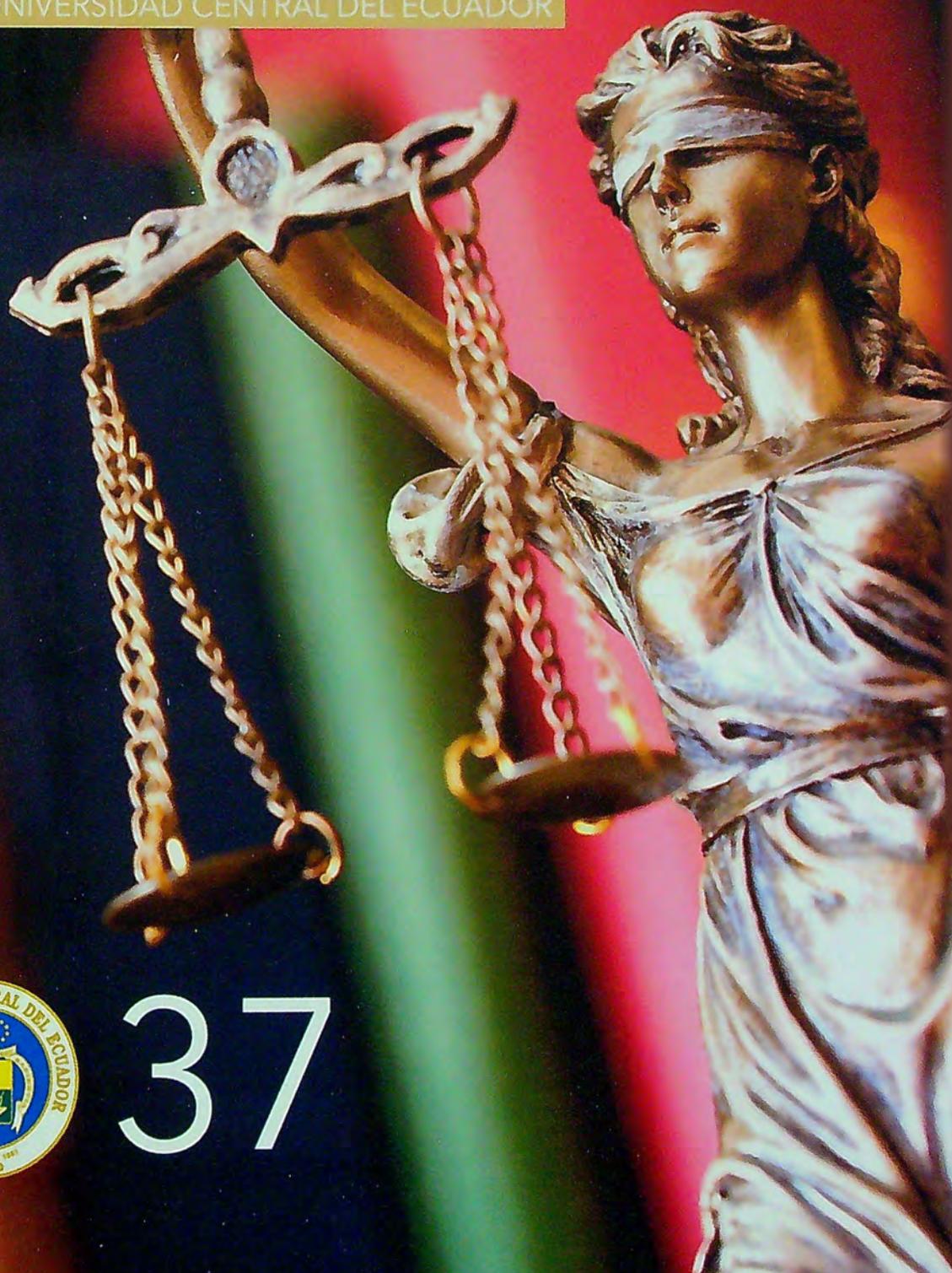


CIENCIAS SOCIALES

2015

REVISTA DE LAS CARRERAS DE SOCIOLOGÍA Y DE POLÍTICA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



37



CIENCIAS SOCIALES

REVISTA DE LAS CARRERAS DE SOCIOLOGÍA Y DE POLÍTICA
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

37

Autoridades:

Rector: Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda

Vicerrector Académico: Dr. Nelson Rodríguez Aguirre

Vicerrector Administrativo: Econ. Marco Posso Zumárraga

Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales:

Decano: Dr. Patricio Sánchez Padilla

Carrera de Derecho:

Director: Dr. Patricio Salazar Oquendo

Carreras de Sociología y de Política:

Director: MSc. Francisco Hidalgo.

Consejo Editorial:

Napoleón Salto Galarza. (Director)

Rafael Polo Bonilla. (Codirector)

Francisco Hidalgo Flor. (Codirector)

Dra. MSc. Galicia Rodríguez Logroño

Dr. Lenin Reyes Merizalde

Consejo asesor y evaluador:

Dra. Phd Ana Abril Olivo

Dr. Hernan Rivadeneira Jativa

Dr. Mauricio Pacheco

Dr. José García Falconi

Dr. Alvaro Román Márquez

Dra. Patlova Guerra Guerra

Msc. Alejandro Rodas Coloma

Revista Ciencias Sociales:

Fundada en 1976

Diseño

Fabián Ponce G.

Correo electrónico: rcsociales@gmail.com

Revista 2015

Editorial Universitaria

Universidad Central del Ecuador

Impreso en

Corporación de Estudios y Publicaciones



FOTO PORTADA: Sebnem Raglboglu, 123rf.com



Se puede utilizar libremente los textos,
siempre que se cite la fuente.

Indice

| | |
|---|------------|
| Presentación | 6 |
| La participación ciudadana. Rol del estado inserto en la Constitución de 2008, Alejandro Rodas Coloma | 8 |
| Una Asamblea Constituyente para ampliar la democracia y la participación ciudadana, Hernán Rivadeneira Játiva | 14 |
| La participación ciudadana en el nuevo ordenamiento jurídico del Ecuador, Lenin Reyes Merizalde | 24 |
| Los derechos de libertad de las ciudadanas y ciudadanos en el derecho constitucional, Merck Benavides | 30 |
| El derecho constitucional de petición en la Legislación Ecuatoriana, Dr. José García Falconí | 40 |
| Historia del Consejo de la Judicatura del Ecuador, Javier Gomezjurado Zevallos | 60 |
| Historia del Consejo de la Judicatura del Ecuador, parte II, Javier Gomezjurado Zevallos | 74 |
| El Estado Neoconstitucional, la culpabilidad penal y los Wuoranis: La motivación penal desde lo constitucional, Mauricio Enrique Pacheco | 84 |
| La mujer en el derecho, María Patlova Guerra Guerra | 94 |
| El principio constitucional de igualdad tributaria desde una perspectiva de género, Katty Muñoz Vaca | 98 |
| La historia de la victimología, María Patlova Guerra Guerra | 110 |
| Criminología y género en el Sistema económico del Ecuador, Brenda Cielaika Vanegas León | 108 |
| “La casuística en el sistema adversarial”, María Patlova Guerra Guerra | 130 |
| Mediación como método de solución de conflictos, Galárraga Carvajal Diego Renato | 138 |
| Problemas de la tipicidad en la actio libera in causa en su estructura básica, Dr. Fausto Ramiro Vásquez Cevallos | 144 |
| La interconexión como fundamento de la competencia en telecomunicaciones, Ana Abril Olivo | 150 |
| El régimen jurídico de la marca, Ana Abril Olivo | 158 |
| El Principio Precautorio en el Derecho Ambiental, Marcelo Galárraga Carvajal | 164 |
| De un estado excluyente a un estado intercultural, Álvaro Román Márquez | 170 |
| De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte II, Álvaro Román Márquez | 180 |
| De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte III, Álvaro Román Márquez | 190 |
| De un estado excluyente a un estado intercultural. Parte IV, Álvaro Román Márquez | 202 |
| Estudio sobre las estructuras de dominación en el sistema educativo capitalista ecuatoriano, a partir del análisis de las nociones de habitus y capital cultural propuestas por Pierre Bourdieu”, Alejandro Rodas Coloma. | 214 |
| Orígenes del autoritarismo en el régimen de Alianza País, Napoleón Saltos Galarza | 222 |
| Génesis de la ciudadanía: mecanismo ordenador de las relaciones de fuerza y dominación, Marcelo Bonilla Urbina | 236 |
| Normas para la publicación de artículos | 250 |
| Procedimiento para aprobación de artículos | 251 |

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA MARCA

Dra. Ph. D Ana Abril Olivo

Profesora de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales. Carrera de Derecho de la Universidad Central del Ecuador

Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales. Universidad Central del Ecuador. Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República. Universidad Central del Ecuador. Especialista Superior en Derecho y Gestión de las Telecomunicaciones. Universidad Andina Simón Bolívar. (UASB). Magíster en Derecho Económico.(UASB). Doctora en Derecho (UASB). Actualmente además de desempeñarse como docente de la Carrera de Derecho, funge como Directora del Instituto Superior de Investigación y Posgrado de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador

RESUMEN

La marca se ha convertido en un concepto, de cuyo manejo quedan consecuencias que deben ser jurídicamente encuadradas. Un aspecto esencial es la distinción entre la marca y la empresa, para lo que se ha de tomar en cuenta que una y otra pueden desvincularse para efectos de su enajenación.

Es necesario analizar previamente ¿qué es la marca?. El análisis se ha de fijar en i) La relación jurídica entre una persona y su creación que es un producto visible, ii) El derecho sobre un bien inmaterial que no debe confundirse con el producto, pero que sí abarca el trabajo del autor para presentarlo de manera agradable, iii) Los signos que sirven como elemento distintivo y constituyen una marca.

Para concluir, la referencia es a la evolución, que ha tocado también a la marca, la que en tiempos pasados fue minimizada, pero que en la actualidad ha alcanzado el mismo respeto y decisión de proteger que cualesquier otra clase de propiedad intelectual.

Palabras clave: *Marca, Signo, Autor, Bien Inmaterial, Territorialidad.*

ABSTRACT

The brand has become a concept of management which are consequences that must be legally framed. An essential aspect is the distinction between the brand and the company, which has to take into account that over and over can be separated for purposes of disposal.

It is necessary to analyze, what is the brand? The Analysis was to set in i) The legal relationship between a person and his creation is a visible product, ii) The right of an intangible asset not to be confused with the product but does include the author's work to be presented in a pleasant manner, iii) Signs that serve as a distinctive feature and are a brand.

Finally, the reference is to the evolution that has also touched the mark, which in the past was minimized, but now has reached the same respect and that any decision to protect other kinds of intellectual property.

Keywords: *Brand, Star, Author, intangible asset, territoriality.*

RECIBIDO: 2015 - 05 - 12
APROBADO: 2015 - 05 - 27

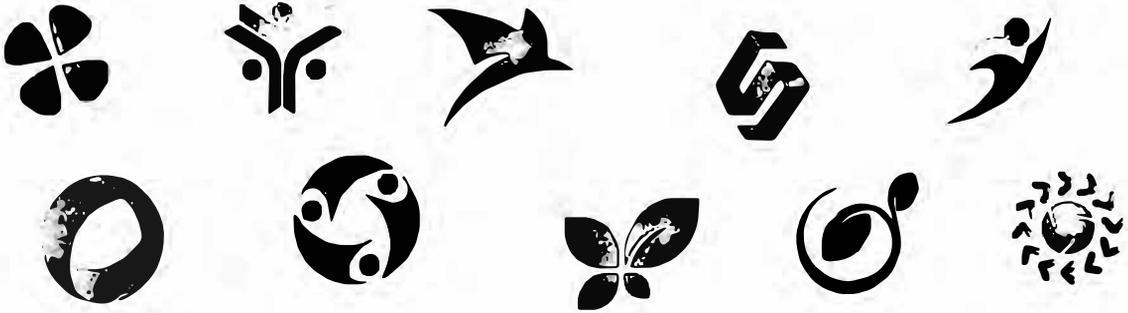
Antecedentes

Para iniciar el estudio, debo referirme a las dos posiciones que se han manejado respecto de la Marca: el derecho de la personalidad y el derecho sobre un bien inmaterial. El autor Carlos Fernández Novoa incluye el criterio de Josef Kohler que asevera que la relación de una persona con un producto visible mediante la marca es una relación jurídico-personal, porque se trata de una creación del productor (Fernández, 2001: 29 y sgtes). Continuando en el mismo criterio, manifiesta que la marca no es independiente como la creación técnica o artística, que únicamente es el vínculo que une a los productos con la empresa o fábrica de donde proceden, poniendo énfasis en que la marca llega a ser un nombre arbitrario que se le pone a un producto frente a los nombres naturales que encierran el nombre comercial o el nombre individual de una compañía. El comentario abarca también la incapacidad de transmisión que tienen los derechos de la personalidad justamente por ser inherentes a la persona, dentro de lo que Kohler se ve obligado a admitir que en lo específico de la marca si llega a transferirse cuando se enajena una empresa, pero insistiendo en que solo en este caso sí se transmite porque la personalidad del titular inicial permanece en la empresa. Así mismo se sostiene el fundamento del derecho de la personalidad en la marca dentro del Derecho Internacional, poniendo de manifiesto que no está sometida a la territorialidad, confundiéndola con la doctrina de la universalidad de la marca. Estos planteamientos fueron abiertamente aceptados por la jurisprudencia alemana desde fines del siglo 19.

El segundo principio doctrinario que defiende la calidad de la marca como derecho sobre un bien inmaterial se inicia con Alexander Katz en 1901, que sostiene que si bien la marca no puede asemejarse a las creaciones inmateriales, no se puede desconocer que constituye una expresión de la actividad y del esfuerzo industrial de su autor, que se puede apreciar en la diferenciación entre lo que inicialmente puede aportar la marca y lo que es capaz de producir la dedicación

y el trabajo del titular para convertir el producto en atractivo para el público, deviniendo la marca en un bien inmaterial que debe ser protegido. Posteriormente, autores alemanes como Magnus y Hagens defienden la posición de que la marca es un derecho sobre un bien inmaterial y logran un mejor posicionamiento de esta teoría jurídica en el Tribunal Supremo Alemán en la década de los años 30.

Hagens logra la aceptación de su criterio de que "el derecho de marca no es un derecho de la personalidad porque la marca es un bien objetivado: un bien que se desliga de la persona del titular, y además es transmisible." (Fernández, 2001: 34) Se logra de este modo una apreciable aceptación sobre la independencia de las marcas protegidas en diferentes países así como su desvinculación de la personalidad del titular. La tesis de la territorialidad de la marca se soporta en la necesidad de respetar la soberanía de cada país que no puede admitir la imposición que implicaría que un Estado extienda la autorización otorgada a una marca más allá de sus fronteras.



Imágenes: freepik.com

La definición de la marca aporta para su concepción jurídica

En los cuerpos normativos generalmente se define a la marca, aspecto que contribuye no solamente a encontrar su concepción jurídica sino que facilita el acercamiento a otros aspectos como son:

¿Qué signos se aceptan como marca? ¿Para qué sirven los signos?

La Ley de Propiedad Intelectual del Ecuador establece en el Artículo 194: "Se entenderá por marca cualquier signo que sirva para distinguir productos o servicios en el mercado. Podrán registrarse como marcas los signos que sean suficientemente distintivos y susceptibles de representación gráfica. También podrán registrarse como marcas los lemas comerciales, siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas."

La Directiva de la Comunidad Europea de 21 de diciembre de 1988, dispone: "Artículo 2.- Podrán constituir marcas todos los signos que pueden ser objeto de una representación gráfica especialmente las palabras, incluidos los nombres de las personas, los dibujos, las letras, las cifras, la forma del producto o de su presentación, a condición de que tales signos sean apropiados para distinguir los productos o servicios de una empresa de los de otras empresas."

La Ley Española de 1988 incluye el concepto de marca y la enumeración ejemplificativa de los signos que pueden constituirse en marca: "artículo 1.- Se entiende por marca todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una persona, de productos o servicios idénticos o similares de otra persona. -

Artículo 2.- Podrán especialmente constituirse en marca los siguientes signos o medios: a) Las palabras o combinaciones de palabras. Incluidas las que sirven para identificar a las personas, b) Las imágenes, figuras, símbolos y gráficos, c) Las letras, las cifras y sus combinaciones, d) Las formas tridimensionales entre las que se incluyen

los envoltorios, los envases, la forma del producto o su presentación, e) Cualquier combinación de los signos o medios que, con carácter enunciativo se mencionan en los apartados anteriores."

De las transcripciones efectuadas se puede colegir varios aspectos importantes:

Alcance de la concepción para la marca: Las definiciones de la Ley ecuatoriana y de la Ley de España tienen un concepto ampliado cuando dicen que pueden ser marca: "cualquier signo que sirva para distinguir" y "todo signo o medio que distinga o sirva para distinguir", respectivamente, mientras que la Directiva Comunitaria ha centrado la definición hacia la percepción de signos únicamente por medio de la vista al decir "signos que puedan ser objeto de una representación gráfica". La diferenciación planteada impide que en los dos primeros casos se deja abierta la posibilidad para que la percepción pueda ser olfativa, gustativa, auditiva o táctil.

El signo implica un uso futuro o admite un uso previo' La Ley del Ecuador y la Directiva Comunitaria establecen que la diferenciación del signo tiene fuerza teórica pues aparecerá con posterioridad cuando dice que sirva para distinguir, entendiéndose que es para el futuro, mientras que la Ley Española admite que la distinción del signo es también para aquellos casos en que los productos ya están en el mercado, cuando dice que distinga además de o sirva para distinguir.

La marca cumple su función en el mercado:

Solo la Directiva Comunitaria no incluye en su definición la expresión en el mercado que sí la tienen las Leyes de Ecuador y de España, lo cual está perfectamente explicado porque todos los sucesos que se den respecto de la marca y sus consecuencias jurídicas o económicas estarán siempre en el mercado.

La vinculación entre marca y empresa/persona:

La Ley Española menciona que el signo debe permitir la distinción de los productos o servicios de una persona de productos o servicios idénticos o similares de otra persona, mientras que la Directiva Comunitaria se refiere a la distinción que permiten los signos de los productos o servicios de una empresa de los de otras. El criterio expresado por el Fernández



La función de la marca

Noboa en la obra citada, es que a la luz de la doctrina europea: "es incongruente conectar el concepto jurídico de la marca con la empresa. A este propósito debe tenerse presente que incluso los ordenamientos tradicionalmente más aferrados al principio de la vinculación de la marca con la empresa han abandonado de manera definitiva tal principio. Así ha ocurrido por ejemplo, en el ordenamiento alemán, donde la marca puede ser hoy libremente cedida con independencia de la empresa". La definición de la Ley ecuatoriana no señala de modo expreso ninguna de las dos posibilidades anotadas, pues al referirse a los signos no hace mención, inclusive al tratar de los lemas comerciales solo dice "siempre que no contengan alusiones a productos o marcas similares o expresiones que puedan perjudicar a dichos productos o marcas."

Este es otro aspecto que merece ser examinado por las incidencias que genera. Tales incidencias no solo son de orden jurídico sino que empiezan siendo económicas, porque también nos debe interesar las aplicaciones informativas que cumple la marca, en efecto, si se parte de que el consumidor tiene que escoger entre un sin número de productos terminados pertenecientes al mismo género, los que no son fácilmente identificados o diferenciados unos de otros por su sola presentación, se debe acudir a su origen, en el que tiene que ver significativamente la marca para posibilitar la elección. Las posiciones extremas le otorgan a la marca todo el mérito de viabilizar tal escogitamiento.

Pero por otra parte, la concepción funcional de la marca es objeto de crítica porque se asimila su justificación con las dudas sobre la concesión de un derecho de exclusiva en un mundo globalizado y competitivo.

El régimen jurídico de los bienes en el Ecuador.

Está normado por el Código Civil en el Libro Segundo "De los Bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones". El análisis más resumido es:

Los bienes son corporales e incorporales. Son corporales los bienes reales que pueden ser percibidos por los sentidos. Son incorporales los que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.

Las cosas corporales son muebles (las que pueden

transportarse) e inmuebles (las que no pueden transportarse).

Las cosas incorporales son derechos, que pueden ser: reales o personales. Son derechos reales los que tenemos sobre una cosa sin respecto de determinada persona (dominio, usufructo, herencia, uso o habitación, prenda, hipoteca). Son derechos personales o créditos los que pueden reclamarse solo a ciertas personas (el prestamista al deudor, el hijo al padre por alimentos).

El Título II del Libro II trata "Del Dominio", al referirse de modo expreso al derecho real de dominio (que se llama también propiedad) el Artículo 618 dice que permite gozar y disponer del bien corporal con sujeción a las normas legales y el respeto al derecho ajeno, individual o social. En la materia que nos interesa, los Artículos siguientes disponen la calidad del derecho de propiedad en la Marca:

"Artículo 619.- Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.

Artículo 620.- Las producciones del talento o del ingenio son propiedad de sus autores. Esta propiedad se regirá por leyes especiales.

Las disposiciones legales que puntualizan la calidad del derecho real frente al derecho personal, permiten diferenciarlos:

Pone de relieve los elementos que distinguen al derecho real: una vinculación directa sujeto — bien que prevalece "erga omnes", es decir que su potestad es de pertenencia absoluta de una persona en forma total o parcial y que es oponible al resto de sujetos. El Dr. Jorge Morales Álvarez ejemplifica este derecho real manifestando que:

es el que tiene el usufructuario para gozar de sus frutos, sin relación a otra persona, lo que no sucede por ejemplo con un arrendatario que puede disfrutar del bien arrendado por la intervención mediadora del propietario del bien. (Morales, 1995: 12-13).

En el derecho real, el sujeto activo es una sola persona frente a la universalidad de personas que constituyen el sujeto pasivo al que le corresponde un rol de abstención, es decir que el derecho real crea en el colectivo indeterminado una obligación negativa para no estorbar el ejercicio del derecho al titular.

Respecto del derecho personal, expresa que es el establecido a favor de una persona. En este derecho entonces, debe existir o la disposición de la ley o la voluntad de un tercero que se obliga, para crear un derecho a favor del titular. La oponibilidad del derecho personal consecuentemente es sólo frente a una persona que se ha obligado voluntaria-mente o por mandato legal y que debe dar, hacer o no hacer.

Para aclarar el concepto del derecho real, pongo especial énfasis en la definición del Código Civil, Artículo 614, que además de lo ya explicado en el inciso anterior respecto de que es el derecho que tenemos sobre una cosa, dice que es sin respecto a determina-da persona, para aclarar que la conexión es directa entre el sujeto — objeto, o sea entre el titular — bien, "con absoluta indiferencia de la presencia de otros sujetos determinados para la existencia y eficacia del derecho"(Parraguez, 1986: 8, 9). De esta manera aparece que el régimen jurídico del Ecuador sitúa entre los derechos reales y concretamente en el dominio al derecho que tienen los autores sobre "las producciones del talento o del ingenio". Cabe entonces aclarar si la Marca está o no dentro de esas producciones del talento, o si es solamente una creación del productor o proveedor para identificar sus servicios o productos en el mercado.

En el Mercado Común Europeo, el tratamiento que se daba a los creadores de marcas era francamente negativo, así constaba en la Resolución al caso "SIRENAIEDA" de 18 de febrero de 1971, en el que se analizó tal importancia desde los puntos de vista económico y humano, para concluir diciendo que en el primer ámbito se puede aceptar la protección a la patente de invención porque revela el esfuerzo del autor por involucrarse en la evolución tecnológica, lo que no puede decirse absolutamente con la Marca; y, desde el punto de vista humano, "el reconocimiento que la sociedad debe al inventor del nombre prep. Good Morning no tiene ciertamente la misma naturaleza que el que debe la sociedad al inventor

de la penicilina. Pero tal actitud del Tribunal de Justicia de las Comunidades cambió totalmente en la década de los 90s, aceptando la importancia de la Marca, como consta en la sentencia al caso "HAG-II" de 17 de octubre de 1990, 11. Debe observarse que esta forma de entender los méritos de las marcas y otras clases de propiedad intelectual se basó en una comparación odiosa entre una marca bastante insignificante y uno de los más importantes descubrimientos de la historia de la medicina. [...] La verdad es que la menos en términos económicos, y quizás también desde el punto de vista humano las marcas no son menos importantes y no menos merecedoras de protección que cualquier otra clase de propiedad intelectual". Personalmente participé del criterio de que desde un punto de vista simplista la Marca nace como una necesidad de identificación.

Pero evidentemente, nadie puede desconocer que la situación del bien o producto en el mercado es una al iniciar la Marca su vida mercantil, y que el posicionamiento en el mercado, la captación de la atención del cliente y su final aceptación son generados por el trabajo del creador y la fuerza que fue capaz de darle a la Marca, por lo que mi criterio es que el régimen jurídico de la marca nace de su calidad de derecho real de dominio sobre un bien incorporeal que es la creación del ingenio de su creador o autor.

Así también es necesario recalcar que la Marca siendo un derecho real de dominio o propiedad es capaz de transferirse, y que participa del principio jurídico de la Territorialidad para la validez de la autorización que alcanza, en consideración a la soberanía de cada Estado. Otra cosa son los Tratados y Normativas internacionales a los que los propios Estados suscriben o se someten, cediendo voluntariamente una parte de su poder soberano en aras del cumplimiento de los principios que animan el modelo económico del mercado con énfasis en la Libre Competencia y desarrollo de la Globalización.

Bibliografía

Fernández Novoa, Carlos. (2001). Tratado sobre Derecho de Marcas. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales.

Morales Alvarez, Jorge. (1995). Teoría General de las Obligaciones. Cuenca: Edit. Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia.

Parraguez Ruiz, Luis. (1986). Generalidades sobre las obligaciones y su teoría. Quito: Impreso por Gráficas Mediavilla.