

Derechos de autor en Colombia: especial referencia a su transferencia y disposición jurídica en el ámbito universitario*

Transfer of Copyright in the University area

Pablo Andrés Delgado Peña¹✉

Fecha correspondencia:

Recibido: 19 de junio de 2017.

Revisión: : 12 de julio de 2017.

Aceptado: 8 de agosto de 2017.

Forma de citar:

Delgado, P.A. (2017). Derechos de autor en Colombia: Especial referencia a su transferencia y disposición jurídica en el ámbito universitario. *Revista CES Derecho*, (8), 2, julio – diciembre de 2017, 242-265.

Open access

[Términos de uso](#)

[Licencia creative commons](#)

[Ética de publicaciones](#)

[Revisión por pares](#)

[Gestión por Open Journal System](#)

DOI: [http://dx.doi.org/10.21615/](http://dx.doi.org/10.21615/cesder.8.2.3)

[cesder.8.2.3](#)

ISSN: 2145-7719

Sobre el artículo:

* Este artículo es producto del proyecto de investigación titulado “derechos de autor en el ámbito universitario. Eficacia de la transferencia del derecho de autor en relaciones jurídico-académicas entre estudiantes, profesores, universidad y empresa. (Análisis hermenéutico a partir de las modificaciones introducidas a la ley 23 de 1982 por la Ley 1450 de 2011)”, realizado al interior del grupo de Investigación “Hermenéutica Jurídica” del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas Laureano Gómez Serrano de la

Resumen

A partir de la revisión normativa nacional, supranacional y de la doctrina, se desarrolló el proyecto referido a los “derechos de autor en el ámbito universitario”. Eficacia de la transferencia del derecho de autor en relaciones jurídico-académicas entre estudiantes, profesores, universidad y empresa. (Análisis hermenéutico a partir de las modificaciones introducidas a la ley 23 de 1982 por la Ley 1450 de 2011)”, al interior del grupo de Investigación “Hermenéutica jurídica” de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB, profundizando, además de la conceptualización, en los posibles problemas e interrogantes que podría presentar la temática en su interpretación y manejo práctico Universitario. Por ello, del indudable desconocimiento e inadecuado manejo que algunas Instituciones de Educación Superior - IES dan al tema, se dio como resultado de la investigación la generación de este artículo de reflexión, que se concreta en proporcionar criterios hermenéuticos claros y sustentados en la materia, principalmente para las Universidades Privadas, aunque abarcando un público universal, integrado por la comunidad universitaria, abogados, empresarios y cualquier otra interesada, natural o jurídica, que tengan participación directa o indirecta en relaciones jurídico-académicas, con miras a dar claridad, publicidad e incentivar el respeto por el buen manejo de los derechos de autor.

Palabras Clave: derechos de autor, transferencia, eficacia, derechos morales, derechos patrimoniales, contrato de cesión de derechos de autor, universidad, investigación, creaciones intelectuales, gestión de conocimiento.

Abstract

The project about “Copyright in the university scope. Effectiveness of the transfer of copyright in legal-academic relations between students, teachers, university and business. (Hermeneutical analysis based on the modifications introduced to Law 23 of 1982 by Law 1450 of 2011)”, a research group of the “Universidad Autónoma de Bucaramanga”. It was developed after a review of national legislation, supranational law and doctrine, and it referred in addition to the conceptualization, to the possible problems and questions that this topic and its interpretation could raise among the people involved and practical University management. As a result of the research, the lack of knowledge in this area and inadequate management that some Higher Education Institutions - HEI give to the subject, justifies the importance of writing this document of reflection, the handling and interpretation of

Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.
Sobre los autores:

1. Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB, Especialista en Gerencia de Recursos Energéticos de la misma Universidad, Especialista en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Seguros de la UNAB, con Curso de Especialización en Propiedad Intelectual de la Universidad Castilla La Mancha – Toledo España, Especialista en Derecho Público y Derecho Penal de la UNAB con Diploma de Estudios Avanzados de Doctorado (DEA) de la Universidad Alcalá de Henares, España. Adelanta Tesis Doctoral en la Universidad Carlos III de Madrid España. Profesor e Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB.

copyright in the University, with special reference to their transfer. It is mainly addressed not only to Private Universities, but also encompassing the general public, university community, lawyers, companies, and other persons interested in this field, who have direct or indirect contact with the academy and its intellectual production. It provides specialized and clear information, with a view to publicizing and encouraging respect for the proper management of copyright.

Key Words: copyright, transfer, effectiveness, moral rights, patrimonial rights, copyright assignment agreement, university, research, intellectual creations, knowledge management.

Introducción

Teniendo presente que las Instituciones de Educación Superior IES, o Universidades son los actores que más conocimiento generan a nivel mundial, y que dichos desarrollos para la humanidad, generalmente incubados por estudiantes, requieren una especial protección y manejo desde su misma creación, se hace imperioso conocer la normativa aplicable para la protección jurídica de estos nuevos conocimientos, diferenciando claramente sus especies, reconociendo a los sujetos participantes (autores y titulares), y definiendo reglas claras para su correcta y eficaz transferencia.

Hoy, en pleno siglo XXI, el criterio investigación, es uno de los valores, principios, improntas o sellos, al cual más le apuestan las Universidades, no solo colombianas sino de todas latitudes, para buscar cumplir con su misión institucional, que básicamente se concreta, a nivel general, en otorgar una verdadera formación integral, que le permita a los profesionales desempeñarse eficiente y eficazmente en un contexto globalizado, pero más allá del cumplimiento misional, la investigación es factor que actualmente determina un sistema de medición de calidad, nacional respecto de acreditaciones de alta calidad de programas e instituciones, y a nivel internacional concurre en un sistema de ranking, que jalona la competencia y proporcionalmente los desarrollos de producción intelectual, visto esto como factor social positivo; sin dejar al margen, las estrategias de cooperación en investigación dadas por el trinomio constituido entre Universidad, Estado y Empresa, que más de las veces termina con productos grandiosos, pero con la incertidumbre de propiedad, titularidad y participación de los mismos.

Ahora, se ha propuesto porque la creación intelectual académica no se quede simplemente para engordar filas de libros en bibliotecas y anaqueles de centros de investigaciones, sino que se espera que tenga una aplicación práctica, que resuelva un problema de nuestra sociedad, que dé herramientas para mejorar situaciones particulares, que dé solución a conflictos de interpretación, que contribuya a crear lineamientos para corregir procesos estancados, que cuestione teorías que se creían válidas, entre otras motivaciones, que redunde en un valor agregado para nuestra humanidad y planeta; pero, para que estos desarrollos o productos de investigación universitaria ingresen a la sociedad y mercado, debe existir lineamientos institucionales sustentados en la normativa aplicable, con la finalidad de evitar transgredir los legítimos derechos de sus participantes, autores, titulares y derechohabientes.

Como profundizaremos en este artículo de reflexión, las creaciones intelectuales universitarias estarán ligadas al concepto genérico de la propiedad intelectual que a su vez se refiere a las creaciones producto del talento e ingenio humano y que son susceptibles de protección por normas especiales; pero debemos tener en cuenta que esta propiedad intelectual está dividida en tres grandes especies, siendo la

primera y objeto de este artículo los derechos de autor que recaen sobre creaciones artísticas y literarias; como segunda clase está la propiedad industrial referida a signos distintivos, nuevas creaciones, secretos industriales y competencia desleal; y en la tercera clase encontramos a la protección que se otorga a las variedades vegetales. Como lo acabo de indicar, este artículo estará referido al derecho de autor sobre creaciones artísticas y literarias gestadas en el ámbito universitario, haciendo especial referencia a su transferencia legal y eficaz, partiendo de bases conceptuales, interpretativas, legales, doctrinales y jurisprudenciales.

Este escrito pretende orientar a los participantes de la comunidad universitaria, respecto de sus derechos y manejo que debe otorgarse a las creaciones intelectuales y forma correcta de transferirlos, estudiando algunos casos puntuales que han suscitado ambigüedades en su solución, y por supuesto, interpretación normativa a través del tiempo, especialmente en lo que concierne a la Ley 23 de 1982 y sus modificaciones.

Debo mencionar, que, en la parte de la conceptualización, principalmente, me apoyaré y referiré al “Manual de Protección Jurídica del Software en Colombia”, realizado por el mismo autor de este artículo, como producto de una investigación que sobre el tema se abordó en la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

Metodología

El proceso de investigación referido tiene una base descriptiva, con un componente hermenéutico analítico, sustentado en el análisis de textos, como técnicas de investigación, que involucra tanto la normativa nacional, como doctrina y la jurisprudencia.

El Derecho de Autor. Especial referencia al ámbito Universitario y su transferencia.

Noción del Derecho de Autor.

En palabras del Dr. Ernesto Rengifo, (cit. en Derechos de Autor y derechos conexos en Colombia, Convenio Antipiratería para Colombia. P.419), es la disciplina Jurídica que regula la relación del autor con su creación intelectual, y de ésta con la sociedad, otorgándoles prerrogativas de tipo moral y patrimonial.

Así mismo, podemos indicar que los derechos de autor, para Colombia, es la rama del derecho, y concretamente de la propiedad intelectual, que se ocupa de establecer la protección y reglamento sobre las obras creadas por el ser humano, las cuales pueden ser literarias y artísticas. Si bien la Ley 23 de 1982 hace referencia también a obras científicas, es menester aclarar que éstas podrían estar fijadas dentro de la categoría de literarias, como escritos científicos y similares; esta claridad debemos hacerla, para no confundir las obras científicas con la producción intelectual objeto de otras formas de protección como las patentes, para el caso, por ejemplo, de medicamentos, vacunas y otros inventos científicos.

La naturaleza jurídica del derecho de autor se ha vinculado al ámbito privado, debido a su contenido de carácter patrimonial, por lo menos, en cuanto a sus derechos patrimoniales respecta; no obstante ello, también ha sido considerado un derecho humano que se tiene para el autor, en los siguientes términos, “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le

correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, de acuerdo con el artículo 27.1 y 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, armonizada con el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, lo cual, por ello, lo hace o convierte en sujeto de especial protección –al autor- gracias a sus creaciones, lo cual está fincado en normas especiales.

Así mismo, en sentencia C-155 de 1998 de la Corte Constitucional, referenciada en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 2010, se estableció que:

Los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado. (Corte Suprema de Justicia, 2010).

Normativa del Derecho de Autor

La principal normativa que regula en Colombia el tema de derechos de autor, la podemos señalar así:

- Art. 61 Constitución Política de Colombia.
- Art. 671 del Código Civil.
- Ley 23 de 1982 Sobre Derechos de Autor.
- Ley 1520 del 13 de Abril de 2012 TLC y D' de Autor¹
- Ley 1450 de 2011 P.N.D. 2010-2014 – (Transferencia D' Patrimoniales).
- Ley 1753 de 2015 P.N.D. 2014-2018 – (Transferencia D' Patrimoniales).
- Ley 44 de 1993 Modifica la Ley 23 de 1982.
- Ley 599 de 2000 Código Penal.
- Decisión Andina 351 de 1993.
- Convenio de Berna 1886.
- Convención de Roma de 1961.
- Declaración Universal Derechos Humanos 1948.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- ADPIC 1994 OMC firmado en Marrakech Marruecos.

Sujetos del Derecho de Autor

Para abordar los sujetos que están ligados a la creación de obras intelectuales artísticas y literarias, vamos a referirnos a los Autores y Titulares, actores estos que requieren una clara definición y conceptualización, a efecto de evitar confusiones respecto de los derechos y participación de cada uno de ellos.

1. La Ley 1520 de 2012 Fue declarada Inexequible por la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia S. C-011 de 2013. A través de esta norma se buscaba implementar los compromisos adquiridos por virtud del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su Protocolo Modificatorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica”. Fue declarada Inexequible por la Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia S. C-011 de 2013.

Por Autor, debemos entender que es la persona natural (o física, humana, de carne y hueso) que hace el aporte intelectual para la creación de la obra. Cuando nos referimos al aporte intelectual, estamos indagando respecto a quien realizó la contribución directa, relevante, pertinente y conducente para el nacimiento de dicha obra. Esta definición nos alindera y limita el sujeto de autor a las personas naturales, excluyendo la posibilidad de detentar tal calidad a personas jurídicas, animales y elementos técnicos.

Por su parte, titular es una calidad diferente a la del autor, y se refiere a aquella persona natural o jurídica que detenta el poder de disposición de los derechos patrimoniales de autor. Esta sencilla definición de Titular, apoyada en la normativa comunitaria, los artículos 9 y 10 de la Decisión Andina 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN-, que señalan respectivamente, “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 9 Decreto 351 de 1993), y “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” (artículo 10 Decreto 351 de 1993), nos permite establecer como elementos de la titularidad, la posibilidad de que persona diferente al autor, tenga la disposición concreta de tales derechos patrimoniales –titular derivado-, sin excluir la posibilidad de que el mismo autor sea quien los detente, evento en el cual se le cualificará, además de autor, como titular originario de los derechos patrimoniales.

Sujetos del Derecho de Autor en el ámbito Universitario

En consecuencia, con lo anterior, el autor de una obra artística o literaria, dentro del ámbito universitario, será la persona natural que realice el aporte intelectual para su creación, pudiendo ser varias, frente a lo que se presentaría, una coautoría. Debemos tener presente, de acuerdo a la normativa y la doctrina, que autor podría ser, dentro de este contexto universitario, el estudiante, el profesor, el director, el tutor, el monitor, el investigador, u otro interviniente de la comunidad académica, que realiza un verdadero aporte intelectual, que se concreta en una real creación, traspasando el lindero de la simple idea, la cual carece de protección legal, y se tiene como principio: La ideas no se protegen.

El inciso 2º del artículo 6º de la Ley 23 de 1982, dispone que:

Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas.

El artículo 7º de la Decisión Andina 351 de 1993 de la CAN establece que: “No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.”

Loas anteriores artículos ratifican el principio de no protección de las ideas.

Por otra parte, la Universidad o IES, podrá tener la calidad de titular de los derechos patrimoniales de autor, respecto de obras creadas o gestadas en su entorno. Sin

embargo, ello no quiere decir que la Universidad Privada será, per se, propietaria o titular de los derechos patrimoniales sobre todas las obras creadas internamente; para ello, debe existir un adecuado proceso o trámite jurídico contractual, que efective la respectiva transferencia como lo veremos más adelante. Para Universidades Públicas, existe una disposición especial referida a entidades públicas, a las cuales se otorga un tratamiento automático de transferencia, en los siguientes términos establecidos por el artículo 91 de la Ley 23 de 1982:

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.

Así las cosas, podemos evidenciar dos clases de titularidad:

1. Titularidad Originaria, aquella que nace en cabeza del autor de la obra por el simple hecho de creación de la obra; en ese momento surgen en cabeza de esa persona natural el poder de disposición de los derechos patrimoniales.
2. Titularidad Derivada, aquella que ha surgido o devenido de un acuerdo jurídico a una persona natural o jurídica diferente a su autor - creador originario-.

La titularidad derivada puede devenir entonces por diferentes vías:

- a- Por acto entre vivos a través de un contrato.
- b- Por causa de muerte a través de la sucesión.
- c- Por transferencia OPE LEGIS o de pleno derecho, es la que ocurre a favor de las entidades públicas cuando la obra es creado por un servidor público o persona vinculada a la administración pública, en ejercicio de sus funciones legales, contractuales o reglamentarias.

Objeto del derecho de autor

El derecho de autor recae sobre **las obras**. Por obras podemos entender toda creación intelectual original –no copiada-, de naturaleza artística o literaria susceptible de ser reproducida o divulgada en cualquier forma. Si bien, la Ley 23 de 1982 no nos entrega una definición de obra, si da una ejemplificación de lo que puede constituir una obra, en los siguientes términos marcados por el artículo 2 de la misma norma:

Los derechos de autor recaen sobre 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.

Consecuente con lo anterior, las creaciones artísticas y literarias en el ámbito universitario son innumerables, pero a manera de ejemplo podemos mencionar algunas como: escritos, artículos, libros, manuales, cuentos, novelas, poemas, canciones, melodías, tesis, investigaciones escritas, software, dibujos, maquetas, bosquejos, cursos, guías, ponencias, cartillas, videos, multimedia, películas, cortometrajes, largometrajes, fotografías, diseños, entre otras, que deben tener un aseguramiento jurídico, para su correcta gestión y negociación.

Uno de los principales inconvenientes o problemas que se presentan, en relación con las anteriores obras, y al interior de la Universidades, es el relacionado con la determinación correcta de la autoría y, lo que es más complejo, el establecimiento legal de la titularidad, que permitiría realizar una correcta transferencia, gestión y negociación, como lo indicaremos.

Contenido del Derecho de Autor

El derecho de autor es la única clase de régimen jurídico que observa un contenido dual referido a ***Derechos Morales y Derechos Patrimoniales***.

Derechos Morales

Los derechos morales de autor son prerrogativas que surgen en cabeza del autor por el sólo hecho de creación de la obra. Esta clase de derechos se caracterizan por ser inalienables, irrenunciables, imprescriptibles y perpetuo -Paternidad.

Los derechos morales en la legislación colombiana son: Paternidad, integridad, retracto o arrepentimiento, ineditud y modificación.

Por su parte, el artículo 11 de la D.351 de 1993 dispone que “a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra”.

Derecho moral de paternidad

La paternidad hace referencia a la designación del padre o creador de la obra, por ello se ha establecido el criterio de mencionar siempre el nombre o seudónimo del autor de la obra sin importar su naturaleza.

Precisamente el tema de plagio, y del que las Universidades deben abordar de manera responsable, está relacionado con el derecho moral de paternidad. Al respecto la Dirección Nacional de Derechos de Autor, emitió un comunicado, que fue traído en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

El plagio es una definición de carácter doctrinal, pues la legislación penal no utiliza esta expresión a fin de tipificar una conducta ilícita, por el contrario, utiliza expresiones como “violación a los derechos morales de autor” o “violación a los

derechos patrimoniales de autor y derechos conexos” (artículos 270 y 271 del Código Penal). “El plagio según la doctrina, se entiende como “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados” “Tenemos entonces que la infracción al derecho moral del autor plagiado se hace ostensible en el ámbito de su derecho de paternidad, pues el plagiario la sustituye asumiéndose como autor de la obra. En la mayoría de los casos también se lesiona la integridad de la creación, pues lo corriente es que el plagiario trate de disfrazar su acción modificando su contenido. La lesión a los derechos patrimoniales deriva de la transformación no autorizada de la obra y de su posterior utilización a través de la reproducción, o comunicación pública”. (Corte Suprema de Justicia. Radicado N.º 31403, 2010).

Derecho moral de integridad

Por integridad es el derecho que tiene la persona natural creadora de una obra para exigir en todo momento que la misma se mantenga con la esencia y naturaleza con la que fue creada, prohibiendo que pueda ser mutilada, desmembrada o fraccionada, cuando tales actos atenten contra el honor del autor o reputación de la obra. Así, el autor tiene derecho a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos.

Derecho moral de retracto o arrepentimiento

Es la facultad que tiene el autor o creador de una obra para retirarla de circulación del mercado en cualquier momento. Para ello, tiene la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por terceras personas.

Derecho moral de Ineditud

El autor de una obra tiene el derecho a conservarla en secreto o divulgarla. Así las cosas, el autor no tiene la obligación de dar a conocer en vida sus creaciones, por el contrario, la legislación ha consagrado como derecho la potestad y decisión de mantenerla en reserva, guardada.

Derecho moral de modificación

El autor puede en cualquier momento modificar su obra, incluso después de estar en el comercio, para lo cual deberá igualmente indemnizar los posibles perjuicios a terceros.

Derechos patrimoniales

Los Derechos Patrimoniales de autor son prerrogativas de carácter económico, con la potestad de autorizar o prohibir su ejercicio. Estos derechos patrimoniales contemplan un término de protección especial, estableciéndose que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte. Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso” (artículo 18 Decreto 351 de 1993).

De acuerdo con la Ley 23 de 1982, para personas naturales será la vida del autor y 80 años más –para herederos y causahabientes– al contemplar que “será protegida la propiedad literaria y artística, como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley”

(artículo 11 Ley 23 de 1982). Para personas jurídicas será de 50 años contados a partir de su divulgación, publicación o realización de la obra, de acuerdo a la norma comunitaria.

Los derechos patrimoniales consagrados en nuestra legislación vigente son: Reproducción, Comunicación pública, transformación y distribución.

Imparte hacer la siguiente aclaración en este punto, a efecto de evitar cualquier tipo de interpretación incorrecta. No obstante que el artículo 11° de la Ley 23 de 1982 establece que será protegida la propiedad literaria y artística como propiedad transferible, por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la Ley, y que el artículo 27° de la misma Ley contempla que en todos los casos en que una obra literaria, científica o artística tenga por titular una persona jurídica o una entidad oficial o cualquier institución de derecho público, se considerará que el plazo de protección será de 30 años contados a partir de su publicación, debe hacerse una interpretación sistemática con la Decisión andina 351 de 1993, concretamente en lo que respecta al capítulo VI referido a la duración de la protección, concretándose en su artículo 18 a establecer que la duración de la protección de los derechos reconocidos en la presente Decisión, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte, y adicionalmente agrega que cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso. Entonces, en una sana hermenéutica, y así lo ha entendido la Dirección Nacional de Derechos de Autor, y sin dejar al margen que la ley 23 de 1982 fue modificada por la Ley 1520 de 2012, la cual, esta última fue declarada posteriormente como inconstitucional por vicios de forma, debemos considerar que la Ley 23 sigue vigente en su texto original, salvo modificaciones vigentes diferentes a la Ley 1520 referida, y que debemos dar una aplicación preferente a la Decisión 351 sobre la misma ley, lo cual nos lleva a concluir que hoy por hoy el término de protección de los derechos patrimoniales en cabeza de una persona natural corresponderá a la vida del autor y 80 años más, aclarando que esto no contradice lo dispuestos en la normativa comunitaria, toda vez que ésta establece un límite mínimo de la vida del autor más 50 años, lo cual faculta para que la protección sea mayor en este caso, como en efecto se presenta en Colombia. Por otra parte, la misma norma comunitaria establece que la protección del derecho de autor en cabeza de una persona jurídica no será inferior a 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso, lo que nos lleva a concluir que debe aplicarse esta disposición supranacional de manera preferente y por encima de la Ley 23 de 1982.

Derecho patrimonial de reproducción

La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad. ... No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.

No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos" (artículos 25 y 26 de la D 351 de 1993).

Podríamos afirmar que la reproducción es el derecho patrimonial más relevante porque, además de ser el que más fácil se gestiona en nuestra sociedad, es también muy conocido y usado, generando una gran cantidad de ingresos en el mercado; no en vano, la legislación americana denomina a esta área del derecho *Copy Right* (Derecho de Copia).

El Derecho de Reproducción consiste en la potestad que tiene el autor o titular, en su caso, de autorizar o prohibir la realización de copias a una obra, acto que puede autorizarse de manera gratuita u onerosa, que, de acuerdo a la norma, "se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento" (artículo 14 Decreto 351 de 1993).

Derecho patrimonial de comunicación pública

La comunicación pública es el acto por medio del cual se pone a disposición de un público una obra, sin la entrega de ejemplares a cada uno de ellos.

De esta forma, es el autor o titular del derecho el único reconocido por la ley para autorizar o prohibir tal comunicación pública. Un ejemplo de ello se ve reflejado en la exhibición de una obra en un teatro o auditorio.

La Decisión Andina 351 de 1993 de la CAN establece en su 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, y en especial las siguientes:

a- Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;

b- La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;

c- La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

d- La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;

e- La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;

f- La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;

g- La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;

h- El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas;

i- En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes.

Derecho patrimonial de transformación

El autor o titular tiene la potestad de autorizar o prohibir la transformación de su obra, es decir, la aplicación de la misma en diferentes formatos. Son ejemplo de ello la traducción de una obra, a otro idioma; o la transformación de una obra literaria al cine.

Derecho patrimonial de distribución

Es el acto por medio del cual, el autor o titular del derecho autoriza o prohíbe la venta o alquiler o licencia de la obra.

Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor son aquellos casos en que se puede usar una obra sin tener que gestionar un permiso o autorización por parte de su autor o titular, según proceda, y se concretará a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos.

De acuerdo con el artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, "será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

a- Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga;

b Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de las obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro;

c. Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa o indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

i- Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización; o,
ii- Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.

d- Reproducir una obra para actuaciones judiciales o administrativas, en la medida justificada por el fin que se persiga;

e- Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente;

f- Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información;

g- Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;

h- Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público;

i- La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;

j- Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de los alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución;

k- La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones”.

Es claro que para el ámbito Universitario aplican varias limitaciones y excepciones, de las cuales debe hacer uso prudente, con la finalidad de no incurrir en un exceso del derecho, que pueda ser calificado como un abuso del derecho, recordando que tales eventos están de igual manera limitados, por políticas dirigidas a que no se atente contra la normal explotación de las obras o no se cause perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de los derechos. Si bien es cierto, estos criterios tienen un alto contenido subjetivo, para evitar violaciones al derecho de reproducción por reprografía, es importante iniciar, continuar y mejorar la cultura de entrega de obras literarias físicas o digitales legales.

Precisamente, para evitar violaciones por reproducción bibliográfica en Universidades y entidades, se creó la Entidad de Gestión Colectiva Centro de Derecho Reprográfico CDR, antiguo CEDER, que está definida en su página institucional como:

una entidad privada que agrupa autores, editores y titulares de derecho de autor, teniendo por finalidad recaudar, administrar y distribuir las remuneraciones provenientes de la reproducción del repertorio editorial de sus asociados autores y editores, ya sea a través de sistemas tradicionales como la fotocopiadora o de medios electrónicos. Para realizar tal labor, CDR está constituido como Sociedad de Gestión Colectiva, creada de acuerdo con las leyes de derechos de autor, autorizada y vigilada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, entidad adscrita al Ministerio del Interior.

El CDR ya ha hecho presencia en diferentes universidades del país, con la finalidad de negociar una licencia por derechos reprográficos, debido a que son estas instituciones –IES– a través de estudiantes, profesores, investigadores y funcionarios, las que más reproducción de obras literarias generan en sus diferentes programas y facultades, por ello, tienen una clase de licencia para establecimientos educativos, que autoriza usos más amplios para la reproducción de obras, pero se determina por el número de estudiantes.

Transferencia del Derecho de Autor en el ámbito Universitario

El concepto de transferencia involucra la transmisión jurídica del derecho patrimonial autoral que está en cabeza de un autor o titular, a una persona natural o jurídica, aclarando que dicho traspaso o entrega de titularidad puede ser total o parcial, recordando que los derechos patrimoniales y su ejercicio es amplio, como lo mencionamos anteriormente.

Para el caso de Universidades Privadas, por ejemplo, los actores en el proceso de creación artística y literaria son diversos, tales como estudiantes, profesores, tutores, directivos, administrativos, investigadores, monitores, becarios, pasantes, y otros externos, que contribuyen en dicho proceso creativo. En este punto es menester insistir, que las Universidades o IES, como personas jurídicas no tendrán la categoría de autores, ya que tal calidad está reservada exclusivamente para las personas naturales, como los mencionados anteriormente; pero el tema se enciende cuando debemos entrar a definir quién o quiénes son los verdaderos autores de una creación, para lo cual debemos empezar a interrogar sobre quién realizó realmente, y de acuerdo al concepto de aporte intelectual, el trabajo o creación, es decir, quien fijó, le dio forma y materializó la idea.

Cuando es una o dos personas, quienes están involucradas, seguramente no hay tanto inconveniente, como cuando hay participación de varios sujetos, que tuvieron roles diferentes, y que más de las veces, no están relacionados con la producción y creación intelectual – materialización de la idea y obtención de la obra-, sino con otras tareas, que si bien son importantes, no están ligadas directamente con la creación y aporte intelectual, como aquel que consiguió los equipos de cómputo para trabajar, el que consiguió una financiación económica, el que consiguió el lugar de trabajo, el que pagó los elementos de trabajo, el que pagó la alimentación y transporte, el que animaba al grupo, el que los transportaba, el que compraba los libros, el que sacaba las miles de fotocopias, el que ayudaba a transcribir simplemente, el que tenía las relaciones, etc., y así podemos nombrar un sinnúmero de roles o labores, que si bien pueden ser significativas para una armonía y óptimo desarrollo de los

trabajos, ello no está ligado a la producción intelectual – materialización de la idea – cuyo aporte amerite entregar la calidad de autor de una obra concreta, sin olvidar que esa autoría y derecho moral de paternidad no puede negociarse, transferirse o cederse .

Para casos de trabajos de grado o tesis, investigaciones en grupo, y otros proyectos de participación plurisubjetiva, en los que aparezcan varios sujetos como autores y titulares originarios de los derechos patrimoniales sobre los productos, quizás al principio no se revele la inconsistencia, pero en la mayoría de los casos, en los que el producto tiene buena proyección de ingresar al mercado, y por ende, tiene una gran potencialidad económica, e incluso estudios de gran demanda, ahí sí es de donde deviene la mayoría de reclamaciones extrajudiciales y judiciales, para buscar aclarar la realidad de las autorías y consecuentes titularidades de derechos, independientemente de que exista un registro o no.

Sobre estos trabajos de tesis mencionados, también se ha presentado la incertidumbre respecto de la participación y calidad que debe otorgarse a sus directores o tutores; a esto, la Dirección Nacional de Derechos de Autor ha sostenido que:

Así, los derechos de autor sobre una obra literaria o artística, como lo sería un trabajo de grado, son de la persona que la realizó, quien la elaboró imprimiendo todo su ingenio e inteligencia. Es su expresión la que queda plasmada en lo producido, siendo por lo tanto el titular de los derechos morales y patrimoniales de la creación. En consecuencia, si la obra es realizada por un estudiante, será él, a la luz de la legislación vigente en materia de derecho de autor, el titular de todas las prerrogativas y facultades que la misma concede. (...) EL director de un trabajo de grado es por lo general un profesor de la institución de educación superior, a quien ésta le encomienda la tarea de brindar orientaciones o recomendaciones a uno o más estudiantes, quienes pretendiendo optar por su título profesional deben preparar un escrito o una expresión artística como un plano, una maqueta, una pintura, una composición musical, un audiovisual, etc. Su labor se concreta a señalar parámetros o líneas de investigación que inspiren al estudiante a fin de preparar finalmente su trabajo de grado. De tal forma, se considera como autor de la obra a la persona que expresó y plasmó sus ideas mediante dicho trabajo. En consideración a ello, el autor único y exclusivo será el estudiante que organizó, recaudó y plasmó toda la información recopilada, incluidas las directrices e ideas planteadas por el director; así, cuando éste proporciona y presenta diferentes opciones al estudiante o corrige dicho trabajo, no hace otra cosa que cumplir con una obligación que le ha encomendado la institución de educación superior a la cual pertenece, sin realizar ninguna expresión literaria o artística. Es menester señalar que el artículo 6° de la Ley 23 de 1982 y 7° de la Decisión Andina 351 de 1993, consagran el principio universal de “la no protección de las ideas”. Por lo tanto, aun cuando el director realiza una valiosa labor de apoyo al aportar ideas, dicha contribución no está protegida por el derecho de autor (Circular 6 de 2002 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia)

Pese a la interpretación que hace la DNDA del caso, existen Universidades nacionales y extranjeras, que establecen por política incluir a los Directores como co-autores de los productos de investigación. No obstante, ello, no hay un criterio matemático para ello, es claro que debe analizarse la situación concreta para determinar en qué casos si hubo aporte intelectual y coautoría en la materialización de las ideas, y más allá de

simples orientaciones, indicaciones, ideas y recomendaciones. Para evitar conflictos de este tipo, se recomienda que las Universidades establezcan políticas claras reglamentarias y contractuales, que deberían registrarse en la DNDA, en las que se establezca desde un principio el rol y participación de las partes, porque es trascendental que la figura de director, no se desdibuje o desvirtúe, cayendo en todos los casos en situaciones de co-autorías.

Consecuente con lo anterior, importante indicar que la Dirección Nacional de Derechos de Autor tiene una función registral, pero debemos tener claro que este registro no es constitutivo del derecho, es decir esta inscripción no otorga la titularidad o derechos sobre la obra, sino que por el contrario, tiene una función eminentemente probatoria y de publicidad; lo anterior, teniendo como base y fundamento el principio de protección automática que viene del convenio de Berna de 1886, del cual Colombia es parte desde 1987, y el cual establece que la protección jurídica sobre obras se da de manera automática desde el mismo momento de la creación, sin que deba obligarse a algún registro para ello; entonces, una prueba cualquiera anterior a un registro, podrá desvirtuar éste, claro está, siempre que la prueba lleve al convencimiento del juez respecto de la autoría de la obra, por ejemplo. Si bien el registro no es constitutivo del derecho de autor, sino declarativo, si consideramos recomendable hacerlo, para efectos de publicidad y prueba.

Para que una Universidad Privada o IES, pueda tener la titularidad legal sobre obras creadas por sus funcionarios, estudiantes, profesores, investigadores, y otros, en ejercicio o no de sus funciones o labores académicas, debe mediar un contrato de transferencia de derechos patrimoniales de autor, en el que se especifique claramente su alcance y contenido en relación con esa transferencia, so pena de derivar en contrato ineficaz, y por tanto nulo o inexistente, figuras jurídicas que dejan sin efecto el contrato, acuerdo o convenio.

Ya mencionamos que existen 3 formas de transferir el derecho patrimonial de autor, que son i) por causa de muerte –sucesión-, ii) por disposición legal para entidades públicas, artículo 91 de la Ley 23 de 1982, que cubre a servidores públicos, y iii) por acto entre vivos, es decir, a través de contratos.

Cuando una persona muere, y tiene bienes y derechos, estos deben tener un destino jurídico correcto, para continuar existiendo dentro de la legalidad comercial y tributaria. De acuerdo con el régimen civil de sucesiones, se establece que un bien o derecho de una persona fallecida no podrá ser transmitido legalmente sino después del respectivo proceso de sucesión, cuya adjudicación en la respectiva sentencia tendrá eficacia, debido a que es una forma de adquirir el dominio de acuerdo a la ley. La pregunta que surge en esta instancia es si una Universidad o IES podría llegar a tener alguna relación con el tema de sucesiones por temas de derechos de autor, a lo cual responderíamos que sí, cuando existen disposiciones testamentarias en las que dejan a una Universidad como legataria de una obra y sus correspondientes derechos patrimoniales. Son varios los eventos en los que, vía testamentaria, las Universidades adquieren, no solo bienes materiales, sino intangibles como el caso de derechos patrimoniales de autor sobre obras de titularidad de personas fallecidas.

Sobre el tema de la sucesión y la disposición testamentaria que establece a una Universidad como legataria (beneficiaria), debe tenerse suma cautela respecto de la redacción e interpretación de la misma, porque no es lo mismo que se deje una obra, como bien material, a que se disponga los derechos inmateriales sobre ella, es decir,

los derechos patrimoniales de autor. Si se hiciera mención a la obra como elemento material, podría interpretarse que el *De cuius* o causante simplemente dispuso que la Universidad tuviera la tenencia material de la obra, pero no los derechos patrimoniales sobre la misma, porque estos estarían en cabeza de los herederos; por ello, para que tal disposición testamentaria estuviere clara y de acuerdo a la normativa, tendría que disponerse textualmente la entrega de los derechos patrimoniales, mencionando cuales, su alcance, usos, temporalidad, y demás aspectos generales que ello conlleva.

Tampoco puede aceptarse por una universidad, simple y llanamente, una obra y sus derechos por parte de los presuntos herederos, así se haga por medios escritos, sin que medie un proceso de sucesión, en el que se les haya asignado tales bienes materiales e inmateriales, porque podría ocurrir que después llegaran diferentes reclamaciones por otros herederos, o incluso por los mismos. Conocí el caso – me reservo el derecho de revelar nombres y datos personales - de una viuda que quería transmitir de manera gratuita a una Universidad las obras artísticas y derechos que había dejado su esposo difunto; sin embargo, la Universidad le insistió que debía legalizar la situación después del respectivo proceso de sucesión, además porque tenía hijos, y no existía certeza del final del proceso de sucesión y asignaciones hereditarias definitivas. Esta es una forma prudente de actuar, a fin de tener seguridad jurídica respecto de este tema.

Ahora, en lo que concierne a la transferencia *Ope Legis* o de pleno derecho de que trata el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, para entidades públicas, respecto de sus servidores públicos, estarían las Universidades Públicas en aplicación del mismo. 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.

Si bien es cierto este régimen cobija a los servidores públicos de universidades públicas, que en ejercicio de sus funciones legales, constitucionales y reglamentarias crea obras, excluye a quienes no tienen tal calidad, y por tanto a los estudiantes, se les aplicará la normativa general y privada prevista en la Ley 23 de 1982, y Decisión Andina 351 de 1993 principalmente.

Por su parte, hemos dejado de último para profundizar el tercer caso de transferencia de derechos que se concreta a las diversas situaciones que pueden presentarse por acto entre vivos, que se incorpora básicamente al sistema contractual, y el cual nos enuncia que se puede hacer una correcta y eficaz transferencia de derechos de autor, a través de contratos, como el de cesión de derechos patrimoniales de autor, principalmente.

Si bien existe el principio en derecho contractual de *irrelevancia del nomen juris*, según el cual no es relevante jurídicamente el nombre del contrato, sino su contenido, también debe tenerse en cuenta que estructural y conceptualmente los contratos de cesión de derechos y licencia de derechos tienen unas particularidades que los diferencian, y que debemos aclarar para evitar riesgos jurídicos al respecto, principalmente para las Universidades. En otras palabras, las cosas son como son, y no como las partes creen o dicen que son. Por ello debemos remitirnos al contenido

del contrato, para establecer cuál es la realidad del mismo, y ello se desprende de su contenido, sin dejar al margen que el contrato de cesión de derechos busca un desprendimiento de la titularidad que un sujeto, denominado cedente, transfiere a otro denominado cesionario, de manera que el primero perderá el derecho de disposición sobre ese derecho, y perderá la calidad de titular; por el contrario, la lógica del contrato de licencia indica que el titular del derecho patrimonial no se desprende de éste, porque simplemente autoriza a terceros el uso de la obra con los respectivos derechos, en condiciones claramente señaladas. No obstante, la anterior referencia comparativa, debemos tener presente que tanto el contrato de cesión, como el de licencia, pueden abarcar de manera total o parcial la disposición y autorización respecto de los derechos patrimoniales, apoyado en la norma.

Eficacia de la transferencia del derecho de autor en la Universidad

Para que un acto de disposición por transferencia del derecho de autor sea eficaz, es decir, tenga efectos jurídicos, debe ceñirse a los parámetros establecidos en la Ley vigente para el momento de dicha negociación – aplicación de la ley en el tiempo –, refiriéndonos a la contractual.

Para abordar el tema, y vincularlo al ámbito universitario, debemos hacer una interpretación de la norma aplicable, que para el caso que nos ocupa es la Ley 23 de 1982, precisando que esta normativa ha tenido un significativo ajuste, en lo que de transferencias respecta. En consecuencia, podemos marcar un antes - que va desde la entrada en vigencia de la Ley 23 de 1982 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011-, y un después - que va desde la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011-.

Interpretación de la Ley 23 de 1982 antes de la modificación introducida por la Ley 1450 de 2011 (Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011)

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 disponía:

Quando 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). (Negrilla y cursiva propias).

Este artículo que establecía una presunción de transferencia de derechos sobre las obras, presentaba un gran inconveniente de interpretación, en la medida en que no era claro, y si generaba vacíos, respecto a diferentes cuestiones, como: a) no era factible clarificar qué era un contrato de servicios, si incluía a los laborales o solo los civiles, o a los dos; b) especificar que era plan señalado generaba un conflicto entre las partes, porque cada una establecía, de acuerdo a su conveniencia que era tal; c) establecía una transferencia total de los derechos, sin limitación; d) no exigía que fuera escrito, por lo que la oralidad generaba inconvenientes al momento de probar; e) desconocía los principios generales del derecho y del derecho de autor, principalmente el *indubio proauctore*; f) para algunos tenía aplicación preferente por considerarse una norma especial, estando en el Capítulo II - sobre contenido del derecho, frente al artículo 183 de la misma ley, incluido dentro del Capítulo XIII referido

a la transmisión del derecho de autor; g) por las anteriores consideraciones, este artículo 20 no tenía una aplicación válida.

Por su parte, el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 contemplaba:

Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley. (Negrilla y cursivas propias)

Esta norma establecía unos elementos claros para la correcta y eficaz transferencia del derecho de autor, que debía seguirse, incluso para las relaciones jurídico-académicas al interior de las Universidades.

Básicamente, y en una sana interpretación, la disposición exigía, como elemento constitutivo del contrato de transferencia que el mismo constara por escrito en documento privado reconocido ante notario o por escritura pública. En otras palabras, la transferencia que se realizara por escrito, pero sin la formalidad Notarial, tendría una ineficacia por nulidad o por inexistencia. La anterior interpretación obedece a un análisis exegético, en la medida en que la disposición contempla la expresión **“debe constar”**, lo cual es mandatorio y coercitivo, y no facultativo, ya que para entenderlo discrecional o potestativo debió contemplar expresión diferente como puede o podrá.

Ahora, en una interpretación sistemática, de acuerdo con el principio *indubio proauctore*, consideramos que da mayor protección para el autor y titular del derecho establecer dicha formalidad Notarial, que dejarla pasar como facultativa.

Así las cosas, no solo las Universidades públicas y privadas, sino también toda clase de personas naturales y jurídicas, que celebraron contratos y documentos privados, incluso contratos laborales, en los que se establecía una transferencia del derecho patrimonial de autor, total o parcial, para que fuera eficaz, antes del 16 de junio de 2011, debió tener esa formalidad notarial, de haberse reconocido en firmas y contenido ante Notario Público, o haberse celebrado por escritura pública; lo que traería como efecto jurídico, en el evento de no evidenciarse tal formalidad notarial constitutiva, la inexistencia del contrato, lo que a su vez implicaría que el cedente continuaría siendo el titular de los derechos patrimoniales de autor.

Una vez fijado el problema, ¿cómo podemos establecer la solución? En mi criterio, el hecho de haberse modificado la normativa referida, NO soluciona el problema, ni por favorabilidad – porque en realidad dicha interpretación sería desfavorable para el autor o titular del derecho-, ni por el transcurso del tiempo, ya que tales derechos no se adquieren por algún tipo de prescripción o alguna figura similar.

Dos posibles soluciones: 1. Que las partes lleven el documento de transferencia y realicen la formalidad Notarial, así hoy no se exija, o 2. Que se haga hoy un nuevo contrato de acuerdo a los parámetros de la nueva normativa, que analizaremos más adelante.

¿Qué sucede si no se opta por alguna de las anteriores dos opciones de solución? En mi criterio, el cedente de los derechos de la época continúa hoy siendo el titular, y el cesionario, que podría ser la Universidad, estaría disponiendo de unos derechos que no posee jurídicamente.

Interpretación de los artículos 20 y 183 de la Ley 23 de 1982 después de la modificación introducida por la Ley 1450 de 2011 (Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011)

Teniendo en cuenta que los artículos originales 20 y 183 de la Ley 23 de 1982 presentaban serios inconvenientes de entendimiento, interpretación y aplicación práctica, a través de la norma que expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, Ley 1450 de 2011, introdujo los artículos 28 y 30 para solucionar los yerros normativos que existían desde hacía más de 30 años respecto de transferencia de derechos patrimoniales de autor.

i- El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 quedó así: artículo 28. Propiedad intelectual obras en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo. El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

Artículo 20. 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. (Negrilla y cursiva propias)

Si bien esta nueva redacción es más clara, deja aun algunos aspectos de difícil interpretación como el poder establecer “en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra”. No obstante ello, se fijaron varios elementos que dan claridad al proceso de transferencia, bien sea directa o por presunción, los cuales podemos rescatar así: a) identifica y se refiere a obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, señalando que opera para estas dos clases de contratación y de diferente naturaleza, como lo es lo civil y lo laboral; b) reitera que el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales, refiriéndose tácitamente a la persona natural, y excluyendo igualmente de manera tácita a personas que por tener cargos directivos o coordinadores consideran que las obras que realizan el personal a su cargo les pertenecen a ellos como autorías; c) establece una presunción de hecho, según la cual 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, es decir, podríamos inferir que dicha mención protege al autor en la medida en que excluye de la presunción los derechos sobre las obras que no están relacionadas con las actividades o labores habituales; d) exige que el contrato conste por escrito como presupuesto para que opere dicha presunción, de tal manera que si es verbal, no existirá posibilidad de referir tal presunción en favor del empleador o encargante. Esta exigencia crea parámetros de conducta para las personas jurídicas, especialmente Universidades, donde será menester crear la cultura de documentar contractualmente todos nuevos procesos de creación de obras en los que se quiere tener la titularidad de derechos, y deberá hacerse tantos contratos, cuantas nuevas creaciones sean gestadas; e) finalmente incluye un principio de cooperación en defensa de los derechos morales.

ii- Por su parte, el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 quedó así: artículo 30. Derechos patrimoniales de autor. Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

Artículo 183. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia 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 a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.

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. (Negrilla y cursiva propias)

Esta modificación trajo importantes elementos y características en lo que a la transferencia a través del contrato de cesión de derechos de autor respecta, que podemos señalar en: a) señala que los derechos de autor y conexos pueden transferirse por acto entre vivos, es decir, a través de contratos. Los derechos conexos son aquellos que tienen los artistas, intérpretes y ejecutantes, los organismos de radio difusión y los productores de fonogramas, de acuerdo a la Convención de Roma de 1961; b) establece que dicha transferencia quedará limitada a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. Es importante que se señala y reitera que la explotación de la obra tiene innumerables modalidades y que deberán señalarse concretamente, dando a entender, que la modalidad o forma de explotación que no se fije textualmente, se entenderá como no autorizada por no estar escrita; c) incluye una cláusula supletiva de la voluntad de los contratantes, en caso de no convenirse por las partes dicho asunto, al establecer que la falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia; d) establece una condición de eficacia contractual o negocial al considerar que 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. Ello indica que, al no realizarse por escrito, se considerarán disposiciones nulas, sin valor, que requerirá pronunciamiento judicial, de acuerdo con el derecho procesal –para la nulidad-; e) reitera la importancia de registrar ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor todo acto o contrato referido a la transferencia del derecho de autor, para efectos de oponibilidad y prueba frente a terceros, lo cual tienen como efecto que lo no registrado será válido inter partes, pero no exigible frente a terceros; f) finalmente, y de gran importancia la condición de ineficacia contractual, por inexistencia, que se incorpora al establecer que 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. Ello implica que las transferencias tendrán que determinar concretamente que derechos patrimoniales de autor, sobre qué obras, que formas, sin limitar la producción del autor.

Esta norma, que ya es relevantemente clara, también induce a las Universidades y a las IES a crear una cultura para documentar contractualmente cada uno de los

casos en los que se espera una participación o titularidad de derechos patrimoniales sobre obras creadas por miembros de la comunidad académica y universitaria.

Consecuentemente con lo anterior, no serán eficaces o válidas las cláusulas en contratos laborales o civiles en los que se establezca que toda la producción del trabajador, o el estudiante será de la Universidad. Así mismo, tampoco serán válidas las cláusulas en reglamentos estudiantiles o de centros de investigaciones que establezcan dicha condición general, independientemente de que se esté en condición de estudiante o que se esté recibiendo alguna remuneración. Para dar solución a estos posibles inconvenientes, es menester que se realice un buen contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor, para cada uno de los casos concretos y por cada una de las creaciones intelectuales, acudiendo al principio de la buena fe, especialmente, y en la medida de los intereses de las partes, independientemente de que nos estemos refiriendo a trabajadores, profesores, directores, estudiantes o terceros.

Derechos de propiedad intelectual de proyectos de investigación y desarrollo financiados con recursos públicos.

De acuerdo con la Ley 1753 de 2015, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se estableció en su artículo 10 una condición especial referida a proyectos financiados con recursos públicos y se estableció que:

En los casos de proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, adelantados con recursos públicos, el Estado podrá ceder a título gratuito, salvo por motivos de seguridad y defensa nacional, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute el proyecto, sin que ello constituya daño patrimonial al Estado. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato y en todo caso el Estado se reserva el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de estos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional.
(Negrilla y cursiva propias)

Esta norma establece una condición especial de titularidad sobre derechos patrimoniales de autor, en los que se evidencia el no interés del Estado en buscar un provecho económico o compensación por los recursos autorizados a invertir en cada caso concreto. De manera que los titulares de los derechos patrimoniales serán las personas naturales o jurídicas que realicen y ejecuten los proyectos, lo cual debe quedar señalado desde el inicio, en la elaboración de los contratos respectivos. Así, se entiende que las Entidades del Estado Financiadoras, dentro de las que podríamos señalar a Colciencias, no reclamaran participación alguna, salvo una eventual licencia no exclusiva y gratuita, de requerirse por motivos de interés nacional, circunstancia que quedará a la liberalidad del Estado.

Conclusiones

A manera de conclusiones principales del artículo, podemos señalar las siguientes:

- La figura del autor está señalada única y exclusivamente para personas naturales, entendiendo que éste es quien realiza un verdadero aporte intelectual para la elaboración, creación o desarrollo de la obra; mientras que la figura de la titularidad, que puede estar en cabeza de personas naturales o jurídicas, se refiere al poder de disposición, y enajenación de dichos derechos patrimoniales.

- Para poder determinar si un profesor, director, tutor o coordinador de un estudiante que elabora una obra, tiene derechos morales y patrimoniales sobre ella, o es autor, es menester establecer si existe un aporte intelectual significativo para considerarlo autor, o simplemente se ciñó, como era su obligación contractual, a orientar, aconsejar, revisar, corregir y cuestionar al estudiante, eventos estos últimos, en los que no podría hablarse de autoría, y por ello, de beneficiario de derechos morales y patrimoniales al respecto.

- Si bien hoy en día existe una normativa más clara en materia de transferencia de derechos patrimoniales de autor, es importante que las Universidades e IES revisen su producción intelectual, de la cual se debe desprender jurídicamente su titularidad, para determinar si los contras celebrados antes del 16 de junio de 2011 cuenta con las formalidades Notariales que para el efecto establecía la normativa anterior, y así determinar cuáles son los mecanismos de saneamiento a implementar llegado el caso.

- Posterior a la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 no se requiere dicha formalidad notarial - escritura pública o documento privado reconocido ante notario-, pero si se exigen en los artículos 20 y 183 de la Ley 23 de 1982 formalidades para la validez y existencia como que los contratos consten por escrito, que se determine claramente la forma de explotación de los derechos transferidos y que no se limite la producción.

- Los reglamentos estudiantiles y de investigación, universitarios y de las IES, no son instrumento suficiente para una eficaz transferencia del derecho de autor de sus estudiantes, profesores e investigadores. Deberá realizarse cuantos contratos de cesión de derechos por tantos derechos patrimoniales sobre obras se consideren adquirir.

- Indudablemente la ética y la buena fe son principios que deben orientar y dar soporte a las relaciones jurídico negociales en un entorno académico, principalmente cuando nos referimos a contratos de cesión de derechos patrimoniales sobre obras creadas por estudiantes como en el caso de las tesis de grado, en las cuales, las Universidades podrían tener algún tipo de participación en esos derechos, según convengan, pero reiterando que los derechos morales serán de su autor, quien en principio y generalmente será el estudiante.

- Finalmente, es importante resaltar que actualmente en Colombia, la temática de los derechos de autor, y principalmente la transferencia de derechos patrimoniales de autor, está recogiendo gran importancia, y las universidades deben ser sujetos activos en la promoción, prevención, incentivo al respeto y difusión de tal disciplina, que hacer parte de los derechos humanos. Por ello es importante que se sigan haciendo al interior de las IES, no solo para estudiantes, sino también para profesores y administrativos, capacitaciones que ofrece la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

Referencias

Normativa y Jurisprudencia

República de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de 1991. Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

República Colombia. Congreso de la República. Ley 23 de 1982. "Sobre derechos de autor". Versión digital disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>.

Comunidad Andina de Naciones – CAN. Decisión 351 de 1993. Versión digital disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/decision-andina>.

Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886. Versión digital disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/documents/10181/13104/BERNA.pdf>.

Organización de Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Versión digital disponible en: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1sicos/1_Generales_DH/1_Declaracion_Universal_DH.pdf.

República de Colombia. Sentencia Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación civil. Sentencia del 28 de mayo de 2010. M.P: Dr. Sigifredo Espinosa Pérez. Referencia. Proceso N° 31403. Versión digital disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/216828/Casacion+31403.pdf/4c-c1fc11-7ebd-468a-bd5a-dc36c0c929ff?version=1.0>.

Doctrina

Buitrago, E. (2003) *Derecho Intelectual*. Bogotá; Librería Ediciones del Profesional.

Cárdenas, P. (2003) *Comentarios sobre Propiedad Intelectual*. Bogotá: Editorial Cosmos J.P.A.

Centro colombiano del derecho de autor. Cecolda. ¿Qué es una obra? Versión digital disponible en: http://www.cecolda.org.co/index.php?Option=com_content&task=blogcategory&id=7&Itemid=50.

Centro colombiano de derecho reprográfico CDR. Versión digital disponible en: <http://cdr.com.co/que-es-el-cdr/>.

Chaparro, F. (1997). *Manual sobre la propiedad intelectual de productos derivados de la actividad académica en universidades y centros de investigación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia – Colciencias.

Dirección nacional del derecho de autor. Circular No. 06 del 15 de abril de 2002. Versión digital disponible en: http://innovacion.unal.edu.co/fileadmin/recursos/innovacion/docs/normatividad_pi/circular06_2002.pdf.

Dirección nacional del derecho de autor. (1995). *Génesis y Evolución del Derecho de Autor*. Bogotá: Ministerio de Gobierno.

Lipszyc, D. (2001) *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: UNESCO, CERALC ZAVALIA.

Pachón, M. (1998) *Manual de Derechos de Autor*. Bogotá: Temis.

Rengifo, E. (1997) *Propiedad Intelectual: el moderno derecho de autor*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - D'Vinni Editorial Ltda.

Rey, C. (2005). *La propiedad Intelectual como bien inmaterial*. Bogotá: Leyer.

Rogel, C. (1998) *Nuevos estudios sobre propiedad intelectual*. Barcelona: J.M. Bosch.