**5.- Uso no comercial.-** Como consecuencia del uso personal de la Copia Privada, otra característica de esta institución es la que no se puede hacer reproducciones en serie menos para ser comercializadas. Por lo tanto si el reproductor realiza más de una copia y, de paso, la comercializa estará cometiendo un delito.

**6.- No es una legalización de la piratería.-** Tampoco puede entenderse esta institución como una legalización o legitimación de la piratería. Porque, piratería será reproducir en forma tal una obra que no consista en una para un uso personal.

Antequera reflexiona de la siguiente manera:

“...En cualquier caso, dicha remuneración no se dirige a legitimar la “piratería” (reproducción o distribución al público de copias ilícitamente reproducidas), sino a compensar al titular del derecho de reproducción por aquellas duplicaciones reprográficas para uso personal expresamente permitidas como excepción al derecho exclusivo del autor de autorizarlas o no, de manera que la reprografía con fines comerciales de obras protegidas o su distribución al público tipifica delito...”<sup>19</sup>

#### IV.- RESOLUCIÓN CD-IEPI-03-133 DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO ECUATORIANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Una vez que hemos ya ubicado claramente los textos legales normativos que hacen referencia a la institución denominada Remuneración por Copia Privada, vamos a conocer la Resolución del Consejo Directivo del Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual que fue en mi criterio, objeto de una indebida demanda de inconstitucionalidad. Importante es

---

<sup>19</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo; Manual para la Enseñanza Virtual del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, página 194.

indicar, que la demanda en la forma como fue presentada fue realmente diminuta y equivocada, ya que lo correcto era no tanto iniciar una demanda de inconstitucionalidad, sino un recurso administrativo de nulidad u objetivo porque, como lo analizaremos luego, la Resolución del Consejo Directivo no tiene visos de inconstitucionalidad pero sí de ilegalidad.

El Consejo Directivo, amparado en lo previsto en la Ley Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, resuelve expedir la Resolución de la referencia a efectos de determinar las tarifas que se deben de cancelar por concepto de Remuneración por Copia Privada. El error de esta Resolución, es de orden legal, en lo absoluto de naturaleza constitucional, porque lo único que sí hizo de mal esta Resolución es violar lo establecido en el artículo 106 de la Ley de Propiedad Intelectual que indica que la forma en cómo se debe fijar esta remuneración compensatoria es porcentualmente sobre el valor del objeto. Esto es, lo que debió haber hecho en su oportunidad el Consejo Directivo del IEPI es determinar los porcentajes no tarifas fijas que se iban aplicar para el pago de esta remuneración.

Si revisamos el artículo 1 por ejemplo de la Resolución veremos que se establece el ítem del soporte, la característica del soporte y luego la remuneración, pero se determina una tarifa fija para calcular la remuneración a pagar. Como ustedes podrán entender, esta Resolución en la forma como ha sido expedida es a todas luces ilegal, porque mal puede por ejemplo el Consejo Directivo del IEPI fijar como remuneración por ejemplo para un casete de audio de 90 minutos una remuneración de 0,32 centavos de dólar; o por ejemplo, para una cinta de video de 120 minutos de duración 0,52 centavos de dólar; o, para un equipo de grabación fonográfica 1,5 dólares por equipo; y finalmente por ejemplo, para un equipo de grabación videográfica 12,02 centavos de dólar por equipo. Insisto, lo que se debió hacer fue fijar porcentajes.

La parte pertinente de esta Resolución dice:

*"...Art. 1.- Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes analógicos de grabación fonográficos, los siguientes valores:*

<i>Aplicación de tarifas a los soportes analógicos</i>
--

<i>Soporte</i>	<i>Duración</i>	<i>Remuneración</i>
<i>Cassette de audio</i>	<i>45 minutos o menos</i>	<i>0,15USD</i>
	<i>60 minutos</i>	<i>0.24USD</i>
	<i>90 minutos o más</i>	<i>0.32USD</i>

**Art. 2.-** Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes analógicos de grabación audiovisual, los siguientes valores:

<i>Aplicación de tarifas a los soportes analógicos</i>		
<i>Soporte</i>	<i>Duración</i>	<i>Remuneración</i>
<i>Cinta de video</i>	<i>60 minutos o menos</i>	<i>0,40USD</i>
	<i>120 minutos</i>	<i>0.52USD</i>
	<i>180 minutos o más</i>	<i>0.70USD</i>

**Art. 3.-** Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes digitales de dedicación exclusiva fonográfica, los siguientes valores:

<i>Remuneración fonográfica digital</i>	
<i>Equipo de grabación fonográfica</i>	<i>1,5 USD por equipo</i>
<i>Soporte de grabación</i>	<i>0,45 USD por hora</i>

**Art. 4.-** Fijar como remuneración compensatoria para los sistemas de grabación y soportes digitales de dedicación exclusiva de audiovisuales, los siguientes valores:

<i>Remuneración videográfica digital</i>	
<i>Equipo de grabación videográfica</i>	<i>12,02 USD por equipo</i>
<i>Soporte de grabación</i>	<i>1,20 USD por hora</i>

...”

El haber determinado de esta forma la Remuneración por Copia Privada, es un acto ilegal, porque lo que establece la Ley Ecuatoriana de

Propiedad Intelectual es un porcentaje respecto del valor. Esto es, si la Resolución lo que hubiera determinado es un porcentaje por ejemplo el 0,02% del valor del soporte o del equipo, esa sí es una forma adecuada de determinar.

Como podrán ustedes apreciar, insisto, de la lectura de estos artículos, queda claramente evidenciado que fue un error la forma en cómo ha sido determinada esta compensación. Pero, eso no quiere decir, que ese error involucra una causal de inconstitucionalidad, para que se crea que se tenga derecho a dejarlo sin efecto por esta vía. No, lo correcto era, iniciar un recurso en el Tribunal Contencioso Administrativo en forma tal que, luego del proceso de rigor, se determine que el acto administrativo que contiene la resolución que establece éstas tarifas es ilegal.

#### **V.- RESPECTO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD:**

El doctor Jaime Aníbal Álava Ricaurte presenta en el Tribunal Constitucional de la República del Ecuador una demanda tendiente a obtener dos cosas: por un lado la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos que hacen referencia a la Remuneración por Copia Privada en la Ley Ecuatoriana; esto es, de los artículos 105 al 108 y, por otro lado, la Resolución del Consejo Directivo que estableció las tarifas. En tal virtud, consideré importante analizar los equivocados criterios que tuvo el doctor Álava Ricaurte para iniciar esta demanda de inconstitucionalidad.

Los equivocados criterios son los que constan detallados a continuación:

**1.- Confusión entre licencia no voluntaria y trabajo.-** Dice el demandante que el establecer por vía de ley una Remuneración por Copia Privada es un acto inconstitucional porque afecta normas constitucionales que tienen que ver con el honorario por remuneración por un servicio. Equivocadamente, el demandante, quiere hacer aparecer al pago de la Remuneración por Copia Privada como una especie de contraprestación que se cancela por un servicio prestado y eso no es correcto, porque la Remuneración por Copia Privada es una compensación por

una licencia no obligatoria en materia de Derecho de Autor. ¿A qué quiero llegar? A que la Remuneración por Copia Privada no significa que se está cancelando valor alguno por un servicio contratado y menos no contratado. No, la remuneración compensatoria, lo que establece, es un derecho de un titular de un Derecho de Autor en forma tal que si el día de mañana se violan sus derechos intelectuales porque se reproduce una obra que es de su autoría, pues no se vea afectado su patrimonio, en forma tal que se le cancele a él una regalía por ese derecho que podría ser potencialmente vulnerado.

Si el día de mañana compro yo un CD original y hago una copia de ese CD para tener la copia en el equipo de sonido de mi carro ahí no se genera la obligación de cancelar la Remuneración por Copia Privada como equivocadamente lo considera el demandante, porque el demandante piensa que el sujeto obligado al pago de esta remuneración debe ser quien procede a copiar el disco y no porque, de conformidad con lo establecido en los artículos 105 y 106 de la Ley de Propiedad Intelectual, el sujeto obligado a este pago es el importador y/o el comercializador de cualquiera de uno de los soportes digitales que se puedan utilizar y que sirvan para fijar sonidos o imágenes; así como, respecto de los equipos de reproducción.

**2.- Derecho de Copia:** Equivocadamente cree el demandante que lo que se está haciendo en este caso es proceder al pago por un servicio no contratado, lo cual no es correcto. Porque, no es que yo estoy contratando a alguien para que ejecute un acto no, lo que estoy haciendo es copiar una obra para mi uso privado y es importante indicar algo, que únicamente quien tiene derecho a copiar una obra para uso privado es quien legalmente adquirió el soporte original. Y, en efecto, esto es importante, porque mal podría entenderse que el día de mañana yo le preste un libro a un amigo o le preste un CD a otro amigo y que quien reciba en préstamo mi CD o mi libro proceda y realice él una copia para su uso privado. No, en ese caso, lo que está haciendo el reproductor de la obra o lo que está cometiendo el reproductor de la obra es realmente un delito, porque el único que tiene permiso para proceder a realizar una copia para uso privado o doméstico es quien en su oportunidad adquirió el soporte original.

**3.- Confusión societaria respecto de la naturaleza jurídica de las Sociedades de Gestión Colectiva:** Por otra parte, el demandante tiene una seria confusión respecto de la naturaleza jurídica de las Sociedades de Gestión Colectiva, al intentar asimilarlas a las Compañías en Nombre Colectivo que establece la Ley de Compañías en su artículo 2.

Las Sociedades de Gestión Colectiva no son, en lo absoluto una variedad de las Compañías en Nombre Colectivo y, por lo tanto, las Sociedades de Gestión Colectiva no pueden estar al amparo o control de la Superintendencia de Compañías.

Lamentablemente, quien ha presentado esta demanda confunde realmente cual es la naturaleza jurídica, insisto, de estos dos tipos de personas jurídicas cuales son: las Compañías de Nombre Colectivo; y, por otro lado, las Sociedades de Gestión Colectiva.

**4.- Reproducciones para comercialización:** Por otro lado, el demandante en el acápite 5 del Capítulo 2 de su demanda equivocadamente hace creer al Tribunal Constitucional que quien realiza una copia privada es quien reproduce una obra para luego comercializarla y obtener réditos económicos no, porque la copia privada, es una copia única que la realiza solamente el dueño del soporte original para su uso personal, si el día de mañana alguien adquiere un soporte original y comienza a reproducir la obra, a comercializarla y por eso tiene réditos económicos, eso no es copia privada, eso sencillamente es una violación de derechos patrimoniales del autor de una obra o su titular derivado, porque en este específico caso ya se está violentando el Derecho de Autor para fines comerciales; y, como queda dicho anteriormente, cuando uno realiza una copia privada para su uso personal no aspira a obtener, de ninguna manera, un rédito de tipo económico, menos iniciar una actividad comercial.

**5.- No hay prisión por deuda:** Por otra parte, indica el demandante, que de conformidad con la Constitución Política de la República del Ecuador, no existe prisión por deuda y mal podría haberse indicado que quien no proceda a cancelar la Remuneración por Copia Privada estaría sujeto a una sanción penal de tal naturaleza.

Respecto a este punto, importante es indicar, que no existe prisión en lo absoluto para quien no pague la Remuneración por Copia Privada, equivocadamente el demandante hace referencia al artículo 325 de la Ley de Propiedad Intelectual pero, en ninguno de los literales o del texto de esa norma, se establece una sanción de tipo penal, privativa de la libertad, para quien no haya cancelado esta remuneración. No, el tipo penal que sí se establece en esta norma, es el de sancionar a quienes permitan introducir aparatos que faciliten descifrar o decodificar señales codificadas, aquí no se sanciona a quien importó un CD o una grabadora y no pagó la Remuneración por Copia Privada no, aquí se sanciona a quien introdujo equipos que permitan burlar codificaciones. El texto pertinente del artículo 325 de la Ley de Propiedad Intelectual indica:

*“... serán reprimidos con prisión de un mes a dos años y multa de 657 dólares de los Estados Unidos de América a 6.572 dólares de los Estados Unidos de América, tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los Derechos de Autor o Derechos Conexos: d) introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros aparatos u otros medios destinados a descifrar o decodificar las señales codificadas o de cualquier otra manera burlar o quebrantar los medios técnicos de protección aplicados por el titular del Derecho ...”*

Como ustedes podrán apreciar no existe sanción de ninguna naturaleza de tipo penal, insisto con privación de la libertad, respecto de las personas que no honren este pago. Esto no es sino otra más de las equivocaciones del demandante en esta demanda.