

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Objeto del derecho. Forma de expresión. Uso de las ideas.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Procuraduría General de la Nación y Dirección Nacional de Derecho de Autor

FECHA: 24-4-2006

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Portal de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, en <http://www.derautor.gov.co/htm/home.asp> (Directivas y circulares).

OTROS DATOS: Circular conjunta.

SUMARIO:

“La protección del derecho de autor recae sobre la obra como expresión del espíritu del autor y no se protegen las ideas que son fuente de creación. Estas circulan libremente en la sociedad de donde el autor las toma y agregándoles elementos de su individualidad las convierte en obras”.

“En efecto, el derecho de autor no puede conceder derechos exclusivos que tengan como objeto las ideas, por el contrario, debe propender por el establecimiento de un equilibrio entre ese interés particular de los autores y el interés público de la sociedad al libre acceso al conocimiento y a la cultura, que en últimas, constituye el motor de desarrollo de las naciones”.

“En suma, el objeto de protección del derecho de autor no es más que la forma como se expresan las ideas, de tal manera, el contenido ideológico o técnico implícito en una obra literaria o artística no es susceptible de apropiación”.

COMENTARIO:

Existe la tendencia creciente en las recientes leyes de los países latinoamericanos a definir lo que es obra, como *“toda creación intelectual original, en el dominio literario, artístico o científico, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento”* u otra fórmula similar. Cuando el Convenio de Berna se refiere a la protección de las obras *“cualquiera que sea el modo o forma de expresión”* (art. 2,1), está descartando la protección de las ideas, pues el derecho de autor solamente protege al *“ropaje con que las ideas se visten”*, de manera que a partir de la misma idea pueden surgir diversas obras, cada una de ellas con su propia originalidad. De allí que como lo señala el artículo 9,2 del ADPIC (y también el artículo 2 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor), la protección del derecho de autor abarca las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí, en principio recogido también de forma expresa por algunas leyes. Finalmente, la mención contenida en el art. 2,1 del Convenio de Berna, al referirse a las obras *“cualquiera que sea el modo o forma de expresión”* implica también, por una parte, que carece de relevancia el modo como la creación pueda ser divulgada (por ejemplo, a través de su reproducción, distribución o comunicación pública); y, por la otra, que tampoco importa la manera de exteriorizarse, la cual puede consistir en signos, palabras, sonidos o imágenes (fijas o en movimiento) o de algún otro modo. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

CIRCULAR CONJUNTA

De: La Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho Autor, entidad adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia

Para: Jefes de organismos y dependencias del orden nacional y descentralizados territorialmente y por servicios.

Asunto: Orientaciones para el cumplimiento de normas de Derecho de Autor y Derechos Conexos, en lo pertinente a la contratación estatal de obras y prestaciones protegidas y sus buenas prácticas.

CONSIDERANDO:

Que tal como lo describe el artículo 61 de la Constitución Política el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

Que las disposiciones contenidas en la Decisión Andina 351 de 1993, las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 y los Decretos 1360 de 1989 y 460 de 1995, establecen el régimen jurídico que regula la protección del derecho de autor y los derechos conexos.

Que el derecho de autor supone dos prerrogativas a favor del creador. La primera de carácter patrimonial fuente de ingresos económicos, y en virtud de la cual el titular de derecho puede disponer de la obra acorde con las condiciones lícitas que su libre criterio le dicte. La segunda de naturaleza moral, al tenor de la cual el autor se entiende facultado para reivindicar en todo momento la paternidad de la obra, decidir respecto de su publicación o ineditud, oponerse a cualquier deformación o mutilación que atente contra su integridad o la reputación del autor, modificar por sí la obra en cualquier momento, y ejercer el derecho de arrepentimiento, esto es, la posibilidad de retirar los ejemplares una vez se han puesto en circulación. Estos derechos son perpetuos, irrenunciables, inalienables e inembargables.

Que es función de la Unidad Especial Administrativa Dirección Nacional de Derecho de Autor diseñar

y desarrollar las estrategias para la creación de una cultura de respeto y protección del derecho de autor y los derechos conexos, a través de procesos de difusión y capacitación y mediante la adopción de los instrumentos necesarios para su adecuada implementación.

Que de conformidad con el artículo 277 de la Constitución Política, corresponde al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus Delegados y Agentes vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, proteger los derechos humanos, defender los intereses de la sociedad, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas e intervenir en los procesos y ante autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales sociales, económicos, culturales.

Que de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 262 de 2000, la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública debe velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones públicas y ejercer control de gestión sobre ellas, para lo cual podrá exigir a los servidores públicos y a los particulares que cumplan funciones públicas la información que sea necesaria.

Que es preciso adoptar medidas preventivas en el ámbito público que conduzcan a la adopción de mejores prácticas administrativas encaminadas a garantizar el respeto del derecho de autor y los derechos conexos. En ese orden de ideas, es necesario emprender gestiones de capacitación e intercambiar experiencias e información con otras entidades, de manera que ello permita generar una cultura de respeto a la propiedad intelectual, en cada una de las actividades emprendidas por el sector público.

Que en la actualidad las entidades estatales, a través de las diferentes modalidades de contratación, producen, adquieren o utilizan bienes protegidos por normas relativas al derecho de autor, tales como obras literarias y artísticas, entre las cuales se cuentan programas de ordenador, textos de carácter científico o cultural, fotografías, dibujos, planos, etc.

Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y en su ejecución, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Que tal como lo describe el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollaran con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa.

Que con arreglo a lo dispuesto por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, todo acto de enajenación de derecho de autor debe constar en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario, instrumento que para ser oponible ante terceros, deberá ser registrado en la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Que al tenor de lo establecido por el artículo 20 del Ley 23 de 1982, cuando uno o varios autores elaboren, mediante contrato de prestación de servicios, una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, se entiende que los autores transfieren los derechos patrimoniales sobre la obra conservando las prerrogativas de tipo moral.

Que según lo consagrado en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, los derechos patrimoniales de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones legales y constitucionales de su cargo, son de propiedad de la entidad pública correspondiente.

Que de conformidad con el artículo 271 del Código Penal la reproducción, la comunicación pública, la distribución y en general, cualquier uso de la obra que no cuente con la previa y expresa autorización del titular será sancionado con penas pecuniarias y con pena privativa de la libertad.

Que la Procuraduría General de la Nación y la Dirección Nacional de Derecho de Autor consideran conveniente formular las siguientes directrices y

orientaciones encaminadas a proteger los derechos patrimoniales del Estado sobre las obras elaboradas por sus servidores y contratistas, identificando así mismo los criterios que se deben tener en cuenta, cuando sea el Estado quien use obras cuya titularidad corresponde a un particular.

I. Las ideas, conceptos o metodologías no son susceptibles de apropiación, el objeto de protección del derecho de autor no es más que la forma en que aquellas se expresa

La protección del derecho de autor recae sobre la obra como expresión del espíritu del autor y no se protegen las ideas que son fuente de creación. Estas circulan libremente en la sociedad de donde el autor las toma y agregándoles elementos de su individualidad las convierte en obras.

El derecho de autor de conformidad con la legislación vigente protege la forma de expresión de las ideas, más no la idea propiamente dicha. Así, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 7 señala:

“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas”.

Del mismo modo el artículo 6º, inciso 2º de la Ley 23 de 1982, señala:

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

En efecto, el derecho de autor no puede conceder derechos exclusivos que tengan como objeto las ideas, por el contrario, debe propender por el establecimiento de un equilibrio entre ese interés particular de los autores y el interés público de la sociedad al libre acceso al conocimiento y a la cultura, que en últimas, constituye el motor de desarrollo de las naciones

En suma, el objeto de protección del derecho de autor no es más que la forma como se expresan las ideas, de tal manera, el contenido ideológico o técnico implícito en una obra literaria o artística no es susceptible de apropiación.

II. La obra producto de actividades no vinculadas a la función administrativa es propiedad del servidor público que la crea.

El servidor público autor de obras creadas al margen de sus obligaciones administrativas, ejerce sobre aquellas las facultades patrimoniales y morales otorgadas por la legislación que regula el derecho de autor. Bajo este supuesto, cuando la Ley 80 de 1993 determina la inhabilidad del funcionario público para celebrar contratos de cualquier tipo con la administración, y por su parte, el artículo primero de la Ley 44 de 1993 establece la posibilidad de disponer de los derechos patrimoniales de su obra con cualquier entidad de derecho público, no existe contradicción alguna, tal como lo señaló la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 27 de enero de 1995, mediante el cual aclaró que el artículo primero de la Ley 44 de 1993 es de carácter especial respecto del Estatuto de Contratación Administrativa y en consecuencia, en materia de derecho de autor, se aplica de manera preferente el mencionado artículo.

III. El Estado como titular de derechos patrimoniales

1. Las entidades públicas como titulares de derechos patrimoniales por mandato legal.

Los derechos patrimoniales que se desprenden de aquellas obras realizadas por un servidor público en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente. El autor en estas condiciones, no tiene más prerrogativas que las morales sobre su creación en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas beneficiadas. Respecto a esta situación el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, establece:

“Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.

Se exceptúan de esta disposición las lecciones o conferencias de los profesores.

Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas.”

El texto transcrito señala que las obras creadas por el servidor público en las condiciones establecidas en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, tendrá por autor a la persona natural que las creó, quien conservará las prerrogativas de índole moral, pero la entidad estatal será quien detente los derechos patrimoniales, es decir, la facultad de explotar libremente las obras y autorizar su utilización por parte de terceras personas. En tales circunstancias, como lo establece la Circular 07/2002 de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, se encuentran por ejemplo el programa de computador creado por el servidor de la entidad pública, siguiendo los requerimientos o lineamientos señalados para que satisfaga las necesidades de la institución, y las obras literarias (conceptos, estudios, informes, etc.) o artísticas (verbi gratia los mapas, planos, obras audiovisuales, croquis, fotografías, entre otras) elaboradas por los servidores públicos de las entidades estatales, que tiene a su cargo la creación de dichas obras.

Es procedente resaltar, que las obras artísticas o literarias, cuyo titular es el Estado (bien sea por que han sido elaboradas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones legales o constituciones, o por que fueron adquiridas por el Estado, a través de un negocio jurídico) no son de dominio público, por el contrario son bienes inmateriales que conforman el patrimonio del Estado bajo la categoría de bienes fiscales. Por tal razón, cualquier uso de estas obras debe contar con la previa y expresa autorización de la entidad estatal correspondiente, so pena de que tal utilización sea calificada civil o penalmente como violatoria del régimen del derecho de autor.

2. El contrato de cesión de derechos patrimoniales es solemne

La cesión es un contrato solemne por medio del cual el autor, o de ser el caso el titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente

sus derechos a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración o sin ella.

Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, tiene como característica principal que el cedente se desprende de sus derechos patrimoniales, convirtiéndolo al cesionario, por virtud de la transferencia en el titular derivado.

De acuerdo con el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, toda enajenación y transferencia del derecho de autor, sea ésta total o parcial, deberá constar en escritura pública o en instrumento privado reconocido ante notario, de lo anterior se desprende que la cesión es solemne y sólo se perfecciona con el cumplimiento de este requisito.

Estos contratos que implican enajenación total o parcial, y que constan en escritura pública o documento privado, deben ser inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor, a efectos de ser oponibles frente a terceros.

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

3. El contrato de obra por encargo requiere cumplir con las formalidades del artículo 20 de la Ley 23 de 1982.

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982, regula el tema de la obra por encargo de la siguiente forma:

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

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

- *Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra, pactándose los respectivos honorarios.*

Se entiende pertinente la anterior aclaración por cuanto la figura contractual de prestación de servicios resulta regulada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, siempre que por su conducto es posible presumir la transferencia de derechos patrimoniales de autor. De tal manera, la citada presunción se predica de forma limitada respecto de los contratos de prestación de servicios, descartando de plano la posibilidad de hacer efectivo su contenido cuando se trate de contratos de trabajo.

- *Que la obra se elabore por cuenta y riesgo de quien la encarga, es decir, quien contrata la realización de la obra asume los costos y suministra los elementos necesarios para desarrollar la creación.*

- *Que la obra se realice según el plan señalado por quien la encarga determinando previamente las condiciones de necesidad, características y atributos de la obra, y estableciendo los lineamientos de tiempo, modo y lugar en que se desarrollará la elaboración de la misma.*

Si se dan los supuestos que constituyen la obra por encargo, “por ese sólo hecho” se presume que los derechos patrimoniales están en cabeza de quien encarga su elaboración. Así las cosas, al ser el artículo en comento una norma especial, se aplica de manera preferente respecto de cualquier otra norma de carácter general, en esa medida, el contrato de prestación de servicios por medio del cual se encarga la elaboración de una obra, no necesita cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que en el caso de la obra por encargo, estamos frente a una presunción iuris tantum, y en consecuencia siempre que el autor disponga contractualmente con quien encarga la obra que algunos o la totalidad de sus derechos seguirían como parte de su acervo patrimonial, los efectos de la citada presunción no surgen a la vida jurídica.

IV. En la contratación de bienes y servicios informáticos y telemáticos debe tenerse en cuenta, en todas las etapas del proceso contractual, las normas de protección del derecho de autor.

En la actualidad los sistemas informáticos adquieren cada vez mayor relevancia en los diferentes ámbitos de la contratación: pueden constituir el objeto de un contrato, ser el medio de circulación de un derecho de crédito, el medio de conclusión de un contrato de cumplimiento de las obligaciones, o fuente de responsabilidad contractual o extracontractual.

Así las cosas, y considerado como un elemento indispensable de cualquier sistema informático, el programa de computador (o software) ha sido definido en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 como la “expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.”

Como bien se sabe, el programa de computador proviene de la creación intelectual de un individuo que, a partir de la utilización de un lenguaje especial (Basic, C++, Java etc.), desarrolla una aplicación que puede ser utilizada por quien disponga del dispositivo capaz de interpretar las órdenes y los códigos creados.

Los programas de computador reciben la misma protección de las obras literarias y por lo tanto, no pueden ser copiados, alterados, o distribuidos sin la debida autorización de su titular de derechos patrimoniales. Así lo expresan los artículos 23 de la Decisión Andina 351 de 1993, 10 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, aprobado mediante la Ley 170 de 1994), 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (aprobado mediante la Ley 565 del 2000) y 1 del Decreto 1360 de 1989.

Entre los principales contratos sobre bienes y servicios informáticos se encuentran, además de

otros, el de compraventa, arrendamiento, leasing, outsourcing, cesión de derechos patrimoniales, el contrato de obra por encargo, y el de llave en mano, teniendo como común denominador la creación y/o el uso de programas de computador.

La administración no solamente adquiere el hardware, el programa de computador o en general un sistema de información. En cualquier caso la entidad, conforme a sus necesidades, deberá plasmar en los términos de referencia y demás documentos contractuales el alcance inequívoco de las prestaciones, entre las cuales se cuenta la relacionada con el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor. Lo anterior significa que el contrato deberá establecer de forma precisa cuál de las partes será la titular de estos derechos, o de ser el caso, las condiciones bajo las cuales la administración podrá modificar, disponer y en general hacer uso del programa de computador. De esta manera, se pretende evitar o por lo menos establecer el grado de dependencia tecnológica que eventualmente pueda llegar a constituir un riesgo en la contratación estatal.

V. En la contratación que verse sobre bases de datos el elemento creativo protegido por el derecho de autor consiste exclusivamente en la selección o disposición de los datos recopilados.

En sentido general es posible definir una base de datos como una recopilación de datos puntuales u obras (preexistentes o no, originales o derivadas) que pueden ser utilizados manualmente o por medios electrónicos, hecha de forma organizada de tal manera que permite la recuperación de la información por los usuarios.

La selección o disposición de materias es el elemento creativo que le confiere categoría de obra protegida por el derecho de autor.

A la anterior característica se le conoce como originalidad.

Este criterio ha sido implementado por nuestra legislación mediante el artículo 28 de la Decisión Andina 351 de 1993, el cual establece la protección a las bases de datos “siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación

intelectual (...). En este mismo sentido, el artículo 5 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor señala: “Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.”

*En suma, si se trata de considerar una base de datos como obra protegida por el derecho de autor debemos verificar que se trate de una **base de datos original**.*

No es posible de manera general y abstracta determinar a-priori cuáles bases de datos se constituyen como creaciones originales y cuáles no. Este análisis debe ser adelantado para cada caso en concreto atendiendo a la destreza, el esfuerzo y la contribución del compilador en la selección, distribución y orden sistemático de la información.

La selección, disposición y orden sistemático de la información debe constituir en sí misma una creación original. Por oposición, la simple ordenación mecánica o acumulación de datos sin ningún criterio de selección, o la simple ordenación alfabética, numérica o cronológica de éstos, por muy dispendiosa que sea, no reviste altura creativa pues constituye una labor mecánica que bien puede ser realizada por una máquina.

De conformidad con el Decreto 460 de 1995, por el cual se reglamenta el Registro Nacional de Derecho de Autor y se regula el depósito legal, el archivo de datos legibles por máquina se define como el cuerpo de información codificado por métodos que requieren el uso de una máquina (típicamente un computador) para el procesamiento. Pertenecen a esa categoría: archivos almacenados en cinta magnética, módulos de disco, tarjetas de marca sensible, documentos fuente en caracteres de reconocimiento óptico. Las bases de datos o banco de datos son colecciones de datos memorizados y consultables electrónicamente.

Acorde con la legislación autoral, el uso de los datos individualmente considerados no requiere

de algún tipo de autorización de parte de quien acumuló dicha información. Ahora bien, lo anterior no significa que dicha información no sea susceptible de ser protegida a través de un acuerdo contractual de confidencialidad, en virtud del cual quien tenga acceso a los datos se comprometa a no divulgarlos so pena de hacerse efectiva una cláusula penal.

VI. Los derechos patrimoniales de la obra audiovisual se predicen a favor del productor.

El derecho de autor se predica igualmente de las obras audiovisuales que de conformidad con el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, se definen como “toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.”

Así, resulta relevante señalar que conforme al artículo 98 de la Ley 23 de 1982, se presume que el titular de los derechos patrimoniales de una obra audiovisual es la persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación, y la responsabilidad en la producción de la obra, es decir su productor. De tal manera, a menos que de una entidad pública se reputa dicha calidad, aquella deberá suscribir un contrato de cesión de derechos patrimoniales con el titular de la obra audiovisual, o un contrato de obra por encargo, a fin de ejercer legalmente los derechos patrimoniales del documental, la serie, la propaganda, etc.

VII. El uso de obras preexistentes a fin de ilustrar notas de prensa en razón de estrategias de comunicación pública deberá contar con la autorización previa de sus titulares.

Siempre que una entidad pública a través de su oficina de divulgación o comunicación pretenda ilustrar notas de prensa, publicaciones, notas de televisión, páginas web, etc., utilizando obras fotográficas, audiovisuales, literarias, musicales, entre otras, deberá contar con la autorización previa y expresa de sus titulares.

Ahora bien, una entidad pública puede emitir por canales de radio, televisión y televisión por cable, o reproducir y distribuir por prensa, **artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa**, que previamente hubieren sido radiodifundidos o publicados en periódicos o colecciones periódicas, salvo que su titular manifieste de manera expresa la prohibición de reproducirlos, distribuirlos o radiodifundirlos.

A excepción del caso descrito en precedencia, el uso de cualquier obra literaria o artística a fin de ilustrar notas de prensa, reportajes, o cualquier tipo de publicación u obra audiovisual deberá contar con la previa y expresa autorización del autor o de su representante.

En Colombia no tiene lugar, ni en la Decisión Andina 351 de 1993 artículo 22, como tampoco en la Ley 23 de 1982 artículos 31 y subsiguientes, una limitación al derecho de autor que faculte de manera general la libre utilización de las obras literarias y artísticas por parte de las entidades del Estado, a excepción de las específicas limitaciones en favor de la enseñanza, las bibliotecas y los archivos.

VIII. Para efecto de la reprografía de obras literarias en la administración pública se requiere la autorización del autor, o titular del derecho, o de la sociedad de gestión colectiva que los represente.

Las obras literarias probablemente son el tipo de creaciones que más utiliza la administración pública en desarrollo de sus funciones. Eventualmente la administración requerirá hacer reproducciones de determinadas obras por medios fotográficos o por procedimientos análogos y digitales; en tales casos, a fin de observar la legislación autoral, la administración deberá contar con la previa y expresa autorización del autor o titular de derecho o de la sociedad de gestión colectiva que los represente.

En este orden de ideas, el legislador colombiano mediante la Ley del Libro (Ley 98 de 1993), reiteró un principio tutelar del derecho de autor, consistente en la facultad exclusiva del autor o titular del derecho, para controlar todas las formas de utilización de sus obras, conocidas o por conocer, incluida por supuesto la reproducción por cualquier medio.

En tal virtud, el artículo 26 de la disposición mencionada, consagra que: “Todo establecimiento que ponga a disposición de cualquier usuario aparatos para la reproducción de las obras de que trata esta Ley o que efectúe copias que sean objeto de utilización colectiva y/o lucrativa, deberá obtener autorización previa de los titulares de los derechos correspondientes a tales obras, bien sea directamente o bien mediante licencia otorgada por la entidad de gestión colectiva que designe para tal efecto la Cámara Colombiana del Libro”.

Por su parte, el artículo 27 de la misma ley establece que “ Los autores de obras literarias científicas o culturales conjuntamente con los editores de las mismas, tendrán derecho a participar de una remuneración compensatoria por la reproducción de tales obras al amparo del artículo anterior”.

Es menester reiterar que por expresa disposición legal, la autorización deberá obtenerse directamente del titular del derecho o de la sociedad de gestión colectiva organizada con tal motivo. La Dirección Nacional de Derecho de Autor, en cumplimiento de lo dispuesto por la Decisión Andina 351 de 1993, concedió la autorización de funcionamiento al Centro de Derechos Reprográficos - CEDER-, a través de la Resolución 035 de 18 de febrero de 2002.

Esta sociedad de gestión colectiva que agrupa autores y editores de obras literarias recauda el dinero que genera la reproducción reprográfica de dichas creaciones. Luego, quien pretenda fotocopiar una obra literaria deberá contar con su previa y expresa autorización, la cual se hace efectiva a través de una licencia de uso, documento que establece los términos dentro de los cuales se puede ejercer dicha actividad.

Teniendo en cuenta lo anterior se hace indispensable que las entidades públicas, especialmente las universidades, bibliotecas, archivos y centros de documentación, hemerotecas, o cualquier otra que ofrezca servicios de reproducción reprográfica de obras literarias, protegidas por el derecho de autor, obtengan la respectiva licencia expedida por la sociedad de gestión colectiva.

Asimismo, siempre que una entidad pública facilite en sus instalaciones a través terceros el servicio de reproducción reprográfica, estos últimos deberán

acreditar ante la administración que cuentan con la licencia otorgada por CEDER.

IX. Parámetros y recomendaciones adicionales que orientan el cumplimiento del régimen jurídico del derecho de autor y los derechos conexos.

Conforme lo expuesto en los numerales precedentes, la Procuraduría General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, se permiten señalar los siguientes parámetros, los cuales deberán ser implementados por las diferentes entidades del sector público al momento de adquirir o hacer uso de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor.

1. En materia de adquisición, reposición, actualización, integración, mantenimiento, y sostenimiento de sistemas de información, equipos de procesamiento de datos y programas informáticos, las entidades estatales podrán acudir al Comité Técnico de la Comisión Intersectorial de Políticas y Gestión del Información para la Administración Pública - COINFO -, creado por el Decreto 3816 de 2003, en su calidad de máximo órgano consultivo.

2. Las entidades estatales en salvaguardia del interés público deben planear la viabilidad y sostenibilidad de los proyectos que involucren en su contratación tecnología o la transferencia de derechos patrimoniales de autor. En el pliego de condiciones o términos de referencia se buscará proteger el interés de la entidad, el cual debe reflejarse de manera inequívoca en los pliegos y minuta del contrato. Las entidades que contraten bienes y servicios relacionados con derechos patrimoniales de autor, incluidos los programas de computador (software), deben recordar la importancia de analizar detalladamente los contratos preestablecidos por el proveedor atendiendo cuidadosamente su contenido, especialmente cuando están elaborados en un idioma diferente al español.

3. Se hace recomendable en los procesos contractuales que las partes tengan claridad sobre las obligaciones adquiridas y que exista coordinación tanto en lo técnico como en lo legal.

4. Las entidades públicas, especialmente las universidades, bibliotecas, archivos y centros de documentación o hemerotecas, o cualquier otra, que ofrezcan servicios de reproducción reprográfica de obras literarias, o faciliten en sus instalaciones a través terceros el servicio de reproducción reprográfica, deberán acreditar la correspondiente autorización expedida para tal fin por el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos - CEDER -, ubicado en la ciudad de Bogotá D.C. en la calle 35 No. 5ª - 05.

5. Siempre que el sector público organice o promueva eventos en los cuales se comuniquen públicamente obras musicales, es necesario que adquiera la correspondiente autorización por parte de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO -, ubicada en calle 95 No.11-31 de la ciudad de Bogotá D.C. En este mismo sentido, si se trata de la comunicación pública de fonogramas, es preciso que reconozca a favor de la Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos -ACINPRO-, ubicada en la carrera 46 No. 53-15 de la ciudad de Medellín, una remuneración de tipo económico.

6. A fin de brindar a las entidades públicas titulares de derecho de autor y derechos conexos un medio de prueba y de publicidad de sus prerrogativas es conveniente que aquellas registren ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor las obras cuya titularidad ejercen.

7. Como condición de validez, aquellos contratos a través de los cuales se transfieran derechos patrimoniales de autor deberán constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario.

8. Siempre que una entidad pública encargue la elaboración de una obra, acorde con el contenido del artículo 20 de la Ley 23 de 1982, no es necesario acreditar la formalidad descrita en el artículo anterior.

9. En cualquier caso, el acuerdo contractual a través del cual la entidad pública adquiere los derechos patrimoniales sobre una obra deberá ser inscrito en la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, como condición de oponibilidad ante terceros.

10. Siempre que una entidad estatal haga las veces de editor de obras impresas, productor de obras audiovisuales o de fonogramas deberá, conforme lo dispone el artículo 7 de la Ley 44 de 1993, adelantar el respectivo depósito legal en los términos descritos por el artículo 22 y subsiguientes del Decreto 460 de 1995, ante la Biblioteca Nacional de Colombia, la Biblioteca del Congreso y la Biblioteca de la Universidad Nacional.

11. La calidad de los productos de software adquiridos (funcionalidad, confiabilidad, facilidad de uso, eficiencia, mantenibilidad y portabilidad) debe sujetarse a las características descritas por la norma ISO 9126, norma homologada por el ICONTEC.

12. La falta de planeación y una gestión inadecuada que genere dependencia tecnológica son malos consejeros. Por ello, la ejecución de los contratos informáticos, por su especial naturaleza, debe estar precedida por un propósito común de cooperación y co-responsabilidad entre las partes, que enerve cualquier posibilidad elusiva y busque siempre un equilibrio dinámico entre las partes. Es necesario precaver los riesgos en la contratación y los mecanismos para la solución de conflictos y vicisitudes en su ejecución.

13. En aquellos contratos que impliquen cesión o licencias de uso de programas de computador se deben incluir las cláusulas que especifica y autónomamente regulen el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor, y de ser necesario, se debe incorporar un anexo en donde se describa el alcance de lo pactado. No sobra recordar que existen riesgos al faltar, total o parcialmente, a la correspondencia entre el producto o servicios que se adquieran y las exigencias o necesidades de la entidad.

14. En el contrato de desarrollo de software es prioritario definir inequívocamente su objeto, y determinar sus especificaciones. Así mismo, se deben contemplar las posibles variaciones que puedan presentarse durante la etapa de realización de la obra, y la verificación de su funcionalidad. La inadecuada elaboración de los pliegos genera inconvenientes que pueden hacer complejo el normal desarrollo del contrato.

Esas situaciones son por ejemplo: inidoneidad de la solución a la finalidad propuesta, la presencia de

errores e ineficiencias, los retardos en el avance de las actividades, las variaciones en las especificaciones, la errada e inadecuada proyección o la ausencia del estudio de factibilidad.

15. Cuando se celebren contratos de licencia se debe verificar que los mismos estén acompañados de documentos tales como: certificados de autenticidad, el certificado de distribuidor autorizado y las facturas.

16. Se debe analizar y determinar el alcance de las licencias de uso que adquiera la entidad. De esta manera, podrá establecer las restricciones y facultades que en su favor ha señalado el titular de la obra.

17. Se recomienda desde la etapa precontractual tramitar los permisos y autorizaciones ante el titular de los derechos de autor. El proveedor está obligado a garantizar a la entidad la legitimidad de las licencias, salvaguardándola de cualquier responsabilidad por el uso del programa autorizado.

18. Aquel particular que elabore un software por encargo a una entidad de derecho público debe acreditar, de manera expresa y en la fase precedente a la estipulación del contrato, las autorizaciones sobre aquellos programas de computador que requiera para desarrollar su objetivo.

19. En aquellos casos donde la entidad utilice un programa de computador en virtud de una licencia de uso, es necesario estipular contractualmente las condiciones de mantenimiento, y de ser posible, acordar con el titular bajo qué condiciones la administración podría, de manera autónoma, actualizar los respectivos paquetes de software.

20. Al renovar las licencias tenga claro que lo hace con la idea cierta de que los programas van a seguir utilizándose en un proyecto actual o en proyectos futuros.

21. Si los programas son desarrollados con recursos de la entidad es apenas de esperar que sea ésta la titular de los derechos patrimoniales. Siendo así las cosas, y a menos que dicha actividad se adelante conforme a lo descrito por los artículos 91 o 20 de la Ley 23 de 1982, es absolutamente indispensable como condición de validez, que los autores transfieran el derecho patrimonial sobre la

obra, a través de un contrato de cesión de derechos patrimoniales el cual deberá tener en cuenta las formalidades descritas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

22. Al negociar y celebrar contratos que versen sobre programas de computador deberá procurarse que en lo posible se logre un tratamiento económico preferencial por el uso de las licencias del software que vayan a ser implementadas por la entidad.

A tales efectos, se recomienda que la negociación a través de la cual se adquieran nuevas tecnologías sea emprendida de manera centralizada a través de cada sector.

23. Es necesario que la entidad asigne responsables de los equipos (hardware) y de la conservación y custodia de las licencias, así como de los programas de computador sobre los cuales ejerce los derechos patrimoniales. A tal efecto se recomienda elaborar una bitácora a través de la cual sea posible establecer la dependencia y persona (s) responsable del hardware, las licencias y programas de computador instalados en cada equipo, determinando de esta manera el nivel tecnológico con que cuenta la entidad, sin perjuicio de la responsabilidad asignada a otros servidores por el uso adecuado de dicha tecnología. Hay que recordar que dichos bienes son activos que hacen parte del patrimonio informático de la entidad, en otras palabras son patrimonio público.

24. Para aquellos casos en los cuales el programa de computador será utilizado no solamente por la entidad, sino que además en el desarrollo de sus actividades deberá ponerlo a disposición de terceros, es necesario que en la negociación previa, dicha facultad se acuerde expresamente al interior de la licencia que el titular otorgue a la administración.

25. Siempre que la administración adquiera la titularidad de los derechos patrimoniales o negocie los términos de una licencia de uso, es aconsejable que se incluya en el contrato una cláusula de garantía a través de la cual el cedente de estos derechos o el titular de la licencia, se haga responsable por las futuras acciones judiciales o extrajudiciales promovidas por terceros en atención a una pretendida violación a los derechos de autor, competencia desleal, etc.

26. Para el caso de las obras relativas a la arquitectura es oportuno señalar que su titular de derechos patrimoniales puede introducir las modificaciones que considere necesarias, conservando el autor la facultad de prohibir que su nombre sea asociado con la obra alterada.

27. En aquellos casos donde, a través de convenios interadministrativos o de cooperación internacional, se acuerde como resultado la elaboración de una obra literaria o artística, es necesario definir cuál de las partes será la titular de los derechos patrimoniales, o de ser el caso, establecer un porcentaje en cuanto al ejercicio de la titularidad, así como las condiciones para la explotación futura de las obras, si hubiere lugar a ello.

28. La administración pública podrá hacer uso, sin requerir ningún tipo de autorización, de las obras cuyo periodo de protección hubiere expirado, es decir, una vez transcurran 80 años luego de muerto su autor, siempre que la titularidad de derechos patrimoniales se predique de una persona natural, o una vez transcurran 50 años luego de su primera publicación, siempre que su titularidad se predique de una persona jurídica.

Finalmente, la Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública y la Dirección Nacional de Derecho de Autor, a través de la División Legal, ponen a disposición de los servidores públicos y de la ciudadanía en general, todo su conocimiento e infraestructura técnica y humana para atender cada una de sus inquietudes. La Procuraduría General de la Nación se encuentra ubicada en la Carrera 5 No. 16 – 80 y la Dirección Nacional de Derecho de Autor en la calle 28 No. 13A - 15, piso 17, teléfono 3418177; correo electrónico: derautor@derautor.gov.co; página web: www.derautor.gov.co.

EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN

Procurador General de la Nación

FERNANDO ZAPATA LOPÉZ

Director General de la Dirección Nacional de Derecho de Autor