

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

Explotación de la obra por terceros. Licencias de uso. Marco conceptual.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Colombia

ORGANISMO: Dirección Nacional de Derecho de Autor

FECHA: 9-10-2001

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 No. 05

SUMARIO:

“Se entiende la licencia de uso como el instrumento, ya sea un contrato o unas instrucciones, por medio de las cuales el titular de derechos patrimoniales autoriza a los usuarios para que se sirvan de la obra en una forma determinada”.

COMENTARIO:

La otra modalidad de explotación de la obra por terceros, distinta de la cesión, no supone una transferencia de derechos por parte del titular -originario o derivado-, sino una simple autorización para que utilice la obra de acuerdo a las modalidades contempladas en la licencia y la remuneración convenida. En ese sentido, el Glosario de la OMPI señala que la licencia es *“la autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del derecho de autor (licenciante) al usuario de la obra (licenciataria) para utilizar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente. A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad; constituye únicamente un derecho o derechos a utilizar la obra con sujeción al derecho de autor, derecho que sigue siendo de la pertenencia del licenciante ...”* (hemos destacado)¹. Una definición similar figura en varios textos nacionales, pero esa misma naturaleza también se deduce de las leyes según las cuales el autor puede sustituir la *“cesión”* por una *“licencia”* u *“optar”* entre una u otra, lo que hace evidente que se trata de dos figuras distintas donde la diferencia se encuentra, precisamente, en que la primera es traslativa de derechos y la segunda una simple autorización de uso. Las figuras de la *“cesión”*

¹ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): *“Glosario de derecho de autor y derechos conexos”*. Ob. Cit. Voz 142. p. 145..

y de las de licencias de uso pueden coexistir en una misma legislación, al disponerse que el titular de derechos patrimoniales puede igualmente conceder a terceros una simple licencia de uso, no exclusiva e intransferible, la cual se rige por las estipulaciones del contrato respectivo y las atinentes a la cesión de derechos, en cuanto sean aplicables. Nada impide que en ausencia de una disposición expresa que contemple ambas figuras jurídicas, conforme al principio de la libertad contractual y al carácter exclusivo del derecho patrimonial, su titular, en vez de transferirlo total o parcialmente a un tercero, le otorgue una licencia a éste y allí conste que se trata de una autorización de uso y no de una traslación de derechos. La aplicabilidad *mutatis mutandi* de los principios de la cesión a los contratos de licencia, está referida, fundamentalmente, a la presunción de onerosidad; a la limitación de la autorización a la modalidad autorizada y al tiempo y al ámbito territorial pactados contractualmente; a la concurrencia con otros licenciarios en la explotación de la obra, por ser una licencia que se presume no exclusiva; al principio de la remuneración proporcional, salvo en los casos permitidos por la ley y a la prueba del contrato por escrito. Es de hacer notar que en las legislaciones que siguen la corriente unitaria del derecho de autor, la “cesión” entre vivos es sustituida por una “concesión” de derechos de explotación o por una licencia o autorización, exclusiva o no, para la utilización de la obra conforme a las disposiciones de la ley y de la misma autorización. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

CIRCULAR No. 05

Para: Programadores, productores de programas de computador², jefes de oficinas de sistemas en entidades públicas y privadas y usuarios en general

De: Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho Autor.

Asunto: Derechos de autor sobre los programas de computador, su licenciamiento y sanciones derivadas de su uso no autorizado.

Fecha: 9 de octubre de 2001

Con el propósito de orientar tanto a los titulares de derechos como a los usuarios de los diferentes tipos de licencias que sobre un programa de computador pueden existir en el mercado, y las disposiciones legales que con respecto a un uso ilegítimo se encuentran vigentes, la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, entidad adscrita al Ministerio del Interior, se permite ilustrar a los programadores, usuarios y productores de este tipo de obras, en los siguientes términos:

2 Con respecto al nombre apropiado mediante el cual debería evocarse este tipo de obra, el profesor venezolano Ricardo Antequera Parilli, reconocido autoralista y Presidente del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, ha expresado en su obra DERECHO DE AUTOR, Tomo I, Segunda Edición, Caracas 1998, página 283, lo siguiente: “La primera dificultad en torno a este tema es la de encontrar una denominación apropiada para eludir al objeto protegido, y en tal sentido, la palabra inglesa *software* se pretendió traducir al castellano como *soporte lógico* (bajo la inspiración del vocablo francés *logiciel*), lo que no pareció entusiasmar a los legisladores de habla española, pues ningún texto legal en este idioma la ha adoptado.

Para evitar un anglicismo, se buscó castellanizar la expresión de otra manera, pero tampoco la aceptación ha sido unánime, pues se le denomina *programa de ordenador* (España), *programa computacional* (Chile), *programa de computadora* (República Dominicana) o *programa de computación* (México, Venezuela), por ejemplo, al tiempo que la Decisión 351 ha adoptado la fórmula española de *programa de ordenador*.”

De tal manera, en el transcurso del presente escrito se utilizará la denominación “programa de computador” para hacer alusión al objeto protegido, no obstante el artículo el artículo 3° de la Decisión Andina 351 lo denomina “programa de ordenador”.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La existencia del derecho de autor atiende a la necesidad de reconocimiento de la creación intelectual y a criterios de índole económica. La protección que se concede al autor desde el momento mismo en que se crea la obra, sin que para ello requiera cumplir con formalidad jurídica alguna, apunta a otorgarle dos clases de derechos:

Los primeros son los morales, que son perpetuos, intransferibles e irrenunciables y que facultan al autor para reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra; oponerse a toda deformación o modificación que perjudique su honor o reputación o demerite la obra; a publicar su obra o a conservarla inédita; a modificarla y a retirarla de circulación (artículos 11 Decisión Andina 351 y 30 de la Ley 23 de 1982).

En segundo lugar se encuentran los patrimoniales, que constituyen una facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir cualquier utilización que se quiera hacer de la obra, como la reproducción, la comunicación pública, la distribución pública, la importación y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra (artículos 13 de la Decisión Andina 351 y 12 de la Ley 23 de 1982).

En razón de lo anterior, cualquier persona que pretenda utilizar una creación protegida, deberá contar, salvo las excepciones legales, con la autorización previa y expresa del autor, de sus derechohabientes o de los titulares de los derechos patrimoniales en el caso de tratarse de una obra sobre la cual operó la transferencia de los mismos. Sin su consentimiento, la utilización de la obra podría llegar a ser calificada judicialmente como ilícita, por vulnerar derechos sobre la creación protegida, siendo probable la aplicación de sanciones de tipo civil y penal.

2. DEFINICIÓN DE PROGRAMA DE COMPUTADOR

Con este término se pretende describir la secuencia ordenada de instrucciones destinadas a ser asimiladas por un computador, a fin de lograr un resultado específico.

Dentro del proceso de creación de un programa de computador, los desarrolladores generan en primera

instancia un método algorítmico que servirá como estructura del programa final; éste se traslada a un lenguaje especializado (Cobol, Pascal, Visual Basic, Visual C, Oracle, Java, etc.), para constituir finalmente lo que se denomina código fuente. En este punto el programa no puede ser ejecutado por el computador, a este fin es necesario un procedimiento especial que transforme el lenguaje de programación a uno decifrabable por la maquina, una vez terminado este proceso se entiende generado el código ejecutable.

La concreción del código fuente es precedida por un proceso de orden intelectual, el cual en su gran mayoría queda sustentado de manera escrita, razón por la cual las diferentes legislaciones lo han asimilado a una obra literaria y, por ende, el régimen legal de este tipo de propiedad intelectual ha sido asignado al derecho de autor. Bajo este entendido, se concede protección al autor del programa desde el momento mismo que crea su obra, sin que para ello requiera cumplir con formalidad jurídica alguna.

La Decisión Andina 351 de 1993, norma de aplicación preferente y directa, define en su artículo 3º al programa de ordenador (Software), como: "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".

Así las cosas, el programa de computador asimilado a una obra literaria, puede ser objeto de disposición en sus derechos patrimoniales, bien sea transfiriendo a terceros la totalidad de tales prerrogativas o concediendo licencias de uso.

3. LICENCIAS DE USO.

Se entiende la licencia de uso como el instrumento, ya sea un contrato o unas instrucciones, por medio de las cuales el titular de derechos patrimoniales autoriza a los usuarios para que se sirvan de la obra en una forma determinada. Por lo general

sólo son comercializados el código objeto (lenguaje de máquina) y los manuales de funcionamiento, detentando el titular de manera exclusiva el manejo sobre el código fuente. De esta manera el programador se asegura de poder explotar su obra en forma sistemática sin tener que transferir su dominio, al mismo tiempo que resguarda su razonamiento lógico inicial previniendo que otra persona desarrolle un programa de computador de características similares.

En virtud de una licencia de uso, al titular de la misma le es permitido:

a) Hacer una fijación del programa en la memoria del computador (artículo 26 de la Decisión Andina de 1993).

b) Hacer una copia de seguridad o de backup (artículo 24 apartado b) de la Decisión Andina de 1993).

c) Hacer una adaptación del programa para su exclusiva utilización (artículo 24 de la Decisión Andina 351 de 1993).

De acuerdo con lo anterior, las disposiciones relativas a la protección del programa de computador consagradas en la Decisión Andina 351 de 1993, determinan que todo acto de explotación de la obra, diferente a la copia en la memoria del computador, a la copia de seguridad (backup) o a la adaptación para exclusiva utilización, se entenderá como violación a las normas de Derecho de Autor si no cuenta con la previa y expresa autorización del autor o titular legítimo de tales derechos.

Entre las presentaciones más comunes de un programa de computador tenemos cuatro tipos de clasificaciones: la comercial, el shareware, el freeware, y el dominio público:

1. **Comercial:** representa la mayoría de los programas adquiridos en las tiendas comerciales de computadoras. Las condiciones del convenio de licencia varían dependiendo de la voluntad del productor. Por lo general este tipo de licencias

estipulan que: 1) el programa de computador está protegido por el derecho de autor; 2) aunque pueden hacerse copias del programa para archivo, la copia de respaldo no puede ser usada excepto cuando el paquete original falla o es destruido; 3) no se permite hacer modificaciones al programa de computador; 4) no se permiten hacer nuevos trabajos construidos con base en el paquete (obras derivadas)

2. **Shareware** es una forma amplia de publicar programas de computador, la cual permite al creador ahorrarse los usuales costos de mercadotecnia mediante la distribución de su trabajo a través de una red de computadoras; este método autoriza a los usuarios descargar y probar el programa por algún tiempo, si desean prolongar su uso deben enviar un pago al titular; no hacerlo constituye una violación a los derechos de autor.

3. **Por Freeware** se entiende la licencia en virtud de la cual cualquier persona está facultada para hacer copias de un programa de computador, distribuirlo, explotarlo económicamente y modificarlo. Aunque pareciera que en este tipo de licencias los autores se desprenden de sus derechos sobre él no es posible hacer tal afirmación, ya que si bien, las restricciones a su utilización son pocas, no se puede desconocer la titularidad sobre el mismo. De tal forma que este tipo de obras están protegidas por el Derecho de Autor, y las condiciones para su uso son definidas por el titular del derecho. Por lo general estas condiciones son completamente opuestas a las restricciones establecidas para el común de los demás tipos de programas. En lo que se refiere al freeware, el usuario no tiene ninguna obligación legal de pagar.

4. **Dominio Público.** Se predica tal calidad de un programa de computador, cuando el titular del derecho explícitamente renuncia a él, o cuando transcurrido un término específico de tiempo la legislación le otorga tal calidad. Para Colombia se entiende que las obras son de dominio público

3 GERENCIA ESTRATEGICA DE SOFTWARE, Ed. Software Publishers Association, Apendice H-5, Traducción Zoraida Sánchez Avila

transcurridos 80 años de fallecido del autor.

4. CLASES DE LICENCIAS COMERCIALES

La costumbre ha generalizado cuatro tipos primarios de licencias comerciales utilizadas para las aplicaciones de computadoras personales³:

1. *Licencias de máquina: bajo esta autorización el programa de computador es licenciado para el uso en una sola máquina que puede ser utilizada por una persona indeterminada. Si una empresa desea tener el mismo programa en 20 máquinas, debe adquirir 20 licencias. Como ejemplo de esta licencia se encuentra la autorización que permite el uso del programa McAfee Virus Scan.*

2. *Licencia de uso individual: bajo este tipo de convenio, el programa de computador es licenciado para uso de un individuo específico. Entonces cabe la pregunta: ¿le es permitido al individuo con licencia, instalar el paquete en otra máquina en casa y/o de viaje?. La respuesta dependería de la manera como la licencia esté redactada; en algunas circunstancias este uso es permitido, pero en otros casos no lo es. Ejemplo de esta licencia es la otorgada a una persona, que por sus condiciones técnicas, es la única que utilizaría el aplicativo.*

3. *Licencia de uso concurrente: la característica de este tipo de licencias es el número de usuarios que pueden conectarse simultáneamente a un programa de computador. Se pretende con estas, hacer más eficiente el uso que se da al programa, teniendo en cuenta que varias personas podrían o no estar interesadas en utilizarlo al mismo tiempo, de esta manera puede una organización sólo adquirir las licencias que son indispensables. Estos programas son muy frecuentes en ambientes de red, como ejemplo de este tipo de licencias tenemos el Outlook.*

4. *Licencia de ubicación o corporativa: en la práctica se han convertido en descuentos por volumen, mediante los cuales los precios por licencia disminuyen mientras el número de licencias aumenta. Sólo la organización autorizada puede utilizar el programa. Un ejemplo es la licencia de Office que se maneja en la mayoría de las entidades.*

5. PIRATERÍA DEL PROGRAMA DE COMPUTADOR

En lenguaje común a la reproducción no autorizada del programa, en sus diferentes modalidades, se le conoce con el nombre de piratería, aunque dicho término no sólo señala la duplicación, fijación, grabación sino también la comercialización o distribución de obras de ingenio, sin la debida autorización de los titulares del derecho de explotación”⁴.

Es dable resaltar que en toda utilización del programa de computador debe mediar una autorización previa y expresa del autor o de los titulares (artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993), de lo contrario se atenta contra el derecho de autor y se incurrirá en un ilícito que conlleva a sanciones civiles y penales.

La Business Software Alliance (BSA) expresa “en Colombia se presentan tres tipos de piratería en el caso de los programas de computador: 1) Empresas legalmente constituidas copian los programas sin estar autorizadas para ello 2) Los proveedores de hardware venden los equipos adicionando como un incentivo a la venta una serie de programas 3) La reproducción y venta de copias ilícitas por parte de particulares no autorizados”⁵.

A fin de contrarrestar este tipo de actuaciones, nuestras normas mercantiles, civiles y penales contemplan prohibiciones y sanciones en contra de quienes desconocen las prerrogativas otorga-

4 Rengifo García Ernesto. El derecho de autor y las nuevas tecnologías. Tomado de estudios de Derecho Comercial, Homaje a Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, tomo III, 1993.

5 Reporte sobre los Derechos de Propiedad Intelectual en Colombia (preparado por la Embajada de los Estados Unidos) . Ministerio de Gobierno Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional del Derecho de Autor. Bogotá 1993.

das a los diferentes titulares de obras, entre estos incluidos los autores de programas de computador. Es así, como el artículo 47 de la Ley 22 de 1995 (el cual fue modificado por la Ley 603 de 2000), parte integrante del Código de Comercio, impone a las sociedades comerciales presentar en sus informes de gestión “el estado de cumplimiento de las normas sobre propiedad intelectual y derechos de autor por parte de la sociedad”, so pena de ser sancionada por parte de la Superintendencia de Sociedades.

De tal manera, corresponde a los representantes de las sociedades comerciales o civiles, incluir dentro de su informe de gestión el estado de cumplimiento de las normas de propiedad intelectual, específicamente, del derecho de autor.

En materia de utilización de programas de computador, las sociedades deben contar con las respectivas licencias de uso para cada uno de los equipos que posea. Los usos de los programas deben circunscribirse a los autorizados expresamente en el contrato de licencia de uso, y la licencia debe encontrarse vigente el momento de la utilización de los programas.

De otra parte, en materia penal, la legislación colombiana tipifica como delitos en el Título VIII, artículos 270 a 272 del Nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000) acciones como la violación a los derechos morales del autor; la defraudación a los derechos patrimoniales del autor, la cual se configura cuando se reproduce, utiliza, alquila por cualquier medio una obra entre ellas el soporte lógico sin autorización previa y expresa del titular; y la violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones, como por ejemplo eludir o superar las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.

Por último, la Ley 23 de 1982 faculta a los titulares de obras, que consideren vulnerados sus derechos, para iniciar acciones civiles por medio de un proceso verbal (artículos 242 y subsiguientes)

Finalmente, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, ente especializado y rector en el tema, pone a disposición de autores, usuarios y productores

de programas de computador del país, todo su conocimiento e infraestructura técnica y humana para atender cada una de sus inquietudes. Esta entidad está ubicada en la Carrera 13 No. 27-00, Oficina 617, Edificio Bochica, Bogotá, D.C.; teléfono: 3418177; Línea gratuita: 9800 12048; Correo electrónico: derautor@col1.telecom.com.co; Página web: www.anticorrupcion.gov.co/derautor.

FERNANDO ZAPATA LÓPEZ

Director General.