

Bogotá, D.C.
C 1.1

Señora
NATALIA ZÁRATE
Correo electrónico:

Asunto: Generalidades del Derecho de Autor
Régimen de Transferencias

Respetada Señora Zárate:

En atención a su consulta radicada ante esta Dirección el día 18 de febrero de 2014 bajo el número 1-2014-9443, cordialmente nos permitimos manifestar lo siguiente:

I. GENERALIDADES DEL DERECHO DE AUTOR

El objeto de protección del Derecho de Autor son **las obras**, entendidas como *“toda creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible”*¹, en este mismo sentido la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3º define a la obra como *“toda creación intelectual originaria, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*.

De las anteriores definiciones podemos decir que las obras deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Que se trate de una creación intelectual: es decir, que sea el producto del ingenio y de la capacidad humana.
- Que sea original: la originalidad no puede confundirse con la novedad de la obra, la originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única.

¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Autor Principal György Boyta. Ginebra, 1980. Voz 262., p. 268.

- Que sean de carácter literario o artístico, esto se refiere a la forma de expresión de la obra, es decir, del lenguaje utilizado.
- Que sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio conocido o por conocer.

Por su parte el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 establece las obras sobre las cuales recae la protección en materia de Derecho de Autor:

“Las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”².

La protección se concede al autor desde el momento mismo de la creación de la obra sin que para ello requiera formalidad jurídica alguna. De la autoría se desprenden dos tipos de derechos: los morales y los patrimoniales:

Derechos morales: facultan al autor para reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra, oponerse a toda deformación que demerite su creación, publicarla o conservarla inédita, modificarla y a retirarla de circulación. Estos derechos se caracterizan por ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles.

Derechos patrimoniales: son el conjunto de prerrogativas del autor que le permiten explotar económicamente la obra. En ejercicio de estos *derechos patrimoniales*, los autores o los terceros que por virtud de alguna transferencia sean los titulares de los *derechos patrimoniales*, tienen la facultad exclusiva, en

² Ley 23 de 1982. Artículo 2.

los términos del artículo 13 de la decisión Andina 351 de 1993 (normativa vigente y aplicable a la materia en Colombia), de:

“realizar, autorizar o prohibir:

- a. La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;*
- b. La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;*
- c. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;*
- d. La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;*
- e. La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”³.*

II. AUTORÍA

Tratándose del Derecho de Autor, es preciso identificar dos clases de titulares. Por un lado se encuentran los autores o titulares originarios, es decir las personas naturales que realizan la labor intelectual de creación artística o literaria. En efecto la Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 3, consagra la definición de Autor, como la “persona física que realiza la creación intelectual”.

Así las cosas, se encuentra que la creación intelectual implica actividades propias de las personas naturales tales como pensar, sentir, estudiar, reflexionar entre otras, de tal modo que en nuestro ordenamiento sólo se le reconoce el carácter de autor a la persona física que crea la obra, descartando que las personas morales o jurídicas ejerzan tal calidad.

Ahora bien, siempre que una obra es realizada por dos o más autores se configuran las condiciones para referirnos a una obra en coautoría. Entendiendo que todas y cada una de las personas que participaron de manera sustancial en su creación son consideradas como autores.

La coautoría se presenta en dos acepciones, las cuales se manifiestan con características propias e implicaciones jurídicas que las hacen diferentes entre sí. Tenemos entonces las obras colectivas y las obras en colaboración.

Las **obras colectivas** son aquellas realizadas por un grupo de creadores, por iniciativa y orientación de una persona natural o jurídica que la coordina, divulga y publica bajo su nombre. Esta persona será quien disponga de los derechos

³ En similar sentido se pronuncia la Ley 23 de 1982, artículo 12.

patrimoniales que genera la obra, sin desconocer la formalidad establecida por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

Por su parte, las **obras en colaboración** son aquellas donde dos o más personas producen la obra por su propia iniciativa y riesgo. Se entiende entonces que cada autor es titular de la obra en su conjunto y todo uso que se pretenda hacer sobre la misma requiere la previa y expresa autorización de cada uno de sus creadores. Es pertinente anotar, que de ser posible escindir los aportes de cada autor, aquellos podrían disponer de los mismos como a bien tengan sin requerir de la autorización de los demás.

En tanto los coautores ejerzan los derechos patrimoniales de la obra, es preciso solicitar la autorización de cada uno de ellos para llevar a cabo cualquier utilización. En este mismo sentido, uno de los autores sólo podrá disponer de autónoma de su aporte, en tanto sea posible escindirlo del otro coautor.

De no contarse con la autorización de uno de ellos, a fin de hacer uso de su aporte, y pretendiendo evitar futuros contratiempos se aconseja no hacer uso del mismo.

III. RÉGIMEN DE TRANSFERENCIAS

Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, a pesar de que los derechos morales son intransferibles y siempre estarán en cabeza del titular originario o creador de la obra, una persona natural o jurídica diferente al autor puede detentar la *titularidad derivada de los derechos patrimoniales* cuando los ha adquirido bien sea por **acto entre vivos, por causa de muerte o por disposición legal**.

Entre las diferentes formas de transmisión del derecho encontramos tres que pueden ser de su interés. Ellas son: el contrato de cesión o transferencia de derecho de autor, la cesión por ministerio de la Ley de las obras desarrolladas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y la obra por encargo. Brevemente nos permitimos hacer algunas consideraciones sobre estas instituciones:

1. Contrato de cesión o transferencia de derechos

Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982 y modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, tiene como característica principal que **el cedente se desprende de sus derechos patrimoniales**,

convirtiendo al cesionario, por virtud de la transferencia en el titular derivado.

De acuerdo con el artículo el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, se establece *“Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.*

Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”.

Con lo cual se debe entender que la única solemnidad que exige la ley, es que la cesión se haga por escrito.

Estos contratos que implican enajenación total o parcial según lo pactado entre las partes intervinientes en la cesión, del mismo modo, los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor **deben ser inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor**, a efectos de ser oponibles frente a terceros.

Al transferirse el derecho de autor mediante la cesión, el cesionario adquiere la titularidad del derecho, entendiéndose facultado para actuar en nombre propio, incluso en lo que respecta a entablar acciones judiciales contra los infractores. En el caso de que la cesión sea parcial, los autores conservarán las prerrogativas que no han transferido expresamente.

Así mismo, toda cesión de obra futura que se realiza de forma general y/o indeterminada, o que restrinja la producción intelectual futura, será sancionada por inexistencia en virtud de lo establecido por el artículo 898 del Código de Comercio.

2. Obra por encargo

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, regula este tema de la siguiente forma:

“En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la

obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”⁴.

Por tanto, para que opere la presunción establecida en la citada disposición, es preciso que se den los siguientes supuestos:

- Que exista un contrato de prestación de servicios o un contrato de trabajo entre el autor y quien encarga la elaboración de la obra⁵ en el marco del cual se efectuó la creación artística o literaria.
- El contrato de trabajo o de prestación de servicios debe constar por escrito.
- La transferencia de derechos patrimoniales a favor del encargante se entienden concedida *“en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra.*

Finalmente, es preciso señalar que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, **la regulación de la obra por encargo era sustancialmente diferente**, estableciéndose las siguientes condiciones para que operara la transferencia de derechos:

“Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, sólo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b)”.

Por tanto, para que operara la presunción establecida en la citada disposición, era preciso que se presentaran los siguientes supuestos:

- Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra. Es preciso aclarar que la presunción establecida en la norma en comento, opera siempre que la obra se elabore en desarrollo de

⁴ Ley 23 de 1982, artículo 20. Modificado por la Ley 1450 de 2011.

⁵ No es correcto hablar de un contrato de obra por encargo entre dos personas jurídicas, pues como se anotó, la titularidad originaria de derechos se reconoce en principio en la persona natural que creó la obra. Por tanto, si se quiere propiciar la presunción de transferencia establecida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, es necesario que dicho acuerdo se realice directamente entre el autor y otra persona que puede ser natural o jurídica, para presumirse la transferencia de algunos derechos que originariamente le corresponden al autor.

un contrato de prestación de servicios, quedando excluida cualquier otra forma de relación contractual como sería el caso del contrato de trabajo.

- Que el autor perciba efectivamente los honorarios pactados por la elaboración de la obra.
- Que la obra se elabore por cuenta y riesgo de quien la encarga. Lo anterior significa que la persona que contrata la realización de la obra, asuma los costos y suministre los elementos necesarios para desarrollar la creación.
- Que la obra se realice según el plan señalado por quien la encargó. Es decir, que esta última persona debe predeterminar las condiciones de necesidad, características y atributos de la obra, y preestablecer los lineamientos de tiempo, modo y lugar en que se desarrollará la elaboración de la misma.

3. Transferencia por disposición legal

Determinados y específicos tipos de obras han sido de especial interés para el legislador, por esta razón directamente ha decidido radicar la titularidad patrimonial derivada, no en cabeza de sus autores, sino directamente sobre otras personas que ha considerado idóneas para ejercer los derechos patrimoniales.

En otros casos, el mismo legislador ha determinado que bajo ciertas circunstancias de hecho, se puede deducir salvo que se pruebe lo contrario, **que los derechos patrimoniales estarán en cabeza de una tercera persona diferente del autor**. Cuando estamos ante la primera situación estamos ante una cesión por mandato simplemente legal, y en el segundo caso se tratará de una presunción.

Uno de los eventos en los cuales la ley otorga directamente la titularidad derivada de las obras a terceros es el caso previsto en el artículo 91 de la ley 23 de 1982 el cual establece:

“Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente. Se exceptúan de esta disposición las lecciones o conferencias de los profesores. Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas”⁶.

⁶ Ley 23 de 1982, artículo 91.

Es así como, en virtud de la disposición legal antes enunciada, se radica en cabeza de la entidad pública respectiva, las obras que haga el servidor público en ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias.

IV. CONCLUSIONES

Descendiendo al objeto de su consulta, y de acuerdo con las consideraciones anteriormente expuestas, es válido deducir las siguientes conclusiones:

- El objeto de protección del Derecho de Autor son las obras artísticas o literarias, entendiendo por estas toda creación intelectual, original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.
- El Derecho de Autor no protege las ideas, sino la forma como estas son descritas, explicadas e ilustradas por el autor.
- Se debe observar las características del “material técnico” mencionado en comunicación radicada en esta Entidad, para saber si cumple con los requisitos de una obra, objeto de protección del Derecho de Autor, o si más bien merece otro tipo de protección como la contenida bajo la Propiedad Industrial, materia de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Si bien los derechos morales no son transferibles, los derechos patrimoniales de autor se pueden transferir bajo tres modalidades: contrato de cesión, obra por encargo y transferencia por disposición legal.

Acorde con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cualquier otra inquietud o aclaración será atendida con mucho gusto.

Cordialmente,

MANUEL ANTONIO MORA CUELLAR

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Rad. 1-2014-9443.