

Bogotá, D.C.
10.13.2.

Al responder cite este número:

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE
AUTOR
RAD. No.: 2-2023-95607
FECHA: 24-10-2023 HORA: 05:40 p.m.
DEP.: OFICINA ASESORA JURÍDICA
FOLIOS: 16

Señora
FLORELIA VALLEJO TRUJILLO
Correo electrónico: editorial@ut.edu.co
fvallejot@ut.edu.co

Asunto: Objeto, alcance, ámbito universitario, régimen de transferencia.

Respetada señora:

En atención a su consulta, radicada con el número 1-2023-82640, cordialmente nos permitimos otorgar respuesta en los siguientes términos:

Consulta:

“1. ¿Los profesores de planta de una universidad pública, en su condición de funcionarios públicos, requieren firmar contratos de licencia o cesión de derechos de autor para la publicación de obras, para cuya elaboración se han asignado horas dentro de su jornada laboral?”

2. En caso de que los profesores de planta de una universidad pública, elaboren obras sin asignación de horas dentro de su jornada laboral para esta actividad, pero la actividad se encuentra registrada ante la universidad, como por ejemplo, un proyecto de investigación, ¿requieren en este caso firmar contratos de licencia o cesión de derechos de autor con la universidad?”

3. Los profesores de planta de la universidad del Tolima tienen dentro de sus funciones el desarrollo de actividades de docencia, investigación y extensión. En caso de que estos profesores creen obras en desarrollo de alguna de estas actividades, sin que las mismas se encuentren inscritas ante la institución o cuenten con asignación de horas para su desarrollo, ¿es necesario que firmen contratos de licencia o cesión de derechos de autor con la universidad?”

4. En algunos casos los profesores de planta de universidades públicas pueden lograr financiación externa para el desarrollo de actividades que pueden tener como resultado obras.

Estas actividades son desarrolladas como parte de sus funciones como profesores de planta. Como condición para la financiación, dichas entidades suelen requerir cesiones de derechos de propiedad intelectual sobre las obras y demás creaciones realizadas.

En estos casos, ¿les es posible a los profesores directamente suscribir contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor? o ¿es la universidad pública la única llamada a hacerlo?”

5. *A los profesores catedráticos de la Universidad del Tolima, se les vincula mediante contrato de prestación de servicios, en los que se discriminan las horas de clase y las horas de investigación. Los proyectos de investigación a los que están vinculados, describen los resultados a obtener como, libros o artículos, y contienen un cronograma de actividades. ¿Cuál es el régimen de transferencia aplicable a este tipo de obras?
¿Es necesario que los profesores catedráticos suscriban contratos de cesión de derechos sobre las obras creadas bajo esta relación contractual?*

6. *En caso de que los profesores de planta de una universidad pública suscriban contratos para la cesión de derechos de obras creadas en ejercicio de sus funciones con la misma universidad ¿dichos contratos tienen algún efecto? o ¿aplica de manera preferente el artículo 91 de la Ley 23 de 1982?*

7. *En caso de que los profesores de planta de una universidad pública suscriban contratos para la cesión de derechos de obras creadas en ejercicio de sus funciones con un tercero diferente a la universidad a la que se encuentra vinculado ¿dichos contratos tienen algún efecto? o ¿aplica de manera preferente el artículo 91 de la Ley 23 de 1982?
En este caso, el registro del contrato de cesión con el tercero ¿tiene algún efecto?"*

Sea lo primero informarle que en atención a los preceptos legales que rigen el derecho de petición y en especial el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, los conceptos emitidos por la Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante DNDA) en respuesta a las solicitudes de consulta no serán de obligatorio cumplimiento ni ejecución, así como tampoco resuelven o dan indicaciones respecto del caso particular objeto de la consulta. La Dirección Nacional de Derecho de Autor frente a la norma nacional se remite a la jurisprudencia de las altas cortes tanto en temas de derecho de autor (Propiedad intelectual) como de derecho civil, administrativo o penal de tal suerte que la respuesta a las consultas formuladas corresponde a lo que establece la ley y la jurisprudencia.

Dicho lo anterior, procedemos a resolver su inquietud en el orden planteado por usted:

Pregunta 1:

“1. ¿Los profesores de planta de una universidad pública, en su condición de funcionarios públicos, requieren firmar contratos de licencia o cesión de derechos de autor para la publicación de obras, para cuya elaboración se han asignado horas dentro de su jornada laboral?”

Respuesta a la pregunta 1:

Para dar respuesta, se hace necesario precisar quienes tienen la calidad de servidores públicos.

Según lo señala la Constitución Política en su artículo 123:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.” (Negrita y Subrayado fuera del texto).

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”

Según prescribe el Decreto 1083 de 2015 en su artículo 2.2.30.1. “Los empleados públicos están vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales por un contrato de trabajo”.

Resulta importante señalar que por disposición de los artículos 5, 38, 39, 40, 68 y 69 de Ley 489 de 1998, los entes universitarios autónomos pertenecen a la administración pública.

Ahora bien, para dar respuesta a su pregunta, esta Dirección le precisa que para las universidades públicas existe una disposición relativa a entidades públicas, a las cuales se les concede un tratamiento automático de transferencia, conforme a los términos del artículo 91 de la Ley 23 de 1982 el cual señala lo siguiente:

Artículo 91: 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. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

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.* (Subrayado y negrilla fuera del texto).

Lo anterior hace referencia a la transferencia Ope Legis o de pleno derecho que trata el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, y el cual hace alusión a las entidades públicas, respecto de sus servidores públicos, encontrándose entre ellas las Universidades Públicas.

En consecuencia, 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.

Pregunta 2:

“2. En caso de que los profesores de planta de una universidad pública, elaboren obras sin asignación de horas dentro de su jornada laboral para esta actividad, pero la actividad se encuentra registrada ante la universidad, como por ejemplo, un proyecto de investigación, ¿requieren en este caso firmar contratos de licencia o cesión de derechos de autor con la universidad?”

Respuesta a la pregunta 2:

Tal y como se señaló en la respuesta anterior el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 preceptúa que las **obras creadas por servidores públicos en cumplimiento de los deberes legales y constitucionales tiene un régimen especial**, es decir que opera en este sentido **la transferencia Ope Legis** y que es concordante con los artículos 9 y 10 de la Decisión Andina 351 de 1993:

*“**Artículo 9.** Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.*

***Artículo 10.** Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario.”*

Por lo anteriormente expuesto, si las obras son desarrolladas por funcionarios públicos dentro del ejercicio de sus funciones legales, constitucionales y reglamentarias les será aplicado el mandato del artículo 91 de la Ley 23 de 1982, en el entendido que existe la presunción legal por mandato de la ley que los derechos patrimoniales se entienden de propiedad de la entidad pública, que para este caso sería la universidad. Es decir que, conforme al artículo en mención, se entenderá por autor a la persona natural que creo la obra y quien conserva las prerrogativas de índole moral y la entidad pública será quien detente los derechos patrimoniales, es decir la facultad de explotar libremente las obras y autorizar su utilización por terceras personas.

Entonces, es importante tener claridad y diferenciar cuando una obra es creada en virtud de una función legal y constitucional y cuando la obra no se realiza en función de la actividad propia de su cargo, siendo esta última en la que el autor es titular de los derechos morales y patrimoniales sobre la obra.

En conclusión, se entenderán cedidos todos los derechos patrimoniales, desde el nacimiento de la obra creada por los servidores o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones conservando tan solo las prerrogativas de los derechos morales.

Pregunta 3:

“3. Los profesores de planta de la universidad del Tolima tienen dentro de sus funciones el desarrollo de actividades de docencia, investigación y extensión. En caso de que estos profesores creen obras en desarrollo de alguna de estas actividades, sin que las mismas se encuentren inscritas ante la institución o cuenten con asignación de horas para su desarrollo, ¿es necesario que firmen contratos de licencia o cesión de derechos de autor con la universidad?”

Respuesta a la pregunta 3:

Frente a la pregunta, se reitera nuevamente que el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 preceptúa lo siguiente:

“Artículo 91: 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. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

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.”

Lo anterior, indica que toda obra creada en cumplimiento de la actividad legal del cargo que ejerza el servidor público es de propiedad de la entidad pública en la cual ejerce la labor, por lo tanto, si las obras son creadas dentro de las **funciones de las actividades de docencia, investigación y extensión, las mismas serán de propiedad de la entidad que corresponda, caso distinto sería si dichas obras no tienen relación alguna con la función o actividad propia del cargo**, y de ser así si requeriría de autorizar el uso a ceder los derechos a través de un contrato de cesión de derechos.

Pregunta 4:

“4. En algunos casos los profesores de planta de universidades públicas pueden lograr financiación externa para el desarrollo de actividades que pueden tener como resultado obras.

Estas actividades son desarrolladas como parte de sus funciones como profesores de planta. Como condición para la financiación, dichas entidades suelen requerir cesiones de derechos de propiedad intelectual sobre las obras y demás creaciones realizadas.

En estos casos, ¿les es posible a los profesores directamente suscribir contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor? o ¿es la universidad pública la única llamada a hacerlo?”

Respuesta a la pregunta 4:

Tal y como se ha venido indicando los derechos patrimoniales son de titularidad de la entidad pública, es decir que es está quien tiene la facultad de autorizar, realizar o prohibir cualquier acto de explotación económica sobre la obra, por lo tanto, es esta quien puede suscribir los contratos que considere en relación a dichos derechos patrimoniales, conforme lo señala la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 13 y el artículo 3 de la Ley 1915 de 2018 que modificó el artículo 12 de la Ley 23 de 1982.

Pregunta 5:

“5. A los profesores catedráticos de la Universidad del Tolima, se les vincula mediante contrato de prestación de servicios, en los que se discriminan las horas de clase y las horas de investigación. Los proyectos de investigación a los que están vinculados, describen los resultados a obtener como, libros o artículos, y contienen un cronograma de actividades.

¿Cuál es el régimen de transferencia aplicable a este tipo de obras?

¿Es necesario que los profesores catedráticos suscriban contratos de cesión de derechos sobre las obras creadas bajo esta relación contractual?”

Respuesta a la pregunta 5:

Frente a este punto, es importante tener en cuenta que la naturaleza jurídica de los docentes universitarios esta señalada en la Ley 30 de 1992, y por lo tanto si el tipo de vinculación es a través de un contrato de prestación de servicios tal como usted lo indica, le es aplicable lo señalado en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011:

“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.” (Negrita fuera del texto)

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 obra¹ 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 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,

¹ 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.

características y atributos de la obra, y preestablecer los lineamientos de tiempo, modo y lugar en que se desarrollará la elaboración de la misma.

En concordancia con lo anteriormente expuesto, los derechos de autor sobre las obras creadas por los contratistas con ocasión de las funciones establecidas en el respectivo contrato de prestación de servicios serán de propiedad de la entidad correspondiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982.

De otra parte, frente a la necesidad de que los profesores catedráticos suscriban contratos de cesión de derechos sobre las obras creadas bajo una relación contractual que para este caso está bajo un contrato de prestación de servicios y que de acuerdo a lo expresado en su solicitud estos contratos contienen horas de clase, horas de investigación, proyectos de investigación a los que están vinculados, descripción de resultado (libros o artículos), en este contexto se pueden presentar que se haya realizado una transferencia de derechos patrimoniales, ya sea por disposición legal o por acuerdo de voluntades, dicha transferencia tiene validez. No obstante, puede ocurrir que, en determinado caso no sea claro si existe transferencia, para lo cual es recomendable realizar una cesión expresa de derechos.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que en el caso de la transferencia de derechos patrimoniales de las obras creadas en ejecución de un contrato laboral o de prestación de servicios, esta opera como presunción legal cuando el encargo de la elaboración de la obra por una persona natural o jurídica, esta mediado por estos tipos de contrato. Por tratarse de una presunción admite prueba en contrario.

Pregunta 6:

“6. En caso de que los profesores de planta de una universidad pública suscriban contratos para la cesión de derechos de obras creadas en ejercicio de sus funciones con la misma universidad ¿dichos contratos tienen algún efecto? o ¿aplica de manera preferente el artículo 91 de la Ley 23 de 1982?”

Respuesta a la pregunta 6:

Se reitera que, dependiendo del tipo de vinculación de los profesores, si estos son de planta estarán regidos bajo el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 y si están bajo un contrato de prestación de servicios estarán regidos por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, artículos que han sido explicados con anterioridad.

Es decir, en el caso de la transferencia de derechos patrimoniales de las obras creadas en virtud de un contrato laboral o de prestación de servicios, en donde la transferencia de derechos patrimoniales se haya dado por presunción legal o por acuerdo de voluntades, dicha transferencia tiene validez.

Pregunta 7:

“7. En caso de que los profesores de planta de una universidad pública suscriban contratos para la cesión de derechos de obras creadas en ejercicio de sus funciones con un tercero diferente a la universidad a la que se encuentra vinculado ¿dichos contratos tienen algún efecto? o ¿aplica de manera preferente el artículo 91 de la Ley 23 de 1982?

En este caso, el registro del contrato de cesión con el tercero ¿tiene algún efecto?”

Respuesta a la pregunta 7:

Tal y como se ha venido indicando **los derechos patrimoniales son de titularidad de la entidad pública, es decir que es está quien tiene la facultad de autorizar, realizar o prohibir cualquier acto de explotación económica sobre la obra, por lo tanto, es esta quien puede suscribir los contratos que considere en relación a dichos derechos patrimoniales**, conforme lo señala la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 13 y el artículo 3 de la Ley 1915 de 2018 que modificó el artículo 12 de la Ley 23 de 1982.

En conclusión, si las obras son creadas dentro de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo por profesores cuya vinculación es la de funcionarios públicos, se entenderá que los derechos patrimoniales serán de titularidad del ente universitario y los derechos morales serán del autor de la obra (profesor) por disposición legal, bajo las circunstancias descritas en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, es decir que los profesores que sean empleados públicos se encuentran sometidos a lo indicado en este artículo. Distinto es si dichas obras son creadas bajo un contrato de prestación de servicios en este caso se regirá por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011 tal como se indicó en la respuesta a la pregunta 5.

A continuación, encontrará el fundamento legal de las consideraciones realizadas previamente, el cual ha sido organizado y estructurado atendiendo a las temáticas que guardan relación con el objeto de su consulta.

I. OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

De las anteriores definiciones podemos decir que las obras deben cumplir con los siguientes requisitos para ser consideradas como tal:

- 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.

- 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*: Lo anterior por cualquier medio conocido o por conocer.

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 establece las obras sobre las cuales recae la protección en materia de derechos de autor, así:

“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”.

El alcance de esa protección implica que **el Derecho de Autor protege las obras independientemente del medio en que son difundidas**, tal como lo dispone el artículo 2º de la Ley 23 de 1982. En el mismo sentido el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece un criterio amplio de protección a las obras, cuando fija el objeto del derecho de autor, así:

*“La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por **cualquier forma o medio conocido o por conocer** (...)”.* (Subrayado fuera de texto)

II. EL ALCANCE DE LAS FACULTADES EXCLUSIVAS DEL DERECHO DE AUTOR.

Por el solo hecho de la creación de una obra, los autores adquieren unos derechos de carácter moral y patrimonial sobre su creación.

El ordenamiento constitucional y legal colombiano protege como interés jurídico el concepto propiedad intelectual, dentro del cual se encuentra el concepto jurídico Derecho de Autor, cuya esencia corresponde a la facultad o potestad exclusiva que tiene el autor sobre su obra para:

1. Conservar la obra inédita o divulgarla; reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor, a retirarla de la

circulación o suspender cualquier forma de utilización, aunque ella hubiere sido previamente autorizada. (**Derechos morales de autor**).

2. Autorizar o prohibir cualquier uso de su obra entre ellos: la reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica; la comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija; la distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad; la importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho; el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras; o la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. (**Derechos patrimoniales de autor**).

El artículo 61 de la Constitución Política Colombiana, los artículos 11 y 12 de la Decisión Andina 351 de 1993, el artículo 12 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 3 de la Ley 1915 de 2018 y el artículo 30 de la ley 23 de 1982, son el sustento jurídico del derechos morales y derechos patrimoniales de autor antes citados.

Frente a la facultad que tiene el titular del derecho de autorizar o prohibir cualquier uso de su obra (derecho patrimonial de autor), cuando un tercero pretenda adelantar un acto de uso de una obra artística o literaria, mediante la reproducción, comunicación pública, distribución, transformación, o cualquier otra forma de explotación, debe obtener necesariamente la **previa y expresa autorización del titular** de derechos patrimoniales.

En adición a lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en las interpretaciones prejudiciales 191-IP-2021 y 353-IP-2021, señaló que esta facultad que tiene el autor o titular del derecho de autorizar o prohibir la explotación de su obra por cualquier forma o procedimiento, implica que las autorizaciones que se hagan sobre la explotación de una obra no extienden la posibilidad de explotarla de una forma diferente a la que se previó en el contrato o licencia. Aunado a lo anterior, el artículo 77 de la Ley 23 de 1982 establece la misma previsión al disponer:

“Las distintas formas de utilización de la obra, son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás.”

III. AUTORES Y TITULARES DERIVADOS

El autor, de acuerdo con el Glosario de la OMPI² (Voz 17), es “*la persona que crea una obra*”. De la anterior definición se deduce que del concepto de autor es inherente la facultad de creación intelectual. En relación con lo anterior, la doctrinante Delia Lipszyc

² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

indica que “Las personas físicas son las únicas que tienen aptitud para realizar actos de creación intelectual. Aprender, pensar, sentir, componer y expresar obras literarias, musicales y artísticas constituyen acciones que sólo pueden ser realizadas por los seres humanos”³

Como consecuencia de lo anterior, se debe concluir que las personas jurídicas no pueden tener la calidad de autor o titular originario, pues por su naturaleza, carecen de la aptitud de creación intelectual.

Por lo tanto, en nuestro país, al igual que la generalidad de las naciones pertenecientes a la tradición jurídica continental, sólo reconoce como autor a la persona o personas naturales que crearon la obra. En este sentido, el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 define al autor como la persona física que realiza la creación intelectual.

Al autor se le confiere desde el mismo momento de creación de la obra todas las prerrogativa, morales y patrimoniales, reconocidas por la legislación autoral. En virtud de esto, también se le denomina titular originario del derecho de autor.

Por otro lado, los titulares derivados son las personas, naturales o jurídicas diferentes a los autores, que han adquirido bien sea por causa de muerte, acto entre vivos o **disposición legal**, una o varias de las prestaciones patrimoniales de los autores. A diferencia de éstos últimos, **a los titulares derivados el ordenamiento sólo les reconoce facultades patrimoniales sobre las creaciones, por cuanto los derechos morales siempre han de permanecer en cabeza de los autores.**

El anterior marco conceptual, nos sirve para concluir que sólo las personas naturales que crearon obras artísticas o literarias, bien sea en desarrollo de un contrato o fuera de éste, se reputan autores. Del mismo modo, eventualmente las personas jurídicas serán consideradas titulares derivados, si existió algún acto en virtud del cual hubiera operado la transferencia del derecho de autor.

IV. RÉGIMEN DE TRANSFERENCIA DE DERECHOS

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

³ LIPSYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, obra editada conjuntamente por la UNESCO, el CERLALC y Víctor P. Zavália. S.A., 2001, P. 123.

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, siendo importante resaltar que su artículo 183 fue modificado por el artículo 181 de la Ley 1955 de 2019, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 181°. ACUERDOS SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES. Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

ARTÍCULO 183. ACUERDOS SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES. Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, o licenciarse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia o licencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente.

La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia.

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 ineficaz 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.

Será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia.”

Con lo cual se debe entender que la única solemnidad que exige la ley para la validez de los actos que transfieren los derechos patrimoniales de autor y conexos, es que conste por escrito y; cuando el dominio se enajene, transfiera, cambio o limite, deberá registrarse el contrato correspondiente ante la DND, para efecto de oponibilidad y publicidad ante 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.

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.”

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 obra⁴ 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 vigor de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, la regulación de la obra por encargo era sustancialmente diferente, pues establecía 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, solo 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).”

4 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.

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.”

En conclusión, una entidad pública puede ser titular de derechos patrimoniales de las obras protegidas por el Derecho de autor, lo anterior en virtud de la transferencia automática establecida por la ley, sin embargo deberá respetarse el ejercicio de derechos morales en cabeza del autor (empleado o funcionario público), mientras tal ejercicio no resulte incompatible con el de la entidad pública que tenga lugar.

- **Obras creadas por los empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de sus obligaciones**

En el caso de las obras realizadas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, se ha establecido una transmisión de derechos de autor por ministerio de la ley, o “*cesio legis*”. Así, la legislación determina que si la obra se realiza en ejercicio de las funciones legales y constitucionales del empleado o funcionario público se entenderán cedidos, desde el nacimiento de la obra, todos los derechos patrimoniales que sobre ella pueda tener el empleado público. El autor en estas condiciones no tiene más prerrogativas que las morales sobre su obra en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas. Respecto de esto el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, establece:

“Artículo 91.- 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.” (negrita fuera de texto)

No obstante, es importante aclarar que sin perjuicio los derechos patrimoniales reconocidos en cabeza de la entidad a la cual pertenece el autor de la obra, éste conserva las prerrogativas de orden moral, toda vez que las mismas se reputan inalienables.

Con lo anterior, esperamos haber resuelto su consulta. Cualquier inquietud adicional con gusto será atendida.

El presente concepto no constituye la definición de la situación particular y concreta planteada en la consulta. Acorde con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, 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.

Cordialmente,

MYRIAM MATIZ MOLINA

Profesional Especializado - Oficina Asesora Jurídica.

Radicado de salida: 2-2023-95607