

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2012
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Propiedad Intelectual. Derecho de Autor. Propiedad Industrial. Diferencias. Formalidades registrales.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Dirección Nacional de Derecho de Autor

FECHA: 7-9-2010

JURISDICCIÓN: Administrativa

FUENTE: Texto del documento

OTROS DATOS: Radicación 1-2010-40549

SUMARIO:

“Una característica que difiere la propiedad industrial del derecho de autor es precisamente su nacimiento a la vida jurídica; en materia de propiedad industrial, el derecho nace con el acto administrativo que concede el registro de la marca, la patente, modelo de utilidad, el diseño industrial, etc. Por el contrario en el derecho de autor, la protección se concede desde el momento mismo que crea la obra, sin que para ello requiera cumplir con formalidad jurídica alguna. De ahí que el registro de obras que se realiza ante esta entidad sea simplemente declarativo de derechos y no constitutivo de ellos”.

“La finalidad perseguida por el registro es netamente probatoria, buscando de esta manera brindar mayor seguridad jurídica al titular del derecho de autor”.

COMENTARIO: Así como la obra está protegida por el solo hecho de su creación sin necesidad de ninguna formalidad, de acuerdo al artículo 5,2) del Convenio de Berna, en los países donde rige el sistema marcario constitutivo, por el contrario, el *“ius prohibendi”* frente a terceros en relación con un signo distintivo solamente se adquiere con su registro. © Ricardo Antequera Parilli, 2012.

TEXTO COMPLETO:

A continuación explicaremos los temas relacionados con derecho de autor que es una especie dentro de la institución de la Propiedad Intelectual, cuyo objeto de protección son las obras literarias y artísticas, en ella encontraremos quienes son titulares, como opera las diferentes modalidades de transferencias y la contratación estatal en relación con el derecho de autor.

1. PROPIEDAD INTELECTUAL

*La propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes del esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico¹. En este sentido, dentro de esta disciplina jurídica se destacan dos grandes ramas, la **Propiedad Industrial**, que consiste en un conjunto de derechos sobre ideas y conceptos que son de importancia en razón de su aplicabilidad*

¹ Propiedad Intelectual, El moderno Derecho de Autor, Ernesto Rengifo García, Universidad Externado de Colombia, Pág. 23.

tanto en la industria como en el comercio², que trata principalmente de la protección de las nuevas creaciones (patentes, modelos de utilidad, diseños industriales y circuitos integrados); los signos distintivos (marcas de fábrica o de comercio, nombre comercial, enseña y denominaciones de origen) y el secreto empresarial³.

*Por otro lado, la otra gran rama que se destaca es el **Derecho de Autor** que tiene como objeto de protección las obras literarias y artísticas, y que también otorga amparo jurídico a través del derecho conexo a las interpretaciones o ejecuciones de los artistas, intérpretes y ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de los organismos de radiodifusión.*

Una característica que difiere la propiedad industrial del derecho de autor es precisamente su nacimiento a la vida jurídica; en materia de propiedad industrial, el derecho nace con el acto administrativo que concede el registro de la marca, la patente, modelo de utilidad, el diseño industrial, etc. Por el contrario en el derecho de autor, la protección se concede desde el momento mismo que crea la obra, sin que para ello requiera cumplir con formalidad jurídica alguna. De ahí que el registro de

² Marcas: normatividad Subregional sobre marcas de productos y servicios, Marco Matías Alemán, Top Management, Pág. 57

³ Decisión Andina 486 - Artículo 260.- Se considerará como secreto empresarial cualquier información no divulgada que una persona natural o jurídica legítimamente posea, que pueda usarse en alguna actividad productiva, industrial o comercial, y que sea susceptible de transmitirse a un tercero, en la medida que dicha información sea:

- a) secreta, en el sentido que como conjunto o en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan la información respectiva;
- b) tenga un valor comercial por ser secreta; y
- c) haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantenerla secreta.

La información de un secreto empresarial podrá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

obras que se realiza ante esta entidad sea simplemente declarativo de derechos y no constitutivo de ellos.

La finalidad perseguida por el registro es netamente probatoria, buscando de esta manera brindar mayor seguridad jurídica al titular del derecho de autor (artículos 9 de la Ley 23 de 1982, 52 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 2 del Decreto 460 de 1995).

DERECHO DE AUTOR

Como mencionamos anteriormente, la protección del derecho de autor recae sobre las obras literarias y artísticas, las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo literario, artístico y científico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación.

El derecho de autor protege las creaciones formales y no las ideas⁴. En consecuencia, sólo abarca la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas, o incorporadas a las obras; por lo tanto, tal protección no se extiende a las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o al contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.

La protección que el Derecho de Autor confiere de los diferentes tipos de obras, se encuentra regulada internacionalmente por los tratados internacionales suscritos por Colombia y la normatividad andina⁵; constitucional⁶, legal⁷ y jurisprudencialmente. Atiende a unos criterios generales, entre los cuales encontramos los siguientes:

⁴ El artículo 7 de la Decisión Andina 351 de 1993 dice lo siguiente: "No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial".

⁵ Decisión Andina 351 de 1.993.

⁶ Artículo 61 Constitución Política de Colombia 1.991.

⁷ La Ley 23 de 1.982 y la Ley 44 de 1.993, normas nacionales supletivas a la aplicación andina.

Originalidad: se refiere a todas las creaciones del ingenio humano que no son copias o imitaciones de otras; es la individualidad o huella que el autor le imprime a la obra, se diferencia de la novedad que únicamente denota el estado de cosas nuevas; esta característica, diferencia a la obra de todas las demás.

Ausencia de formalidades: La protección del derecho de autor sobre las obras nace desde el mismo momento de su creación, sin que para ello requiera cumplir con formalidad jurídica alguna, otorgándoles una serie de beneficios a las personas físicas que las crean, conocidas como autores.

No protección de las ideas: el Derecho de Autor brinda una protección únicamente sobre la forma en que el autor describe, explica, ilustra o incorpora las ideas en una obra, convirtiéndose esta actividad en una materialización de las ideas en una obra; no siendo objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial⁸.

Indiferencia respecto al mérito o destino de la obra: el mérito o destino de las obras ni interesa en materia de protección de Derechos de Autor, pues basta con que la obra cumpla con los requisitos legales y criterios generales para ser considerada como tal y recibir la protección.

Ahora bien, en el contenido del derecho de autor encontramos una doble dimensión jurídica que resulta importante mencionar:

3. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

De manera originaria el autor tiene dos tipos de derechos: los morales y los patrimoniales.

Los derechos morales⁹ son derechos personalísimos, a través de los cuales se busca salvaguardar el vínculo que se genera entre el autor y su obra, en tanto ésta constituye la expresión de su personalidad, los derechos morales se caracterizan por ser inalienables, inembargables, intransferibles e irrenunciables.

Así mismo, en virtud de los derechos morales, el autor puede:

*Conservar la obra inédita o divulgarla.
Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento.
Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el mérito de la obra o la reputación del autor.
Modificar la obra, antes o después de su publicación.
Retirar la obra del mercado, o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada.*

Por su parte, los derechos patrimoniales son el conjunto de prerrogativas del autor que le permiten explotar económicamente la obra, constituyéndose así en una facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir cualquier utilización que se quiera hacer de la obra, como por ejemplo:

*La reproducción¹⁰.
Transformación¹¹.*

⁹Consagrados en el artículo 11 de la Decisión Andina de 1993.

¹⁰ Acorde con el artículo 14 de la Decisión 351 de 1993, "Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento".

¹¹ De acuerdo con el Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos publicado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual – OMPI -, podemos entender la transformación como "la modificación de una obra preexistente, mediante la cual la obra pasa a ser de un género a ser de otro género, como en el caso de las adaptaciones cinematográficas de novelas u obras musicales. La adaptación puede consistir así mismo en una variación de la obra sin que esta cambie de género, como en el caso de una nueva versión de una novela para una edición juvenil. La adaptación también supone

⁸ Artículo 7 Decisión Andina 351 de 1.993.

*Comunicación pública*¹².
*Distribución*¹³.

Lo anterior de conformidad con los artículos 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, y 12 y 74 de la Ley 23 de 1982.

4. TITULARIDAD DEL DERECHO DE AUTOR

*Tratándose del derecho de autor, es preciso distinguir dos clases de titulares. Por un lado se encuentran los titulares originarios que entendemos, que es aquella persona sobre la cual recaen inmediatamente todos los derechos (morales y patrimoniales) que son producto de su creación. Acorde con la Decisión Andina 351 es aquella persona natural que realiza la labor intelectual de creación artística o literaria.*¹⁴

Cuando estamos ante una pluralidad de autores estamos ante la figura de una coautoría, la cual se explicará a continuación.

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

Las obras colectivas son aquellas realizadas por un grupo de creadores, por iniciativa y orientación de una persona

alteración de la composición de la obra. La adaptación de otra obra protegida por la legislación de derecho de autor está sujeta a la autorización del titular del derecho de autor sobre la obra.”

¹² La comunicación pública de una obra es definida por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) como la “*expresión que abarca todo tipo de transmisión al público de una obra de un autor*” (OMPI Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Ginebra 1980, voz 202).

¹³ Derecho de distribución: “*ofrecimiento de ejemplares de una obra al público en general o parte de él, principalmente a través de los canales comerciales adecuados*” (Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ginebra. 1982, voz 82).

¹⁴ La Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3º define al autor como: “*Persona Física que realiza la creación intelectual*”.

*natural o jurídica que la coordina, divulga o comercializa bajo su propio riesgo. Esta persona será quien disponga de los derechos patrimoniales que genera la obra, sin desconocer la formalidad establecida por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982*¹⁵.

Por su parte, las obras en colaboración son aquellas donde dos o más personas producen la obra por su propia iniciativa y riesgo. Se entiende entonces que cada autor es titular de la obra en su conjunto y todo uso que se pretenda hacer sobre la misma requiere la previa y expresa autorización de cada uno de sus creadores.

*Por otro lado, se encuentran los titulares derivados, definidos como “las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos de autor”*¹⁶. En otros términos: son terceros diferentes al creador, que han adquirido total o parcialmente los derechos patrimoniales que le correspondían a aquél.¹⁷

4.1 FORMAS DE ADQUIRIR LA TITULARIDAD

La titularidad se puede adquirir por dos vías, la primera por disposición legal y la segunda mediante contratos.

A. Por disposición legal

Opera de manera directa cuando la ley determina que el derecho de autor en su contenido patrimonial, le pertenece a una persona distinta del autor, como por ejemplo, el artículo 91 de la ley 23 de 1982 que establece:

¹⁵ Artículo 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 registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley.

¹⁶ LIPSZYC, Delia, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, Obra Editada por la UNESCO, el Cerlalc y Víctor P. Zavalia, 1993, p. 122.

¹⁷ Artículo 4, ley 23 de 1982, literal e y f.

“los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos¹⁸, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.”

De acuerdo a lo anterior, si se encuentra el autor en calidad de funcionario público, las obras que allí realice relacionadas con sus funciones, serían de la entidad pública, la cual tendría la facultad de explotar o utilizar a su conveniencia las obras. Sin embargo, el funcionario público conservará los derechos morales.

Así las cosas, se tratara de una categoría específica de personas vinculadas mediante una relación legal y reglamentaria que dentro del ejercicio de sus funciones esta las de crear obras.

Por otro lado, existe una situación específica relacionada en la Ley 23 de 1982 acorde con la cual ante la celebración de un contrato de prestación de servicios y sumadas a otras circunstancias de hecho y de derecho, se presume la transferencia de derechos patrimoniales de un autor a un tercero.

¹⁸Entiéndase por servidor público las personas que prestan sus servicios al [estado](#) o a la administración pública, y se dividen en tres tipos ellos son; 1) los empleados públicos: éstos están vinculados formalmente a la entidad correspondiente; es decir, cumplen funciones que están establecidas con anterioridad, 2) Los trabajadores oficiales: la vinculación de estos empleados se hace mediante contratos de trabajo, contratos que pueden rescindirse de acuerdo con el desempeño mostrado por el trabajador. 3) Los miembros de corporaciones de [elección popular](#): son los empleados que han de servir a la comunidad y que son elegidos por medio del [voto popular](#) (tal es el caso de [los Congresistas](#), [los Ediles](#), [los Comuneros](#), etc.). definición encontrada en Guía temática de política, Autores. Biblioteca Luis Ángel Arango, Edición original 2005, página web: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli92.htm>.

Esta es cuando estamos ante un contrato de prestación de servicios, también llamado contrato de obra por encargo; que se encuentra regulado en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, y se deben dar los siguientes supuestos para ser titular de los derechos patrimoniales:

Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga.

En cuanto a este primer elemento que supone la existencia de un contrato de prestación de servicios celebrado entre un autor (persona natural o física) o una persona jurídica (que puede ser una entidad pública).

También es preciso aclarar, que la presunción establecida en la norma, opera siempre que la obra se elabore en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, quedando excluida cualquier otra forma de relación contractual como sería el caso del contrato de trabajo.

Que la obra se elabore por cuenta y riesgo de quien lo encargó.

Frente a este segundo elemento significa que la persona que 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 de quien lo encargó.

Frente a este último elemento se debe predeterminar las condiciones de necesidad, características y atributos de la obra, y preestablecer los lineamientos de tiempo, modo y lugar en que se desarrollará la elaboración de la misma.

Finalmente “Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra...”. Es decir que los derechos patrimoniales quedarían en cabeza de quien encarga la elaboración de la obra.

B. Por disposición convencional

Este contrato se celebra para adquirir los derechos patrimoniales sobre la obra.

Contrato de cesión de derechos

Este contrato se encuentra estipulado en 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.

Así las cosas, es pertinente señalar:

Como característica principal que el cedente se desprende de sus derechos patrimoniales, convirtiendo al cesionario, por virtud de la transferencia en el titular derivado.

El contrato de cesión debe constar en escritura pública o documento privado porque es una formalidad que establece la ley para que este sea válido y a su vez se debe hacer reconocimiento de firma y contenido.

Todo acto de enajenación del derecho de autor, debe ser inscrito en el Registro Nacional de Derecho de Autor, a efectos de ser oponible frente a terceros.

A continuación daremos un breve ejemplo de lo que es una cadena de transferencias.

Principio cadena de transferencias

Para poder efectuar correctamente el registro de una obra debemos vincular los contratos que se han surtido desde la persona señalada como autora, hasta la persona natural o jurídica que se reseña como titular de los derechos patrimoniales.

Como el autor es titular originario debe mediar un acuerdo o disposición legal que transfiera desde su órbita de dominio su obra a un tercero.

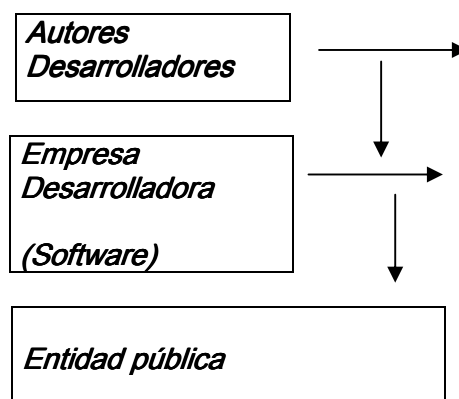
Este tercero que puede ser una empresa desarrolladora, puede firmar contratos con el fin de transferir o comprometerse a desarrollar un software.

Finalmente, otra empresa o entidad pública debe contratar a la empresa para obtener el software, lo importante es que el usuario final tenga certeza que los derechos pactados, se han venido transfiriendo desde su titular original hasta la instancia actual.

Ejemplo:

Esquema de la transferencia

Una entidad pública contrata a una empresa desarrolladora de software y esta a su vez tiene varios desarrolladores (autores).



<p>La empresa desolladora tiene un contrato de prestación de servicios con los Desarrolladores, es decir los autores.</p> <p>Por el contrato de prestación de servicios, la empresa desarrolladora tendrá los derechos patrimoniales en cumplimiento con los requisitos del artículo 20 de la Ley 23 de 1982</p>	<p>Para que la entidad pública sea titular de los derechos patrimoniales sobre el software, la empresa desarrolladora debe celebrar un contrato de cesión de derechos, y este contrato debe cumplir con las formalidades del artículo 183 de la ley 23 de 1982.</p>
--	---

5. CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA TRANSFERENCIA DE DERECHOS

Acorde con la Ley 80 de 1993 “Los contratos estatales se rigen por reglas y principios que buscan el cumplimiento de los fines estatales, y los particulares tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social, que como tal, implica obligaciones”¹⁹.

Así las cosas, relacionado con los contratos de transferencia de derechos de autor con la contratación estatal, las entidades estatales, a través de las diferentes modalidades de contratación²⁰, producen, adquieren o utilizan bienes protegidos por normas relativas al derecho de autor, en la forma de obras literarias y artísticas (dibujos, planos, fotografías, textos de carácter cultural, etc.), y programas de ordenador.²¹ Así mismo el uso de la modalidad depende de la finalidad estatal y los medios para satisfacerla

Finalmente, es importante tener en cuenta que para la suscripción de un contrato de transferencia de derechos, primero debe ser claro si el autor desea transferir el

dominio total de su obra o sencillamente pretende autorizar el uso de la misma aclarando en el contenido del contrato que es lo que realmente esta autorizando²².

De acuerdo a las anteriores consideraciones y descendiendo al objeto de su consulta, me permito informarle lo siguiente.

Los programas de ordenador (software), se encuentran protegidos por el derecho de autor como obras literarias, cualquiera que sea su modo o forma de expresión²³.

En materia de derecho de autor, la titularidad originaria de una obra recae directamente sobre el autor (salvo las excepciones consagradas en la ley). Por esta razón, para que un tercero, pueda ejercer derechos económicos sobre una obra, debe existir un acuerdo de voluntades o contrato mediante el cual el autor ceda sus derechos patrimoniales de manera expresa.

Las transferencias de derechos patrimoniales, además de ser expresas, deben estar sometidas a las formalidades establecidas por la ley, y deben atenerse a las formas de explotación específicamente pactadas en los contratos.

Si el desarrollo fue contratado por la Alcaldía de Manizales, en principio se

¹⁹ Esto de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

²⁰ licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa.

²¹ Si es de su interés, usted puede consultar más información en nuestra página web www.derechodeautor.gov.co, directivas y circulares, circular conjunta del 24 de abril de 2006.

²² Concepto régimen de transferencias y contrato laboral, Rad. 12112. 14 de mayo de 2010. Oficina de Registro.

²³ Artículo 4 del tratado de la OMPI sobre derecho de autor (TODA)

puede afirmar que la titularidad del software será de la Alcaldía de Manizales.

Si por su parte, funcionarios públicos colaboran en la creación de dicho software y pueden ser considerados autores, es necesario tener en cuenta el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, para efectos de determinar si la Contraloría y la Alcaldía de Manizales comparten en alguna medida un derecho patrimonial sobre el software mencionado.

Finalmente, dependiendo de las respuestas que se den de los postulados anteriores, deberá determinarse como se ejercerá la titularidad de las dos entidades públicas.

En la espera de haber atendido satisfactoriamente su consulta cualquier aclaración o duda con gusto será atendida.

El presente concepto no constituye la definición de la situación particular y concreta planteada en la consulta. Acorde con el artículo 25

del C.C.A. las respuestas a las consultas formuladas no comprometen la responsabilidad de la entidad que las atiende, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

OSCAR EDUARDO SALAZAR ROJAS

Jefe de la Oficina de Registro