

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

RESOLUCIÓN No. -2021-017-R

TUTELAS ADMINISTRATIVAS No. 015-2020-DNDAyDC
y 016-2020-DNDAyDC

SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES -SENADI-. Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.- Quito D.M., 21 de junio de 2021, a las 08H30.

a) Agréguese al expediente los escritos presentados de manera física el 20 de abril de 2021, a los cuales se acompañan dos escritos presentados por

enviados a las direcciones , con fecha 19 del mismo mes y año: a) Escrito de legitimación de la intervención en la audiencia de la (Fojas 1005 a 1006; y, b) Escrito de alegatos finales (Fojas 1007 a 1016).

b) Agréguese al expediente el escrito de alegatos finales enviado por la Sociedad de Gestión Colectiva : a las direcciones electrónicas con fecha 02 de junio de 2021 (Fojas 1017 a 1021)

c) Se avoca conocimiento del presente procedimiento administrativo por parte del Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.

*** ANTECEDENTES DEL TRÁMITE 015-2020-DNDAyDC:**

1. El 11 de septiembre de 2020, la Sociedad de Gestión Colectiva presentó acción de Tutela Administrativa en contra de , representada legalmente por su Gerente General, el señor alegando en lo principal que:

- a) _____, conforme su Estatuto, está constituida como organismo de radiodifusión y cuenta con el canal 2, en la que opera la estación de televisión de señal abierta denominada _____. con alcance regional (Costa).
- b) La accionada, a través de su canal de televisión, comunica públicamente bajo la modalidad de transmisión contenido audiovisual que incluye grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales, cuyos derechos son gestionados por la hoy accionante.
- c) Adicional a su canal de televisión, la accionada cuenta con el portal web _____ mediante el cual se realizan actos de puesta a disposición al público de su contenido audiovisual, entre los cuales se incluye grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales como los programas (novelas y series) _____ entre otros.
- d) Dentro del tarifario aprobado a favor de la accionante, consta la “Tarifa por actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales realizados por operadores de televisión (difusión por ondas terrestres, radiodifusión televisiva vía satélite, televisión sobre IP y cable) que incorporen interpretaciones fijadas”, que corresponde al derecho de remuneración de los artistas intérpretes audiovisuales por actos de comunicación pública de sus interpretaciones, consagrado en el _____. Dentro de esta tarifa se encuentra la tarifa para los operadores de televisión abierta (monocanal), cuya fórmula se ha explicado en el escrito analizado.
- e) Para el cálculo de la tarifa correspondiente es necesario contar con la parrilla de programación de los operadores, a fin de identificar los contenidos que incluyen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales, cuya gestión realiza la accionante.
- f) La accionante ha buscado una serie de acercamientos con la accionada a fin de regularizar la situación y acordar el pago de las tarifas aprobadas de la accionante; de manera informal y formal se solicitó información de parrillas digitales de aproximadamente dos semanas para aplicar de manera objetiva la fórmula correspondiente, respecto de lo cual, la accionada respondió encontrarse impedida de entregar dicha información con base en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Comunicación.
- g) El 29 de junio de 2020, se envió a la accionada una carta con el cálculo de los valores que debía pagar de acuerdo a las tarifas aprobadas, relativas al período comprendido entre el 10 de diciembre de 2016 a 31 de diciembre de 2018, sin obtener respuesta; un nuevo requerimiento de pago fue enviado el 06 de julio de 2020, el cual tampoco fue atendido.
- h) Para constatar las infracciones cometidas por la accionada a través del canal de televisión de señal abierta 2, el 4 de septiembre de 2020, se realizó una diligencia notarial de constatación en Guayaquil así como una materialización del portal web _____ mediante el cual se pone a disposición del público las grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales, cuyos derechos son gestionados por _____

- i) La presente tutela se sustenta en la falta de pago del derecho de remuneración equitativa que les asiste a los artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública y por la puesta a disposición de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Mismos que son de gestión obligatoria.
- j) Por mandato legal, la accionante tiene la obligación de gestionar los derechos –de carácter irrenunciable- de remuneración equitativa por los actos de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales de los artistas intérpretes audiovisuales –tanto nacionales como extranjeros- y que sean explotadas en el territorio ecuatoriano.
- k) La accionada, al no cumplir con el pago de la remuneración equitativa por los actos de comunicación pública y puesta a disposición que realiza a través de su canal de televisión de señal abierta y su portal web de una serie de grabaciones audiovisuales que incorporan interpretaciones y fijaciones de artistas intérpretes audiovisuales, infringe los derechos patrimoniales consagrados en el artículo 225 del COESCCI.
- l) La accionada tenía la obligación de remitir a la accionante los catálogos y parrilla de programación, que incluya los materiales y contenidos que han comunicado y comunican públicamente desde el momento en que esta obligación era exigible, esto es, desde la entrada en vigor del COESCCI, por lo que debió remitir la información de su programación desde el año 2016 hasta la presente fecha, lo que ha incumplido, infringiendo el artículo 257 del COESCCI, imposibilitando a la accionante a aplicar de forma precisa sus tarifas respectivas.
- m) Dado que la accionada no entregó la información requerida para el cálculo de la tarifa se ha aplicado un sistema de reducción de los ingresos de explotación del operador del 40% conforme el numeral 2.1.2 del libro II de las tarifas de UNIARTE, en caso de ausencia de datos de medición, siendo la cifra resultante sobre la que se aplicará el tipo tarifario establecido por UNIARTE.
- n) La accionante ha utilizado información obtenida de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, relativo a los ingresos generados por la compañía accionada en los años 2016 a 2019, llegando a un monto total de \$515.338.130.

En unidad de acto presentó: a) Documentos habilitantes del compareciente; b) Estatutos y documentos relativos a la autorización, tarifas y funcionamiento de la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE; c) Estatutos de la parte accionada, hoja de datos de la compañía, resolución del entonces Consejo Nacional de Telecomunicaciones – CONATEL; d) Diversas comunicaciones enviadas a través de correo electrónico de parte de UNIARTE a (15 de julio de 2019, 19 de junio de 2020, 7 de julio de 2020); de parte del SENADI a (23 de octubre de 2019; e) Acta de diligencia notarial de constancia de las infracciones alegadas en contra del accionado y materialización de su página web, en la cual se refleja su parrilla de programación hasta el 10 de septiembre de 2020, así como

evidencias de la puesta a disposición de los capítulos del programa

f) Materialización del portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Balance de la compañía accionada, correspondiente a los años 2016 a 2019; g) Anexo de cálculo de tarifas aplicables a la accionada.

Respecto a las medidas cautelares que podrían ejecutarse, la accionante se abstuvo de solicitarlas, *“esperando que la parte accionada una vez notificada con la presente tutela, pueda regularizar inmediatamente su accionar y pagar los derechos pendientes a UNIARTE..., a fin de realizar una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que cumpla con los preceptos legales y satisfagan los derechos de los artistas intérpretes audiovisuales.”*

Adicionalmente, solicitó: i. Requerimiento de información a la accionada: *“...remita la información de catálogos, parrilla de programación, registros y planillas de las obras y fijaciones audiovisuales que contengan interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales correspondientes a los años 2016,2017,2018,2019 y 2020”.*

Las **pretensiones** formuladas por la accionante son: i. Se determine la existencia de infracciones a los artículos 225 y 257 del COESCCI; ii. Se ordene el cese de los actos que constituyen las infracciones; iii. Se imponga, a la accionada, la máxima sanción económica por las infracciones a derechos de propiedad intelectual; iv. Conforme el artículo 571 del COESCCI, dado que la accionada presta un servicio debidamente autorizado por el Estado a través de la concesión de frecuencias, se establezca el monto de compensación económica por los actos de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales realizado durante los años 2016 a 2020, aplicando las tarifas de UNIARTE. (Fojas 1 a 11 y anexos fojas 12 a 291).

2. Mediante providencia de 22 de septiembre de 2020, notificada el 23 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, entre varios actos: a) Admitió a trámite la acción de tutela administrativa; b) Dispuso, atendiendo a lo solicitado por el accionante, que, por Secretaría, se reproduzcan dentro del expediente *“las tarifas que se encuentran aprobados por la Dirección Nacional de Derechos Intelectuales a través de las resoluciones No. IEPI-DNDA-GSOG-2018-002-AT y No. SENADI-DNDA-GSOOG-2019-002-R que aprobaron las tarifas que podía recaudar la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE”*; c) Dispuso a la parte accionada que atienda al requerimiento de información solicitado por la accionante, para lo cual le concedió el término de quince días (Foja 292 a 292 vta.).

3. El 06 de noviembre de 2020, _____, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de _____

presentó un escrito mediante el cual declaró legitimada la intervención de la abogada , señalando: *“...quien firmó el escrito de contestación de la Tutela Administrativa referida en el presente escrito”*, asimismo, autorizó la intervención de los abogados , dentro de la causa (Foja 293).

4. Mediante providencia de 13 de noviembre de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos mencionó: *“... Toda vez que previo a conocer el contenido del escrito antedicho...con fecha 04 de noviembre de 2020, mediante Memorando Nro. SENADI-REG-2020-0010-M, dirigido a la Secretaria General de la Institución, a la Subdirectora Regional de Guayaquil y a la Subdirectora Regional de Cuenca, solicitó –considerando la fecha de notificación con la providencia de calificación de la presente tutela que “...certifiquen si desde el día 23 de septiembre de 2020 a la actualidad, se han ingresado en las oficinas del SENADI, matriz y Subdirecciones, escritos o cualquier tipo de documentos por parte de la compañía*

dentro de los trámites de tutela administrativa No. 015-2020 y 016-2020”, recibiendo en días posteriores las respuestas requeridas, en las que se concluye, de manera general, que en las ciudades de Guayaquil y Cuenca no se receiptó documento alguno dentro del presente trámite, mientras que en Quito, se receiptaron dos escritos de legitimación de intervención con fecha 06 de noviembre de 2020; asimismo, la Secretaria General, destacó que ha realizado una constatación en el correo electrónico dada la actual recepción virtual de documentos, sin encontrarse el escrito de contestación al que se hace referencia...”, con base en lo anterior, concedió el término de tres días a la parte accionada para que *“aclare y justifique documentalmente la fecha y medio por el cual presentó, así como la fe de recepción del referido escrito de contestación”* (Foja 294 a 294 vta.)

5. El 17 de noviembre de 2020, presentó un escrito mediante el cual anunció: *“...presento la siguiente documentación que evidencian irrefutablemente que el correo electrónico que contiene la contestación a la tutela administrativa... fueron debidamente enviados y por tanto presentados ante su autoridad...”*, a este efecto, presentó: a) Materialización del correo electrónico de 15 de octubre de 2020 de remitente y destinatarios varios, entre ellos y de su correspondiente documento adjunto; b) Materialización del correo electrónico enviado el 15 de octubre del remitente al correo no deseado, spam o junk mail de la dirección como rebote de los correos y Con base en lo cual, solicitó que se agregue al expediente la documentación que adjunta y que *“se tenga en consideración la oportuna contestación*

presentada... en consecuencia, se continúe con la tramitación de la presente Tutela Administrativa.” (Fojas 295 a 296 y anexos fojas 297 a 298).

6. A fojas 299 a 307 del expediente administrativa obra el escrito de contestación presentado por [redacted] a la tutela interpuesta en su contra. Entre sus principales argumentos se señala: a) Mediante el presente escrito se da cumplimiento al requerimiento de información solicitado; b) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la tutela administrativa; c) Si bien el 25 de junio de 2015 se otorgó el permiso de funcionamiento de UNIARTE, no es sino hasta el 14 de febrero de 2019 que se aprueban definitivamente las tarifas generales de UNIARTE; d) UNIARTE solo pudo ejercer plenamente su función como sociedad de gestión colectiva desde la aprobación de las tarifas, el pretender recaudar valores desde el 2016 es ilegal por el principio de irretroactividad de la ley y dado que la remuneración de los autores audiovisuales y derechos conexos de artistas, intérpretes o ejecutantes fueron retribuidos directamente por [redacted] e) Imposibilidad de cumplir con el artículo 225 del COESCCI hasta el año 2019, año de aprobación del tarifario general de UNIARTE; f) No se ha cumplido con el lineamiento estatutario de UNIARTE, no se ha dado un proceso justo [redacted], en cuanto a negociación, tarifas y cobro, no se propuso fórmula de negociación alguna como manda su Estatuto; g) [redacted]

[redacted] conforman la red permanente o la cadena [redacted] comparten el mismo repertorio de programación en las distintas áreas de operación independiente y zonal en el Ecuador; de conformidad con los convenios celebrados entre ambas compañías se demuestra la conformación de una cadena televisiva entre ellas, *“en consecuencia y por efecto de lo que disponía el artículo 119 de la Ley Orgánica de Comunicación que fue reformado en el año 2019, las matrices podían enlazarse para transmitir el mismo contenido entre 2 y 4 horas diarias sin autorización; y con autorización otorgada por el Organismo de Control y Regulación de las Telecomunicaciones (que también lo tiene la cadena [redacted] oficina No. [redacted]*

de 8 de junio de 2016 en la franja horaria “A” y “B” puede haber un total de hasta 7 horas diarias y en franja “C” hasta 8 horas más. De hecho, bajo el CONVENIO MACRO DE ALIANZA Y COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL, ESTRATÉGICA DE ASOCIACIÓN ECONÓMICO – COMERCIAL, que vencería en el año 2022, las compañías aportan económicamente el pago de licenciamiento del contenido y así radiodifundirlo unísonamente...”; h) El cálculo de UNIARTE es absurdo, porque los derechos ya fueron pagados (*non bis in ídem*) y porque el cálculo no puede hacerse de manera retroactiva; i) [redacted] ha cumplido con su obligación de remuneración justa y equitativa a los intérpretes, artistas y ejecutantes, *derivados estas obligaciones de contratos individuales, así como de licencias adquiridas a distintos productores...”;* j) *“UNIARTE pretende beneficiarse de pagos correspondientes a los años 2017, 2018 e inicio del 2019, años en los que, por hechos ajenos a [redacted], imputables a UNIARTE y a la autoridad, no se aprobaron las tarifas y era imposible*

realizar su gestión. Además, pretende beneficiarse de pagos realizados durante el año 2016, año que NO EXISTÍA LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR PAGOS A TRAVÉS DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN...”; k) Al estar regulada por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, por materia, la ley aplicable es la Ley de Comunicación (artículo 91), “sin embargo, se debe entender a estos dos artículos antes mencionados como una unidad; dado que tanto la Ley de Comunicación y el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, Creatividad e Innovación, prescriben lo mismo, la obligatoriedad de mantener respaldos de la programación, ante esto, la ley aplicable (Ley de Comunicación”, prescribe un límite de tiempo a esta conservación de la programación. Es por ello que, sí, en efecto, existe la obligatoriedad de conservar la programación, y, el tiempo para conservarlo es de hasta 180 días, como prescriben las dos normas antes citadas.”; l) Si bien se compone de dos compañías, aquellas comparten sus socios accionistas, difunden la misma programación y comparten el mismo repertorio de programación en sus diferentes áreas de operación independiente y áreas de operación zonal, “...UNIARTE incurre y por tanto intenta arrastrar a la autoridad a un despropósito técnico jurídico, al ansiar cobrar dos ocasiones por los derechos que gestiona sobre una única radiodifusión...la transmisión de contenidos dramáticos y otros, se realiza en cadena, o desde una sola matriz, no percibe regalías por la comunicación pública de sus contenidos propios por duplicado”; m) “...por concepto comunicación pública, recibió por el año 2019 la cantidad de USD 13.129,55; cantidad que demuestra lo inequitativo de la pretensión de la accionante en este procedimiento”; n) “...UNIARTE se refiere a la programación de sin embargo, las tutelas las presenta en contra de cada compañía, todo lo cual demuestra el ambicioso y poco sano interés económico de UNIARTE de perjudicar a solicito que se valore el abuso del derecho en el presente caso, ya que es evidente que es, la misma acción contra una sola entidad, cadena y emisión”, artículo 553 del COESCCI y artículo 9 numeral 17 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; o) Indicios de enriquecimiento ilícito por parte de UNIARTE al pretender recaudar valores que ya fueron pagados; p) Los valores pretendidos por UNIARTE fueron calculados con base en cifras obtenidas en el portal web de la Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores, “cifras macro que reflejan el ejercicio económico general de la compañías, más no los valores específicos correspondientes a la comunicación pública de programas que constan en el catálogo de UNIARTE, siendo así una cifra irreal, pues obtiene ingresos de otras actividades comunicacionales como noticieros, matinales, de la señal internacional, circos...”; q) UNIARTE no ha especificado las obras contenidas en su catálogo que han sido transmitidas por

Las **pretensiones** formuladas por el accionado son: a) “...dado que hay identidad de personas, de objetos y derechos controvertidos de propiedad intelectual, a este proceso de tutela administrativa debe acumularse la tutela administrativa No. 0016...”. b) se rechaza la presente tutela.

Adicionalmente, solicitó se convoque a audiencia, se abra el término para presentar las pruebas que anunció: - Convenio macro de alianza y cooperación interinstitucional estratégica de asociación comercial entre _____ y _____

7. Mediante providencia de 16 de diciembre de 2020, notificada el 17 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, entre varios actos: a) *“...declara que la contestación formulada por _____, será considerada como presentada el día 15 de octubre de 2020... es decir dentro del término concedido mediante providencia emitida con fecha 22 de septiembre de 2020...”*, con lo cual esta autoridad pese a los incidentes acaecidos a los abogados de la accionada, respecto del envío y entrega digital de la contestación, decidió aceptar dentro de término su presentación, a efecto de salvaguardar el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes accionadas ; b) *“La parte accionada...se ha referido que, entre otras cosas, existe “identidad de personas”, argumento refutado por esta autoridad toda vez que de la verificación de la parte accionada de los trámites No. 015-2020 DNDAyDC y 016-2020 DNDAyDC, se desprende que se trata de dos personas jurídicas distintas, tal es así que sus representantes legales son dos personas diferentes; sin perjuicio de lo cual, esta autoridad indica que, con base en lo previsto en el artículo 143 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), es posible realizar la acumulación de autos entre los trámites 015-2020 DNDAyDC y 016-2020 DNDAyDC, motivo por el cual, se dispone que por secretaría se sienta razón de lo expuesto y se unifiquen los expedientes correspondientes a los trámites antedichos”*; c) Dispuso la apertura del término de prueba por quince días contados a partir de la notificación de esta providencia (Foja 455 a 455 vta.).

*** ANTECEDENTES DEL TRÁMITE 016-2020-DNDAyDC:**

8. El 11 de septiembre de 2020, la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE presentó acción de Tutela Administrativa en contra de _____, representada legalmente por su Gerente General, el señor _____ alegando en lo principal que:

- a) _____, conforme su Estatuto, está constituida como **organismo de radiodifusión** y cuenta con el canal 8, en la que opera la estación de televisión de señal abierta denominada _____ con alcance regional (Sierra).
- b) La accionada, a través de su canal de televisión, comunica públicamente, bajo la modalidad de transmisión, contenido audiovisual que incluye grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales, cuyos derechos son gestionados por la hoy accionante.
- c) Adicional a su canal de televisión, la accionada cuenta con el portal web _____ mediante el cual se realizan actos de puesta a disposición al público de su contenido audiovisual, entre los cuales se incluye grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales como los programas (novelas y series) _____, entre otros.
- d) Dentro del tarifario aprobado a favor de la accionante, consta la “Tarifa por actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales realizados por operadores de televisión (difusión por ondas terrestres, radiodifusión televisiva vía satélite, televisión sobre IP y cable) que incorporen interpretaciones fijadas”, que corresponde al derecho de remuneración de los artistas intérpretes audiovisuales por actos de comunicación pública de sus interpretaciones, consagrado en el COESCCI. Dentro de esta tarifa se encuentra la tarifa para los operadores de televisión abierta (monocanal), cuya fórmula se ha explicado en el escrito analizado.
- e) Para el cálculo de la tarifa correspondiente es necesario contar con la parrilla de programación de los operadores, a fin de identificar los contenidos que incluyen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales, cuya gestión realiza la accionante.
- f) La accionante ha buscado una serie de acercamientos con la accionada a fin de regularizar la situación y acordar el pago de las tarifas aprobadas de la accionante; de manera informal y formal se solicitó información de parrillas digitales de aproximadamente dos semanas para aplicar de manera objetiva la fórmula correspondiente, respecto de lo cual, la accionada respondió encontrarse impedida de entregar dicha información con base en el artículo 28 de la Ley Orgánica de Comunicación.
- g) El 29 de junio de 2020, se envió a la accionada una carta con el cálculo de los valores que debía pagar de acuerdo a las tarifas aprobadas, relativas al período comprendido entre el 10 de diciembre de 2016 a 31 de diciembre de 2018, sin obtener respuesta; un nuevo requerimiento de pago fue enviado el 06 de julio de 2020, el cual tampoco fue atendido.
- h) Para constatar las infracciones cometidas por la accionada a través del canal de televisión de señal abierta 8, el 4 de septiembre de 2020, se realizó una diligencia notarial de constatación en Guayaquil así como una materialización del portal web _____ mediante el cual se pone a disposición del público las grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales, cuyos derechos son gestionados por UNIARTE.

- i) La presente tutela se sustenta en la falta de pago del derecho de remuneración equitativa que les asiste a los artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública y por la puesta a disposición de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales. Mismos que son de gestión obligatoria.
- j) Por mandato legal, la accionante tiene la obligación de gestionar los derechos –de carácter irrenunciable- de remuneración equitativa por los actos de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales de los artistas intérpretes audiovisuales –tanto nacionales como extranjeros- y que sean explotadas en el territorio ecuatoriano.
- k) La accionada, al no cumplir con el pago de la remuneración equitativa por los actos de comunicación pública y puesta a disposición que realiza a través de su canal de televisión de señal abierta y su portal web de una serie de grabaciones audiovisuales que incorporan interpretaciones y fijaciones de artistas intérpretes audiovisuales, infringe los derechos patrimoniales consagrados en el artículo 225 del COESCCI.
- l) La accionada tenía la obligación de remitir a la accionante los catálogos y parrilla de programación, que incluya los materiales y contenidos que han comunicado y comunican públicamente desde el momento en que esta obligación era exigible, esto es, desde la entrada en vigor del COESCCI, por lo que debió remitir la información de su programación desde el año 2016 hasta la presente fecha, lo que ha incumplido, infringiendo el artículo 257 del COESCCI, imposibilitando a la accionante a aplicar de forma precisa sus tarifas respectivas.
- m) Dado que la accionada no entregó la información requerida para el cálculo de la tarifa se ha aplicado un sistema de reducción de los ingresos de explotación del operador del 40% conforme el numeral 2.1.2 del libro II de las tarifas de UNIARTE, en caso de ausencia de datos de medición, siendo la cifra resultante sobre la que se aplicará el tipo tarifario establecido por UNIARTE.
- n) La accionante ha utilizado información obtenida de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, relativo a los ingresos generados por la compañía accionada en los años 2016 a 2019, llegando a un monto total de \$493.827.44.

En unidad de acto presentó: a) Documentos habilitantes del compareciente; b) Estatutos y documentos relativos a la autorización, tarifas y funcionamiento de la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE; c) Estatutos de la parte accionada, hoja de datos de la compañía, resolución de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones ARCOTEL; d) Diversas comunicaciones enviadas a través de correo electrónico de parte de UNIARTE a (15 de julio de 2019, 19 de junio de 2020, 7 de julio de 2020); de parte del SENADI a (23 de octubre de 2019; e) Acta de diligencia notarial de constancia de las infracciones alegadas en contra del accionado y materialización de su página web, en la cual se refleja su parrilla de programación hasta el 10 de septiembre de 2020, así como evidencias de a puesta a disposición de los capítulos del programa

f) Materialización del portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Balance de la compañía accionada, correspondiente a los años 2016 a 2019; g) Anexo de cálculo de tarifas aplicables a la accionada.

Respecto a las medidas cautelares que podrían ejecutarse, la accionante se abstuvo de solicitarlas, *“esperando que la parte accionada una vez notificada con la presente tutela, pueda regularizar inmediatamente su accionar y pagar los derechos pendientes a UNIARTE..., a fin de realizar una comunicación pública de grabaciones audiovisuales que cumpla con los preceptos legales y satisfagan los derechos de los artistas intérpretes audiovisuales.”*

Adicionalmente solicitó: i. Requerimiento de información a la accionada: *“...remita la información de catálogos, parrilla de programación, registros y planillas de las obras y fijaciones audiovisuales que contengan interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales correspondientes a los años 2016,2017,2018,2019 y 2020”.*

Las **pretensiones** formuladas por la accionante son: i. Se determine la existencia de infracciones a los artículos 225 y 257 del COESCCI; ii. Se ordene el cese de los actos que constituyen las infracciones; iii. Se imponga, a la accionada, la máxima sanción económica por las infracciones a derechos de propiedad intelectual; iv. Conforme el artículo 571 del COESCCI, dado que la accionada presta un servicio debidamente autorizado por el Estado a través de la concesión de frecuencias, se establezca el monto de compensación económica por los actos de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales realizado durante los años 2016 a 2020, aplicando las tarifas de UNIARTE. (Fojas 458 a 468 y anexos fojas 469 a 7846).

9. Mediante providencia de 22 de septiembre de 2020, notificada el 23 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, entre varios actos: a) Admitió a trámite la acción de tutela administrativa; b) Dispuso, atendiendo a lo solicitado por el accionante, que, por Secretaría, se reproduzcan dentro del expediente *“las tarifas que se encuentran aprobados por la Dirección Nacional de Derechos Intelectuales a través de las resoluciones No. IEPI-DNDA-GSOG-2018-002-AT y No. SENADI-DNDA-GSOOG-2019-002-R que aprobaron las tarifas que podía recaudar la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE”*; c) Dispuso a la parte accionada que atienda al requerimiento de información solicitado por la accionante, para lo cual le concedió el término de quince días (Foja 787 a 787 vta.).

10. El 06 de noviembre de 2020,
General y Representante Legal de

en su calidad de Gerente
presentó un

escrito mediante el cual declaró legitimada la intervención de la abogada ,
señalando: “...quien firmó el escrito de contestación de la Tutela Administrativa referida en el presente escrito”, asimismo, autorizó la intervención de los abogados (

11. Mediante providencia de 13 de noviembre de 2020, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos mencionó: “... Toda vez que previo a conocer el contenido del escrito antedicho...con fecha 04 de noviembre de 2020, mediante Memorando Nro. SENADI-REG-2020-0010-M, dirigido a la Secretaria General de la Institución, a la Subdirectora Regional de Guayaquil y a la Subdirectora Regional de Cuenca, solicitó –considerando la fecha de notificación con la providencia de calificación de la presente tutela que “...certifiquen si desde el día 23 de septiembre de 2020 a la actualidad, se han ingresado en las oficinas del SENADI, matriz y Subdirecciones, escritos o cualquier tipo de documentos por parte de la compañía

i dentro de los trámites de tutela administrativa No. 015-2020 y 016-2020”, recibiendo en días posteriores las respuestas requeridas, en las que se concluye, de manera general, que en las ciudades de Guayaquil y Cuenca no se receiptó documento alguno dentro del presente trámite, mientras que en Quito, se receiptaron dos escritos de legitimación de intervención con fecha 06 de noviembre de 2020; asimismo, la Secretaria General, destacó que ha realizado una constatación en el correo electrónico documentos@senadi.gob.ec, dada la actual recepción virtual de documentos, sin encontrarse el escrito de contestación al que se hace referencia...”, con base en lo anterior, concedió el término de tres días a la parte accionada para que “aclare y justifique documentalmente la fecha y medio por el cual presentó, así como la fe de recepción del referido escrito de contestación” (Foja 789 a 789 vta.).

12. El 17 de noviembre de 2020,
presentó un escrito mediante el cual anunció: “...presento la siguiente documentación que evidencian irrefutablemente que el correo electrónico que contiene la contestación a la tutela administrativa... fueron debidamente enviados y por tanto presentados ante su autoridad...”, a este efecto, presentó: a) Materialización del correo electrónico de 15 de octubre de 2020 de remitente y destinatarios varios, entre ellos

presentada... en consecuencia, se continúe con la tramitación de la presente Tutela Administrativa.” (Foja 787 a 787 vta.).

13. A fojas 794 a 1002 del expediente administrativa obra el escrito de contestación presentado por [redacted] a la tutela interpuesta en su contra. Entre sus principales argumentos se señala: a) Mediante el presente escrito se da cumplimiento al requerimiento de información solicitado; b) Negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la tutela administrativa; c) Si bien el 25 de junio de 2015 se otorgó el permiso de funcionamiento de UNIARTE, no es sino hasta el 14 de febrero de 2019 que se aprueban definitivamente las tarifas generales de UNIARTE; d) UNIARTE solo pudo ejercer plenamente su función como sociedad de gestión colectiva desde la aprobación de las tarifas, el pretender recaudar valores desde el 2016 es ilegal por el principio de irretroactividad de la ley y dado que la remuneración de los autores audiovisuales y derechos conexos de artistas, intérpretes o ejecutantes fueron retribuidos directamente por [redacted] e) Imposibilidad de cumplir con el artículo 225 del COESCCI hasta el año 2019, año de aprobación del tarifario general de UNIARTE; f) No se ha cumplido con el lineamiento estatutario de UNIARTE, no se ha dado un proceso justo a [redacted] en cuanto a negociación, tarifas y cobro, no se propuso fórmula de negociación alguna como manda su Estatuto; g)

([redacted] - Quito) conforman la red permanente o la cadena [redacted] comparten el mismo repertorio de programación en las distintas áreas de operación independiente y zonal en el Ecuador; de conformidad con los convenios celebrados entre ambas compañías se demuestra la conformación de una cadena televisiva entre ellas, *“en consecuencia y por efecto de lo que disponía el artículo 119 de la Ley Orgánica de Comunicación que fue reformado en el año 2019, las matrices podían enlazarse para transmitir el mismo contenido entre 2 y 4 horas diarias sin autorización; y con autorización otorgada por el Organismo de Control y Regulación de las Telecomunicaciones (que también lo tiene la cadena [redacted] oficina No. ARCOTEL-DE-2016-0336-OF de 8 de junio de 2016 en la franja horaria “A” y “B” puede haber enlace de hasta 7 horas diarias y en franja “C” hasta 8 horas más. De hecho, bajo el CONVENIO MACRO DE ALIANZA Y COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL, ESTRATÉGICA DE ASOCIACIÓN ECONÓMICO – COMERCIAL, que vencería en el año 2022, las compañías aportan económicamente el pago de licenciamiento del contenido y así radiodifundirlo unísonamente...”*; h) El cálculo de UNIARTE es absurdo, porque los derechos ya fueron pagados (*non bis in ídem*) y porque el cálculo no puede hacerse de manera retroactiva; i) Ecuavisa ha cumplido con su obligación de remuneración justa y equitativa a los intérpretes, artistas y ejecutantes, *derivados estas obligaciones de contratos individuales, así como de licencias adquiridas a distintos productores...”*; j) *“UNIARTE pretende beneficiarse de pagos correspondientes a los años 2017, 2018 e inicio del 2019, años en los que, por hechos ajenos a [redacted] imputables a UNIARTE y a la autoridad, no se aprobaron las tarifas y era imposible*

realizar su gestión. Además, pretende beneficiarse de pagos realizados durante el año 2016, año que NO EXISTÍA LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR PAGOS A TRAVÉS DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN...”; k) Al estar regulada por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, por materia, la ley aplicable es la Ley de Comunicación (artículo 91), “sin embargo, se debe entender a estos dos artículos antes mencionados como una unidad; dado que tanto la Ley de Comunicación y el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, Creatividad e Innovación, prescriben lo mismo, la obligatoriedad de mantener respaldos de la programación, ante esto, la ley aplicable (Ley de Comunicación”, prescribe un límite de tiempo a esta conservación de la programación. Es por ello que, sí, en efecto, existe la obligatoriedad de conservar la programación, y, el tiempo para conservarlo es de hasta 180 días, como prescriben las dos normas antes citadas.”; l) Si bien se compone de dos compañías, aquellas comparten sus socios accionistas, difunden la misma programación y comparten el mismo repertorio de programación en sus diferentes áreas de operación independiente y áreas de operación zonal, “...UNIARTE incurre y por tanto intenta arrastrar a la autoridad a un despropósito técnico jurídico, al ansiar cobrar dos ocasiones por los derechos que gestiona sobre una única radiodifusión...la transmisión de contenidos dramáticos y otros, se realiza en cadena, o desde una sola matriz, no percibe regalías por la comunicación pública de sus contenidos propios por duplicado”; m) “...por concepto comunicación pública, recibió por el año 2019 la cantidad de USD 13.129,55; cantidad que demuestra lo inequitativo de la pretensión de la accionante en este procedimiento”; n) “...UNIARTE se refiere a la programación de sin embargo, las tutelas las presenta en contra de cada compañía, todo lo cual demuestra el ambicioso y poco sano interés económico de UNIARTE de perjudicar a solicito que se valore el abuso del derecho en el presente caso, ya que es evidente que es, la misma acción contra una sola entidad, cadena y emisión”, artículo 553 del COESCCI y artículo 9 numeral 17 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; o) Indicios de enriquecimiento ilícito por parte de UNIARTE al pretender recaudar valores que ya fueron pagados; p) Los valores pretendidos por UNIARTE fueron calculados con base en cifras obtenidas en el portal web de la Superintendencia de Compañías, Seguros y Valores, “cifras macro que reflejan el ejercicio económico general de la compañías, más no los valores específicos correspondientes a la comunicación pública de programas que constan en el catálogo de UNIARTE, siendo así una cifra irreal, pues obtiene ingresos de otras actividades comunicacionales como noticieros, matinales, de la señal internacional, circos...”; q) UNIARTE no ha especificado las obras contenidas en su catálogo que han sido transmitidas por

Las **pretensiones** formuladas por el accionado son: a) “...dado que hay identidad de personas, de objetos y derechos controvertidos de propiedad intelectual, a este proceso de tutela administrativa debe acumularse la tutela administrativa No. 015...”. b) se rechace la presente tutela.

Adicionalmente, solicitó se convoque a audiencia, se abra el término para presentar las pruebas que anunció: - Convenio macro de alianza y cooperación interinstitucional estratégica de asociación comercial entre (

14. Mediante providencia de 16 de diciembre de 2020, notificada el 17 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, entre varios actos: a) *“...declara que la contestación formulada por*

será considerada como presentada el día 15 de octubre de 2020... es decir dentro del término concedido mediante providencia emitida con fecha 22 de septiembre de 2020...”, con lo cual esta autoridad pese a los incidentes acaecidos a los abogados de la accionada, respecto del envío y entrega digital de la contestación, decidió aceptar dentro de término su presentación, a efecto de salvaguardar el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes accionadas; b) *“La parte accionada...se ha referido que, entre otras cosas, existe “identidad de personas”, argumento refutado por esta autoridad toda vez que de la verificación de la parte accionada de los trámites No. 015-2020 DNDA YDC y 016-2020 DNDA YDC, se desprende que se trata de dos personas jurídicas distintas, tal es así que sus representantes legales son dos personas diferentes; sin perjuicio de lo cual, esta autoridad indica que, con base en lo previsto en el artículo 143 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), es posible realizar la acumulación de autos entre los trámites 015-2020 DNDA YDC y 016-2020 DNDA YDC, motivo por el cual, se dispone que por secretaría se sienta razón de lo expuesto y se unifiquen los expedientes correspondientes a los trámites antedichos”;* c) Dispuso la apertura del término de prueba por quince días contados a partir de la notificación de esta providencia (Foja 950 a 950 vta.)

*** ANTECEDENTES DE LOS AUTOS (EXPEDIENTES) ACUMULADOS:**

15. A foja 456 del expediente administrativo, con fecha 06 de enero de 2021, obra la razón sentada por el Secretario de la Unidad, mediante la cual se indica: *“...en la presente fecha se procede a la unificación de los expedientes, en cumplimiento a lo dispuesto por la Delegada del Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos.”.* (La constancia de unificación de expedientes se comprueba con la copia de la portada del expediente conformado, en principio, para el trámite No. 016-2020-DNDA YDC, misma que obra a foja 457 de este expediente administrativo).

16. El 22 de diciembre de 2020, la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE presentó dos escritos mediante los cuales manifestó no estar de acuerdo en el análisis y decisión respecto a considerar como presentada la contestación de la contraparte, con base en lo siguiente: a) Las materializaciones presentadas por la accionada no prueban fehacientemente la presentación de la contestación a la tutela ni la autenticidad e integridad de los correos electrónicos, direcciones de correo y direcciones IP del emisor y receptores; b) Resulta extraño que el correo electrónico “enviado” por la accionada no cuente con el formato estándar que corresponde a la impresión de un correo electrónico por parte del Notario; c) Era exclusiva responsabilidad de los abogados de la parte accionada de cerciorarse de que el correo haya sido recibido por la institución; d) La parte accionada no justificó documentalmente la presentación de dicho escrito y tampoco adjuntó la fe de recepción del mismo; con la materialización del correo de rebote *“estaría la accionada más bien dejando expresa constancia que la contestación no fue ingresada dentro del tiempo oportuno y que, además, este hecho lo conoció perfectamente. Por tanto, era su obligación, si no pudo ingresar su contestación por vía electrónica, lo haga de manera física en las oficinas del SENADI dentro del término previsto para el efecto...el correo electrónico enviado por el abogado de la parte accionada no ingresó a los correos institucionales de SENADI y por tanto, esta institución NO recibió la contestación oportunamente...”*, con base en lo anterior solicitó se revoque la providencia detallada en el numeral anterior (Fojas 951 a 952 y 953 a 954).

17. El 11 de enero de 2021, *...* presentaron su escrito de prueba manifestando: a) Se ratifican en todo lo actuado y solicitan se considere a su favor todo lo que de autos les fuera favorable, en especial, los escritos de contestación a tutelas administrativas y los documentos acompañados a ellos; b) Se impugnan las pruebas presentadas o que llegare a presentar la contraparte; c) Que mediante el Convenio Macro de Alianza y Cooperación Interinstitucional Estratégica de Asociación Comercial y la autorización prevista para conformar la red permanente entre ambas estaciones por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, tomando en cuenta que las dos compañías comparten el mismo repertorio de programación en las distintas áreas de operación independiente y zonal en el Ecuador, se demuestra, en su criterio, la conformación de una cadena televisiva entre las referidas empresas ya que además de compartir los socios accionistas, difunden la misma programación; d) Que *...* ha realizado el pago objeto del reclamo, en forma directa, a través de contratos que mantiene con artistas y autores audiovisuales, lo cual se puede verificar de los contratos aportados dentro de la causa; e) Que de los Contratos previamente aportados celebrados entre *...* y otras sociedades de gestión colectiva se prueba que la accionada siempre ha cumplido con sus obligaciones derivadas de derechos de propiedad intelectual (Fojas 951 a 952 y 953 a 954).

18. Mediante providencia de 13 de enero de 2021, notificada el 14 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos negó la petición de revocatoria de la providencia de 16 de diciembre de 2020, indicando que lo alegado en sus escritos se considerará al momento de resolver la causa; adicionalmente, convocó a las partes a la diligencia de audiencia para el día 05 de marzo de 2021, a partir de las 10h30, a través de videoconferencia (Foja 987 a 987 vta.)

19. El 23 de febrero de 2021, la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, presentaron un escrito en el que indicaron: *"...las partes nos encontramos conversando en aras de alcanzar un acuerdo para solucionar amigablemente esta controversia; y, en tal virtud, solicitamos el **DIFERIMIENTO DE LA AUDIENCIA...**"* (Foja 989 a 989 vta.).

20. Mediante providencia de 24 de febrero de 2021, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos atendiendo a la solicitud detallada en el numeral anterior señaló: *"...Esta autoridad ha considerado prudente aplicar dentro de la causa la suspensión del procedimiento administrativo por el plazo de tres meses contados a partir de la fecha en que dichas negociaciones iniciaron y se pusieron en conocimiento de esta autoridad, esto es el 23 de febrero de 2021, por tanto, se difiere la convocatoria a la diligencia de audiencia fijada para el día 05 de marzo de 2021..."* (Foja 991 a 991 vta.).

21. El 24 de febrero de 2021, la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR presentó un escrito mediante el cual, en lo principal indicó: *"...no se pidió la suspensión del procedimiento administrativo, sino que únicamente se solicitó el diferimiento de la audiencia señalada para el 05 de marzo de 2021"* (Foja 994).

22. Mediante providencia de 26 de febrero de 2021, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, de conformidad con el artículo 118 del Código Orgánico Administrativo, y considerando que el pedido de las partes fue el diferimiento de la audiencia más no la suspensión del trámite, revocó la providencia detallada previamente, y dispuso el diferimiento de la diligencia de audiencia para el día lunes 05 de abril de 2021, a partir de las 10h30 (Foja 995 a 995 vta.).

23. Mediante providencia de 26 de marzo de 2021, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos proporcionó a las partes los datos de acceso a la plataforma ZOOM, para llevar a cabo la diligencia de audiencia convocada para el día lunes 05 de abril de 2021, a partir de las 10h30 (Foja 957).

24. El 05 de abril de 2021, se llevó a cabo la diligencia de audiencia convocada dentro de la causa, cuya acta sucinta obra en fojas 999 a 1003 del presente expediente administrativo.

25. El 19 de abril de 2021, enviaron por correo electrónico los siguientes escritos, mismos que se presentaron de manera física en la institución, con fecha 20 del mismo mes y año: a) Escrito de legitimación de la intervención en la audiencia de la (Fojas 1005 a 1006); y, b) Escrito de alegatos finales (Fojas 1007 a 1016).

26. El 02 de junio de 2021, la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE presentó, de manera extemporánea, su escrito de alegatos finales (Fojas 1017 a 1021).

PRIMERO.- CONSIDERACIONES GENERALES:

1.1. Que, mediante Decreto Ejecutivo No. 356, publicado en el Suplemento al Registro Oficial No. 224 de 18 de abril de 2018, se creó el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales – SENADI, como la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales; y, que de conformidad con la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, será el sucesor en derecho del extinto Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual.

De la misma manera, la Disposición Transitoria Cuarta del referido Decreto Ejecutivo, establece que: *“La estructura orgánica del Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual funcionará hasta que la estructura orgánica del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales sea aprobada (...)”*, en consecuencia, esta Dirección Nacional es competente para sustanciar y resolver el presente procedimiento administrativo.

Por su parte, la Disposición Transitoria Tercera del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación dispone: *“(...) aquellos procedimientos que empezaren a sustanciarse a partir de la vigencia y promulgación del presente Código, deberán ser realizados conforme a las normas establecidas en este cuerpo legal, en lo que no se encuentre normado, se aplicará transitoriamente la Ley de Propiedad Intelectual y demás normativa, mientras se expidan los reglamentos respectivos (...)”*.

1.2. Que, no se han producido omisiones de solemnidades sustanciales ni vicios, que puedan afectar la validez del presente trámite.

1.3. Que, mediante Acción de Personal No. SENADI-UATH-2018-08-060 de 01 de agosto de 2018, se designó a _____ como Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, mismo que avoca conocimiento de la presente causa.

1.4. Que, con el fin de resolver el presente procedimiento, esta Dirección Nacional sistematizará el análisis del caso para la determinación de la existencia o no de la infracción de derechos; y, por ende, la procedencia de la acción de Tutela Administrativa presentada.

1.5. Que, la Constitución de la República, en sus artículos 22 y 322, señala:

“Artículo 22. Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas, y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría.”

“Artículo 322. Se reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley...”.

Disposiciones constitucionales que reconocen la propiedad intelectual y el derecho que tienen las personas a desarrollar su actividad creativa y a beneficiarse de la misma a través de la protección y explotación de sus derechos de propiedad intelectual.

SEGUNDO.- ASUNTOS CONTROVERTIDOS OBJETO DE DISCUSIÓN:

- I. DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS
 - a. Reconocimiento y concesión del Derecho de Autor y los derechos conexos
 - b. Clasificación de los Derechos de Autor y derechos conexos
 - b.1. Derechos Morales
 - b.2. Derechos Patrimoniales
 - i. Derechos de explotación
 - Derechos exclusivos (ex ante)
 - De remuneración (ex post)
 - ii. Derechos compensatorios
- II. DE LOS DERECHOS CONEXOS Y SU OBJETO DE PROTECCIÓN

- a. Normativa internacional y nacional respecto a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes
 - b. Derecho discutidos en la causa
 - b.1. Derecho de remuneración equitativa
 - i. Por la comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales
 - ii. Por la puesta a disposición de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales
- III. DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA EN GENERAL
- a. Definición, administración y legitimación de las sociedades de gestión colectiva
 - b. Afiliación a las sociedades de gestión colectiva
 - b.1. Derecho constitucional de libre asociación
 - c. Presunción de legitimidad de las sociedades de gestión colectiva
 - d. Características de la gestión, funcionamiento y tarifas de la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE
 - d.1. Comunicación pública por radiodifusión (transmisión/emisión)
 - d.2. Puesta a disposición
 - d.3. Aplicación del tarifario
 - d.4. Respeto de la personalidad jurídica de la cadena televisa frente a la aplicación del tarifario
 - e. Nacimiento de la obligación de pago en favor de artistas intérpretes o ejecutantes del ámbito audiovisual
- IV. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
- a. Carga dinámica de la prueba
- V. OBLIGACIÓN DE LLEVAR CATÁLOGOS, REGISTROS O PLANILLAS MENSUALES Y REMITIRLAS A LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA (ART. 257 COESCCI)
- VI. OTRAS ALEGACIONES DE
- VII. MEDIDAS ORDENADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
- a. Requerimiento de información
- VIII. MULTA Y JUSTIFICACIÓN
- a. Fijación de la multa
- IX. COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

TERCERO.- DEL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

A. RECONOCIMIENTO Y CONCESIÓN DEL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS:

3.1. El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESCCI) establece:

“Artículo 100.- Reconocimiento y concesión de los derechos.- Se reconocen, conceden y protegen los derechos de los autores y los derechos de los demás titulares sobre sus obras, así como los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en los términos del presente Título.”

3.2. Con base en la protección y reconocimiento de obras y prestaciones por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, partiendo de que su protección se origina por el solo hecho de su creación ya que no está supeditada a registro alguno y no exige el cumplimiento de ninguna formalidad, y, que las ideas no son protegibles por el Derecho de Autor –temas minuciosamente desarrollados por esta Dirección Nacional mediante Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2021-015-R de 18 de mayo de 2021-, se recuerda que una creación intelectual protegible por el Derecho de Autor (obra) no origina, únicamente, derechos en favor de su autor o titular, sino que se hace extensiva también a artistas intérpretes o ejecutantes, entre otros, puesto que aquellos realizan, con base en la obra, otro tipo de prestaciones o acciones para su divulgación, mismas que van a ser protegidas por los denominados “Derechos Conexos”, cuestión que será desarrollada en líneas posteriores.

B. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS:

3.3. La guía de principios básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual respecto a los derechos protegidos inherentes al autor ha señalado:

*“En el derecho de autor están comprendidos dos tipos de derechos. En primer lugar, los derechos patrimoniales, que son los que permiten que el titular obtenga retribución financiera por el uso de su obra por terceros. Y por otro lado, los derechos morales, permiten que el autor pueda tomar determinadas medidas para preservar los vínculos personales que le unen a sus obras”.*¹

3.4. Con base en lo anterior, se concluye que existen dos subclases o facultades que componen a los derechos de autor y derechos conexos: a) El derecho moral que es de naturaleza espiritual,

¹ Principios básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2014, p. 8. En: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909.pdf.

que reconoce y protege, principalmente, el nexo existente entre el autor y su obra o entre el artista intérprete o ejecutante y sus prestaciones (interpretaciones o ejecuciones); y, b) El derecho patrimonial que es de naturaleza económica, que protege la explotación que se va a dar a aquella obra o prestación.

B.1. DERECHOS MORALES:

3.5. Lipszyc ha definido al derecho moral de la siguiente manera: *“El derecho moral es aquel que protege la personalidad del autor en relación con su obra y designa el conjunto de facultades destinadas a ese fin.”*²

3.6. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha referido a las características propias de los derechos morales:

*“Los derechos morales presuponen un nexo indisoluble entre el autor y su obra, por virtud del cual el autor conserva, con independencia de los derechos patrimoniales, y aún después de la cesión de éstos, el poder jurídico de reivindicar la paternidad de la obra y de proteger su integridad, toda vez que el citado nexo no resulta afectado por la voluntad contractual. El derecho moral es inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable para el autor de la obra, y, en sede comunitaria, significa la posibilidad para dicho autor de conservar inédita la obra o de divulgarla, de reivindicar su paternidad en cualquier momento, y de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o contra su reputación.”*³

B.2. DERECHOS PATRIMONIALES:

3.7. Vega Jaramillo ha definido a los derechos patrimoniales, de la siguiente manera:

“Los derechos patrimoniales son las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los distintos actos de explotación económica de la obra, sea que el autor explote directamente la obra o que, como es lo usual, autorice a terceros a realizarla, y participe en esa explotación obteniendo un beneficio económico. Los derechos patrimoniales son

² LIPSZYC, Delia. El Derecho Moral del Autor. Naturaleza y Caracteres. Memoria del VIII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (Del Autor, el artista y el productor). Asunción. 1993. p.151.

³ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 165-IP-2004 (6-4-2005).

oponibles a todas las personas (erga omnes), son transmisibles, su duración es temporal y las legislaciones establecen algunas limitaciones y excepciones al derecho de autor.”⁴

3.8. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha referido a las características propias de los derechos patrimoniales:

“Los derechos patrimoniales protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras (...). Los derechos patrimoniales, contradictoriamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales.”⁵

3.9. Doctrinariamente⁶ los derechos patrimoniales han sido objeto de estudio y producto de ello se han identificado diferentes clases de derechos patrimoniales, que cuentan con características propias. Situación que ha sido recogida tanto por el derecho comparado como por la legislación ecuatoriana (artículos 224 y 225 del COESCCI), y ha llevado a diferenciar los derechos patrimoniales de explotación exclusiva de los de remuneración.

Es así que la doctrina ha realizado una sub-clasificación de los derechos patrimoniales, atendiendo la naturaleza jurídica y por tanto a las características de los mismos. A decir, estos se subdividen en: a) Derechos de explotación (que a su vez se clasifican en: 1. exclusivos o 2. de remuneración); y, b) Derechos compensatorios. Mismos que serán analizados a continuación.

B.2.1. DERECHOS DE EXPLOTACIÓN:

3.10. De manera general, esta clase de derechos patrimoniales son de carácter económico y posibilitan que los creadores se beneficien de la explotación económica de la obra o de la prestación. De acuerdo con la doctrina, en atención al momento en que se realiza el pago por la explotación de la creación, estos derechos se clasifican en: derechos exclusivos y derechos de remuneración.

i. Derechos exclusivos (ex ante):

3.11. Los derechos patrimoniales de explotación exclusiva se caracterizan porque la facultad de autorizar su uso, se ejerce *ex ante*, esto es de manera previa al acto de explotación.

⁴ VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de Derecho de Autor. Dirección Nacional de Derecho de Autor - Unidad Administrativa Especial del Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia, Bogotá, 2010, p. 35.

⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 120-IP-2020 (7-10-2020).

⁶ Así por ejemplo podemos mencionar a Sara Marín Salamanca, Rodrigo Bercovitz, etc.

3.12. El COESCCI, en su artículo 224, consagra a los derechos patrimoniales de explotación exclusiva de los artistas intérpretes y ejecutantes, en los siguientes términos:

“Art. 224.- Derechos Exclusivos.- *Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones:*

- 1. La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, y;*
- 2. La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.*

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución no fijada cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida.

Los artistas intérpretes o ejecutantes, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier medio o procedimiento, gozarán el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- 1. La reproducción directa o indirecta por cualquier medio o procedimiento;*
- 2. La distribución, que incluye el alquiler comercial al público del original y de las copias del mismo; y,*
- 3. La puesta a disposición al público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija.*

Cuando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución fijada en fijaciones audiovisuales, se presumirán cedidos al productor audiovisual, salvo prueba en contrario, los derechos exclusivos de reproducción, distribución y puesta a disposición previstos en el presente Código.”

Estos derechos pueden ser gestionados ya sea de manera individual o colectiva, en el evento de que se lo haga a conforme a esta segunda forma, las sociedades de gestión colectiva deben hacerlo en el marco de lo previsto en sus estatutos, los contratos de mandato y los convenios de representación recíproca.

ii. Derechos de remuneración (ex post):

3.13. Debido a la naturaleza fáctica de la gestión de creaciones aparecen los derechos patrimoniales de explotación de remuneración, los que no tienen por objeto autorizar o prohibir el acto de explotación o uso de la creación en sí, sino que generan, *ex post* a dicha explotación, un derecho subjetivo a favor de los creadores, mismo que les permite exigir el pago por la explotación de sus interpretaciones o ejecuciones.

3.14. Es así como en el caso de las interpretaciones audiovisuales, los actores y actrices, en el momento de autorizar la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones, ceden, en favor del productor audiovisual, la facultad de autorizar o prohibir el uso de las mismas (Artículos 154 tercer inciso y 224 del COESCCI, último inciso); no obstante, los artistas intérpretes o ejecutantes mantienen el derecho patrimonial de explotación para percibir una remuneración equitativa por la radiodifusión o cualquier otra modalidad de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales (artículo 225 COESCCI).

A este respecto el COESCCI, en su artículo 225, señala:

“Art. 225.- Derechos de remuneración equitativa.- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho a una remuneración equitativa y única por el uso directo o indirecto para la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fonogramas publicados con fines comerciales.

La remuneración establecida conforme con el inciso anterior, será compartida en forma equitativa, entre los productores de fonogramas; y los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones y ejecuciones se encuentren fijadas en fonogramas.

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho a una remuneración equitativa por la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Independientemente de la cesión de derechos exclusivos previstos en el presente Código, se reconocen a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de forma irrenunciable, derechos de remuneración equitativa por la puesta a disposición y el arrendamiento de sus interpretaciones, ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Los derechos establecidos en este artículo, serán de gestión colectiva obligatoria.

Para la recaudación correspondiente a los derechos de autor y derechos conexos establecidos en el presente Código, atendiendo a su género, se podrá recurrir a la modalidad de ventanilla única.” (Énfasis agregado)

De la lectura de la norma, se desprende que, otras características de los derechos patrimoniales de explotación de remuneración es que son irrenunciables y de gestión colectiva obligatoria y, por tanto, la legitimación de las sociedades de gestión colectiva es de naturaleza *ex lege*. Cuestiones que serán analizadas en líneas posteriores.

B.2.2. DERECHOS COMPENSATORIOS:

3.15. De manera general, estos derechos buscan compensar la imposibilidad que tiene el creador de participar en la fase de explotación de las obras. Es así que dentro de esta categoría se encuentra por ejemplo el *Droit de Suite* y la copia privada. Es importante precisar, además, que en este tipo de derechos el monto a pagar no está vinculado con la explotación de la creación, tal como vemos que sucede respecto del pago por copia privada en el derecho comparado.

CUARTO.- DE LOS DERECHOS CONEXOS Y SU OBJETO DE PROTECCIÓN

4.1. Como ya se mencionó brevemente, una creación intelectual protegible por el Derecho de Autor (obra) no origina, únicamente, derechos en favor de su autor o titular, sino que es extensiva también a artistas intérpretes o ejecutantes, entre otros, puesto que aquellos realizan, con base en la obra, otro tipo de prestaciones o acciones para su divulgación, que se protegen por los denominados “derechos conexos”.

Al respecto, Antequera Parilli y Ferreyros Castañeda han señalado:

*“Con posterioridad al reconocimiento universal del derecho de autor, se han incorporado a numerosas legislaciones un conjunto de derechos que, reunidos bajo la denominación “vecinos”, “conexos” o “afines”, tienen como **objeto de protección ciertas manifestaciones que no constituyen una “creación” literaria o artística, pero sí vinculación con la difusión de las obras del ingenio.**”⁷ (Énfasis agregado)*

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual al referirse a los derechos conexos ha manifestado:

⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. El nuevo Derecho de Autor en el Perú. Lima. 1996. p.79.

*“Se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los *artistas intérpretes o ejecutantes, *productores de fonogramas y *organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de *obras de *autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisión al público de acontecimientos, información y sonidos o imágenes...”⁸ (Énfasis agregado)*

4.2. En este contexto, es conveniente también citar las definiciones de “artista intérprete o ejecutante”, establecidas en la normativa internacional, andina y nacional:

- a) Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión:

“Artículo 3: A los efectos de la presente Convención, se entenderá por: a) « artista intérprete o ejecutante », todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística; (...).” (Énfasis agregado)

- b) Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la Comisión de la Comunidad Andina (en adelante Decisión 351):

“Artículo 3: A los efectos de esta Decisión se entiende por: (...) - Artista intérprete o ejecutante: Persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.” (Énfasis agregado)

- c) Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante, COESCCI):

“Artículo 223: (...) Se entiende por artista, intérprete o ejecutante a la persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.” (Énfasis agregado)

A. **NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL RESPECTO A LOS DERECHOS DE ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES:**

⁸ Boytha György, “OMPI, GLOSARIO DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS”, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1980, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_816.pdf. Fecha de acceso 09 de febrero de 2020.

4.3. El Tratado de Beijing en su artículo 11.2 reconoce la existencia del derecho patrimonial de explotación de remuneración frente a la utilización directa o indirecta por la radiodifusión o comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, en los siguientes términos:

“Artículo 11 Derecho de radiodifusión y de comunicación al público

(...) 2. Las Partes Contratantes...establecerán el derecho a una remuneración equitativa por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o la comunicación al público de las interpretaciones o ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales...”

4.4. Cuestión que ha sido adoptada tanto por la legislación nacional, como por varias legislaciones en el derecho comparado. El COESCCI distingue, a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, por un lado derechos morales, regulados en su artículo 223, y, por otro, derechos patrimoniales de explotación, regulados en sus artículos 224 (derechos exclusivos) y 225 (derechos de remuneración), cada uno de los cuales por su naturaleza jurídica peculiar tiene un régimen de gestión distinto. Así mientras los derechos exclusivos pueden ser cedidos y su gestión puede ser individual o colectiva, los de remuneración son irrenunciables y de gestión colectiva obligatoria.

4.5. Considerando el tema controvertido, para una inmediata referencia, citaremos los derechos patrimoniales reconocidos por la normativa nacional (COESCCI):

“Artículo 224. Derechos Exclusivos.- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones:

- 1. La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, y;***
- 2. La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas.***

Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución no fijada cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida.

Los artistas intérpretes o ejecutantes, en relación con sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier medio o procedimiento, gozarán el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

1. *La reproducción directa o indirecta por cualquier medio o procedimiento;*
2. *La distribución, que incluye el alquiler comercial al público del original y de las copias del mismo; y,*
3. ***La puesta a disposición al público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija.***

Quando el artista intérprete o ejecutante haya dado su consentimiento para la fijación de su interpretación o ejecución fijada en fijaciones audiovisuales, se presumirán cedidos al productor audiovisual, salvo prueba en contrario, los derechos exclusivos de reproducción, distribución y puesta a disposición previstos en el presente Código.” (Énfasis agregado)

“Artículo 225.- Derechos de remuneración equitativa.- Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho a una remuneración equitativa y única por el uso directo o indirecto para la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fonogramas publicados con fines comerciales.

La remuneración establecida conforme con el inciso anterior, será compartida en forma equitativa, entre los productores de fonogramas; y los artistas, intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones y ejecuciones se encuentren fijadas en fonogramas.

Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho a una remuneración equitativa por la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Independientemente de la cesión de derechos exclusivos previstos en el presente Código, se reconocen a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes de forma irrenunciable, derechos de remuneración equitativa por la puesta a disposición y el arrendamiento de sus interpretaciones, ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

Los derechos establecidos en este artículo, serán de gestión colectiva obligatoria.

Para la recaudación correspondiente a los derechos de autor y derechos conexos establecidos en el presente Código, atendiendo a su género, se podrá recurrir a la modalidad de ventanilla única.” (Énfasis agregado)

- 4.6. En consecuencia, de la normativa citada, en específico la normativa nacional, se desprende que los artistas intérpretes o ejecutantes gozan de derechos patrimoniales de

explotación (exclusivos y de remuneración). En los siguientes apartados, se hará referencia a los derechos controvertidos en la causa.

B. DERECHOS DISCUTIDOS EN LA CAUSA:

B.1. DERECHO DE REMUNERACIÓN EQUITATIVA:

4.7. La parte accionante ha recalcado que las acciones de tutela administrativa presentadas, se fundamentan en la falta de pago del derecho de remuneración equitativa que les asiste a los artistas intérpretes o ejecutantes por la comunicación pública y por la puesta a disposición de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.

4.8. Al respecto, se recuerda que, conforme las citas realizadas en el apartado inmediato anterior, *“Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán el derecho a una remuneración equitativa por la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales.”*

B.1.1. POR LA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE LAS INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES FIJADAS EN FIJACIONES AUDIOVISUALES:

4.9. De manera general, la comunicación pública, a decir del Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE, es: *“...en principio, cualquier acto mediante el que un usuario proporcione a sus clientes, con pleno conocimiento de causa, acceso a obras protegidas...”*⁹ * En este caso se haría referencia a que: los *usuarios* serían

los *clientes* serían los televidentes o radioescuchas, y, finalmente se hablaría de interpretaciones o ejecuciones protegidas

Dicho Tribunal, además, ha destacado el papel ineludible del usuario y el carácter deliberado de su intervención en el acto de comunicación pública:

*“...En efecto, este usuario lleva a cabo un acto de comunicación cuando interviene, **con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento**, para dar a sus clientes acceso a una obra protegida, especialmente cuando, si no tuviera lugar tal intervención,*

⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Interpretación Prejudicial, Asunto C-610/15 entre Stichting Brein y Ziggo BV, XS4ALL Internet BV

los clientes no podrían, o difícilmente podrían, disfrutar de la obra difundida.”¹⁰ (Énfasis agregado)

4.10. Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, dentro del proyecto de sentencia del amparo directo en revisión 4040/2019, en sesión de 21 de noviembre de 2019, ha manifestado que por el término “comunicación pública” se entiende:

“...todo acto por el cual una pluralidad de personas puede tener acceso a todo o parte de la obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.”¹¹

Y, continúa:

*“...se precisa que la doctrina en la materia ha sostenido que un acto de comunicación pública se presenta aún frente a la existencia o no de un fin lucrativo como condición necesaria para que se dé tal comunicación. ¹²...se estima que dentro de los criterios que permiten identificar su naturaleza se encuentran: (a) que el acto debe dirigirse a una pluralidad de personas; (b) que exista una **posibilidad real de acceso a la obra**; y, (c) que no se haya producido una previa distribución de ejemplares a cada una de dichas personas¹³; todas las anteriores con independencia de la existencia de un ánimo de lucro”. (Énfasis agregado)*

4.11. Por su parte, el artículo 15 de la Decisión 351 sobre el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos de la CAN, señala, de manera general, lo siguiente:

*“**Artículo 15.-** Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, **pueda** tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas...” (Énfasis agregado)*

En concordancia con lo anterior, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en su artículo 222, establece:

¹⁰ Sentencia de 26 de abril de 2017, Stichting Brein, C 527/15, EU:C:2017:300, apartado 31.

¹¹ Sentencia del Amparo Directo 11/2010, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Juan N. Silva Meza, 1 de diciembre de 2010..

¹² Rodríguez Tapia, José Miguel (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Texto Refundido, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril), 2ª. ed., CIVITAS Y THOMSON REUTERS, 2009, p. 570

¹³ Ayllón Santiago, Héctor, *El derecho de comunicación pública directa*, España, Editorial Reus Y Fundación AISGE, 2011, pp. 157 – 163.

“Artículo 222.- Disposiciones finales a los derechos conexos.- Respecto de los derechos conexos contemplados en este Capítulo, se aplicarán, a falta de disposición expresa, las demás disposiciones de este Título.”

Adicionalmente, este mismo cuerpo normativo, define a la comunicación pública, de la siguiente manera:

“Artículo 123.- Comunicación pública.- Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, y en el momento en que individualmente decidan, **pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas...**” (Énfasis agregado)

El uso del verbo *poder* tanto en la Decisión Andina 351, como en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación no es casual, pues como bien señala la Corte Suprema de Justicia de México, la comunicación pública se configura frente al hecho **que exista una posibilidad real de acceso a la obra**. En esta misma línea, la normativa regional y nacional reconoce que **la sola potencialidad relativa a que el público pueda acceder a la obra es suficiente para que se configure el acto de comunicación pública**.

Al respecto Delia Lipszyc señala:

“No es necesario que la obra puesta a disposición del público haya sido recibida, vista o escuchada por alguna persona; para que la obra pueda considerarse transmitida es suficiente que haya sido efectivamente puesta al alcance del público.”¹⁴

De su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sabido señalar que:

“...para que haya comunicación al público basta con que la obra se ponga a disposición del público, de tal forma que quienes lo compongan puedan acceder a ella...”¹⁵ (Énfasis agregado).

Por lo anterior, para que haya comunicación pública de determinada obra o prestación, basta con que la misma se ponga a disposición del público y que, en consecuencia, el público **pueda** acceder a ella.

¹⁴ Lipszyc, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Bogotá, Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, 2017.

¹⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea dentro del asunto C-306/05 de 07 de diciembre de 2006.

Es decir, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Asunto C-306/05 de 07 de diciembre de 2006), el hecho de que

hayamos transmitido y por tanto puesto a disposición del público grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, es suficiente para que se configure un acto de comunicación pública.

4.12. Consecuentemente, la comunicación pública, entendida como todo acto por el cual las personas pueden tener acceso a las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales, o parte de ellas, por medios distintos a la distribución de ejemplares (radiodifusión por el canal 2 y 8, Región Costa y Sierra, respectivamente), origina la obligación de

en cuanto organismos de radiodifusión, de pagar de conformidad con lo prescrito en el artículo 225 del COESCCI, a favor del artista intérprete o ejecutante el derecho de remuneración equitativa correspondiente.

B.1.2. POR LA PUESTA A DISPOSICIÓN DE LAS INTERPRETACIONES Y EJECUCIONES FIJADAS EN FIJACIONES AUDIOVISUALES:

4.13. El artículo 224 del COESCCI, citado previamente, entre otros derechos exclusivos, faculta a los artistas intérpretes o ejecutantes, con respecto a sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier medio o procedimiento, a autorizar su *puesta a disposición al público, ya sea por hilo o por medios inalámbricos, de tal manera que los miembros del público puedan tener acceso a ellas desde el lugar y en el momento en que cada uno de ellos elija.*

4.14. La parte accionante ha indicado que . cuentan con el portal web mediante el cual se realizan actos de puesta a disposición al público de su contenido audiovisual, entre los cuales se incluye grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales como los programas (novelas y series) entre otros.

4.15. Por otro lado, del expediente no obra documento alguno que permita concluir a esta autoridad que la parte accionada no comunica públicamente contenido protegido; por tanto, al constituirse en un hecho público y notorio, y, con base en las diligencias notariales de constatación así como de las materializaciones del portal web; aportadas como pruebas por la parte accionante al momento de presentar las acciones analizadas, a criterio de esta autoridad,

las parte accionadas a través del portal web han realizado actos de comunicación pública de obras audiovisuales que contienen interpretaciones de terceros.

QUINTO.- DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA EN GENERAL

A. DEFINICIÓN, ADMINISTRACIÓN Y LEGITIMACIÓN DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA:

5.1. Al definir a las Sociedades de Gestión Colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el Proceso 22-IP-98 de 25 de noviembre de 1998, manifestó:

"Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de obra; pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral (...)"

16

Por su parte, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, ha indicado:

"Las sociedades de gestión colectiva son creadas con la finalidad de que una sola persona jurídica sea el representante de varios titulares de derechos de autor o de derechos conexos, quien pueda efectuar la labor de hacer valer los derechos de sus representados. Si aisladamente cada autor o titular de derechos conexos intentara efectuar el cobro de puerta en puerta de los derechos patrimoniales que le confiere la ley, por temas de tiempo, procesos y demás, le sería difícil efectuarlo. En cambio apoyado en una sociedad de gestión colectiva, es ella quien se encarga de a su vez hacer las gestiones necesarias para que el autor o el titular de un derecho conexo se vea protegido y reciba el valor económico que le corresponde por reproducción de sus obras o producciones, respectivamente."¹⁷

5.2. De manera general, los titulares de Derecho de Autor y Derechos Conexos están facultados para gestionar y ejercer directamente sus derechos patrimoniales de explotación

¹⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial No. 22-IP-98 de 25 de noviembre de 1998.

¹⁷ <https://www.wipo.int/copyright/es/management/>

exclusiva, de manera individual o a través de una Sociedad de Gestión Colectiva¹⁸, debidamente autorizada para su funcionamiento; tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 239 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que dicta:

“Artículo 239.- De la administración de las sociedades de gestión.- Las sociedades de gestión colectiva autorizadas estarán obligadas a administrar los derechos que les son confiados y estarán legitimadas para ejercerlos de conformidad con este Libro y en los términos previstos en sus propios estatutos, en los mandatos que se les hubieren otorgado y en los contratos que hubieren celebrado con entidades extranjeras, según el caso...”.

El artículo 49 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina, respecto a la legitimación de las Sociedades de Gestión Colectiva, prescribe:

“Art. 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales.”

Es decir, en el caso de los derechos patrimoniales de explotación exclusiva, la gestión colectiva es de naturaleza facultativa, por ello la legitimidad de las Sociedades de Gestión Colectiva, en cuanto a los derechos que gestiona se circunscribe a lo prescrito en los estatutos; a su vez, el repertorio que representan se sustenta en: a) Los contratos de mandato que mantiene con sus socios, y; b) Los contratos de representación recíproca que hubiere suscrito con otras entidades de gestión colectiva extranjeras.

5.3. Por otro lado, se resalta que la gestión de los derechos patrimoniales de explotación de remuneración, en específico para la causa, el derecho de remuneración consagrado en favor de artistas intérpretes o ejecutantes, es de gestión colectiva obligatoria, conforme el artículo 225 del COESCCI. Situación que no persigue la obligatoriedad de la afiliación a la sociedad como equivocadamente han manifestado las partes accionadas, sino que busca equilibrar la relación existente entre el organismo de radiodifusión y el conglomerado de artistas, intérpretes y ejecutantes, a efecto de salvaguardar su derecho constitucional al trabajo y a que éstos perciban una remuneración y retribución justa por aquel.

¹⁸ El artículo 238 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, señala “*Son sociedades de gestión colectiva las personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo objeto social es la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, o de ambos.*”.

A este respecto, el Tribunal Supremo español, mediante sentencia STS 55/2009 de 18 de febrero de 2009, señaló:

“El legislador estima que esta remuneración solo puede verse garantizada mediante una gestión de carácter colectivo. Este modo de gestión es incompatible con una negociación individual por parte de los artistas, intérpretes o ejecutantes. Ésta haría imposible el cálculo -razón por la cual se atribuye una legitimación colectiva, sobre la que ha insistido la jurisprudencia de esta Sala, a las sociedades de gestión-. Es incompatible también con la posibilidad de que aquellos artistas, intérpretes o ejecutantes que se hallen en una situación de inferioridad frente a la productora en el momento de la contratación puedan renunciar a los expresados derechos: y con la falta de previsibilidad de esto, que se desenvuelven en gran medida en relación con acontecimientos inciertos en el futuro y dependientes del éxito en la explotación de la obra, del que se privaría, en algunos casos de manera sustancial, a estos titulares de derechos afines, en franca contradicción con el propósito del legislador y con los principios que informan la economía del arte en el mundo actual.”

Adicionalmente, la doctrina y jurisprudencia han sabido señalar:

En la sentencia No. 78/2011 de 17 de marzo de 2011, la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) señaló:

“Cuando una entidad de gestión actúa por mandato legal, como es el caso del derecho a la remuneración contemplado en el art. 108.5 TRLPI, tal y como establece su apartado sexto, a la hora de recabar la remuneración es irrelevante quienes sean los miembros que componen dicha entidad. En los derechos de gestión colectiva obligatoria la justificación de la legitimación que corresponde a las entidades de gestión es aún más obvia, pues se basa en la propia configuración que la ley hace del derecho, impidiendo un ejercicio individualizado.

La parte recurrente prescinde por completo de la jurisprudencia expuesta para configurar una doctrina pro domo sua y sostener que AIE solo puede reclamar “respecto de aquellos [artistas, intérpretes o ejecutantes] que le hayan confiado su gestión o mediante un convenio de reciprocidad con una entidad extranjera”.”

La misma Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) dentro de la sentencia No. 00071/2011 de 11 de marzo de 2011, señaló:

“Cuando señala que la representación de A.I.E. no es universal, CINE PALAFOX S.A. maneja una acepción escrita de la noción de representación, entendiendo que su capacidad representativa debe quedar circunscrita a aquella que se origina en un fenómeno de representación voluntaria mediante el cual (vgr, contrato de gestión del Art. 153 del L.P.I.) los artistas titulares del derechos de remuneración equitativa le confían expresamente su gestión... con el Art. 108 – 6 (que contemplaría un simple sistema de gestión colectiva obligatoria que, a falta de explícita mención legal en este caso, no podría hacerse extensiva- en el sentir de la apelada- a todos aquellos titulares que no hubieran confiado a la entidad respectiva la gestión de su derechos). Pues bien, cualquiera que fuera el grado de validez de este argumento, lo cierto es que el mismo resulta frontalmente contrario al criterio jurisprudencial ya enunciado y con arreglo al cual la legitimación de las entidades no puede considerarse circunscrita a los concretos derechos cuya gestión se les haya confiado expresamente mediante contratos individuales o acuerdos colectivos. Por lo tanto, aun siendo desde luego legítimo que la apelada aspire mediante dicho planteamiento a provocar un cambio jurisprudencial sobre el particular, es patente que este tribunal nunca podría satisfacer esa aspiración aun cuando compartiese el expreso punto de vista (Art. 1-6 del Código Civil). En todo caso, no lo comparte: ya la propia S.T.S. de 18 de febrero de 2009 anteriormente citada nos previene frente a la debilidad que ordinariamente caracteriza a los argumentos contruidos “a contrario”... En suma, pues, la actuación de las entidades de gestión – que se discute en el campo doctrinal si es de naturaleza verdaderamente representativa o si se trata más bien de una actuación en nombre propio que responde a un reconocimiento de legitimación “ex lege” justificado por la finalidad legal que las anima- es una actuación que se desarrolla en provecho de la universalidad de los titulares del derecho gestionado, pues son ellos, sin exclusión y sin distinción entre asociados y no asociados o entre titulares y no titulares de un contrato del Art. 153 los destinatarios del fruto que la entidad obtiene de su gestión.”

A su vez, la doctrina, respecto de la legitimación de las sociedades de gestión en cuanto a los derechos patrimoniales de explotación de remuneración, ha sabido señalar:

“La legitimación legal de la entidad de gestión implica que, de manera extraordinaria, la ley habilita a la entidad, en lugar del contrato correspondiente. Y lo hace de modo general, para todos los “derechos” devengados, con independencia de quienes sean los titulares y de si son parte o no de la entidad de gestión.”¹⁹

¹⁹ Martín Salamanca, Sara, *Remuneración del autor y comunicación pública*, Madrid, REUS, 2004.

5.4. De este modo la Sociedad de Gestión Colectiva en el caso de los derechos patrimoniales de remuneración de explotación de remuneración por disposición *ex lege* debe gestionar los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes indistintamente de si están o no asociados a la entidad y desde luego debe diligentemente repartir lo recaudado indistintamente de si los actores o actrices son o no sus socios. Para este efecto debe establecer sistemas eficientes de monitoreo, recaudación y distribución que pueden ser auditados, en cualquier momento, por esta autoridad.

B. AFILIACIÓN A LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA:

5.5. De lo dispuesto en el artículo 240 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, se resalta que los titulares de los derechos que cada una de las sociedades de gestión colectiva representan, serán admitidos como socios de la misma, de manera obligatoria, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en sus estatutos para tal fin.

5.6. Adicionalmente, respecto a la afiliación a las sociedades de gestión colectiva, el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación establece:

“Artículo 241.- De la afiliación.- La afiliación de los titulares de derechos de autor o de derechos conexos a una sociedad de gestión colectiva será voluntaria.

La representación conferida a las sociedades de gestión colectiva de acuerdo con este Capítulo no menoscabará la facultad de los titulares para ejercitar directamente los derechos que se les reconocen en este Título.”

Sobre el tema, esta autoridad coincide con los accionados respecto de la voluntariedad de asociarse o no a una entidad de gestión colectiva, sin embargo se debe aclarar que la voluntariedad mencionada en el artículo previamente citado recae sobre la afiliación o no de un titular de un derecho de autor o conexo a una sociedad de gestión colectiva, más no sobre la gestión colectiva de los derechos en sí, que, en el caso, de los derechos patrimoniales de explotación exclusiva (artículo 224 COESCCI) puede ser facultativa u obligatoria para el caso de los derechos patrimoniales de explotación de remuneración (artículo 225 COESCCI).

B.1. DERECHO CONSTITUCIONAL DE LIBRE ASOCIACIÓN:

5.7. La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 20 reconoce que:

“Artículo 20

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.*
2. *Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.”*

5.8. Durante la diligencia de audiencia practicada dentro de la causa, la abogada patrocinadora de la parte accionada, alegó la inconstitucionalidad de la Gestión Colectiva obligatoria, ya que, en su criterio, ésta vulnera el derecho de libre asociación de los artistas intérpretes y ejecutantes.

Al respecto, esta Dirección Nacional insiste en que la normativa de la materia (COESCCI) es clara al indicar en su artículo 241, que, aplicado al caso en particular, los artistas intérpretes y ejecutantes, si así lo desean (libertad de asociación), pueden afiliarse a la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE (afiliación voluntaria), siendo lo obligatorio el que la de defensa, recaudación, administración y protección de derechos se maneje a través de la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE y que aquello lo que busca es equilibrar la situación existente entre los organismos de radiodifusión y los actores y actrices audiovisuales.

Por todo lo anterior, en criterio de esta autoridad la supuesta declaración de inconstitucionalidad de esta gestión colectiva por presuntamente contraponerse al derecho constitucional de asociación no tiene cabida.

C. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA:

5.9. Los accionados en sus escritos de contestación han alegado que UNIARTE no ha especificado las obras contenidas en su catálogo que han sido transmitidas. En este contexto es preciso referirse a la presunción de legitimidad conferida a favor de las Sociedades de Gestión Colectiva, para lo cual es trascendental citar lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

“Sobre la presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva, este Tribunal considera que lo que se busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de [los] (sic) estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tuviera que demostrar la representación de todo su repertorio para que recién pueda protegerlo ante una

autoridad y recaudar el derecho de sus asociados, implicaría que cada vez que dicha sociedad exija a un tercero el pago por el uso no autorizado... *tenga que incurrir en cuantiosos gastos económicos*, circunstancia que haría[n] (sic) inviable una eficiente y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

Más aún si consideramos que el repertorio de... una sociedad de gestión colectiva nacional o extranjera puede variar constantemente y que las incorporaciones de nuevos asociados a este tipo de entidades pueden efectuarse en cualquier momento, lo cual haría imposible que las sociedades de gestión colectiva puedan demostrar a tiempo real todo el repertorio que se encuentra bajo su administración al momento de iniciar la defensa de los derechos de sus asociados o al momento de efectuar la recaudación patrimonial correspondiente. Por dichas razones, se justifica que una sociedad de gestión colectiva no se encuentre obligada a demostrar la representación de todo su repertorio por cada proceso iniciado o cada requerimiento de pago efectuado a un tercero.

Existe, por lo tanto, una presunción iuris tantum de que las sociedades de gestión colectiva están legitimadas, conforme a lo que indiquen sus estatutos, para ejercer los derechos confiados a su administración ante cualquier autoridad administrativa o judicial. Para tal efecto, basta presentar dichos estatutos para presumir, salvo prueba en contrario, que los derechos ejercidos les han sido confiados por los correspondientes titulares.²⁰ (Énfasis agregado)

Es decir, el exigir a las Sociedades de Gestión Colectiva que justifiquen, dentro de cada procedimiento o acción que inician, cada uno de los titulares de derecho de autor o derechos conexos que representan o cada una de las obras o prestaciones que administran, supondría un obstáculo evidente a la protección de los derechos de propiedad intelectual, lo cual beneficiaría al infractor con base en simples formalidades. En este contexto, en el ámbito de los derechos patrimoniales de explotación exclusiva opera una inversión de la carga de la prueba, siendo los supuestos usuarios quienes deberían probar el no uso de obras gestionadas por las Sociedades de Gestión Colectiva, cuestión que será abordada en líneas posteriores.

5.10. Respecto de los derechos patrimoniales de explotación de remuneración, al ser de gestión colectiva obligatoria, la legitimación de las Sociedades de Gestión Colectiva no viene dada por los contratos de mandato que mantiene con sus socios, ni por los contratos de representación recíproca que hubiere suscrito con otras entidades de gestión colectiva extranjeras, sino que,

²⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial No. 372-IP-2019 de 19 de noviembre de 2019.

surge por disposición expresa de la ley (*ex lege*), en específico por el artículo 225 del COESCCI. Por lo que la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE está obligada a gestionar (monitorear, recaudar y distribuir) los derechos de todos los artistas audiovisuales aun cuando no sean socios ni estén afiliados a dicha entidad.

D. CARACTERÍSTICAS DE LA GESTIÓN, FUNCIONAMIENTO Y TARIFAS DE LA UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE:

5.11. En la especie, se deberá considerar que del artículo 2 “*Naturaleza jurídica*” del Estatuto constitutivo de la Sociedad de Gestión Colectiva en cuestión, se desprende que aquella se ha constituido para: “...*la defensa, recaudación, administración, protección y gestión colectiva de los derechos de autores audiovisuales y derechos conexos de artistas intérpretes o ejecutantes del ámbito audiovisual...*” (Énfasis agregado).

Es decir, la gestión de la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE abarca los derechos patrimoniales conexos de explotación, originados en favor de artistas intérpretes o ejecutantes del ámbito audiovisual.

5.12. Vale indicar que el antedicho estatuto constitutivo fue aprobado por la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del entonces Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual – IEPI, mediante Resolución No. 004-2015-DNDAyDC-SGC de 05 de mayo de 2015.

Por otro lado, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del entonces Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual – IEPI, mediante Resolución No. 005-2015-DNDAyDC-SGC de 25 de junio de 2015, resolvió: “**Autorizar** el funcionamiento de la Unión de Artistas y Autores Audiovisuales del Ecuador “UNIARTE” como sociedad de gestión colectiva en el Ecuador, para recaudar los derechos patrimoniales de los autores audiovisuales y derechos conexos de los artistas, intérpretes y ejecutantes de las obras audiovisuales”.

D.1. COMUNICACIÓN PÚBLICA POR RADIODIFUSIÓN (TRANSMISIÓN/EMISIÓN):

5.13. Con fecha 19 de mayo de 2017, la Sociedad de Gestión Colectiva en cuestión presentó a la Dirección Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del entonces Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual – IEPI, la solicitud de autorización de sus tarifas generales. Con fecha 16 de marzo de 2018, la Unidad de Gestión de Sociedades de Gestión Colectiva, por delegación de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del entonces Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual – IEPI, emitió el Informe No. IEPI-GSOCG-2018-0001-INF, y, con fecha 19 del mismo mes y año, la Dirección Nacional de Derecho

de Autor y Derechos Conexos dictó la Resolución No. IEPI-DNDA-GSOG-2018-002-AT mediante la cual, entre otras tarifas, se aprobó la tarifa: *“Por actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales realizados por operadores de televisión (difusión por ondas terrestres, radiodifusión televisa vía satélite, televisión sobre IP y cable) que incorporen interpretaciones fijadas la misma que refiere a los operadores de televisión en abierto y al operador monocanal”*, señalando en su sección resolutive, que: *“La entrada en vigor del tarifario se efectuará 30 días después de su publicación en el Registro Oficial, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 31 de los Estatutos de la Sociedad de Gestión UNIARTE.”*. Seguido a lo cual, con fecha 18 de mayo de 2018, se dictó la Resolución No. 002-2018-DNDAyDC-GSGC-SENADI, a través de la cual se dispuso la publicación de las tarifas autorizadas en el Registro Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, enfatizando que: *“La entrada en vigor de las tarifas señaladas en el numeral anterior, se efectuará 30 días después de su publicación en el Registro Oficial, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 31 de los Estatutos de la Sociedad de Gestión UNIÓN DE ARTISTAS Y AUTORES AUDIOVISUALES DEL ECUADOR UNIARTE”*. Dichas tarifas fueron publicadas en el Registro Oficial Edición Especial 472 de 05 de junio de 2018, por lo cual su entrada en vigor sería el 05 de julio de 2018.

5.14. Respecto de lo señalado por el accionado en la contestación, respecto de que *“si bien el 25 de junio de 2015 se otorgó el permiso de funcionamiento de UNIARTE, no es sino hasta el 14 de febrero de 2019 que se aprueban definitivamente las tarifas generales de UNIARTE”*, es preciso advertir que la resolución referida de 14 de febrero de 2019, no es una aprobación definitiva del tarifario de la Sociedad de Gestión Colectiva en cuestión, y, que la tarifa aplicable a la presente causa fue aprobada el 19 de marzo de 2018, habiendo sido publicada en el Registro Oficial Edición Especial 472 de 05 de junio de 2018, por lo cual su entrada en vigor sería el 05 de julio de 2018, situación que fue confirmada por la Unidad de Gestión de Sociedades de Gestión colectiva, mediante correo electrónico de 10 de junio de 2021.

En este contexto, se acepta la alegación formulada por los accionados respecto de que no se pueden exigir pagos de manera previa a la entrada en vigor de cada tarifa, y que, UNIARTE no puede pretender beneficiarse de pagos correspondientes a años previos a los de entrada en vigencia de sus correspondientes tarifas, dada la imposibilidad de gestionar dichos derechos.

D.2. PUESTA A DISPOSICIÓN:

5.15. Con fecha 10 de noviembre de 2020, la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE solicitó, mediante Oficio No. DG No. 015-2020: *“...pronunciarse sobre la nueva propuesta de TARIFAS DEL LIBRO II para actos de explotación de obras y de interpretaciones en fijaciones POR ACTOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN REDES DIGITALES TIPO INTERNET O DE*

TELEFONÍA MÓVIL, (Tarifa 5.1. del LIBRO II) que serán aplicados a futuro por la Sociedad de Gestión UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE” .

5.16. Mediante resolución No. SENADI-DNDA-GSOSG-2021-001-R de 10 de febrero de 2021, notificada el mismo día, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos resolvió “(...) *Por lo expuesto, tomando en cuenta las consideraciones de hecho y de derechos realizadas, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, RESUELVE: PRIMERO: Autorizar las tarifas del Libro II para actos de explotación de obras y de interpretaciones en fijaciones por actos de comunicación pública en redes digitales tipo internet o de telefonía móvil, (Tarifa 5.1. del LIBRO II) presentadas por la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE. La autorización corresponde a las siguientes tarifas: “(...) LIBRO II DERECHOS PATRIMONIALES CORRESPONDIENTES A LOS ARTISTAS INTÉRPRETES AUDIOVISUALES REPRESENTADOS POR UNIARTE (...) EPÍGRAFE 5: COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDIOVISUALES EN REDES DIGITALES TIPO INTERNET O DE TELEFONÍA MÓVIL; 5.1. POR ACTOS DE COMUNICACIÓN PÚBLICA EN REDES DIGITALES TIPO INTERNET (...) 5.1.2. Para la Comunicación Pública de señales de televisión. El responsable de la comunicación pública en la red digital deberá pagar a UNIARTE un 1,25% de sus ingresos totales de la explotación por esta actividad (...)”.*”

Seguido a lo cual, con fecha 17 de febrero de 2021, se dictó la Resolución No. SENADI-DNDA-GSOCG-2021-002-R, a través de la cual se resolvió: “**Disponer** la publicación en el Registro Oficial de la República del Ecuador, así como un diario de amplia circulación nacional, las **TARIFAS DEL LIBRO II para actos de explotación de obras y de interpretaciones por actos de comunicación pública en redes digitales tipo internet o de telefonía móvil, (Tarifa 5.1. del LIBRO II) de la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE.**”, enfatizando, que: “La entrada en vigor de las tarifas autorizadas, se producirá (30) treinta días después de la respectiva publicación en el Registro Oficial, conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 31 del Estatuto de la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE.”. Dichas tarifas fueron publicadas en el Registro Oficial No. 422, Tercer Suplemento, de 31 de marzo de 2021, por lo cual su entrada en vigor sería el 31 de abril de 2021.

En este contexto, se acepta parcialmente la alegación formulada por los accionados respecto de que no se pueden exigir pagos de manera previa a la entrada en vigor de cada tarifa.

D.3. APLICACIÓN DEL TARIFARIO:

5.17. Adicional a los antecedentes de sus tarifas autorizadas, cabe recordar que la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE está facultada por la ley, por su Estatuto, y por la autorización de funcionamiento conferida por el SENADI, entre otras cosas, a

cumplir con la función de: “Recaudación de las remuneraciones o compensaciones o rendimientos económicos devengados por las licencias o por la explotación, en cualesquiera formas, de los derechos patrimoniales que les corresponde a los autores audiovisuales y a los artistas, intérpretes y ejecutantes por sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en obras o fijaciones audiovisuales reproducidas de cualquier forma”²¹, apegado a los respectivos pliegos tarifarios.

5.18. En conclusión, la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, en cuanto Sociedad de Gestión Colectiva, debidamente autorizada para gestionar los derechos de autores audiovisuales y derechos conexos de artistas intérpretes o ejecutantes del ámbito audiovisual, goza de legitimación *ad causam* para ejercer la defensa de los derechos que le han sido confiados por disposición de la ley –sin necesidad de justificarlo o de presentar otro tipo de pruebas que aquellos documentos que reposan en los archivos de esta institución-. De ser el caso, corresponde, por tanto, al tercero accionado, demostrar documentada y justificadamente el no uso de obras audiovisuales.

5.19. Respecto al cálculo de las tarifas realizado por la parte accionante en sus escritos de tutela administrativa, los accionados han alegado que el cálculo realizado por la accionante para el cobro de haberes supuestamente adeudados es desmesurado, dado que se lo calculó sobre el total de ingresos de los accionados, sin tomar en consideración que no toda la programación se encuentra en relación con el repertorio administrado por UNIARTE y recalcó que, al constatarse el repertorio publicado por UNIARTE en su sitio web, del 100% de la programación de se habría transmitido aproximadamente el 7% del repertorio; sin embargo, hizo hincapié en que no todas ellas generaron ingresos, pues su mayoría habrían sido retransmitidas en el horario de la madrugada sin pauta publicitaria.

Sobre el tema, en criterio de esta autoridad, la alegación planteada por los accionados no tiene asidero toda vez que la legitimación de la parte accionante respecto de la gestión colectiva de los derechos patrimoniales de explotación de remuneración es *ex lege*, esto es, nace de la ley, por ende, no depende del contenido del repertorio circunscrito por contratos de mandato o representación recíproca, como sucede en el caso de los derechos patrimoniales de explotación exclusiva. Por otro lado es preciso recordar que el acto de comunicación pública se constituye indistintamente de la existencia o no de ingresos.

D.4. RESPECTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA A LA APLICACIÓN DEL TARIFARIO:

FRENTE

²¹ Numeral 2.1. del artículo 6 “Objeto y fines” del Estatuto constitutivo de la Sociedad de Gestión Colectiva en cuestión.

5.20. Asimismo, es pertinente recordar que la parte accionante, como principal fundamento de hecho de su petición de tutela administrativa, se refirió en su apartado IV.1., a “*De como operador de televisión de señal abierta que **comunica públicamente obras y grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes**” (Énfasis agregado), resaltando que*

se han constituido como organismos de radiodifusión, contando con el canal 2 y 8, respectivamente, en los que opera la estación de televisión de señal abierta con alcance regional Costa y Sierra, respectivamente, insistiendo (en cada uno de sus escritos de tutela administrativa, considerando que se presentó cada acción por cuerda separada) en que: “ a través del referido canal de televisión, mediante radiodifusión, comunica públicamente contenido audiovisual de diverso orden, que incluye grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales, cuyos derechos son gestionados por UNIARTE. Adicionalmente, cuenta con el portal web a través del cual realizan actos de puesta a disposición al público de su contenido audiovisual, entre los cuales, se incluye grabaciones audiovisuales que contienen interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales como los programas (novelas y series) entre otros.”.

5.21. En la contestación a la tutela administrativa, las partes accionadas han alegado que si bien se compone de dos compañías que comparten sus socios accionistas, difunden la misma programación y comparten el mismo repertorio de programación en sus diferentes áreas de operación independiente y áreas de operación zonal, es una cadena de televisión abierta, conforme lo prescrito en el artículo 119 de la Ley Orgánica de Comunicación y artículo 16 del Reglamento para otorgar títulos habilitantes para el régimen de telecomunicaciones y frecuencias del espectro radioeléctrico; por lo cual concluye que “...UNIARTE incurre y por tanto intenta arrastrar a la autoridad a un despropósito técnico jurídico, al ansiar cobrar dos ocasiones por los derechos que gestiona sobre una única radiodifusión...la transmisión de contenidos dramáticos y otros, se realiza en cadena, o desde una sola matriz, no percibe regalías por la comunicación pública de sus contenidos propios por duplicado”. Señaló además “solicito que se valore el abuso del derecho en el presente caso, ya que es evidente que es, la misma acción contra una sola entidad, cadena y emisión.”.

5.22. Sobre los artículos antes mencionados, es preciso indicar que de su contenido y cita, se ha observado que el artículo correspondiente al Reglamento para otorgar títulos habilitantes para el régimen de telecomunicaciones y frecuencias del espectro radioeléctrico, relativo a las Autorizaciones para establecer redes eventuales o permanentes para compartir una misma

programación por más de cuatro horas diarias, no es el artículo 16, como indicó el accionado en su contestación, sino el 116. Para una inmediata referencia se cita la normativa:

Ley Orgánica de Comunicación:

“Art. 119.- Enlaces de programación.- Para asegurar la comunicación intercultural y la integración nacional, los medios de comunicación podrán constituirse, sin necesidad de autorización, en redes eventuales o permanentes que libremente compartan una misma programación hasta por cuatro horas diarias.”

Reglamento para otorgar títulos habilitantes para el régimen de telecomunicaciones y frecuencias del espectro radioeléctrico:

“Art. 116.- Autorizaciones para establecer redes eventuales o permanentes para compartir una misma programación por más de cuatro horas diarias.- La Dirección Ejecutiva de la ARCOTEL podrá autorizar el establecimiento de redes eventuales o permanentes para que los medios de comunicación social que presten servicios de radiodifusión de señal abierta, puedan compartir su programación por más de cuatro horas diarias, con observancia de las siguientes definiciones Red eventual.- Es aquella que está conformada por medios de comunicación de radiodifusión de señal abierta, que comparten una misma programación de forma no regular para fines específicos excepcionales y no permanentes Red permanente.- Es aquella que está conformada por medios de comunicación de radiodifusión de señal abierta, que comparten una misma programación de forma regular manteniendo la obligación de que cada medio de comunicación transmita su propia programación diaria, en al menos el 50% en los horarios que van desde las 06h00 hasta las 22h00 que comprenden a las franjas horarias "familiar" y de responsabilidad compartida", de conformidad con la Ley Orgánica de Comunicación.

Para los horarios que no sean aptos para todo público, no aplica la restricción del porcentaje establecido en el inciso anterior. La autorización de redes eventuales o permanentes no exime a los medios de comunicación de radiodifusión de señal abierta del cumplimiento de las demás obligaciones establecidas en la Ley Orgánica de Comunicación Cuando los enlaces de programación se realizan hasta por cuatro horas diarias, no se requiere autorización de la ARCOTEL No constituyen redes eventuales o permanentes la retransmisión que por su propia iniciativa, realicen los medios de comunicación de los programas de rendición de cuentas realizados por las autoridades públicas. Tales retransmisiones no requieren de ninguna autorización conforme lo dispone el artículo 81 del Reglamento General a la Ley Orgánica de Comunicación.”

5.23. Con base en todo lo anterior, esta Dirección Nacional considera que la normativa invocada por el accionante no es fundamento para acreditar que la cadena televisiva se constituye en una sola persona jurídica que realiza un única radiodifusión, en este sentido, las obligaciones se generan de forma independiente para cada una de las compañías, en cuanto organismos de radiodifusión autónomos, obligándolas a responder por los pagos de manera individual. Esto no es óbice para que esta autoridad haya decidido la acumulación de autos, pues aquello no implica un reconocimiento de que se trata de la misma persona jurídica, sino de que el objeto de ambas acciones está relacionado. A este respecto esta Dirección Nacional en su providencia de 16 de diciembre de 2020 señaló:

“La parte accionada...se ha referido que, entre otras cosas, existe “identidad de personas”, argumento refutado por esta autoridad toda vez que de la verificación de la parte accionada de los trámites No. 015-2020 DNDAYDC y 016-2020 DNDAYDC, se desprende que se trata de dos personas jurídicas distintas, tal es así que sus representantes legales son dos personas diferentes; sin perjuicio de lo cual, esta autoridad indica que, con base en lo previsto en el artículo 143 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), es posible realizar la acumulación de autos entre los trámites 015-2020 DNDAYDC y 016-2020 DNDAYDC, motivo por el cual, se dispone que por secretaría se sienta razón de lo expuesto y se unifiquen los expedientes correspondientes a los trámites antedichos”

En consecuencia, en virtud de lo antes expuesto se rechaza las alegaciones formulada a este respecto por los accionados.

E. NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO EN FAVOR DE ARTISTAS INTÉRPRETES O EJECUTANTES DEL ÁMBITO AUDIOVISUAL:

5.24. La traba de la Litis respecto del nacimiento del derecho y el aparecimiento de la obligación de pago conforme al tarifario, obliga a esta autoridad a pronunciarse sobre el momento en que la mencionada Sociedad de Gestión Colectiva estaría, efectiva y legalmente, facultada para demandar el cobro que corresponda a cada hecho en particular.

En específico, si bien el derecho de remuneración equitativa a favor de los artistas audiovisuales en el Ecuador se originó con la expedición del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, esto es el 09 de diciembre de 2016, es importante también determinar, dentro de la especie, el momento en el cual la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE podía exigir el cumplimiento de dicha obligación y, por tanto, empezar a recaudar el pago de los derechos por los actos de comunicación

pública de obras y/o grabaciones audiovisuales realizados por dicho organismo de radiodifusión y puesta a disposición de las mismas.

5.25. En este contexto, brevemente se indica que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconoce a favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes: derechos morales (artículo 223) y derechos patrimoniales distinguiendo entre derechos exclusivos (artículo 224) y derechos de remuneración equitativa (artículo 225); al compararlos con los derechos consagrados en la Ley de Propiedad Intelectual en favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes, y en particular, la gestión de dichos derechos, se desprende que el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en su artículo 225, en su quinto inciso, ordena: *“Los derechos establecidos en este artículo, serán de gestión colectiva obligatoria.”*, es decir la gestión colectiva obligatoria de los derechos de remuneración equitativa consagrados en favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes nació con el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (reconocimiento cualitativo), mismo que entró en vigencia el 09 de diciembre de 2016; no obstante, a efectos de poder imputar a un tercero el cumplimiento de la obligación de pago, aquella está supeditada a contar con un pliego tarifario, que determine cuantitativamente la obligación.

5.26. Por tanto, en criterio de esta autoridad, la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE no puede, mediante la presente acción de tutela administrativa pretender cobrar por: a) Actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales realizados por operadores de televisión (difusión por ondas terrestres, radiodifusión televisa vía satélite, televisión sobre IP y cable) que incorporen interpretaciones fijadas la misma que refiere a los operadores de televisión en abierto y al operador monocanal, de manera previa a que dicha tarifa entre en vigor, es decir previo a julio de 2018; b) Actos de comunicación pública de obras audiovisuales en redes digitales tipo internet o de telefonía móvil (puesta a disposición), de manera previa a que dicha tarifa entre en vigor, es decir previo a abril de 2021; sobre este derecho es preciso advertir que la propia accionante en la solicitud de aprobación de esta tarifa señaló: *“...que serán aplicados a futuro por la Sociedad de Gestión UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE”*.

5.27. En este contexto, se insiste en que se acepta parcialmente la alegación formulada por los accionados respecto de que no se pueden exigir pagos de manera (retroactiva) previa a la entrada en vigor de cada tarifa, por lo que, de comprobarse la existencia de una obligación de pago en favor de la Sociedad de Gestión Colectiva, esta autoridad considerará únicamente el período posterior a la entrada en vigencia del correspondiente tarifario hasta la fecha en la que las acciones de tutela administrativa fueron presentadas (11 de septiembre de 2020).

SEXTO.- INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA RESPECTO DE LA VIOLACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

A. CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA:

6.1. Sobre el tema, ya se ha pronunciado esta Dirección Nacional en diversas resoluciones dictadas dentro de trámites de tutelas administrativas, así por ejemplo, Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2020-059-R de 27 de agosto de 2020 y Resolución No. SENADI-DNDAYDC-2020-076-R de 17 de diciembre de 2020.

No obstante, por ser de interés, esta autoridad insiste en el presente Considerando respecto del análisis y aplicación de la figura de la carga dinámica de la prueba a la presente causa.

6.2. Respecto de la prueba de la infracción, es importante advertir que si bien el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos indica que: **“Art. 169.- Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.”**, para estos casos, con base en la legitimación presunta de la que gozan las sociedades de gestión colectiva, así como lo prescrito en el artículo 257 del COESCCI, el ordenamiento jurídico invierte la regla respecto de la carga de la prueba, debido a que resulta lógico que se exija probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

“La carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

(...) aplica un paradigma más laxo del derecho probatorio, usada por el juez cuando de la aplicación de los presupuestos tradicionales de carga de la prueba existe la posibilidad de que quede la verdad al margen del proceso ante un marcado desequilibrio entre las partes, radicado en que sobre una de ellas pesa la imposibilidad de aportar la prueba en relación con los hechos que sustentan la norma que invoca y la pretensión que persigue (...).”²²

Pudiendo en consecuencia:

²² DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos. La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. En: Entramado. Enero - Julio, 2016 vol. 12, no. 1, p. 1 y 209, <http://dx.doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>.

“(...) distribuir la responsabilidad de probar tales hechos entre las partes, en atención al criterio de favorabilidad de la posición de cada parte respecto de la tarea de desahogar la prueba en cuestión, sin consideración al efecto jurídico procesal que una u otra parte persigan... en procura que en el proceso aparezcan demostrados los hechos en que se fundan las alegaciones de las partes, indistintamente de cuál es la posición procesal ocupada por cada una de ellas y cuál es el efecto jurídico que están persiguiendo en el proceso, orientando de ese modo la actividad probatoria hacia la búsqueda de la verdad.”²³

6.3. Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Argentina, el 26 de noviembre de 2014, dentro del expediente No.18131/2012, si bien hace referencia a otros titulares de derechos conexos, como son los productores de fonogramas, indicó:

“...la actora señaló que la encartada no había cumplido tampoco con la estipulación del art. 40 del decreto 41.233/34 (TO Dto. 1.670/74), reglamentario de la ley 11.723, que obliga a “anotar en planillas diarias por riguroso orden de ejecución el título de todas las obras y el nombre o seudónimo de los interpretes principales y el del productor de fonogramas o su sello o marca de reproducción utilizada” “La demandada, por su parte,...negó en todo momento deber suma alguna, al sostener que incumbía a la accionante la prueba de la utilización de obras en su programación, lo que no había hecho... insistió en que al no encontrarse probada en el proceso el efectivo uso por su parte de fonograma alguno, debe revocarse la condena de pago.”

Con estos antecedentes, la Corte Argentina señaló que:

*“La Sociedad Argentina de Autores (SADAIC) brindó información crucial para la resolución del caso. Es que la referida asociación, en virtud de la ley 17.648, tiene a su cargo la percepción de los derechos económicos de autor emergentes de la utilización de las obras musicales y literarias musicalizadas; y **en tal carácter requiere a las emisoras la confección y envío de planillas con el detalle de fonogramas emitidos...** cabe señalar **que la conducta procesal de la accionada, que se limitó en todo momento a una negativa genérica, sin coleccionar elementos serios que pudieran sustentar su postura, viola el deber de cooperación** que está en cabeza de todos los intervinientes en el pleito para el buen resultado de la jurisdicción. **Se ha ignorado, por ende, que el proceso judicial es un obrar compartido, el cual se traduce en un esfuerzo común. Es que el mismo principio de buena***

²³ Ibídem

fe le imponía a Desup S.A. aportar todas las pruebas que estaban a su alcance para el esclarecimiento de la verdad. (Énfasis agregado)

Adicionalmente, la Corte reconoció que:

“...la reproducción de fonogramas en las emisiones radiales resulta ser un hecho notorio; pues aún en el caso de los programas de noticias se emiten temas musicales, ya sea como música de fondo, “cortina”, etc.” Y que “...los hechos notorios se encuentran exentos de acreditación, en tanto contienen en sí mismos una prueba pre constituida con relación al proceso y son, en consecuencia, susceptibles de deparar un grado de certeza equivalente e incluso más intenso que el que puede extraerse de las pruebas comunes” (Énfasis agregado)

Reconociendo en consecuencia que “en el caso se produjo el supuesto que se ha denominado de ‘carga probatoria sobreviniente’”, situación que conlleva a que se configure lo que esta Dirección Nacional denomina carga dinámica de la prueba.

6.4. Dentro de la causa, y para fortalecer la aplicación de la carga dinámica de la prueba, es pertinente hacer una precisión en cuanto a la naturaleza de las compañías

y es que aquellas ostentan la calidad de organismos de radiodifusión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 de la Decisión 351, que establece:

“Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:
(...) Organismo de radiodifusión: Empresa de radio o televisión que transmite programas al público. (...).”

En este sentido, las hoy accionadas están obligadas a cumplir lo determinado en el artículo 257 del COESCCI, cuyo análisis y alcance será desarrollado en el siguiente Considerando.

6.5. Con base en lo anterior, las compañías
eran quienes debían probar que no han usado ni han comunicado públicamente grabaciones audiovisuales que incorporan interpretaciones fijadas gestionadas, de manera obligatoria, por la hoy accionante; al respecto, y considerando la presunción de legitimidad de la que gozan las Sociedades de Gestión Colectiva, de la revisión del expediente administrativo no se desprende documento alguno mediante el cual la accionada desvirtúe las alegaciones expuestas en su contra por la parte accionante, en cuanto a que realizan actos de comunicación pública y puesta a disposición de

obras y/o grabaciones audiovisuales que incorporan interpretaciones fijadas, siendo únicamente rebatido el cálculo de derechos de remuneración equitativa realizado por la Sociedad de gestión en cuestión, situación que se analizará más adelante.

6.6. Sin perjuicio de lo antes señalado, se debe destacar que la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, pese a no tener obligación de probar los hechos que se presumen de acuerdo con la ley –y, que en la causa, pueden constituirse en hechos públicos y notorios-, mediante su petición de tutela administrativa presentó diligencias notariales de constatación así como de las materializaciones del portal web de los cuales se puede concluir que la parte accionada ha realizado actos de comunicación pública, que generan una contraprestación (remuneración equitativa) a favor de los artistas intérpretes y ejecutantes, derechos que son de gestión colectiva obligatoria.

SÉPTIMO.- OBLIGACIÓN DE LLEVAR CATÁLOGOS, REGISTROS O PLANILLAS MENSUALES Y REMITIRLAS A LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA (ART. 257 DEL COESCCI)

7.1. El accionante ha alegado que los accionados no han cumplido con lo prescrito en el artículo 257 del COESCCI, respecto de lo cual (han señalado que se encuentran regulados por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, por materia, la ley aplicable es la Ley de Comunicación (artículo 91), “sin embargo, se debe entender a estos dos artículos antes mencionados como una unidad; dado que tanto la Ley de Comunicación y el Código Orgánico de la Economía Social del Conocimiento, Creatividad e Innovación, prescriben lo mismo, la obligatoriedad de mantener respaldos de la programación, ante esto, la ley aplicable (Ley de Comunicación”, prescribe un límite de tiempo a esta conservación de la programación. Es por ello que, sí, en efecto, existe la obligatoriedad de conservar la programación, y, el tiempo para conservarlo es de hasta 180 días, como prescriben las dos normas antes citadas.”

Respecto de esta cuestión es preciso citar al artículo 257 del COESCCI, que manda:

“Artículo 257.- De la obligación de llevar registro los organismos de radiodifusión, televisión o cable.- Todos los organismos de radiodifusión, televisión o cable y en general quienes realicen comunicación al público de obras, interpretaciones o ejecuciones, emisiones o fonogramas protegidos, con fines comerciales y que realicen una selección detallada de los materiales que comunican directamente al público, deberán llevar catálogos, registros o planillas mensuales en las que se registrará por orden de difusión, el título de las obras difundidas y el nombre de los autores o titulares de los derechos de

autor y derechos conexos que correspondan y sean de su conocimiento. Dichos catálogos, registros o planillas deberán ser remitidos a cada una de las sociedades de gestión colectiva y a la entidad única recaudadora de los derechos por comunicación pública para los fines establecidos en este Capítulo.

La sociedad de gestión colectiva deberá otorgar recibos o constancias que den cuenta de la recepción de los catálogos, registros o planillas de los que trata el presente artículo.”

7.2. De conformidad con la doctrina, las principales actividades de las sociedades de gestión colectiva son el monitoreo de uso de obras y prestaciones, la recaudación de valores a pagarse y su distribución. Para llevar a cabo estas actividades, la doctrina señala, que se cuenta con sistemas de información completa, selectiva o sustitutiva.

7.3. Delia Lipszyc señala que dentro del sistema de información completa, se encuentra el régimen de planillas de programación que provienen directamente de los difusores de contenidos, tales como: organismos de radiodifusión. Es así, que el artículo 257 del COESCCI recoge este sistema de información completa y establece el deber de colaboración de los organismos de radiodifusión para garantizar la gestión colectiva de los creadores

7.4. Sobre este tema, los accionados por intermedio de sus abogados , en la práctica de la diligencia de audiencia alegaron que era obligación de la Sociedad de Gestión Colectiva en cuestión, insistir en la entrega de esta documentación, además, en los respectivos escritos de contestación a la tutela administrativa, alegaron que se encontraban impedidas de entregar dicha información, con base en el artículo 91 de la Ley Orgánica de Comunicación, toda vez que éste obliga a mantener las grabaciones de su programación y publicidad únicamente durante los 180 días posteriores a su fecha de emisión, conforme lo siguiente:

“Art. 91.- Archivo de soportes.- La programación y la publicidad, de los medios de comunicación de radiodifusión sonora y de televisión deberá grabarse y se conservará hasta por ciento ochenta días a partir de la fecha de su emisión.”

Con base en lo anterior alegaron que para la fecha en que la Sociedad de Gestión solicitó dicha documentación, ellos ya no tenían la obligación de conservarla, además que resaltaron:

“Al ser una entidad regulada por el Consejo de Regulación, Desarrollo y Promoción de la Información y Comunicación, por la materia, la ley aplicable es la Ley de Comunicación, sin embargo, se debe entender a estos dos artículos antes mencionados como una unidad; dado que, tanto la Ley de Comunicación y el Código Orgánico de la

Economía Social del Conocimiento, Creatividad e Innovación, prescriben lo mismo, la obligatoriedad de mantener respaldos de la programación, ante esto, la ley aplicable (Ley de Comunicación), prescribe un límite de tiempo a esta conservación de la programación. Es por ello que, sí, en efecto, existe la obligatoriedad de conservar la programación, y, el tiempo para conservarlo es de hasta 180 días, como prescriben las dos normas antes citadas.”

Dichas aseveraciones, a criterio de esta autoridad resultan equivocadas, por cuanto de la lectura del artículo 257 del COESCCI se desprende que la obligación de llevar catálogos, registros o planillas mensuales de las obras transmitidas y de remitirlas a cada una de las sociedades de gestión colectiva, recae en los organismos de radiodifusión, sin necesidad de que aquellas requieran o insistan en su entrega. En este sentido es responsabilidad de los organismos de radiodifusión atender lo previsto en el artículo 257 del COESCCI. Esta autoridad se permite recordar además el aforismo jurídico que dice que nadie puede beneficiarse de su propio dolo.

7.5. Respecto de la supuesta antinomia normativa, alegada por el accionado, entre el artículo 91 de Ley Orgánica de Comunicación de Comunicación y el artículo 257 del COESCCI, se debe observar lo prescrito en el artículo 425 de la Constitución del Ecuador, que establece:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

***La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”** (Énfasis agregado)*

De este modo, el COESCCI, conforme lo prescrito en el artículo antes citado, es la norma especial competente en el ámbito de la Propiedad Intelectual, por lo que ante el uso, gestión y demás acciones relacionadas a la explotación de obras o prestaciones, se lo debe aplicar sin excepción alguna; es decir, la aplicación u origen de una obligación prescrita en otras normas (por ejemplo, Ley Orgánica de Comunicación) no es excusa para incumplir las obligaciones prescritas en la

normativa competente en el ámbito de la Propiedad Intelectual. En virtud de todo lo expuesto se acepta la alegación formulada por el accionante.

7.6. Además, es preciso indicar que esta obligación estaba prevista en el artículo 118 de la Ley de Propiedad Intelectual, norma que a la letra manda:

“Art. 118.- Todos los organismos de radiodifusión y en general quien realice cualquier acto de comunicación pública de manera habitual, deberán llevar catálogos, registros o planillas mensuales en el que se registrará por orden de difusión, título de las obras difundidas y el nombre de los autores o titulares de los derechos de autor y conexos que correspondan y, remitirlas a cada una de las sociedades de gestión y a la entidad única recaudadora de los derechos por comunicación pública, para los fines establecidos en esta Ley.

Las autoridades administrativas, policiales o municipales, que ejerzan en cada caso las funciones de vigilancia e inspección con ocasión de las cuales conozcan sobre las actividades que puedan dar lugar a las remuneraciones indicadas en el artículo anterior, están obligadas a informar a las entidades de gestión.”

En este contexto, considerando que la fecha de autorización de funcionamiento de la _____ es el 25 de junio de 2015, la obligación de remitir mensualmente al accionante, los catálogos, registros o planillas, por parte de las accionadas, empezó en esa fecha.

OCTAVO.- OTRAS ALEGACIONES DE

8.1. Frente a la no entrega de información por parte de _____ a la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, y su consecuente ausencia de datos para el cálculo de valores adeudados, el accionante realizó el cálculo de los valores adeudados conforme lo reflejado en los datos públicos obtenidos del portal web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del balance de las compañías accionadas, en el período de 2016 a 2019, conforme las materializaciones aportadas como prueba junto a las acciones de tutela administrativa, al tenor de lo previsto en el numeral 2.1.2 del Libro II de las tarifas de UNIARTE, es decir, aplicó un sistema de reducción de los ingresos de explotación del operador del 40%.

8.2. Respecto a lo alegado por el accionado en cuanto a que la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE no ha cumplido con su lineamiento estatutario, al no darse un proceso justo, sobre negociación, tarifas y cobro, es menester señalar que, en criterio de

esta autoridad, la interpretación del Estatuto realizada por el accionado es equivocada por cuanto el artículo 6 en el que se fundamentó para concluir lo dicho, se refiere a los objetivos, fines y funciones de la sociedad de gestión colectiva en cuestión, mas no a un procedimiento que debe seguir con miras a recaudar los valores a pagarse por el uso de prestaciones protegidas.

Sobre el tema, es preciso advertir que estamos frente a una situación que se regenta por las normas del Derecho Privado, mismas que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad; en este contexto, es absurdo que la accionada condicione el cumplimiento de una obligación de pago y quiera impedir al accionante el inicio de acciones administrativas con base en la supuesta falta de un procedimiento de cobro.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester señalar que el accionante ha presentado ingente cantidad de documentos que acreditan su afán de negociar con tal como las materializaciones de comunicaciones mantenidas mediante correo electrónico de parte de UNIARTE a de fechas 15 de julio de 2019, 19 de junio de 2020, 7 de julio de 2020. Por otro lado, tampoco existe una vulneración al derecho a la defensa del accionado pues en una negociación no se está ejerciendo el derecho de acción y por tanto no se puede hablar de ejercicio del derecho de defensa. Además aquél ha sido ejercido, oportunamente, en el marco del presente procedimiento administrativo.

8.3. Por otro lado, la accionada ha señalado que ha realizado el pago por concepto de remuneración equitativa de forma directa a los artistas y autores audiovisuales conforme se desprende de los contratos que mantiene con ellos.

Respecto del cumplimiento del pago de remuneración equitativa por parte de los accionados, es preciso indicar que los contratos individuales suscritos con los artistas audiovisuales así como las licencias adquiridas a distintos productores enunciadas por las accionadas no justifican el pago de los derechos de remuneración, puesto que aquellos se suscribieron o celebraron con los accionados, en cuanto productores audiovisuales, y reflejan la contraprestación económica originada por la fijación de las interpretaciones o ejecuciones. Es decir, en dichos contratos se contempla un pago distinto al que obliga el artículo 225 del COESCCI, respecto a la remuneración equitativa por comunicación pública de interpretaciones o ejecuciones realizadas por organismos de radiodifusión, así se insiste en que el pago a productores no refiere a los derechos de remuneración que corresponden a los artistas intérpretes y ejecutantes.

En este contexto, sobre la gestión de una obra audiovisual, es necesario comprender que existen diferentes roles que viabilizan su explotación. Por un lado, se encuentra el productor audiovisual, en cuanto sujeto que asume el riesgo, la iniciativa y la responsabilidad de la realización de la obra,

y, por otro, se encuentra el organismo de radiodifusión que es el encargado de comunicar públicamente las obras y prestaciones protegidas. Estas calidades pueden ser ejercidas por la misma o por distintas personas, indistintamente de ello, las obligaciones y derechos que tiene cada rol son independientes entre sí.

En consecuencia, el contrato suscrito como productor audiovisual, y los diferentes artistas audiovisuales no exime, a los accionados del cumplimiento de sus obligaciones en cuanto organismo de radiodifusión. Sin perjuicio de lo cual es menester advertir además que si bien los accionados transmiten obras que son de su producción, también lo hacen respecto de aquellas que no lo son, y sobre las cuales, de igual manera, debe cancelar los respectivos derechos de remuneración equitativa.

8.4. Adicional a todo lo analizado, en relación a los argumentos de defensa de la accionada, respecto al supuesto enriquecimiento ilícito por parte de la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE al pretender recaudar valores ya pagados, esta autoridad concluye que, de la revisión de documentos aportados al procedimiento administrativo así como de los fundamentos de hecho y de derecho expuestos dentro de la causa, no se desprende evidencia alguna que soporte tales alegaciones.

NOVENO.- MEDIDAS ORDENADAS DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

9.1. El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, respecto de la observancia y las atribuciones de vigilancia y sanción para reprimir actos que vulneren derechos de Propiedad Intelectual, dispone:

“Artículo 559.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales ejercerá, de oficio o a petición de parte, funciones de inspección, monitoreo y sanción para evitar y reprimir infracciones a los derechos de Propiedad Intelectual.”

“Artículo 560.- Medidas ordenadas por la autoridad en materia de propiedad intelectual.- La autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá ordenar la adopción de una o más de las siguientes medidas:

- 1. Inspección;*
- 2. Requerimiento de información incluyendo la facultad de ordenar la presentación de documentos u objetos que se encuentren bajo el control o posesión del presunto infractor;*
- 3. Sanción de la infracción de los derechos de propiedad intelectual; y,*
- 4. Las demás providencias preventivas previstas en la norma general de procesos.”*

A. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN:

9.2. El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, respecto del requerimiento de información, establece:

“Artículo 567.- Requerimiento de información.- Cuando se presuma la infracción de derechos de propiedad intelectual o la inminencia de dicha infracción, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales podrá requerir que se le proporcione cualquier información que permita establecer la existencia o no de tal infracción o su inminencia.

La información deberá ser entregada dentro del término de quince días desde la fecha de la notificación. La falta de contestación al requerimiento de información se tendrá como un indicio en contra del presunto infractor.” (Énfasis agregado)

9.3. En la especie, mediante el escrito inicial de acción de tutela administrativa, la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE solicitó que se requiera a *“...la información de catálogos, parrilla de programación, registros y planillas de las obras y fijaciones audiovisuales que contengan interpretaciones y ejecuciones de artistas intérpretes audiovisuales correspondientes a los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020”*, lo cual fue atendido por las accionadas mediante su escrito de contestación a la tutela administrativa presentada en su contra, situación que si bien implica el cumplimiento respecto del requerimiento de información formulado en el presente procedimiento administrativo no subsana el incumplimiento de la obligación prescrita en el artículo 257 del COECCI.

DÉCIMO.- MULTA Y JUSTIFICACIÓN

10.1. El COESCCI establece:

“Artículo 569.- Resolución motivada.- Vencido el término de prueba o realizada la audiencia mencionada en el artículo precedente, según corresponda, la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales emitirá resolución motivada.

Si se determinare que existió infracción de los derechos de propiedad intelectual, se sancionará al infractor con la clausura del establecimiento de tres a siete días o con una multa de entre uno coma cinco salarios básicos unificados, hasta ciento cuarenta y dos salarios básicos unificados atendiendo a la naturaleza de la infracción y los criterios que para el efecto establezca el reglamento correspondiente. En la misma resolución podrá

disponerse la adopción de cualquiera de las medidas previstas en esta Sección o confirmarse las que se hubieren ordenado con carácter provisional. (...)”.

A. FIJACIÓN DE LA MULTA:

10.2. La antedicha norma legal (artículo 569 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación) reconoce un margen de discrecionalidad reglada para que la autoridad administrativa establezca una multa, misma que por su naturaleza en cuanto a su fijación o valoración es *arbitrio iuris*, en consecuencia, puede ser fijado libremente por la autoridad, puesto que no se repara un daño, sino se configura una sanción al infractor siempre que se encuadre dentro de los parámetros previstos en la norma, de ahí que de forma análoga a lo que sucede con el daño punitivo en el sistema anglosajón, la multa debe ser disuasiva, para que de este modo el infractor modifique su conducta y no continúe realizando prácticas que riñen con lo previsto en el ordenamiento jurídico.

Sobre el tema, es preciso citar a Juan Carlos Henao, quien señala:

*“... Si la política pública que justifica el daño punitivo en el sistema anglosajón es la de regular conductas mediante las sanciones económicas, en nuestro sistema son muchos los mecanismos que para tal efecto se tienen, verbigracias, las sanciones administrativas que puede imponer el Estado a las personas naturales o jurídicas. Dicha sanción, que buscaría el mismo objetivo que el daño punitivo, sería en favor de quien sufre el daño, es decir, la sociedad en su conjunto... **no se está indemnizando un daño sino castigando a un responsable...**”²⁴ (Énfasis agregado)*

10.3. En este contexto, no es necesario que esta autoridad justifique el valor de la multa prevista siempre que la misma cumpla con su carácter disuasivo y se encuadre dentro de la discrecionalidad reglada y, por tanto, de los parámetros que la norma prevé.

10.4. No obstante lo anterior, para la fijación de la respectiva sanción, esta Autoridad considera pertinente destacar que la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, en los escritos de tutela administrativa, ha señalado como pretensión, que se imponga a la accionada, la máxima sanción económica por las infracciones a derechos de propiedad intelectual cometidas durante el período del año 2016 a 2020; a este respecto, cabe indicar que la infracción por el no pago de los derechos de remuneración equitativa, conforme las tarifas

²⁴ HENAO, Juan Carlos. El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado de derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1999. P. 48 – 49.

analizadas en el Considerando Quinto de la presente resolución, aplicaría a partir del 05 de julio de 2018, con relación al derecho de comunicación pública (tarifa por actos de comunicación pública de obras y/o grabaciones audiovisuales realizados por operadores de televisión (difusión por ondas terrestres, radiodifusión televisa vía satélite, televisión sobre IP y cable) que incorporen interpretaciones fijadas la misma que refiere a los operadores de televisión en abierto y al operador monocanal"); y a partir del 31 de marzo de 2021, con relación al derecho de puesta a disposición (tarifa del Libro II para actos de explotación de obras y de interpretaciones en fijaciones por actos de comunicación pública en redes digitales tipo internet o de telefonía móvil).

Es decir, para la fijación de la sanción esta autoridad considerará el no pago por el concepto de derechos de remuneración equitativa por la comunicación pública de interpretaciones y ejecuciones protegidas, únicamente en el período comprendido entre el 05 de julio de 2018 a 11 de septiembre de 2020 (fecha en que las acciones de tutela administrativa se iniciaron), no pudiendo considerar infracción alguna en contra del derecho de puesta a disposición, toda vez que a la fecha de inicio de las acciones de tutela administrativa, la tarifa que aplicaría no se encontraba en vigor.

10.5. Por otro lado, es pertinente advertir que el accionado nunca pudo acreditar el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 257 del COESCCI, situación que también será considerada a efecto de calcular el valor de la sanción.

10.6. Por tanto, para la fijación de la respectiva sanción a _____, esta Autoridad considera:

a) El no pago de los derechos de remuneración equitativa por la comunicación pública de interpretaciones y ejecuciones protegidas, comprendido en el período del 05 de julio de 2018 al 11 de septiembre de 2020.

b) El incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 257 del COESCCI y 118 de la Ley de Propiedad Intelectual (de julio de 2015 a septiembre de 2020, esto es por más de 60 meses).

Se recuerda que el artículo 569 del COESCCI ha establecido como límite máximo para la multa *ciento cuarenta y dos salarios básicos unificados*, siendo éstos: \$56.800.

10.7. Por otro lado, para la fijación de la respectiva sanción a _____ esta Autoridad considera:

- a) El no pago de los derechos de remuneración equitativa por la comunicación pública de interpretaciones y ejecuciones protegidas, comprendido en el período del 05 de julio de 2018 al 11 de septiembre de 2020.
- b) El incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 257 del COESCCI y 118 de la Ley de Propiedad Intelectual (de julio de 2015 a septiembre de 2020, esto es por más de 60 meses).

Se recuerda que el artículo 569 del COESCCI ha establecido como límite máximo para la multa *ciento cuarenta y dos salarios básicos unificados*, siendo éstos: \$56.800.

DÉCIMO PRIMERO.- COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

11.1. Dentro del escrito de petición de tutela administrativa, la parte accionante, conforme el artículo 571 del COESCCI, y alegando que las accionadas prestan un servicio debidamente autorizado por el Estado a través de la concesión de frecuencias, solicitó que se establezca el monto de compensación económica por los actos de comunicación pública de las interpretaciones y ejecuciones fijadas en fijaciones audiovisuales realizado durante los años 2016 a 2020, aplicando las tarifas de la UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, así como se ordene el cese de los actos que constituyen las infracciones.

11.2. El artículo mencionado establece:

“Artículo 571.- Compensación por infracción de derechos de propiedad intelectual.- En el caso de utilización de derechos de propiedad intelectual, sin autorización del titular, por parte del Estado o de un tercero autorizado por el Estado, la autoridad judicial competente o la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, podrá restringir las acciones o recursos contra tal utilización, al pago de una compensación, cuyo monto será fijado por el órgano que adoptó la medida. Las personas naturales o jurídicas de derecho privado, sólo podrán beneficiarse de esta excepción cuando la utilización haya sido realizada en función de una relación de cualquier tipo con el Estado o cualquiera de sus instituciones.” (Énfasis agregado)

11.3. A este respecto el Órgano Colegiado de Derechos Intelectuales mediante resolución No. OCDI-2020-752 de 27 de octubre de 2020, notificada el 30 del mismo mes y año, señaló, respecto de a la aplicabilidad del artículo 571 del COESCCI:

“Para entender la aplicabilidad de este artículo hay que analizar los elementos del mismo, sin menoscabar su tenor literal, así tenemos: “Compensación por infracción de derechos de

propiedad intelectual”, es evidente que este artículo se refiere claramente a una compensación por la utilización de derechos de propiedad intelectual y no a una indemnización por daños y perjuicios, como lo alega la parte recurrente.

“En el caso de utilización de derechos de propiedad intelectual, sin autorización del titular, por parte del Estado o de un tercero autorizado por el Estado”, se refiere al uso de uno o varios derechos de propiedad intelectual por el Estado propia y directamente, o por un tercero autorizado por el Estado, en este caso el espectro radioeléctrico constituye un subconjunto de ondas electromagnéticas u ondas hertzianas fijadas convencionalmente por debajo de 3000 GHz, que se propagan por el espacio sin necesidad de una guía artificial. A través del espectro radioeléctrico es posible brindar una variedad de servicios de telecomunicaciones que tienen una importancia creciente para el desarrollo social y económico de un país. El espectro radioeléctrico es considerado por la Constitución de la República de acuerdo al artículo 313 como un sector estratégico, por tanto, el Estado se reserva el derecho de su administración, regulación, control y gestión. Dentro de este contexto, La legislación de telecomunicaciones ecuatoriana lo define como un recurso natural limitado, perteneciente al dominio público del Estado, inalienable e imprescriptible, ergo, para que pueda operar y realizar su giro de negocio que de acuerdo a lo constante en autos consiste en dar servicio digital de audio y video por abono por lo que necesariamente debe estar autorizado por el Estado para usar el mencionado espacio radioeléctrico, por lo tanto, queda establecido que esta parte de la norma analizada concuerda con los hechos de este caso; por lo tanto de acuerdo a la parte final de la norma antes transcrita:

“la autoridad judicial competente o la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, podrá restringir las acciones o recursos contra tal utilización, al pago de una compensación, cuyo monto será fijado por el órgano que adoptó la medida”.

Sobre este punto, en primer lugar es menester señalar que el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, de conformidad con el Decreto Ejecutivo 356, publicado en el Suplemento No. 224 al Registro Oficial de 18 de abril del 2018, es la autoridad nacional competente en materia de propiedad y tiene competencias y atribuciones para la observancia de los derechos de propiedad intelectual y en virtud, es competente para fijar el pago de la compensación por infracción de derechos de propiedad intelectual, con el objetivo de que se restrinja el uso (utilización) por el infractor autorizado por el Estado (en este caso para usar el espacio radioeléctrico) como una medida para que no se vuelva a repetir la infracción

cometida, tomando en cuenta que para la retransmisión de obras protegidas por el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación se requiere la autorización del titular del derecho o en su defecto de la entidad de gestión colectiva que le represente, artículos 120, 123 numeral 5, y 239, inciso 1ro, al igual que se tendrá en cuenta el alcance de la restricción del artículo 76 de la Ley Orgánica de Comunicación, esto sin contraposición de una disposición de ley orgánica contra otra disposición contenida en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos Creatividad e Innovación.

En el caso que nos ocupa se configuró el mandato del texto de los artículos citados, al verificarse que realiza retransmisión de obras audiovisuales contenidas en señales abiertas en cumplimiento del artículo 76 de la Ley de Comunicación, anteriormente analizado, por lo que para el acto de retransmisión de obras audiovisuales debía contar con la autorización de los productores o a su vez de la sociedad de gestión colectiva EGEDA ECUADOR. (...).”

Con base en lo anterior, el referido órgano colegiado resolvió aplicar, en el antedicho caso, la compensación prevista en el artículo 571 del COESCCI.

11.4. Por otro lado, en el apartado IX “PRETENSIÓN”, la parte accionante solicitó: “IX.2. Una vez determinadas las infracciones, se ordene el cese de los actos que constituyen las infracciones”, dicha pretensión halla cabida en el artículo 565 del COESCCI, numeral 1, que a la letra manda:

“Artículo 565.- Disposición de medidas cautelares.- Atendiendo a la naturaleza de la infracción, se podrá ordenar y practicar una o más de las siguientes medidas cautelares:

1. El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción; (...).”

Sin embargo, dada la eventual afectación social que podría implicar el cese de la comunicación pública de interpretaciones o ejecuciones por parte de los accionados, considerando su amplia difusión y que sería insuficiente a efecto de reprimir estas infracciones, esta autoridad considera preciso aplicar en la causa, el numeral 7 del mismo artículo:

“Artículo 565.- Disposición de medidas cautelares.- Atendiendo a la naturaleza de la infracción, se podrá ordenar y practicar una o más de las siguientes medidas cautelares: (...)

7. De resultar insuficiente cualquiera de las medidas descritas en los numerales anteriores, se podrá solicitar cualquier otra medida razonable destinada a cesar el cometimiento de la infracción, ponderando los legítimos intereses del titular del derecho de propiedad intelectual y los del presunto infractor. Esta medida será aplicable si no se afecta intereses de terceros (...).”

En este contexto, la medida idónea para evitar y reprimir la infracción a los derechos de propiedad intelectual de artistas intérpretes y ejecutantes, sería que, más allá de que se abstengan de realizar la comunicación pública de interpretaciones y ejecuciones sin cumplir con la respectiva obligación de pago, que los accionados cumplan con lo previsto en los artículos 225 y 257 del COESCCI.

Por lo expuesto, tomando en cuenta las consideraciones de hecho y de derecho realizadas, la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, **RESUELVE:**

1. **Aceptar parcialmente** las acciones de Tutela Administrativa planteadas por la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, en contra de _____ y de _____ presentadas con fecha 11 de septiembre de 2020. En este contexto:
 - a. **Aceptar** la pretensión planteada por la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, en contra de _____ respecto de la existencia de infracciones a los artículos 225 (únicamente por el derecho de comunicación pública (radiodifusión)) y 257 del COESCCI, por los períodos 05 de julio de 2018 a 11 de septiembre de 2020 y 25 de junio de 2015 a 11 de septiembre de 2020, respectivamente.
 - b. **Aceptar** la pretensión planteada por la Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE, en contra de _____ respecto de la existencia de infracciones a los artículos 225 (únicamente por el derecho de comunicación pública (radiodifusión)) y 257 del COESCCI, por los períodos 05 de julio de 2018 a 11 de septiembre de 2020 y 25 de junio de 2015 a 11 de septiembre de 2020, respectivamente.
2. **Sancionar** a CORPORACIÓN ECUATORIANA DE TELEVISIÓN C. LTDA., con la máxima sanción económica (142 salarios básicos unificados), esto es una multa de \$56.800 (Cincuenta y seis mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América), conforme la pretensión planteada por la parte accionante.
3. **Sancionar** a TELEVISORA NACIONAL COMPAÑÍA ANÓNIMA TELENACIONAL C.A., con la máxima sanción económica (142 salarios básicos unificados), esto es una multa de

\$56.800 (Cincuenta y seis mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América), conforme la pretensión planteada por la parte accionante.

4. En virtud de lo dispuesto en los artículos 569 inciso 2 y 565 numeral 7 del COESCCI, considerando subsidiariamente lo previsto en el artículo 571 del COESCCI, **se dispone** a los accionados que cumplan con las obligaciones correspondientes respecto de la comunicación pública (radiodifusión) de las interpretaciones y ejecuciones realizadas, a efecto de garantizar su uso autorizado, aplicando para este efecto la tarifa aprobada desde su entrada en vigencia (05 de julio de 2018) hasta el inicio de las presentes acciones de tutela administrativa (11 de septiembre de 2020).

5. **Conceder a** _____ el término de diez días contados a partir de la fecha de notificación con la presente resolución, para que efectúe el pago de la sanción detallada en el numeral anterior en el Banco del Pacífico, en la cuenta recaudadora del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales; posteriormente realice el canje de la papeleta, en las oficinas ubicadas en la Av. República 396 y Diego de Almagro, EDF. Forum 300 de esta Ciudad de Quito, a fin de evitar las acciones coactivas e imposición de medidas cautelares, que conllevaría el no pago de tales multas, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 356 del 3 de abril de 2018 y la Resolución No. 003-2018-DG-NT-SENADI, del 24 de julio de 2018.

6. **Conceder a** _____ el término de diez días contados a partir de la fecha de notificación con la presente resolución, para que efectúe el pago de la sanción detallada en el numeral anterior en el Banco del Pacífico, en la cuenta recaudadora del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales; posteriormente realice el canje de la papeleta, en las oficinas ubicadas en la Av. República 396 y Diego de Almagro, EDF. Forum 300 de esta Ciudad de Quito, a fin de evitar las acciones coactivas e imposición de medidas cautelares, que conllevaría el no pago de tales multas, de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 356 del 3 de abril de 2018 y la Resolución No. 003-2018-DG-NT-SENADI, del 24 de julio de 2018.

ORDEN DE COBRO 1: Se emite la presente ORDEN DE COBRO en contra de _____ en los siguientes términos: a) La presente ORDEN DE COBRO es por la cantidad de \$56.800 (Cincuenta y seis mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América) más los intereses que se hubieren generado. b) Se ORDENA a _____ en virtud del artículo 271 del Código Orgánico Administrativo: i) Que cancele en el término de diez días contados a partir de la notificación del presente acto administrativo, la cantidad de USD \$56.800 (Cincuenta y seis mil ochocientos

dólares de los Estados Unidos de América) más los intereses generados, en la cuenta recaudadora No. 7877889 del Banco del Pacífico, de titularidad del SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES, para lo cual, deberá solicitar el comprobante correspondiente así como la liquidación de intereses en la Unidad Financiera del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales; y, ii) Que informe a la Unidad de Observancia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del cumplimiento de esta orden con la presentación del citado comprobante debidamente cancelado y del comprobante de pago respectivo otorgado por la institución financiera antes indicada. Se recuerda que en virtud del artículo 274 del Código Orgánico Administrativo, la obligación pecuniaria contenida en la presente orden de cobro puede ser satisfecha presentando una solicitud de facilidades de pago, de conformidad con este cuerpo normativo y el Reglamento del Procedimiento Coactivo del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales. c) Se previene a [redacted] que en el caso de no satisfacer la obligación pecuniaria de la presente orden de cobro en el término dispuesto en el literal b) que antecede, se procederá con el inicio del procedimiento coactivo, la suma de los intereses que se generen, y la imposición de medidas cautelares, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

ORDEN DE COBRO 2: Se emite la presente ORDEN DE COBRO en contra de [redacted] en los siguientes términos: a) La presente ORDEN DE COBRO es por la cantidad de \$56.800 (Cincuenta y seis mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América) más los intereses que se hubieren generado. b) Se ORDENA a [redacted] en virtud del artículo 271 del Código Orgánico Administrativo: i) Que cancele en el término de diez días contados a partir de la notificación del presente acto administrativo, la cantidad de USD \$56.800 (Cincuenta y seis mil ochocientos dólares de los Estados Unidos de América) más los intereses generados, en la cuenta recaudadora No. 7877889 del Banco del Pacífico, de titularidad del SERVICIO NACIONAL DE DERECHOS INTELECTUALES, para lo cual, deberá solicitar el comprobante correspondiente así como la liquidación de intereses en la Unidad Financiera del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales; y, ii) Que informe a la Unidad de Observancia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos del cumplimiento de esta orden con la presentación del citado comprobante debidamente cancelado y del comprobante de pago respectivo otorgado por la institución financiera antes indicada. Se recuerda que en virtud del artículo 274 del Código Orgánico Administrativo, la obligación pecuniaria contenida en la presente orden de cobro puede ser satisfecha presentando una solicitud de facilidades de pago, de conformidad con este cuerpo normativo y el Reglamento del Procedimiento Coactivo del Servicio Nacional de Derechos Intelectuales. c) Se previene a [redacted] que en el caso de no satisfacer la obligación pecuniaria de la presente orden de cobro en el término dispuesto en el literal b) que antecede, se procederá con el inicio del procedimiento

coactivo, la suma de los intereses que se generen, y la imposición de medidas cautelares, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

El presente acto administrativo es susceptible de los recursos previstos en el artículo 597 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, en concordancia con el artículo 306 del Código Orgánico General de Procesos.

Notifíquese.-

DIRECTOR NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Razón.- La resolución que antecede se notificó el día 21 de junio de 2021, a los abogados autorizados de la **Sociedad de Gestión Colectiva UNIÓN DE AUTORES Y ARTISTAS AUDIOVISUALES DEL ECUADOR, UNIARTE** en los correos electrónicos

, en la casilla virtual No. 1751. **CERTIFICO.-**

En virtud de la delegación de la Directora de Gestión Institucional conferida mediante Resolución No. 003-2021-DGI-SENADI de fecha 18 de junio de 2021.

DELEGADO DEL DIRECTOR DE GESTIÓN INSTITUCIONAL

Elaborado por:	Mgs. Ana Carina Félix López	Sumilla: AF
Revisado y aprobado por:	Ramiro Rodríguez Medina, MSc.	Sumilla: RR