

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2009
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Transmisión del derecho. Obra bajo relación laboral. Obra por encargo. Efectos.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil

FECHA: 23-10-2003

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Texto del fallo en formato digital

OTROS DATOS: Radicación 1.538

SUMARIO:

“Los derechos patrimoniales de autor son en esencia transferibles, por ende sobre ellos el titular tiene plena capacidad de disposición a través de la modalidad contractual que éste acuerde para el efecto observando las condiciones o limitaciones que prevea la ley”.

[...]

“El principio de autonomía de la voluntad no es ajeno al derecho de autor, ni al derecho contractual de autor que debe servir de instrumento para la estimulación de la actividad intelectual y la capacidad creadora en todos sus campos”.

[...]

“No obstante, las críticas que puedan surgir por parte de quienes ven en la obra por encargo un esquema que puede poner en riesgo la protección debida al autor como el sujeto más débil de una relación contractual, lo cierto es que el legislador, en concepto de esta Sala, al consagrar ... que la titularidad derivada se entiende en cabeza del comitente de la obra no hace otra cosa que reconocer una realidad económica”.

[...]

“Como quiera que la transmisión de los derechos patrimoniales del autor puede realizarse convencionalmente a través de cualquier modalidad contractual, no existe, en opinión de la Sala, argumento válido para afirmar que el contrato laboral no es un instrumento idóneo para transferir los derechos económicos derivados de la obra creada por el autor asalariado en cumplimiento de sus obligaciones laborales ...”.

[...]

“... la transferencia de derechos de autor a través de contratos de prestación de servicios, debe ser tratada como una forma especial de transmisión de los

derechos patrimoniales: tanto es así que el legislador la elevó al grado de presunción legal: sería un contrasentido exigir una solemnidad como el reconocimiento ante notario o la escritura pública para la validez del negocio jurídico y, de otra reconocer la existencia del derecho del empresario o comitente aunque no hubiese pactado nada al respecto en el contrato de prestación de servicios respectivo”.

[...]

“... la misma presunción legal que opera en materia de titularidad de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo se aplica a las que surgen de la relación laboral”.

[...]

“No sobra precisar que la titularidad del empleador solamente comprenderá las obras que el autor asalariado produce en ejercicio de las funciones que le han sido asignadas”.

[...]

“¿En los contratos laborales y de obra por encargo se está comprometiendo obra futura?

La Sala al estudiar este problema jurídico considera que aunque en la consulta se sugiere que en el caso del contrato laboral y en el de obra por encargo se está comprometiendo una obra futura, ello no es así, pues el objeto del contrato no es en si mismo la obra futura sino la prestación de los servicios personales

En el contrato laboral el objeto es la prestación de servicios dentro de unas condiciones de subordinación previstas en el Código Sustantivo del Trabajo en el cual a cambio de una remuneración o salario, el empleador obtiene el derecho patrimonial sobre la obra u obras que produzca el trabajador en ejercicio de sus funciones.

En el contrato de prestación de servicios por el cual se encargan una o más obras, el objeto si bien puede ser indeterminado pero determinable (que escriba un número x de novelas o biografías. por poner un ejemplo), lejos de constituirse en un sistema que vaya en contra de los derecho del autor, es una forma lícita de contratación”.

[...]

“Adicionalmente, la Sala opina que dichos contratos tampoco implican compromiso alguno de «obra futura de un modo indeterminado», pues, tanto en el primero como en el segundo de los casos, las partes dentro de la libertad contractual que les es permitida por la ley, pueden darlo por terminado en los términos y condiciones aplicables en la ley laboral o civil según el caso. Recuérdese que el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios aunque se diferencian por los elementos de subordinación y dependencia, no instituyen una

nueva forma de esclavitud, a menos de que se trate de comprometer indefinidamente y en beneficio de una sola persona (física o jurídica) la creación de toda su capacidad intelectual.

Un pacto de ese tenor, obviamente iría en contravía de todos los derechos constitucionales y de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes, no sobra advertir que dada la complejidad del mundo moderno y para evitar conflictos futuros, resulta aconsejable adoptar contractualmente definiciones específicas para regular la materia, en especial en las contrataciones de personal especializado, técnico o profesional”.

[...]

“La transferencia de los derechos patrimoniales que se realiza en la obra por encargo y en los contratos laborales no se rige por el régimen general en cuanto a la exigencia de las solemnidades de los demás actos de enajenación de este tipo de derechos”.

[...]

“El contrato laboral es un instrumento idóneo para transferir los derechos patrimoniales o derivados de la creación intelectual propia de los Derechos de Autor. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos morales que son inalienables e intransferibles”.

[...]

“La prohibición de comprometer la obra futura e indeterminada no puede aplicarse de manera extensiva a todas las formas contractuales y por ende, no puede pretenderse derivar una sanción como la nulidad de las cláusulas de los contratos laborales que se refieran al derecho de: empleador sobre la obra resultante del trabajo del empleado.

Cosa distinta es que se pacte indefinidamente y en beneficio de una sola persona (física o jurídica) toda su creación intelectual, lo que si desconocería derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política y la Declaración Universal de Derechos Humanos,

La cláusula de transferencia de los derechos patrimoniales derivados de la obra literaria o artística en los contratos laborales o de obra por encargo, no implica comprometer la producción futura de modo indeterminado, pues, tanto en el primero, como en el segundo caso, las partes dentro de la libertad contractual que les cabe pueden darlo por terminado en los términos y condiciones aplicables en la ley laboral o civil según el case

Recuérdese que el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios aunque se diferencian por los elementos de subordinación y dependencia, no pueden instituir una forma nueva forma de esclavitud”.

COMENTARIO: Aunque la sentencia que se reseña analiza las fórmulas muy puntuales de la legislación colombiana, bien vale la pena expresar algunas reflexiones generales de carácter conceptual. Aunque aparentemente semejantes, las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral y las realizadas en cumplimiento de un contrato de encargo tienen una naturaleza diferente y pueden generar efectos distintos. Así, mientras en el primer supuesto existe una relación de dependencia entre el patrono y el autor (con todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo) y donde el creador actúa con los medios o elementos proporcionados por el empleador (lugar para desarrollar las labores, equipos técnicos, personal asistente, etc.); en la obra por encargo el creador actúa en forma independiente, con sus propios medios y elementos. Las obras creadas bajo una vinculación de empleo plantean la discusión acerca de la verdadera autoría, pues podría alegarse que el empleado, al obedecer las instrucciones del patrono sobre la modalidad creativa y las características de la obra a realizar, no crea, sino que es un simple ejecutor siendo el verdadero autor, en consecuencia, el empleador. Pero resulta que la creación es un acto personal y si bien el autor empleado debe cumplir con sus obligaciones de carácter laboral e incluso recibir instrucciones respecto del género de la obra o las características generales de la misma, la forma de expresión le es propia y, por tanto, nadie puede despojarlo de su condición de creador. Si el patrón fuera el creador, no contrataría al autor. Los conflictos que se presentan en torno al reconocimiento de los derechos en relación con las obras creadas bajo contrato de trabajo, hace que las fórmulas legislativas estén muy lejos de ofrecer una solución uniforme. Mientras en las legislaciones que siguen el sistema “angloamericano”, es posible atribuir la “autoría”, el “copyright” o la titularidad originaria de los derechos al patrono, la situación es distinta en los países de tradición latina o continental, tomando en cuenta, por una parte, que como principio general, autor es solamente la persona física que realiza la creación intelectual y por ello tiene la titularidad originaria de los derechos (morales y patrimoniales) sobre la obra; y, por la otra, que los derechos de orden moral son inalienables e irrenunciables. Pero aún así, las soluciones suelen ser diferentes en los ordenamientos nacionales de tradición latina, con fórmulas que van desde las que pautan que el contrato de trabajo no implica la derogación de los derechos del autor, pasando por aquellas según las cuales la transferencia de los derechos patrimoniales se rige por lo convenido entre las partes pero, en ausencia de pacto expreso, los derechos patrimoniales permanecen en cabeza del autor, o hay una remisión legal al contrato celebrado por las partes, pero el patrono no puede utilizar la obra por medios diferentes a los expresamente contratados, hasta llegar a los textos que establecen una presunción “*iuris tantum*” de cesión de los derechos patrimoniales al patrono, sea en forma ilimitada y exclusiva o bien en otros textos limitada a la medida necesaria para la explotación de la obra de acuerdo a las modalidades usuales del empleador al momento del contrato o a la de época de entrega de la obra, incluso, en algunos ordenamientos, mediante una presunción de cesión con efectos “*no exclusivos*”, sólo para poner algunos ejemplos. En las obras por encargo son también válidas las consideraciones expuestas en cuanto a que si el comitente fuera quien creara la obra, no contrataría al autor. Pero también en esta modalidad surgen diversas posiciones legislativas, entre ellas, algunas del sistema del “copyright”, donde el comitente es considerado “autor” o, en todo caso, el titular originario de los derechos, hasta llegar en el extremo opuesto a soluciones imperantes en algunos países que siguen el sistema continental, según las cuales la celebración de un contrato de obra por encargo no implica la derogatoria de los derechos del autor, y entre ambas soluciones, algunas “intermedias”, cuando establecen, por ejemplo, una presunción “*iuris tantum*” de cesión exclusiva de los derechos a favor del comitente o que esa presunción de cesión (en algunos textos en forma no exclusiva), solamente tiene efectos en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, o el caso de ciertas leyes que hacen una simple remisión a lo previsto en el contrato, sin ninguna otra

connotación. Es de hacer notar que en los ordenamientos donde no se ha incluido una norma específica que regule el tema de la titularidad de los derechos sobre las obras realizadas por encargo, rige el principio general por el cual el autor es el titular originario de tales derechos y que la transmisión total o parcial de aquellos transferibles, se rige por lo pactado entre las partes, siendo los de orden moral, al menos en las leyes de tradición latina o continental, inalienables e irrenunciables. En cuanto a la asimilación de los efectos del contrato de obra por encargo a los previstos en la ley para las obras creadas bajo relación laboral, nos parece que salvo alguna disposición legal que ordene expresamente esa asimilación, la misma resulta injusta. En efecto, en el contrato de trabajo el autor-empleado no asume ningún costo en la producción de la obra ni en la utilización de los equipos y otros elementos necesarios para la producción (todos los cuales corren por cuenta del patrono), pero además goza de todos los beneficios socio-económicos previstos en la legislación especial en materia del trabajo. En cambio, en las obras creadas bajo un contrato por encargo, el autor asume los costos de la producción de la obra, con sus propios medios y elementos, al tiempo que carece de los beneficios previstos en la legislación laboral o en la contratación colectiva de trabajo que pueda existir entre el patrono y sus trabajadores. En lo que se refiere a la cesión de derechos sobre obras futuras, existen matices sobre los cuales reflexionar, porque responde a la propia naturaleza de las cosas que en la relación laboral, aunque como dice la sentencia en comentarios, *“el objeto del contrato no es en si mismo la obra futura sino la prestación de los servicios personales”*, lo cierto es que cuando se contrata a un trabajador para que produzca obras, se está en presencia de un convenio donde las creaciones futuras son parte esencial de la contratación. Y resulta todavía más claro en el contrato de obra por encargo, porque la creación futura constituye el objeto principal de la relación contractual entre las partes. De esa manera, resulta válida una cesión (legal o contractual) de los derechos patrimoniales (en forma total o parcial), a favor del patrono o el comitente según los casos. Resulta evidente que si un patrono contrata a un autor, bajo relación de trabajo, para que cree obras, es porque aspira a ostentar alguna clase de derechos patrimoniales sobre esas producciones (ilimitada o limitada, exclusiva o no exclusiva), y lo mismo pretenderá el comitente si se trata de creaciones realizadas en virtud de un contrato de obra por encargo. Otra cosa es que la ley limite los efectos de la cesión a determinadas formas de explotación (al menos salvo pacto en contrario), como se pudo ver en algunas de las fórmulas legislativas citadas o que, no obstante cualquier contrato de cesión, el autor conserve un derecho irrenunciable de remuneración proporcional a los beneficios que se generen por algunas modalidades de explotación de la obra. Y también se admite que la ley limite los efectos de cualquier cesión de derechos exclusivos sobre una obra futura a un determinado tiempo, incluso aunque en el contrato se establezca un plazo mayor. Una situación distinta respecto de las creaciones futuras se presenta en la cesión indeterminada de todas las obras que un autor cree en el futuro, porque ello sí cercena derechos fundamentales como la libertad de creación, el libre desarrollo de la personalidad e, incluso, el derecho al trabajo. Por esa razón, son muchas las legislaciones que disponen expresamente la nulidad de los contratos que tengan por objeto la cesión global de las obras futuras (lo que algunos califican como un contrato de *“vasallaje intelectual”*), incluso por ausencia de un objeto determinado o determinable, aunque se admite su validez cuando se las predetermina, al menos por su género. Por último, se plantea el tema de las formalidades que deben cumplir los contratos sobre las creaciones generadas por cuenta de terceros, sea bajo una relación laboral o en virtud de un contrato de obra por encargo. En efecto, si bien muchos ordenamientos exigen que los contratos de cesión (y también los de licencia), deben celebrarse por escrito, y ciertas leyes incluso por documento legalizado, la situación puede cambiar si la ley establece alguna presunción de cesión, en cuyo caso podría obviarse la formalidad, al menos en lo que se refiere al contrato de trabajo, donde impera el principio de la consensualidad. Pero nada impide que, no obstante alguna presunción legal de cesión (sea *“iuris tantum”* o *“iuris et de iure”*), la ley aplicable ordene la prueba escrita del contrato, por lo menos en lo que atañe al de obra por encargo. A lo anterior se agrega, además, el problema de determinar si la formalidad escrita exigida por la ley debe considerarse *“ad solemnitatem”* o solamente *“ad*

probationem” (cuestión que admite varias posturas, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial), pues en el primer caso su omisión viciaría de nulidad el contrato celebrado por las partes, mientras que en el segundo supuesto podrían admitirse pruebas sustitutivas. Todas estas reflexiones nos conducen a concluir que, a pesar de las diferentes fórmulas legislativas existentes en torno al tema, nada resulta más aconsejable que celebrar contratos escritos donde se pacten expresamente las obras a crear (al menos por su género), de la manera más precisa posible, con indicación de los derechos o modos de explotación cedidos y si la cesión es exclusiva o no exclusiva, así como el tiempo y el ámbito territorial convenidos. © Ricardo Antequera Parilli, 2009.

TEXTO COMPLETO:

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a petición de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, solicita el concepto de la Sala sobre la interpretación de los artículos 20, 183, 129 y 155 de la ley 23 de 1982. Al efecto, formuló las siguientes preguntas:

“¿La transferencia de derechos patrimoniales, tratándose de las obras realizadas en desarrollo de un contrato de servicios, a favor de la persona bajo cuya orden se ha realizado la obra, debe regirse por las disposiciones del artículo 183 de la ley 23 de 1982, o sí, la expresión “se entiende” que trae el artículo 20 de la misma normatividad, exime de esta obligación a /os contratantes?

“¿Qué debe entenderse cuando el artículo 183 de la ley 23 de 1982 se refiere a “Todo acto (...)”, y el artículo 20 de la misma ley, dice “Por este solo acto”? ¿El primero comprende al segundo, por lo que se requieren las solemnidades, o el segundo tiene un alcance diferente a la primera expresión?

“¿Existe una verdadera presunción en el artículo 20 de la ley 23 de 1982, que genere los efectos conforme al régimen civil o se debe entender como una consecuencia de un acto contractual anterior?

“¿Contrato laboral es un instrumento idóneo para transferir los derechos derivados de la creación intelectual propia de los Derechos de Autor, teniendo en cuenta que esta última es una forma de propiedad?

“¿El contrato laboral debe someterse a las formalidades señaladas en el artículo 183 de la ley 23 de 1982, para poder transferir los derechos de autor de carácter patrimonial?

“¿La prohibición de comprometer la obra futura e indeterminada se refiere únicamente a los contratos de edición e inclusión en fonogramas, o es un lineamiento que consagra la ley 23 de 1982, aplicable a todas las formas de contratación sobre derecho de autor?

“¿La cláusula que restringe la producción de manera total o parcial de obras literarias o artísticas, desconoce derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política y la Declaración Universal de Derechos Humanos?

“¿La cláusula de transferencia, en los contratos laborales o de obra por encargo, de los derechos patrimoniales derivados de la obra literaria o artística, sin distinción alguna, implica comprometer la producción futura de modo indeterminado?”

El señor Ministro en su escrito introductorio destaca los siguientes aspectos a saber:

La protección constitucional a la propiedad intelectual consagrada en el artículo 61 de la Carta.

Los derechos de autor como una categoría especial de propiedad y sus características.

(...) es una propiedad especial, con tres características que la diferencian de la común: 1. Se refiere a producciones de intelecto, como bien inmaterial, 2. Genera una prerrogativa de explotación exclusiva

por un tiempo determinado, por eso se afirma que es temporal. 3. Tiene un contenido que se ha denominado moral, ajeno a la propiedad común.

“la propiedad intelectual gracias a su modo de adquisición se conecta con facultades inherentes a la persona. La creación es un modo de adquisición que se desprende del derecho a la libertad de expresión, al reconocimiento a/ libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia, a la libertad de investigación y a la búsqueda y el conocimiento como seres libres. El derecho de autor, es el único tipo de propiedad que se considera derecho humano, y esto se debe a la estricta vinculación que tiene con la materialidad y desarrollo del individuo. Así la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo XXVII, además de señalar la estricta vinculación entre la vida cultural y el progreso intelectual y científico, consagra expresamente al derecho de autor como un derecho de tal índole”.

“Es preciso señalar que la propiedad referida a los derechos de autor en su doble contenido, faculta al creador para gozar de derechos de índole moral y patrimonial desde el momento mismo de la creación de la obra”.

La diferencia conceptual entre autor y titular de los derechos patrimoniales. Al respecto expone:

“El autor es quien ostenta los derechos morales y sobre él se radica originalmente la titularidad de todos los derechos patrimoniales (artículos 30 y 12 a 29 de la Ley 23 de 1982 y 11 a 17 de la Decisión 351 del (sic) Comunidad Andina de Naciones), en consecuencia se le denomina titular originario.

(...)

“Titular, es la persona natural o jurídica, que ostenta los derechos de contenido patrimonial que genere el derecho de autor es decir, quien puede explotar económicamente la obra por poseer el componente patrimonial”.

“De un estudio integral de la Ley 23 de 1982, se deduce la clara intención del legislador de establecer en los artículos 1, 3, 12 y 76, que el ejercicio y disposición de los derechos patrimoniales es una prerrogativa exclusiva y original que le corresponde al autor, y como tal, puede disponer de ellos conforme a los postulados del ejercicio legal que su voluntad adopte.

“Esta facultad recalca el carácter de preponderancia de la autonomía de la voluntad de la cual goza el titular, que en ningún caso puede desconocer el orden público, la moral o las buenas costumbres, haciendo eco así a la doctrina del Código Civil”.

Acto seguido, la entidad consultante divide temáticamente la consulta en dos capítulos; el primero, sobre la transferencia de los derechos de autor, y el segundo cuyo tema central es el régimen de prohibiciones aplicable en la contratación de derechos de autor. Adicionalmente, se señala en cada capítulo el marco teórico, normativo y las posibles interpretaciones de las disposiciones en conflicto; documento que se analizará con la precisión debida por la Sala en la medida en que se asuma el estudio de cada uno de los problemas jurídicos planteados.

Con el fin de resolver la consulta formulada, la Sala seguirá el siguiente orden temático:

1. Derecho Contractual de autor

1.1. Generalidades

1.2. Transferencia de derechos patrimoniales de autor.

1.3. Obra por encargo y obras que surgen en virtud de una relación Laboral. El contrato de servicios y el contrato laboral como instrumentos para transferir los derechos patrimoniales de autor.

1.4. Artículo 20 de la ley 23 de 1982. Alcance frente al artículo 183 de la ley 23 de 1982. Las solemnidades requeridas para la transferencia de los derechos

patrimoniales de autor en obras por encargo,

2. Prohibiciones consagradas en la ley 23 de 1982 para contratar obra futura

2.1 Obra que surge de un contrato laboral — autor asalariado.

2.2 Prohibiciones consagradas en la ley 23 de 1982 para contratar obra futura. Aplicación extensiva del redimen de prohibiciones a los contratos laborales.

2.3 Contratos laborales versus obra futura.

1. Derecho Contractual de autor

1.1. Generalidades

El artículo 61 de la Constitución, tal y como lo señala la Corte Constitucional, consagra “el principio de protección a la propiedad intelectual”¹, con el fin de garantizar la promoción y conservación de la cultura a través de la protección del interés colectivo que subyace de las creaciones intelectuales surgidas del esfuerzo, el trabajo o la destreza del hombre que en todos los casos son dignas de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda”²

ART. 61. - El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

Por su parte, el Código Civil en su artículo 671, reconoce la importancia de contar con normatividad especializada para el logro de la eficaz protección de este tipo de propiedad.

“Las producciones de talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.”

El carácter especializado que el legislador

le imprime al derecho de autor deberá tenerse en cuenta al momento de analizar las disposiciones cuya interpretación y alcance se pretende definir con el presente concepto, sobre todo cuando se vislumbra existencia de un posible conflicto con otras áreas del Derecho, como es el caso de la Obra que surge de una relación de carácter laboral.

Dijo la Corte Constitucional sobre la especialización de esta rama del derecho en Sentencia C-053101

“Los derechos de autor se inscriben dentro de la rama especializada del derecho conocida como propiedad intelectual, que goza de expresa protección estatal, de conformidad con el artículo 61 de la Constitución. La propiedad intelectual comprende la regulación de todas aquellas relaciones que surgen con ocasión de los derechos de autor y conexos, los derechos sobre la propiedad industrial y los derechos sobre descubrimientos científicos, invenciones y mejoras útiles”.

Por su parte, la ley 23 de 1982 contentiva de las normas que garantizan el derecho de autor en Colombia, consagra la protección del autor sobre sus obras literarias, científicas y artísticas y de los intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor.³

Luego de revisar la jurisprudencia constitucional frente a los temas objeto de la consulta, la Sala destaca los siguientes principios desarrollados por la ley 23 de 1982 en materia de derecho de autor.

- El objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra. Así en palabras de la Corte Constitucional:

“El objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra, esto es

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-975/02.

² Corte Constitucional. Sentencia C-975/02.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-975/02.

expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida " Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos, el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas, la originalidad es condición necesaria para la protección: ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en fa mayoría de legislaciones no está sujeta al cumplimiento de formalidades (...)"⁴

- Tiene dos dimensiones claramente diferenciadas entre sí, una moral y otra de carácter patrimonial.⁵

*"El derecho de autor, en los países de vieja tradición jurídica latina como es el caso colombiano, es un concepto complejo y bien elaborado, en el que concurren las dos dimensiones que hoy por hoy se le reconocen como esenciales: **la primera, la que se traduce en el derecho personal o moral**, que nace con la obra misma, como consecuencia de acto de Creación y no por reconocimiento de autoridad administrativa; ellos son **extramatrimoniales, inalienables, irrenunciables** y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger tos intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-276 DE 1.996.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-975/02. "obsérvese que los aspectos moral y patrimonial del derecho de autor, se encuentran condensados a la manera de principios fundamentales en el artículo 3º de la Ley 23 de 1980"

respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido. La segunda dimensión es la de los denominados derechos patrimoniales; sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma con miras a su explotación económica"⁶(Las negrillas no son del texto original).

- En concordancia con lo señalado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la esfera moral se reconoce como un derecho de carácter fundamental y, en la dimensión patrimonial, la ley prevé las reglas generales para su ejercicio con miras a equilibrar la relación existente entre autor, editor, empresario y público.

"Artículo 27.- 1. 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"⁷.

Señala la Corte Constitucional sobre este aspecto:

"La Corte estima pertinente señalar que, los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto a 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

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-276/96.

⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos. ONU. 10 de diciembre de 1948.

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"⁸. (Las negrillas no son del texto original),

- A partir de la dimensión personalista del derecho de autor adoptada por el legislador, el principio rector es que la persona física que crea la obra es la única que puede ostentar la titularidad originaria de la misma. En consecuencia, la persona natural o jurídica que no participa en el acto creador solamente puede ser titular derivado de los derechos de orden patrimonial.

"El principio general reconoce como autor a la persona natural que crea la obra, a /a cual se le atribuye la titularidad originaria de la misma, partiendo de este presupuesto las personas jurídicas, en cuanto carecen de capacidad creadora, no pueden ser titulares originarias de los derechos de autor que de ellas se derivan, cosa distinta es que lo sean las personas naturales que las constituyen. No obstante, las personas jurídicas y algunas personas naturales que no participan en el acto creador, pueden ser reconocidas como

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-155/98. Posición reiterada en Sentencia C-053/01. "De todo lo anterior se puede concluir que, conforme a la jurisprudencia constitucional: 1) Los derechos morales de autor son fundamentales. 2) Los derechos patrimoniales de autor, aun cuando no son fundamentales

titulares derivados de los derechos de autor de una obra".⁹(Las negrillas no son del texto original)

En concordancia con lo anterior, la doctrina extranjera al comentar la ley española que parte de la misma concepción, expone:

"El acto de creación se reputa en los artículos 1 y 5 como un modo de adquirir con carácter originario. No sólo el único de los modos de adquirir derechos de propiedad con carácter originario, sino, demás el único modo válido de adquirir la propiedad intelectual con carácter pleno."¹⁰

- Los derechos patrimoniales de autor son en esencia transferibles, por ende sobre ellos el titular tiene plena capacidad de disposición a través de la modalidad contractual que éste acuerde para el efecto observando las condiciones o limitaciones que prevea la ley.

"(...) el derecho patrimonial, entendido como aquél que le asiste al autor para cobrar una remuneración por el uso que se haga de su obra, y que se causa a partir del momento en que la obra o producción susceptible de valoración económica se divulga por algún medio o modo de expresión. Conforme lo reseña la Organización Mundial de la Propiedad intelectual -OMPI-"¹¹, los derechos patrimoniales constituyen el elemento pecuniario del derecho da autor, en cuanto "suponen, en general, que, dentro de las limitaciones impuestas por la legislación de derecho de autor, el

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-276/96.

¹⁰ Bercovitz Rodríguez-Cano. Rodrigo. (Coordinador). Comentarios a /a ley de propiedad intelectual. Segunda Edición. Tecnos 1997. Comentario hecho por Auge! Carrasco Perera. Pág.105.

¹¹ Cfr. OMPI, Definición N° 95, Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, citada en la Sentencia C-792 de 2002, M.P Jaime Córdoba Treviño-

titular del derecho de autor pueda hacer toda clase de utilizaciones públicas de la obra previo abono de una remuneración". En este sentido, lo advierte la Corte, **sobre los derechos patrimoniales "el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra),"**¹² (Las negrillas no son del texto original).

- El principio de autonomía de la voluntad no es ajeno al derecho de autor, ni al derecho contractual de autor que debe servir de instrumento para la estimulación de la actividad intelectual y la capacidad creadora en todos sus campos.
- En materia de limitaciones al derecho autoral es relevante aplicar el principio consagrado en la Decisión 351 de 1993, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que busca el equilibrio de los derechos del autor y de las personas naturales o jurídicas interesadas en la explotación de una obra.

DE LAS LIMITACIONES Y EXCEPCIONES

ARTICULO 21.- "Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-053/01 Ley 44 de 1993

de los derechos".

Y, la regla general sobre la aplicación restrictiva de las limitaciones al régimen de explotación de los derechos de autor:

"Los derechos patrimoniales de autor; en la concepción jurídica latina son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, ellos no tienen mas excepciones que las establecidas por la ley, pues las limitaciones han de ser específicas y taxativas".¹³

- El derecho de autor como tal no depende para su reconocimiento de ningún procedimiento oficial, La Organización Mundial de Propiedad Intelectual - OMPI-, al respecto señala:

"Se considera que, por su mera existencia toda obra Creada queda protegida por el derecho de autor. El convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas establece que las obras literarias o artísticas quedan protegidas sin ninguna formalidad en los países adherentes a dicho convenio".¹⁴

A partir de los principios enunciados y de las normas particulares consagradas en materia de transferencia de los derechos patrimoniales de autor en la mencionada ley 23 de 1982 o estatuto sobre derechos de autor, la ley 33 de 1987,¹⁵ la ley 44 de 1993, la Decisión 351 de 1993, que se incorpora al bloque de Constitucionalidad¹⁶

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-276/96

¹⁴ La cita corresponde a un aparte del documento publicado en la página web de la OMPI, elaborado por José Ángel Arriaza Coordinador de Derechos de Autor.

¹⁵ Ley 33 de 1987 "Por medio de la cual se aprueba el acuerdo de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1490/00. "La Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión de Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en

y la ley 565 de 2000,¹⁷ se definirá el alcance de los derechos del autor independiente o asalariado que crea un obra por encargo de un tercero, los mecanismos válidos para su transferencia, así como los requisitos exigidos para su validez, procurando en la interpretación armonizar el derecho del autor que produce bajo esa modalidad, con el derecho del empresario, editor o patrono que asume el riesgo de impulsar, financiar o invertir recursos en la producción de la misma.

Cabe señalar que la doctrina nacional y extranjera en materia de derechos de autor considera que la creación de obra por encargo y de la creación de obras colectivas¹⁸ son figuras que cada vez tornan más auge en la medida en que la creación intelectual requiere de un ritmo de inversión proporcional a las nuevas tecnologías, al punto que no pocos autores hablan de un desplazamiento del autor independiente.

Dice el profesor Arcadio Plazas, acerca del fenómeno económico que trae como

el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad; (...)"

¹⁷ Ley 555 de 2000 por medio de la cual se aprueba el "Tratado de la OMPI-Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Derechos de Autor (WC7)", adoptado en Ginebra, el veinte (20 de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

¹⁸ Rubio Torres. Felipe, "Conozca y proteja sus Derechos de Autor; aspectos relativos a la obra audiovisual 2003". República de Colombia, Ministerio de Cultura. Fondo Mixto de Promoción Cinematográfico "Pro imágenes en Movimiento": Universidad Nacional de Colombia. Bogotá 1003. - Entendiendo por obra colectiva aquella creada por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica, quien la edita y divulga bajo su nombre, a partir de la unión de las contribuciones de varios autores, el titular o propietario por disposición de la ley será esa persona natural o jurídica QUO ejerce la coordinación, Un ejemplo lo constituye la coordinación y contratación que haga una empresa para que bajo sus criterios se efectúe una compilación, programa, enciclopedia, repertorio música, bases de datos o un programa de computador, por mencionar algunos casos. El propietario Será entonces dicha empresa, pero deberá respetar los derechos morales de los autores que contribuyeron a su realización".

consecuencia el auge de las creaciones colectivas:

"Surge así el fenómeno contemporáneo de /a creación colectiva en donde la empresa productora pública o privada, tiene que desempeñar un papel preponderante, El perfeccionamiento de las técnicas empleadas para la edición y para /a comunicación de conocimientos por otros indios hace aún mayor esta participación, por el monto de los recursos económicos que para su aprovechamiento son necesarios.

"El autor se ve así cada vez más obligado a compartir su Obra y sus rendimientos económicos con el empresario, fenómeno que observamos no solo en el campo editorial sino también en la cinematografía, en la grabación fotomecánica, en la televisión y en los llamados derechos conexos de intérpretes y ejecutantes"

El editor de textos por su parte, tiende a preferir los originales producidos por encargo, bajo su propio plan y control eco/temido o por medio de autores y artistas a su servicio, obligados y remunerados mediante simples contratos de trabajo o arrendamientos de servicios. "¹⁹

La profesora Delia Lipzyc, en su libro "Derecho de autor y derechos conexos", menciona el papel que tiene el derecho de autor en los países en desarrollo:

"El derecho de autor ha probado su idoneidad para estimular la actividad creativa al asegurar al creador la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor: a la vez, beneficia al empresario al garantizar su inversión,

¹⁹ Plazas, Arcadio. 'Estudios sobre derecho de autor, Reforma Legal Colombiana'. Editorial Temis, 1984 Pág. /114

permitiendo el auge de las industrias culturales con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la difusión de obras”.²⁰

No obstante, las críticas que puedan surgir por parte de quienes ven en la obra por encargo un esquema que puede poner en riesgo la protección debida al autor como el sujeto más débil de una relación contractual, lo cierto es que el legislador, en concepto de esta Sala, al consagrar como se verá mas adelante que la titularidad derivada se entiende en cabeza del comitente de la obra no hace otra cosa que reconocer una realidad económica.

1.2. Transferencia de los derechos patrimoniales de autor

Dado el carácter negociable de los derechos patrimoniales de autor, la doctrina ha sido unánime al señalar que estos pueden ser transmitidos por “acto entre vivos, tales como cesión o venta, donación, préstamo u otros y, asimismo, puede ser transmitido por causa de muerte mediante la herencia, e/ legado o cualquier disposición testamentaria”.²¹

La Corte Constitucional al analizar una demanda por inconstitucionalidad sobreviviente contra el artículo 20 de la ley 23 de 1982, señaló sobre las modalidades de transmisión de este tipo de derechos a las personas jurídicas o naturales que no participaron en la creación, lo siguiente.

“Esa titularidad derivada se obtiene entonces a través de una de las siguientes vías:

“Por cesión: la cual puede darse a través de dos modalidades:

a. Convencional.

Los cesionarios o titulares derribados tienen sobre la obra objeto del

contrato del cesión, los derechos que a través de el se les otorgan: la cesión puede ser total o parcial, según incluya la totalidad o sólo algunos de los derechos patrimoniales del autor.

b. Cessio legis, o por disposición legal.

En este caso, por disposición legal, los cesionarios son titulares derivados de los derechos patrimoniales; se consagra una presunción de cesión de pleno derecho que recae sobre los derechos de explotación que expresamente señale la misma norma: ejemplo de esta modalidad es la legislación italiana en la cual “...se establece la cessio legis respecto de las obras colectivas, cuyos editores tienen el derecho de explotación económica (art. 38), y respecto de las obras cinematográficas, cuyos productores tienen el derecho exclusivo de reproducirlas, ponerlas en circulación, exhibirlas y emitirlas (arts. 45 y 46)...”

-“Por presunción de cesión establecida en la ley, salvo pacto en contrario, o presunción de legitimación.

La presunción legal de cesión. Establece en favor de la persona natural o jurídica que diseñe el plan para elaborar una obra, por su cuenta y riesgo (en el caso de las obras cinematográficas el productor), la cesión del derecho exclusivo de explotación cinematográfica, salvo acuerdo en contrario: en estos casos los autores que colaboraron en la realización, pueden hacer valer frente a terceros que contraten con el productor los derechos que se hayan reservado en sus respectivos convenios con éste. (Subraya la Corte)

La mayoría de las legislaciones de tradición jurídica latina, establecen la

²⁰ Lipszyc Delia. Derechos de Autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO, CERLALC, ZAVALIA Buenos Aires Argentina. 1993

²¹ Goldstein Mabel. Ediciones la Rocca. “Derecho de Autor” Buenos Aires. 1995. Pág.131

presunción de legitimación, la cual se consagró en el artículo 14 bis, 2), b), del Convenio de Berna, Acta de París, 1971, como regla de interpretación de los contratos en los países en los que no rige el sistema del film-copyright, propio de los sistemas jurídicos anglo-sajones, ni el de *cessio legis*: dicha presunción tiene por objeto, salvo acuerdo en contrario, garantizar al productor la explotación de la obra cinematográfica "sin interferencias inútiles",

"Para asegurar que el productor no se vea inútilmente obstaculizado en la explotación de la obra audiovisual, en los países de tradición jurídica latina se establece, ... una presunción de cesión de los derechos patrimoniales de los colaboradores en favor del productor que admite prueba en contrario (presunción *juris tantum* de cesión) -o una cesión legal o bien una presunción de legitimación en favor del productor, salvo pacto en contrario, que comprende los derechos de reproducción de distribución, de comunicación pública...o de los derechos mencionados en la respectiva disposición legal, de interpretación restringida.²²

Por su parte, la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, OMPI, en una presentación sobre el derecho de autor menciona entre las diferentes vías por las que una empresa puede ser titular del derecho de autor, las siguientes:

"Por medio de una compraventa de derechos, por una cesión, por una relación laboral en cumplimiento de un contrato de trabajo".²³

Como quiera que la transmisión de los derechos patrimoniales del autor puede

realizarse convencionalmente a través de cualquier modalidad contractual, no existe, en opinión de la Sala, argumento válido para afirmar que el contrato laboral no es un instrumento idóneo para transferir los derechos económicos derivados de la obra creada por el autor asalariado en cumplimiento de sus obligaciones laborales, máxime si se tiene en cuenta que la misma ley prevé, como se verá más adelante, que tanto el contrato laboral como el de prestación de servicios han sido reconocidos en la legislación como mecanismos idóneos para que el comitente **obtenga** la titularidad derivada de la obra creada por encargo bajo su cuenta y riesgo.

1.3. Obra por encargo y obras que surgen en virtud de una relación laboral. El contrato de servicios y el contrato laboral como instrumentos para transferir los derechos patrimoniales de autor,

La ley 23 de 1982, define la obra realizada por encargo en los siguientes términos

"ART. 20.-Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural y 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). (Las negritas no son del texto original).

En concordancia con lo anterior, el artículo 4º de la ley 23 de 1982 señala que:

"persona natural o jurídica que, en virtud del contrato, **obtenga por su cuenta y riesgo**, la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta ley", puede ser titular del derecho de autor.

²² Lipszyc Delía, Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ediciones Unesco, Cerlalc 1993

²³ OMPI. Página web. José Ángel Arriaza Coordinador de Derecho de Autor

En materia de obras creadas por empleados o funcionarios públicos, 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 y 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 afectadas.”²⁴ (Las negrillas no son del texto original).*

En el mismo sentido, el artículo 92 de la ley 23 de 1982 al prever un posible conflicto de derechos entre los creadores de una obra colectiva que surge de un contrato de trabajo o de uno de prestación de servicios señala:

*“Las obras colectivas creadas dentro de un contrato laboral o de arrendamiento de servicios, en las que sea imposible identificar el apode individual de cada una de las personas naturales que en ellas contribuyen, tendrán por **titular** de los derechos de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan.” (Negrilla fuera del texto original).*

La doctrina en materia de derechos de autor, por su parte, hace énfasis en la diferencia que existe entre autor asalariado y un autor que celebra un contrato de prestación de servicios. La profesora Delta

²⁴ Concordancia Art.1 de la ley 44 de 1993, -Los empleados y funcionarios públicos que sean autores de obras protegidos por el Derecho de Autor, podrán disponer contractualmente de ellas con cualquier entidad de derecho público”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No: 664 del 27 de enero de 1995.

Lipszyc, en el libro publicado por la UNESCO, antes citado, afirma:

“El contrato de obra por encargo no origina una relación contractual laboral. La situación del autor que crea una obra por encargo es distinta de la del autor asalariado”.

A) Titularidad de las obras hechas por encargo.

Obras por encargo son las que se hacen en cumplimiento de un convenio por el cual se encomienda al autor que, a cambio del pago de una remuneración, cree determinada obra para ser utilizada en la forma y con los alcances estipulados.

El autor que acepta el encargo ejecuta su prestación libremente. Le corresponde la titularidad originaria sobre la obra y goza en plenitud de las facultades que integran su derecho en ambos aspectos: moral y patrimonial, aunque pueden encontrarse excepciones aisladas y puntuales como en la Argentina (...)

El comitente solo puede efectuar la explotación prevista en el contrato de obra por encargo, aun cuando el autor reciba indicaciones sobre la temática, los lineamientos principales e, incluso, sobre el título y aunque estos elementos tengan originalidad pues el derecho de autor protege creaciones formales.

La regulación civil establecida en la legislación civil para el Contrato de locación de obra solo es aplicable en forma supletiva y en cuanto no se oponga al derecho del autor, pues en aquella la obra deviene propiedad del locatario de la obra o comitente.

Titularidad de las obras hechas en virtud de una relación contractual laboral.

La determinación de la titularidad de las obras hechas como consecuencia

de una relación contractual laboral planea dificultades originadas en el choque que, en este aspecto, se produce entre los principios del derecho al trabajo y los que rigen el derecho de autor. En materia laboral, los frutos del trabajo del empleado le corresponden al empleador en contraprestación del pago del salario. En materia autoral, las facultades del derecho mora, son inalienables y tanto la cesión como la concesión o licencia de derechos patrimoniales son de interpretación restrictiva y limitada a las formas de explotación previstas en el contrata.

Las obras creadas en virtud de una relación contractual laboral son frecuentes en determinados campos como el periodismo, la arquitectura, la publicidad, las artes aplicadas a la industria, la actividad editorial (adaptadores, traductores) y, desde época reciente, en las empresas productoras de complejos programas de computador. Esta situación supone que el autor asalariado va creando las obras a medida en que el empleador las solicita.

Los problemas que suscita la titularidad de estas obras suelen compararse con los que se presentan en materia de cinematografía pues, en ambos casos, es preciso que la explotación no se vea innecesariamente trabada por el derecho de interdicción que corresponde a los autores.²⁵

Las normas transcritas y las precisiones realizadas sobre el alcance de lo que se entiende por obra por encargo y la obra que surge de un contrato laboral, permiten en una primera aproximación, sacar vanas conclusiones a saber: 1) La obra por encargo es aquella realizada en virtud de un contrato de servicios, 2) El legislador reconoce tanto en el caso de la obra

realizada por encargo, como en el caso de la obra que surge de una relación laboral, que son una forma válida y lícita de transferencia de los derechos patrimoniales de auto. 3) Las personas naturales o jurídicas que no participaron en la creación ostentan la titularidad de las obras creadas bajo la modalidad de obra por encargo o bajo una relación laboral norma que puede admitir pacto en contrario.

Lo anterior, sin perjuicio de los derechos morales del autor o grupo de autores a reivindicar en todo tiempo la paternidad y oponerse a cualquier deformación mutilación o cualquier otra modificación, cuando tales actos causen perjuicios a su honor o reputación o la obra se demente.

Teniendo en cuenta que el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral son válidos como medios para transmitir, por acto entre vivos, los derechos patrimoniales del autor, en la práctica se ha diseñado una especie de cláusula tipo que se utiliza comúnmente en los contratos de prestación de servicios y laborales, a tal fin.

Modelo de clausulado en un contrato de prestación de servicios para la elaboración de una obra:

“(…) Derechos patrimoniales de autor: se entiende por este contrato que los derechos patrimoniales de autor corresponden en su totalidad al CONTRATANTE, quedando al CONTRATISTA el respeto a su derecho moral de conformidad con los artículos 30 de la ley 23 de 1982 y 11 de la decisión Andina 351 de 1993”²⁶

A título meramente ilustrativo, vale la pena citar también, que entidades como

²⁵ Lipszyc Delia, Derechos de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO CERLALC/ ZAVALIA UNESCO 1993

²⁶ Rubio Torres, Felipe. “Conozca y proteja sus Derechos de Autor: aspectos relativos a la obra audiovisual 2003”. República de Colombia, Ministerio de Cultura. Fondo Mixto de Promoción Cinematográfica "Proimágenes en Movimiento". Universidad Nacional de Colombia Bogotá 1003, Pág. 71.

Colciencias y las universidades, cuya actividad habitual es la contratación de docentes e investigadores, establecen en sus contratos cláusulas del tenor de la cláusula tipo transcrita, con algunas variaciones, en orden a precisar cada vez más el alcance de la transferencia y equilibrar los derechos de las partes contratantes.

- Contrato de prestación de servicios para 'a elaboración de textos:

“Derecho do autor: el contratista será titular de los derechos morales de autor, con las prerrogativas establecidas en la ley 23 de 1982. En cuanto a los derechos patrimoniales éstos serán de propiedad de Colciencias. Los honorarios pactados en el presente contrato será lo único que por el expresado concepto reciba el contratista, entendiéndose que por este hecho el contratista transfiere a Colciencias los derechos patrimoniales de la obra que llegue a publicarse No obstante si Colciencias decide no publicar la obra, el autor podrá publicarla derivando para él el producto de su comercialización. Si Colciencias decide publicarla, el autor podrá con la previa y expresa autorización de Colciencias, realizar una o presiones posteriores”.

- El reglamento aprobado mediante Resolución Rectoral No 7274 del 16 de agosto de 1993, de la Universidad de Antioquia, reconoce su derecho de exclusividad patrimonial de la misma sobre obras e investigaciones adelantadas por encargo a los docentes, servidores o estudiantes:

“Artículo 23, Exclusividad de derechos patrimoniales para la universidad. Corresponderán a la Universidad de manera exclusiva los derechos patrimoniales sobre la modalidad, aplicación o utilización específica de una obra o investigación encargada a un docente, servidor o estudiante: los

autores, los realizadores o los obtenedores de la variedad vegetal, solo recibirán los honorarios pactados en el respectivo contrato”.

Cabe señalar que la práctica general revela que las partes no someten este tipo de contratos a la formalidad del reconocimiento ante notario o a la escritura pública. Sobre el particular cabe preguntar ¿opera, entonces, por este hecho una sanción de las establecidas en el Código de Comercio, léase inexistencia?

Recuérdese que el Código de Comercio, en el artículo 898 prevé:

“(…) Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales”.

- 1.4. Artículo 20 de la ley 23 de 1982. Alcance frente al artículo 183 de la ley 23 de 1982.

“ART. 20.- 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)”.

“ART 183 - 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 Registro de Derechos de Autor, con las formalidades que se establecen en la presente ley”.

Para definir el alcance del artículo 20 es relevante estudiar si esta disposición establece una verdadera presunción legal de titularidad en cabeza del comitente de la obra realizada por encargo; en concepto de la Sala, la existencia de una presunción se convierte en el argumento central más fuerte para afirmar que el contrato de prestación de servicios por el cual se encarga una obra no está sometida al cumplimiento de las solemnidades consagradas en la ley ¿Qué sentido tiene exigir una solemnidad cuando el derecho de autor, en estos casos, se transfiere incluso por la vía de una presunción legal?

Este no es un tema pacífico; para ilustrar la controversia suscitada en la doctrina basta citar algunos apartes de un artículo publicado en la Revista de la Propiedad Inmaterial escrito por el doctor Fernando Zapata López, hoy Director General de la Dirección Nacional de Derechos de Autor:

"La disposición que viene de transcribirse no consagra ninguna presunción de transferencia, como lo han afirmado algunos doctrinantes. Sobre el particular es conveniente traer a colación la definición de presunción consagrada en el artículo 66 de nuestro Código Civil:

"Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas (...)"

En relación con este tópico, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, mediante sentencia del 22 de julio de 1943:

"Conforme al artículo 66 del C.C. la presunción exige un antecedente conocido, un razonamiento y un hecho resultante de este último. Demogue expresa que la presunción es una consecuencia que se saca por vía de suposición de un hecho conocido, para llegar a otro desconocido. La presunción la hace la ley o la deduce el juez en casos concretos"

Así las cosas, las presunciones nacen de hechos y nos conducen a hechos, en el caso de la norma en cuestión la supuesta presunción nace de un negocio jurídico, a saber el contrato de obra por encargo, y conduce a otro negocio jurídico: el contrato de transferencia de derecho. Posibilidad que desde el punto de vista teórico no tiene asidero.

Sí el artículo 20 de la ley 23 de 1982 no consagra una presunción, como lo ha afirmado, es necesario entender que cuando prescribe que "por este solo acto, se entrence que el autor o los autores transfieren los derechos sobre la obra (...)", lo que está definiendo son los efectos finales del negocio, es decir las consecuencias que éste producto, las que teniendo en cuenta el carácter imperativo del artículo 183, obviamente quedan sometidas u las formalidades consagradas en este precepto ²⁷

No obstante la seriedad de los argumentos transcritos, la Sala encuentra que la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 20 reconoce que ésta es una verdadera presunción que permite por ministerio de la ley transferir los derechos patrimoniales del autor a la persona natural o jurídica que encargo la obra.

Dijo la Corte en Sentencia 276 de 1996:

*"(...) el legislador había introducido en el artículo 20 de la ley 23 do 1982, la **presunción legal de cesión de derechos patrimoniales** de carácter general, aplicable sólo, a obras en colaboración que so realicen, cuando los autores colaboradores se vinculan a un determinado proyecto creativo mediante contrato de servicios, según plan señalado por persona natural o*

²⁷ Universidad Externado de Colombia. Revista "La Propiedad Inmaterial". Centro de Estudios de la propiedad intelectual Primer Semestre 2001, revista No. 2. Pág. 9 a 23. Artículo "El Derecho de Autor y la Marca". Zapata López, Fernando.

jurídica y por su cuenta y riesgo, en ausencia de expresa estipulación en contrario.

“Se trata pues de la adopción, por parte del legislador, de una medida preventiva, aceptada por la doctrina y la legislación internacional, como una de las alternativas válidas, (en el caso de obras audiovisuales y específicamente de obras cinematográficas), e incluida como norma expresa en los tratados internacionales ratificados por Colombia, a través de la denominada cesión de legitimación, cuya aplicación es de carácter supletivo.

*“Así el legislador colombiano no optó por la modalidad de la cesión convencional, o por la *cessio legis*, sino por la **presunción de cesión legal salvo estipulación en contrario**, la cual antes que vulnerar el principio de libertad contractual de las personas, lo reivindica, pues radica, salvo acuerdo expreso en contrario, la capacidad de disposición sobre la obra en quien la impulsa, la financia, realiza las correspondientes inversiones y asume los riesgos, sin menoscabar con ello los derechos morales de cada uno de los colaboradores y sin restringir su capacidad para libremente acordar los términos de sus respectivos contratos.*

*“Es claro, que en cada caso particular primará la voluntad de las partes, las cuales podrán libre y autónomamente acordar los términos de contratación; sin embargo, en el evento de que no se estipule cosa distinta **se aplicará la presunción legal de cesión de los derechos patrimoniales consignada en el artículo 20 de la ley 23 de 1982**, la cual, para el caso de las obras cinematográficas, cuyos derechos patrimoniales se presumen a favor del productor, artículo 98 de la misma ley, deberá explicitarse en los respectivos contratos, según lo dispone el artículo 81.*

“En consecuencia, al realizar el examen de las normas acusadas, expedidas con anterioridad a la vigencia de la Carta de 1991, se concluye que ellas no generan inconstitucionalidad sobreviniente, como lo señala la actora, pues su contenido se adecua a los dictados del Constituyente, sin que se evidencie contradicción entre sus disposiciones y el ordenamiento superior.

Se desvirtúan entonces las acusaciones de la actora, relativas a la presunta violación, a través de las normas impugnadas, de la libertad individual de las personas y de su autonomía privada; así mismo, el desconocimiento que según ella acarrea su cumplimiento, de lo dispuesto en el artículo 98 de la Carta, pues, al contrario, lo que hizo el legislador a través del artículo 20 de la ley 23 de 1992, y demás disposiciones, fue incorporar una presunción legal de cesión de derechos patrimoniales, que admite prueba en contrario (...). “Las negrillas no son del texto original)

Esta tesis fue reiterada por la Corporación en Sentencia C455198, en los siguientes términos:

“(...) debe recordarte, que al desatar la demanda de inconstitucionalidad formulada en contra de los artículos 20, 81 y 98 de la Ley 23 de 1982, que establecían en su orden la presunción de transferencia al contratante de los derechos patrimoniales sobre obras llevadas a cabo bajo contrato de prestación de servicios, /a presunción de transferencia de estos mismos derechos hecha por los colaboradores a favor del productor de obras cinematográficas, y la presunción de que los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerían, salvo estipulación en contrario, a favor del productor, esta Corporación declaró la constitucionalidad de estas presunciones, afirmando la autonomía

de la voluntad Individual para negociar sobre esta clase de derechos (...) "(negrillas no son del texto original)"²⁸

Aunque el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el alcance del artículo bastaría para despejar las dudas planteadas sobre la disposición en comento, de acuerdo con la regla de interpretación prevista en el artículo 5º de la ley 153 de 1887²⁹, esta Sala, adicionalmente, considera que no es ajeno al concepto de 'presunción' el legislador considere como cierta la transferencia del derecho con fundamento en el "hecho" de la celebración de las partes de un negocio jurídico, con lo cual no se desvirtúan las bases jurídicas sobre las cuales se estructura esta figura.

"Presunción, Definición, La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede"³⁰

En este sentido, desde la expedición de la ley 23 de 1982, un sector de la doctrina ha admitido la existencia de la presunción legal que le confiere derechos al comitente de la obra realizada por encargo. El profesor Arcadio Plazas al respecto expone:

"Algunas leyes, como la reciente ley colombiana No. 23 de 1982, en su artículo 20, dicen que en estos casos, por el solo hecho del contrato, debe entenderse que los derechos de

autor pertenecen al comitente, es decir al Estado o a la empresa privada, y que el autor o los autores no tienen más derecho que el de recibir la remuneración pactada, salvo en cuanto al ejercicio de algunos derechos morales, Esta norma no excluye que en el contrato se pueda pactar en contrario, es decir, que sea el autor o los autores quienes puedan participar en los rendimientos económicos de la obra, además de haber recibido la remuneración pactada". (Las negrillas no son del texto original).

Igualmente, tal y como lo establece la Corte, esta presunción legal de cesión de los derechos de autor, no es sólo una creación del legislador nacional, ya que en derecho comparado este tipo de presunciones opera como un medio para reconocer que la obra creada por encargo hace parte de un esquema de contratación propio de la actividad intelectual.

Entonces, cuando se trata de obras realizadas por encargo ¿es posible "obviar las solemnidades para la transferencia de los derechos patrimoniales, toda vez que la expresión "se entiende" que trae el artículo 20, se refiere únicamente a la extensión y alcance de la cesión, y nada dice respecto de las formalidades, las que por el contrario, contenidas en un artículo posterior -el 183- buscan brindar seguridad y confianza en la transferencia"?

En concepto de la Sala la transferencia de derechos de autor a través de contratos de prestación de servicios, debe ser tratada como una forma especial de transmisión de los derechos patrimoniales: tanto es así que el legislador la elevó al grado de presunción legal: sería un contrasentido exigir una solemnidad como el reconocimiento ante notario o la escritura pública para la validez del negocio jurídico y, de otra reconocer la existencia del derecho del empresario o comitente aunque no hubiese pactado nada al respecto en el contrato de prestación de servicios respectivo.

²⁸ Plazas, Arcadio, *Estudio Sobre Derechos de Autor. Reforma Legal colombiana*. Editorial Temis 1984, Página 149.

²⁹ *Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.*"

³⁰ Corte Constitucional, Sentencie C-774/0

Interpretaciones como la propuesta por la Sala, se encuentran en la doctrina internacional que afirma que existe de un régimen especial de transmisión aplicable a los casos de obras realizadas en contratos laborales donde opera también la presunción en la medida en que los frutos del trabajo son del empleador. Veamos la reflexión jurídica que la doctrina realiza frente al caso del autor asalariado en la ley española:

“El artículo 51, pues, en el capítulo dedicado a la transmisión de derechos, supone un régimen especial dentro del mismo cuando el cedente es un trabajador asalariado y la obra objeto de cesión ha sido creada por virtud del contrato laboral Frente a las reglas generales establecidas en los artículos 43 a 50, establece ciertas excepciones, justificadas o, al menos, explicadas por la sumisión laboral del cedente al cesionario y por la causa misma de la cesión: la relación laboral que, en el resto del ordenamiento, implica transmisión de los resultados del trabajo al empleador.

Las excepciones más notables son:

- a) Se presume la cesión exclusiva de ciertos derechos de explotación, (apartado 2) cuando la regla general es que debe otorgarse la exclusiva de forma expresa (art. 48).
- b) La cesión puede figurar por escrito, pero no parece que el autor asalariado puede exigir la forma escrita con facultad resolutoria en caso de falta de otorgamiento por el cesionario.
- c) La falta de mención de determinados extremos, frente a la regla general no siempre será integrada con los Criterios establecidos en ella, porque el ámbito temporal dependerá de la duración de la relación laboral y el ámbito temporal (sic). del marco de

actuación habitual del empleador al que se le transmiten los derechos (...)

- d) La transmisión de los derechos del autor asalariado al empleador, también está exceptuada de la regla general (art.57) de que deben utilizarse los sistemas típicos de transmisión contemplados en dicho artículo 57.1 y que deban formalizarse en documentos independientes³¹. (Las Negritas no son del texto original).

En el caso específico del artículo 20 en comento, el legislador consagró una verdadera presunción de cesión de los derechos patrimoniales del autor que ejecuta la obra por encargo, reconociendo con ello el carácter especial de la transmisión que se realiza a través de este tipo de contratos; por ende, no es dable señalar, independientemente del carácter imperativo del texto del artículo 183, a cuyas voces 'todo acto de enajenación del derecho de autor debe constar en escritura pública o documento privado reconocido ante notario', que esa formalidad se predique para la obra por encargo.

Ahora bien, esta presunción legal de transferencia de derechos a la persona que paga al autor su salario u honorario, lo que demuestra es que la ley, como ya se admitió no quiso consagrar una transferencia común sino una especial. En efecto, no se trata en este caso de una persona que siendo ya titular de un derecho se obliga a transferirlo a otra quien, a su vez, lo adquiere derivativamente de aquella, tal como sucede con los actos de enajenación", en los que el vendedor titular del derecho se obliga a transferirlo al comprador, lo cual se encuentra regulado en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982. En cambio, en el asunto de producción de la obra por un asalariado o un servidor

³¹ Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coordinador) *Comentarios a la ley de propiedad intelectual Segunda Edición, Tecnos., 1997. Comentario realizado por José Miguel Rodríguez Tapia.*

independiente que regula el artículo 20 de la misma ley, la adquisición de los derechos patrimoniales se produce presuntivamente de manera directa a favor del empleador o persona que la encargo, sencilla y llanamente por el autor, en desarrollo de su actividad intelectual, obra "por cuenta y riesgo" del beneficiario, con el efecto de desplazar los derechos en favor de este último. Por esa razón en este evento no se habla de "enajenación".

En cambio, llame la atención la Sala sobre la expresión "todo acto de enajenación" utilizada en el artículo 183, pues cuando se analizó el tema de las modos de transmisión de los derechos por acto entre vivos, se evidenció que existen diferentes formas de transmitir los derechos por acto entre vivos y la definición del término "enajenación" no siempre se ha entendido en su sentido amplio.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, la palabra enajenación puede tener diferentes connotaciones, veamos:

"Enajenación: La transmisión de la propiedad de una cosa, a cambio de otra (como la compraventa o en la permuta) o gratuitamente (como en la donación y en el préstamo sin interés). (...) 1 Puntualización técnica.- Determinado con exactitud su función jurídica, un aforismo romano expresa:

"Alienaba est onmis-actus per quem dominium trasfertur" (Enajenación es todo acto por el cual se transmite el dominio), según un texto del Código de Justiniano. No obstante esa amplitud, en el lenguaje común, incluso de los juristas, por enajenación se entiende venta; porque, en otro caso, se concreta que se trata de donación o regalo, que por actitud liberal posee singular característica.

En una consideración genérica de enajenación se comprenden, además de los cuatro contratos más habituales que la concretan y enumerados en la

definición primera, las disposiciones de la voluntad y todas las formas de traspaso o cesión de bienes y derechos (...)"

Se trate de un error o de una expresión ex profeso del legislador, en su sentido más genérico, o cierto es que la transmisión de los derechos patrimoniales sobre las obras por encargo no están sometidas a la formalidad prevista en el artículo 153 de la ley 23 de 1982, por tratarse de una transferencia que tiene un régimen especial.

2. Prohibiciones consagradas en la ley 23 de 1982 para contratar obra futura.

Antes de tratar el tema relativo al régimen de prohibiciones consagrado en la ley en esta materia, la Sala esbozará el debate jurídico que existe en la doctrina en torno a los derechos patrimoniales del autor asalariado y el alcance de la cesión de derechos en cabeza del empleador que consagra la ley.

2.1. Obra que surge con ocasión de un contrato laboral

Aunque el legislador colombiano no se ocupó en un capítulo especial de regular este tema, no por ello puede afirmarse que el contrato laboral no es un medio hábil para transferir los derechos patrimoniales de la obra creada por el autor asalariado.

La interpretación armónica de disposiciones tales como los artículos 4^o, 91 y 92 de la ley 23 de 1982, en concordancia con la Decisión 351 de 1993, integrada al bloque de Constitucionalidad, según la cual:

"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",

conduce, precisamente, a la misma conclusión, pues no sólo se reconoce la validez de los derechos que a través de

este medio se transfieren al empleador, sino también se prevé que la misma presunción legal que opera en materia de titularidad de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo se aplica a las que surgen de la relación laboral.

En opinión de la Sala, el título atributivo de la cesión presunta y de la titularidad de derechos en este caso, está dado en razón a: a) La relación laboral y el vínculo de subordinación y dependencia que existe entre quien es el titular originario del derecho de autor y el empleador y, b) La regla general en materia de derecho laboral, según la cual, los frutos del trabajo pertenecen al empleador, con un importante matiz y es precisamente, que el derecho moral lo tiene el trabajador respecto de su obra, el cual, es intransferible.³²

No sobra precisar que la titularidad del empleador solamente comprenderá las obras que el autor asalariado produce en ejercicio de las funciones que le han sido asignadas.

El profesor Esteban Argudo Carpio,³³ en un artículo titulado 'Autoría y titularidad del Derecho de Autor en las obras realizadas bajo una relación de trabajo' sobre el particular dice:

³² Lipszyc, Delía, "Derechos de autor y derechos conexos". Ediciones UNESCO CERLALC/ZAVALLIA, UNESCO 1993 "Las obras creadas en virtud de una relación contractual laboral son frecuentes en determinarlos campos como el periodismo, la arquitectura, la publicidad, las artes aplicadas a la industria, la actividad editorial (adaptadores, traductores) y, desde época reciente, en las empresas productoras de complejos programas de computador. Esta situación supone que ni autor asalariado va creando las obras a medida en que el empleador las solicita".

³³ Argudo Carpio Esteban. (Ecuador). Doctor en Jurisprudencia y Licenciado en Ciencias Sociales y Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Cuenca Especialista de la Rama de Derechos Humanos de la Universidad Computense de Madrid. Profesor de Derecho Individual del Trabajo y Derecho Colectivo del Trabajo.

"(...) por considerar pertinente, cito textualmente a Ulrich Uchfenhagen³⁴, quien sostiene:

"En el fondo tiene los mismos derechos e/ autor que crea obras por impulso de otras personas como e/ que las crea por su propia iniciativa Esto (sic) explica pare! hecho de que el proceso creativo, el trabajo intelectual y la creación artística pasan por los mismos carriles en el caso de las obras encargadas como en el caso de las obras creadas por iniciativa propia El que encarga una obra o el patrono no pueden participar en el proceso creativo, como máximo pueden darle, a través de condiciones que imponen cierta dirección y dificultado como sucede frecuentemente

Adicionalmente, el citado profesor al hacer un paralelo entre el derecho de autor con el derecho del trabajo, advierte que el derecho del empleador a usar la obra debe circunscribirse dentro de un ámbito específico, de tal manera que no se use para fines distintos a los de la empresa o a los conocidos por el autor:

"Así en el contrato de trabajo se fincan importantes intereses patrimoniales, que surgen de /a causa que motiva la vinculación entre el patrono y e/ trabajador. **El trabajador presta sus servicios por el pago de un salario, y el empleador se beneficia a través del lucro que se genera con la prestación.**

"Lo manifestado, quiere decir que en el ámbito del derecho del trabajo **se admite que los beneficios económicos derivados de la actividad del trabajador, se exploten libremente por parte de empleador, pues en**

³⁴ Citado de: -Los contratos en las obras por encargo y en las relaciones laborales" VII Congreso Internacional sobre la Protección de los Derechos Intelectuales" Edit. OMPI/SISA/IIDA, Santiago 1992 pág., 243".

contraprestación a este provecho, paga una retribución.

"El salario que paga el empleador, en teoría debe ser equivalente al beneficio que recibe, de ahí el carácter conmutativo del contrato de trabajo. Con la cancelación del salario, el empleador cumple con la obligación principal que genera el vínculo contractual laboral, y a cambio tiene la libertad de disponer de la obra o Servicio que ejecuta o presta el trabajador en su orden.

(...)

*La tendencia predominante en las legislaciones, según Eduardo Bautista (Planteamiento General y Problemática Española), es establecer, que salvo prueba en contrario, **la ley otorga al empresario una presunción de haber adquirido en exclusiva del trabajador asalariado, derechos de exploración en el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra.***

(...)

En el año 1991, Antonio Chaves (Planteamiento General y Problemática Española, I Congreso Interamericano de Propiedad Intelectual), al mencionar el criterio básico de las leyes latinoamericanas, decía que la cesión de los derechos del empleado al empleador y semejantes, se agota en el primer aprovechamiento que se hubiera acordado, hasta que el resultado obtenido se considere proporcional a los trastos efectuados, con razonable margen de lucro.

El principio —según el mismo autor—, es que por efecto de la relación, los derechos del empleado se transmiten al empleador, agotándose así en el aprovechamiento convenionado. Concluye, que en la misma forma

que en las demás, en la obras con relación de empleo se pueden y deben admitir la intrasmisibilidad de los atributos morales y la trasmisibilidad limitada de los pecuniarios, lo cual, además acuerdo con el espíritu de las convenciones internacionales que parten siempre del reconocimiento de los derechos que competen al autor, por el hecho simple de la creación de la obra (...)"³⁵

Ese criterio, con forme lo señalé anteriormente notando a Ulrich Uchtenhagen, parece armonizar con lo prescrito en la anterior ley de derecho de autor de Ecuador, que en su artículo 37, mencionaba que aquel que da el encargo o el patrono del autor, está autorizado a utilizar exclusivamente la obra, sin embargo solamente en la dimensión conocida por el autor en el momento de la creación de la obra y sin restricción alguna del derecho a la remuneración definida por la ley de manera general"³⁶.

La legislación colombiana no contempla límite expreso alguno en este sentido: sin embargo, estima la Sala, que el límite se encuentra en la aplicación de principios como el abuso del derecho o el equilibrio económico de los contratos.

En relación con el derecho de autor se están desarrollando instituciones jurídicas como la "El droit de Suite" que propende la realización de "la justicia material, en cuánto a la remuneración de los autores de creaciones intelectuales"³⁷

³⁵ Argudo Carpio, Esteban, *Autoridad y titularidad del Derecho de Autor en las obras realizadas bajo una relación de trabajo*. Breviario del Derecho de Autor, Editorial fibroma Caracas 2000 Universidad de los Andes Posgrado en Propiedad intelectual.

³⁶ Argudo Carpio. Esteban *Autoría y titularidad relación de trabajo*. Breviario del Derecho de Autor Editorial Libresco. Caracas 2000 Universidad de los Andes Posgrado en Propiedad intelectual. Pág. 173 a191.

³⁷ Alvaro Motta, (Abogado Universidad Javeriana). "El Droit de Suite" Breviario del Derecho

"Ricardo Antequera Parilli describe el surgimiento, indicando:

"El -droit de suite- fue la respuesta a una realidad incontrovertible: el que muchos autores, especialmente de obras de arte, tienen que vender en los primeros años de su carrera artística y a ínfimos precios, los ejemplares de sus obras, que en función del prestigio alcanzarlo por el artista en el tiempo y de /a crítica favorable a su talento, son revendidos posteriormente a altos precios, de los cuales solamente se lucran los sucesivos vendedores y adquirentes, sin ningún beneficio para el creador de la obra y a cuyos méritos se debe, en toda o gran medida, el valor de la reventa del objeto material que expresa la creación del artista.

Esta discusión cobra cada vez más vigencia, sobre todo en torno a los programas de ordenador, en los que los beneficios económicos pueden ser ostensibles. Problema que, valga la acotación, tiene una solución distinta en el derecho anglosajón, en el que se permite a las personas jurídicas ser titulares originales del derecho.

"En los países del sistema angloamericano, cuando se trata de autores que crean obras en virtud de una relación contractual laboral, se considera al empleador, comitente o productor como titular originario del derecho de autor - aunque solo sobre las obras realizadas en virtud de esos contratos - por atribución de titularidad originaria establecida en la ley, por cesión de pleno derecho o por una presunción legal de cesión, en todos los casos, salvo estipulación en contrario.

"Según el art. 101 de la ley estadounidense, se Considera que obras por encargo ("works made for hire") son; 1) una obra creada por un empleado en el campo de su empleo o 2) una obra encargada especialmente para servir como contribución a una obra colectiva, como

parte de una obra cinematográfica o de otra obra audiovisual, como una traducción, como una obra complementaria ("supplementary work"), que se define y ejemplifica en la última parte del mismo apartado), como una compilación, como una obra de enseñanza, como un test, o como un atlas, si las partes contratantes han acordado expresamente por instrumento escrito y firmado por ellas que dicha obra será considerada como "a work made for hire"

"De acuerdo con el art. 201, el derecho de autor sobre una obra protegida corresponde originariamente al autor o autores de la obra, a continuación (b) se establece que en el caso de "works made for hire", el empleador o cualquier otra persona para quien la obra fue preparada, es considerado como autor a los fines de ese título y, a menos que las partes hayan convenido expresamente otra cosa en un documento escrito y firmado por ellas, pasee todos los derechos comprendidos en el copyright,"³⁸ (Negrilla fuera de texto)

2.2. Prohibiciones consagradas en la ley 23 de 1982 para contratar obra futura. Aplicación extensiva del régimen de prohibiciones a los contratos laborales.

La ley 23 de 1982, en el capítulo VII, al regular el contrato de edición, prevé:

"ART 129 - La producción intelectual futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este capítulo, a menos que se trate de una o de varias obras determinadas, cuyas características deben quedar perfectamente establecidas en el contrato.

"Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa de modo general o indeterminadamente la producción futura o se obliga a restringir su producción Intelectual o a no

de Autor. Editorial Libresca. Caracas 2000
 Universidad de los Andes: Posgrado en Propiedad Intelectual Pág. 173 a 191

³⁸ Lipszyc, Delia. "Derecho de autor y derechos conexos". Ediciones UNESCO CERLALC/ ZAVALIA. UNESCO 1993.

producir." (Las negrillas no son del texto original),.

En el mismo sentido, en el capítulo X, a propósito del contrato de inclusión en fonogramas, establece:

“ART. 155.- La producción futura no podrá ser objeto del contrato regulado por este capítulo, salvo cuando se trate de comprometer la producción de un máximo de cinco obras del mismo género de la que es objeto del contrato, durante un termino que no podrá ser mayor al de cinco años desde la fecha del mismo. Será nula toda estipulación en virtud de la cual el autor comprometa en forma general o indeterminada su producción futura, o se obligue a restringirla o a no restringirla o a no producir. (Las negrillas no son del texto original)

En este aspecto, la entidad consultante plantea dos problemas jurídicos el primero de ellos, es determinar si la prohibición de que tratan los artículos anteriores puede hacerse extensiva a todas las formas de contratación: y el segundo, es determinar si en los contratos laborales y de obra por encargo se está comprometiendo obra futura.

- *Aplicación extensiva del régimen de prohibiciones en materia de derechos de autor.*

Cuando se esbozaron los principios aplicables a los problemas jurídicos objeto de la consulta, se citó el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena, según el cual, las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor deben circunscribirse a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos a partir de la cual, considera la Sala, debe construirse la respuesta que se solicita sobre la extensión del régimen de prohibiciones a otras formas de

contratación.

La exposición sobre la validez de los contratos de prestación de servicios y laborales para transferir los derechos patrimoniales de autor, reconocida tanto por la legislación colombiana como por la extranjera, sirve de sustento para afirmar que éstos representan una forma normal de explotación del derecho de autor y, por lo tanto, pretender extender la prohibición conllevaría, precisamente, un efecto no querido por la normal.

La Corte Constitucional fue enfática al señalar a partir del análisis sobre la trasmisibilidad de los derechos patrimoniales, que éstos no tienen más excepciones que las establecidas por la ley, pues las limitaciones han de ser específicas y taxativas.³⁹

Así las cosas, a la luz de la normatividad andina y de las reglas generales que en materia de interpretación se consagran en la ley 153 de 1887 sería ilegítimo extender la excepción consagrada para la explotación de las obras a través del contrato de edición y de fonogramas, y por esta vía, convertirla en la regla general.

La interpretación de este tipo de preceptos debe seguir el principio tradicional de que las excepciones son de interpretación restrictiva.

Doctrinantes españoles señalan la forma como algunos legisladores han decidido incluir en la prohibición de contratar obra futura que para proteger al autor, sin que se haya llegado a afirmar que los contratos de obra por encargo o los contratos laborales se deben sancionar con la nulidad parcial, al menos en lo que se refiere al derecho de autor; por el contrario:

“(…) La secunde de las cuestiones plantearías -la validez de los contratos mediante los cuales se encarga la creación de una obra-, en verdad no es tema objeto de este artículo 43.,3 sino que se incardina dentro del contrato de arrendamiento de obra o de servicios.

³⁹ Corte Constitucional Sentencia C-276/96

En ningún caso parece que la ley ha pretendido declarar nulo aquel contrato mediante el que el autor se compromete a crear la obra que se le encarga, que, necesariamente, es una obra futura⁴⁰. (Las negrillas no son del texto original).

- ¿En los contratos laborales y de obra por encargo se está comprometiendo obra futura?

La Sala al estudiar este problema jurídico considera que aunque en la consulta se sugiere que en el caso del contrato laboral y en el de obra por encargo se está comprometiendo una obra futura, ello no es así, pues el objeto del contrato no es en sí mismo la obra futura sino la prestación de los servicios personales

En el contrato laboral el objeto es la prestación de servicios dentro de unas condiciones de subordinación previstas en el Código Sustantivo del Trabajo en el cual a cambio de una remuneración o salario, el empleador obtiene el derecho patrimonial sobre la obra u obras que produzca el trabajador en ejercicio de sus funciones.

En el contrato de prestación de servicios por el cual se encargan una o más obras, el objeto si bien puede ser indeterminado pero determinable (que escriba un número x de novelas o biografías. por poner un ejemplo), lejos de constituirse en un sistema que vaya en contra de los derechos del autor, es una forma lícita de contratación.

Adicionalmente, la Sala opina que dichos contratos tampoco implican compromiso alguno de **"obra futura de un modo indeterminado⁴¹"**, pues, tanto en el primero como en el segundo de los casos las partes dentro de la libertad contractual que les es permitida por la ley, pueden darlo por terminado en los términos y condiciones aplicables en la

ley laboral o civil según el caso. Recuérdese que el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios aunque se diferencian por los elementos de subordinación y dependencia, no instituyen una nueva forma de esclavitud, a menos de que se trate de comprometer indefinidamente y en beneficio de una sola persona (física o jurídica) la creación de toda su capacidad intelectual.

Un pacto de ese tenor, obviamente iría en contravía de todos los derechos constitucionales y de los derechos consagrados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Sin perjuicio de las disposiciones legales vigentes, no sobra advertir que dada la complejidad del mundo moderno y para evitar conflictos futuros, resulta aconsejable adoptar contractualmente definiciones específicas para regular la materia, en especial en las contrataciones de personal especializado, técnico o profesional.

Con base en las consideraciones anteriores **la Sala RESPONDE:**

1. La transferencia de derechos patrimoniales, tratándose de las obras realizadas en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, a favor de la persona bajo cuya orden se ha realizado la obra, no se rige por las disposiciones de: artículo 183 de la ley 23 de 1982. El artículo 20 consagra una presunción legal, según la cual, en el caso de las obras realizadas por encargo los derechos patrimoniales son del comitente.
2. Los contratos de prestación de servicios y los contratos laborales no requieren las solemnidades previstas en el artículo 183 de la ley 23 de 1982. La transferencia de los derechos patrimoniales que se realiza en la obra por encargo y en los contratos laborales no se rige por el régimen general en cuanto a la exigencia de las solemnidades de los demás actos de enajenación de este tipo de derechos.

⁴⁰ Borcovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. (Coordinador). Comentarios a la ley de propiedad intelectual Segunda Edición, Tremos 1997. Comentarios hechos por María del Caren Gete-Alonso y Calera.

⁴¹ Aparte de la consulta N° 1538

- 3 *El artículo 20 de la ley 23 de 1982, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional y los argumentos expuestos en la presente consulta, prevé una presunción legal.*
- 4 *El contrato laboral es un instrumento idóneo para transferir los derechos patrimoniales o derivados de la creación intelectual propia de los Derechos de Autor. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos morales que son inalienables e intransferibles.*
- 5 *El contrato laboral no debe someterse a las formalidades señaladas en el artículo 183 de la ley 23 de 1982, para poder transferir los derechos de autor de carácter patrimonial. La Decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena consagra también una presunción a favor del empleador lo que a todas luces desvirtúa la exigencia de solemnidad alguna.*
6. *La prohibición de comprometer la obra futura e indeterminada no puede aplicarse de manera extensiva a todas las formas contractuales y por ende, no puede pretenderse derivar una sanción como la nulidad de las cláusulas de los contratos laborales que se refieran al derecho de: empleador sobre la obra resultante del trabajo del empleado*
7. *Cosa distinta es que se pacte indefinidamente y en beneficio de una sola persona (física o jurídica) toda su creación intelectual, lo que si desconocería derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política y la Declaración Universal de Derechos Humanos,*
- 8 *La cláusula de transferencia de los derechos patrimoniales derivados de la obra literaria o artística en los contratos laborales o de obra por encargo, no implica comprometer la producción futura de modo indeterminado, pues, tanto en el primero, como en el segundo caso, las partes dentro de la libertad contractual que les cabe pueden darlo por terminado en los términos y condiciones aplicables en la ley laboral o civil según el caso*
Recuérdese que el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios aunque se diferencian por los elementos de subordinación y dependencia, no pueden instituir una forma nueva forma de esclavitud.

Por la Secretaria transcríbese la Señor Ministro del Interior y Justicia y envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.