

# Transferencia del derecho de autor (Reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia)

YECID ANDRÉS RÍOS PINZÓN\*

## INTRODUCCIÓN

Tal vez uno de los temas que en la práctica más discusiones e interés despierta entre los autores, titulares de derecho, abogados y operadores jurídicos relacionados con el derecho de autor es el de la transferencia del derecho. Determinar a quién corresponde la facultad de explotar una obra artística o literaria, o la forma como la titularidad de tales derechos puede adquirirse, enajenarse o negociarse, resulta un aspecto fundamental del ejercicio de las facultades reconocidas a los creadores y a los demás titulares de derecho. Una adecuada regulación del régimen de transferencias que brinde seguridad jurídica, redundando en la promoción de la creatividad y, sobre todo, es una de las bases necesarias para la consolidación de industrias creativas.

En Colombia, ya desde el año 1946, a través de la Ley 86 de ese año, se determinaba que el autor o sus causahabientes podían “*enajenar total o parcialmente su derecho de propiedad intelectual*”<sup>1</sup>, además, el artículo 52 de dicho estatuto señalaba que la enajenación del derecho de autor debía constar en instrumento público e inscribirse en el Registro de Propiedad Intelectual, so pena que el adquirente no pudiera “*hacer valer su derecho*”. Posteriormente, con la Ley 23 de 1982, se introdujeron reformas al derecho de autor colombiano que, entre otras, incluyeron la regulación de figuras como la presunción de transferencia en la obra por encargo<sup>2</sup> y algunas mo-

---

\*Abogado y especialista en Instituciones Jurídico Procesales de la Universidad Nacional de Colombia. Asesor jurídico del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe –CERLALC–. Se ha desempeñado como jefe de la Oficina Jurídica de Radio Televisión Nacional de Colombia –RTVC– y de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, y jefe de la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Miembro del Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA).

1. Ley 46 de 1986, artículo 48.

2. Ley 23 de 1982, artículo 20.

dificaciones a las formalidades requeridas en la cesión por acto entre vivos.

En el año 2011, con ocasión de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, que aprobó el Plan Nacional de Desarrollo<sup>3</sup>, el Gobierno colombiano se planteó como uno de sus objetivos prioritarios para los siguientes cuatro años, el “Crecimiento Sostenible y la Competitividad”, y como una de las estrategias para lograr este objetivo se propuso promover la innovación. En desarrollo de esta estrategia, los artículos 28 y 30 de dicha Ley, introdujeron reformas a la Ley 23 de 1982 en lo que respecta a la transmisión o cesión *inter vivos* del derecho de autor y a la presunción de transferencia del derecho en las obras por encargo. Igualmente, hemos de anotar, que la Ley 1450 de 2011 introdujo una reglamentación que de manera expresa e

---

3. Por Mandato Constitucional (artículo 339 de la Constitución de Colombia), al inicio de cada periodo presidencial el Gobierno debe elaborar y presentar a consideración del Congreso el “*Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones*” que, en su parte general ha de señalar “*los propósitos y objetivos nacionales a largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el gobierno*”. Escapa del objeto de este documento analizar la pertinencia, conveniencia y juridicidad de incluir en una ley programática, y por esencia temporal, como es la aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo, la modificación a normas sustanciales como son las referentes a la transferencia del derecho de autor. No obstante, vale la pena señalar que la Corte Constitucional de Colombia ha aceptado la realización de este tipo de modificaciones a la ley sustancial, si entre esta y los objetivos programáticos del Plan Nacional de Desarrollo existe unidad de materia o, en otras palabras, una conexidad directa e inmediata.

Así, al referirse al principio de Unidad de Materia en la aprobación de los planes nacionales de desarrollo, la Corte sostuvo: “*La Corte ha dicho que la conexidad de una norma instrumental con las generales que señalan objetivos, determinan los principales programas o proyectos de inversión o especifican el monto de los recursos para su ejecución no es directa sino eventual, cuando del cumplimiento de aquella no puede obtenerse inequívocamente la efectividad de estas últimas, o si esta efectividad es sólo conjetural o hipotética. Ha agregado que tal conexidad no es inmediata sino mediata, cuando la efectivización de la norma general programática o financiera no se deriva directamente de la ejecución de la norma instrumental particular; sino que adicionalmente requiere del cumplimiento o la presencia de otra condición o circunstancia.*” Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, Sentencia C-376 del 23 de abril de 2008. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>

## RESUMEN

El artículo se centra en analizar las modificaciones legislativas introducidas al régimen de transferencias en Colombia a través de la Ley 1450 de 2011. Se encuentra dividido en tres partes: en la primera se realizan algunas consideraciones generales sobre la titularidad y la transferencia del derecho de autor, así como sobre los principios que gobiernan el régimen de transferencias; en la segunda, a partir del anterior marco conceptual, se examinan las modificaciones introducidas en lo que respecta a la cesión por acto entre vivos del derecho de autor; en la tercera se exponen algunas reflexiones sobre las principales modificaciones introducidas en lo referente a obras realizadas para terceros, esto es: la obra por encargo y la obra ejecutada en un contrato laboral.

inequívoca regula lo relativo a la titularidad de las obras desarrolladas en el marco de un contrato de trabajo. Las reformas introducidas pueden compararse en el siguiente cuadro:

Ley 23 de 1982	Ley 1450 de 2011
<p style="text-align: center;"><b>OBRA POR ENCARGO</b></p> <p>Artículo 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 esta, 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) .</p>	<p style="text-align: center;"><b>OBRA POR ENCARGO Y OBRA ELABORADA EN EL MARCO DE UN CONTRATO DE TRABAJO</b></p> <p>Artículo 28. <i>Propiedad intelectual obras en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo.</i> El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 quedará así:</p> <p>“Artículo 20. En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”.</p>
<p style="text-align: center;"><b>TRANSFERENCIA POR ACTO ENTRE VIVOS DEL DERECHO</b></p> <p>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.</p>	<p style="text-align: center;"><b>TRANSFERENCIA POR ACTO ENTRE VIVOS DEL DERECHO</b></p> <p>Artículo 30. <i>Derechos patrimoniales de autor.</i> Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:</p> <p>“Artículo 183. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente. La falta de mención del tiempo limita la transferencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.</p>

	<p>Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.</p> <p>Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”.</p>
--	--

Así las cosas, el objeto de este documento se centra en analizar las modificaciones legislativas señaladas en precedencia; para tal efecto, el presente estudio se dividirá en tres partes fundamentales. En la primera, realizaremos algunas consideraciones generales sobre la titularidad y la transferencia del derecho de autor. A partir del anterior marco conceptual, se examinará, en una segunda parte, la cesión por acto entre vivos del derecho de autor. En tercer lugar, se expondrán algunas consideraciones a las principales modificaciones introducidas en lo que se refiere a obras realizadas para terceros, esto es: la obra por encargo y la obra ejecutada en un contrato laboral. Vale anotar que este estudio no pretende abordar todas las formas de transferencia del derecho de autor, por lo cual se excluyen del análisis situaciones como la transmisión por causa de muerte u otros casos de presunción de transferencia o cesión legal como acontece con las obras audiovisuales o las obras colectivas.

## DE LA TITULARIDAD Y TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE AUTOR

Previo al análisis en concreto de las reformas introducidas por la Ley 1450 de 2011 conviene hacer un breve repaso de dos figuras conceptuales que serán determinantes en nuestro estudio. Ellas son: el concepto de titularidad del derecho de autor y el fenómeno de la transferencia de derechos.

### La titularidad

El autor se define, en el campo de la tradición jurídica del derecho de autor y de manera específica en el régimen colombiano, como la persona física que realiza la creación inte-

lectual<sup>4</sup>, en consecuencia, es el sujeto en quien recae tanto la titularidad de los derechos morales, como la titularidad originaria de los derechos patrimoniales. Hablamos de una titularidad originaria, pues su fuente inmediata deviene del mero acto de creación de la obra y no de un título traslativo del derecho. Por esencia, esa titularidad originaria solo puede reconocérsele al autor o autores de la obra pues, como lo anota Lipszyc: “*La titularidad originaria es el correlato de la calidad de autor por lo que corresponde a las personas físicas que crean las obras. Ello concuerda con la realidad y con la finalidad jurídico política de la materia: asegurar a los autores una protección adecuada para los resultados de su creación y estimular la actividad creativa*”<sup>5</sup>.

Ahora bien, es posible que en determinados casos esa titularidad de los derechos patrimoniales no esté en cabeza del autor, sino de terceros no creadores, que en virtud de un título traslativo han adquirido la facultad de explotar total o parcialmente los derechos de orden económico reconocidos inicialmente al autor. En este caso, hablamos de una titularidad derivada, por oposición a la titularidad originaria.

La posibilidad de que un tercero pueda ejercer la titularidad derivada de una obra es una situación reconocida por la misma Decisión Andina 351 de 1993<sup>6</sup>, cuando en su artículo 9 señala que: “*Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros*”. En el marco estrictamente interno, la legislación de Colombia, al igual que gran parte de las legislaciones iberoamericanas, reconoce la posibilidad de que exista tanto una titularidad originaria como derivada de los derechos de autor cuando en el artículo 4 de la Ley 23 de 1982 indica que no solo se reputarán como titulares de los derechos reconocidos por ley a los autores de las obras, sino también a “*Los causahabientes, a título singular o universal...*”<sup>7</sup>.

---

4. Ley 23 de 1982, artículo 8, modificado por el artículo 2 de la Ley 1520 de 2012.

5. LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Obra publicada conjuntamente por Unesco, Cerlalc y Zavalía S.A. Bogotá. 1993. P. 125.

6. Régimen Común Andino sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

7. En el campo de los derechos conexos también podemos hablar de una titularidad originaria o derivada. Así, serán titulares originarios los artistas (intérpretes o ejecutantes), los productores fonográficos y los organismos de radiodifusión en quienes la Ley radica, en principio, los derechos de explotación económica sobre sus prestaciones. En este caso, el título o causa inmediata de su titularidad no es propiamente un acto de creación de una obra, sino su interpretación o ejecución, para el caso de los artistas; o tomar la iniciativa y responsabilidad de realizar la primera fijación de los sonidos de una interpretación o fijación u otros sonidos en el caso de los productores fonográficos; o la transmisión de programas de radio y televisión en el caso de los organismos de radiodifusión. Igualmente, habrá titularidad derivada en aquellos casos en que personas diferentes al intérprete, al productor fonográfico y organismo de radiodifusión adquieran los derechos patrimoniales bajo cualquier título reconocido por la Ley.

Así las cosas, en el derecho de autor, se pueden identificar dos clases de titulares: de una parte el titular originario, es decir, el autor o creador de la obra y, de otra parte, el titular derivado también llamado “derechohabiente”, definido como la “*Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Ley*”<sup>8</sup>.

## La transferencia del derecho

Siempre que exista titularidad derivada del derecho de autor o de los derechos conexos es porque ha acontecido el fenómeno de la transferencia o transmisión del derecho, la cual puede darse de diferentes formas o a través de distintos caminos. Para los efectos de organizar nuestro análisis hemos de clasificar las diferentes formas por las cuales se puede transmitir el derecho de autor teniendo como criterio orientador su causa inmediata.

Así, una primera forma de transferencia del derecho de autor es la que tiene su fuente en la muerte del titular del derecho (claro está, en caso que sea una persona natural), también llamada transferencia *mortis causa*. Partiendo del supuesto según el cual las facultades de explotación económica de una obra hacen parte del patrimonio de su titular, lo ordinario es que a la muerte de este, tales derechos hagan parte de la masa de sucesión y se transmitan a sus herederos. Por regla general, las legislaciones iberoamericanas en materia de derecho de autor no reglamentan de forma minuciosa este tipo de transferencia, razón por la cual ella se rige por las normas del derecho común de sucesiones<sup>9</sup>.

Una segunda hipótesis de transferencia del derecho sería aquella dada con ocasión de la disolución y liquidación de la persona jurídica que ostente los derechos sobre una

---

8. Ley 23 de 1982, artículo 8 (modificado por el artículo 2 de la Ley 1520 de 2012) y Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.

9. En el marco de la Decisión Andina 351 de 1993, su artículo 29 señala que el derecho de autor “*puede ser transmitido por causa de muerte de acuerdo a la Legislación Nacional aplicable*”. En el plano nacional, la Ley 23 de 1982 no incluye una regulación exhaustiva limitándose a reconocer una legitimación procesal para la defensa de los derechos morales de paternidad e integridad (y a mantener la obra inédita si existe disposición testamentaria expresa) en cabeza del cónyuge y los herederos consanguíneos. Así mismo, el artículo 25 de la Ley 23 de 1982 se limita a señalar que de no existir herederos la obra entrará al dominio público y se dispone una “cláusula de retorno” en el sentido que, salvo pacto en contrario, si en vida el autor hubiera transmitido sus derechos por un acto entre vivos, estos retornarán a sus herederos pasados 25 años después de su muerte.

En vista de esta mínima regulación de la transmisión por causa de muerte de la legislación autoral debemos entonces remitirnos al régimen de sucesiones señalado en el Libro Tercero del Código Civil.

obra. Al no existir disposición en la Ley autoral que regule esta forma de transmisión<sup>10</sup> tenemos que remitirnos a las normas comerciales o civiles que regulen la materia.

En tercer lugar está la transferencia que tiene como causa directa una manifestación de voluntad del titular originario o derivado del derecho; consentimiento expresado a través de un negocio jurídico. Esta es la que algunas legislaciones, incluida la colombiana a través de la reforma introducida por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, llaman transferencia por acto entre vivos o *inter vivos*<sup>11</sup>. Es, precisamente esta, una de las formas de transferencia más comunes en el tráfico jurídico, pues, en la práctica, involucra la realización de múltiples contratos que tienen como objeto, de forma principal o accesoria, la transmisión de la titularidad de derechos patrimoniales de autor de un patrimonio a otro.

En cuarto lugar tenemos aquella transferencia cuya fuente no es propiamente la voluntad del autor o del titular del derecho sino que tiene como causa inmediata la voluntad del legislador. Es una transferencia del derecho de autor de origen legal<sup>12</sup>, que puede tener dos variables: la cesión legal y la presunción de transferencia.

En la primera, llamada por algunos como *cessio legis* “los cesionarios son, por ministerio de la ley titulares a título derivado (originariamente la titularidad corresponde a los autores); la presunción de cesión es *iure et de iure* respecto de los derechos de explotación específicamente comprendidos en la norma”<sup>13</sup>. Un ejemplo de este tipo de cesión en la legislación colombiana es la dispuesta en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, el cual establece, que “Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o

---

10. La Ley colombiana, al igual que la mayoría de las legislaciones iberoamericanas, poco o nada dicen en relación con esta forma de transmisión del derecho, razón por la cual dicho vacío habrá de llenarse aplicando las normas del derecho común que regulan la disolución y liquidación del patrimonio de las personas jurídicas. Como casos excepcionales, la ley panameña (Ley 15 de 1994, artículo 58) y la salvadoreña (Decreto 604 de 1993, artículo 52) hacen una pequeña alusión a esta forma de transferencia al señalar que: “No será necesario el consentimiento cuando la transferencia se lleve a efecto como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria”.

11. Así se denomina en las leyes de derecho de autor de: Costa Rica (Decreto No. 24.611-J de 1995, artículo 36), Nicaragua (Ley 312 de 1999, artículo 46), Perú (Decreto Legislativo 822 de 1996, artículo 88), Panamá (Ley 15 de 1994, artículo 54), Paraguay (Ley 1.328 de 1998, artículo 85), República Dominicana (Ley 65 de 2000, artículo 77), Venezuela (Ley sobre el Derecho de Autor del 16 septiembre de 1993, artículo 57). Legislaciones disponibles en: <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/leyes.htm>.

12. Vale aclarar que, en estricto sentido, todas las formas de transferencia que hemos señalado tienen su fuente o causa mediata en la Ley, pues están reguladas o autorizadas por esta. Luego en principio la clasificación que hemos mencionado parecería un poco artificiosa, no obstante, téngase en cuenta que el criterio que hemos tomado para clasificar la forma de transmitir el derecho de autor es su causa inmediata o directa.

13. LIPSYC, *ob. cit.*, p. 128.

funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente”. Nótese cómo en ese caso la transferencia del derecho no tiene para nada en cuenta la voluntad del autor o titular originario, sino que es producto directo de un mandato legal, el cual, además de todo, no admite prueba o acuerdo en contrario.

La segunda variable son las presunciones de transferencia, aquí, en principio el legislador considera que de darse ciertos supuestos opera una transferencia de derecho, pero tal presunción admite prueba o pacto en contrario. Un ejemplo de este tipo de transferencia de origen legal es el de la obra por encargo o de la obra realizada en el marco de un contrato de trabajo, regulada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 que fue objeto de modificación por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011.

Por último, una quinta forma de transferencia del derecho de autor podría ser aquella que tiene su origen en una decisión judicial. Al ser los derechos patrimoniales parte de la prenda general de garantía, los acreedores del autor o del titular derivado podrían, eventualmente, perseguir y solicitar la adjudicación de los derechos patrimoniales de este<sup>14</sup>.

Como puede observarse, para los efectos que interesan en este documento, tenemos que la Ley 1450 de 2011 en modo alguno modificó el régimen general de transferencia del derecho de autor, tan solo se ocupó de dos de sus variables: la transferencia por acto entre vivos (al modificar el artículo 183 de la Ley 23 de 1982) y, de otro lado, se centró en regular tan solo dos de los casos de presunción de transferencia del derecho de autor que trae la legislación colombiana, esto es: la presunción de transferencia de la obra por encargo y una presunción de transferencia en el caso de las obras desarrolladas con ocasión de un contrato laboral. Esta última presunción, a nuestro juicio, introducida en el ordenamiento jurídico patrio por esta nueva ley al modificar el artículo 20 de la Ley 23 de 1982.

## **Principios que gobiernan la transferencia del derecho**

Sin importar el camino por el cual se transfiera el derecho de autor existen unos principios generales que gobiernan cada una de estas formas de transmisión. Tales

---

14. No es usual que en procesos de ejecución los acreedores de un autor o titular derivado persigan la adjudicación del derecho patrimonial propiamente dicho, lo usual es que solicite el embargo y secuestro y adjudicación de los frutos económicos que ha



principios encuentran su fundamento, bien en disposiciones que explícitamente los consagran o vía interpretación a partir de casos particulares en los que la Ley los ha aplicado. Así las cosas, sin importar si la transferencia del derecho tiene su origen, por ejemplo, en un contrato o en una presunción de la Ley, habrán de tenerse en cuenta las siguientes premisas:

#### SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS MORALES

Los derechos morales de autor, dado su carácter de inalienables, inembargables e irrenunciables<sup>15</sup>, no pueden ser objeto de transmisión, ni alterados o gravados. Este principio encuentra sus orígenes en el mismo Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias o Artísticas, cuando en su artículo 6 bis, al referirse a los derechos de paternidad e integridad, señala que estos los conservará el autor “independientemente de los derechos patrimoniales de autor, e incluso después de la cesión de estos derechos” (subrayado fuera de texto). A su vez, la Ley 23 de 1982, al reconocer los derechos morales, dispone que los mismos “no pueden ser renunciados ni cedidos” y agrega que: “Los autores al transferir a autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo”<sup>16</sup>.

Tal vez el único caso en el ordenamiento jurídico colombiano que admite algún grado de inaplicabilidad al principio de salvaguarda del derecho moral, luego de una transferencia, es el determinado en el artículo 91, inciso 3, de la Ley 23 de 1982, según el cual los derechos morales de las obras realizadas por funcionarios o empleados públicos: “Serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas”. Nótese cómo la norma en comento en modo alguno está indicando una transferencia o renuncia a los derechos morales,

---

producido o que produzca una obra (ejemplo: regalías obtenidas por una determinada forma de uso). No obstante, a pesar de su carácter inusual, teóricamente no encontraríamos reparos a que, así como el autor puede voluntariamente ceder total o parcialmente sus derechos patrimoniales a un tercero, esa misma transferencia pudiera hacerse por una orden judicial a fin de solventar una obligación. Las dificultades, para perseguir este tipo de derecho, estarían en la cuantificación del valor, pero no propiamente en una inviabilidad legal.

15. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 11.

16. Ley 23 de 1982 artículo 30, parágrafo 1. A su vez el artículo 182, parágrafo de la citada Ley señala: “La transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 de esta ley”.

sino una limitación al ejercicio de estos. Y la forma como está redactada la norma, da a entender que esta limitación tiene un carácter excepcional, pues solo operaría en el caso que el ejercicio del derecho moral, objetivamente afectara un interés general.

No obstante lo anterior, es posible que aun cuando no se transmita la titularidad de los derechos morales, en algunas ocasiones las legislaciones le reconozcan al titular derivado una legitimación procesal para, eventualmente, defender derechos como la paternidad e integridad de la obra. Como es el caso de la legitimación que para el ejercicio de estos derechos la ley colombiana reconoce al cónyuge o herederos consanguíneos del autor<sup>17</sup> o, como lo examinaremos más adelante<sup>18</sup>, la legitimación que se le reconoce al comitente o empleador de la obra elaborada por encargo o en virtud de un contrato de prestación de servicios. Sin embargo, vale recalcar que en estas dos hipótesis no estamos frente a una transmisión del derecho moral (pues se repite este es inalienable), sino al reconocimiento de una legitimación en la defensa de los derechos morales del autor.

Un punto de particular importancia a tener en cuenta es el del derecho moral de divulgación de la obra cuando opere el fenómeno de la transferencia. Colombia, al igual que otros Estados reconoce al autor de la obra el derecho a mantenerla “inédita o anónima hasta su fallecimiento o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria”<sup>19</sup>. Aquí cabe hacerse algunas preguntas: ¿podría el titular derivado que adquiere los derechos patrimoniales de una obra inédita a través de un contrato de cesión, divulgarla sin el consentimiento expreso del autor? o ¿qué sucede con las obras desarrolladas por encargo o en el marco de un contrato de trabajo?, ¿puede el comitente o el empleador divulgar libremente la obra sin afectar el derecho que tiene el autor a mantenerla inédita? Son cuestiones que, hemos de anticipar, no tendrán una respuesta única, pues dependerá en buena medida de la naturaleza y especificidad de los diferentes casos que puedan darse. Tema sobre el cual volveremos a pronunciarnos para el caso concreto de la transferencia por acto entre vivos y cuando analicemos la obra por encargo y la ejecutada en el marco de un contrato laboral<sup>20</sup>.

---

17. Ley 23 de 1982, artículo 30, parágrafo 2.

18. Ver numeral 3.1.3.

19. Ley 23 de 1982, artículo 30, literal c). En similar sentido artículo 11, literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993.

20. Ver numerales 2.4. y 3.1.3 del presente documento.

## INDEPENDENCIA ENTRE LAS DISTINTAS FORMAS DE EXPLOTACIÓN

Una obra artística o literaria puede ser explotada en diferentes modalidades, bien sea a través de su reproducción, de su comunicación al público, de su transformación, de su distribución o de cualquier otro medio, conocido o por conocer. Igualmente, cada una de estas modalidades se ramifica en diferentes formas de uso. Así, solo para citar algunos ejemplos, respecto de una sola obra pueden darse diferentes formas de reproducción: mecánica, digital, sincronización en obras audiovisuales, etc.; distintas maneras de comunicación pública: ejecución o representación en vivo, proyección o exhibición (si se trata de obras audiovisuales), transmisión por cable, fibra óptica o vía satelital, puesta a disposición a través de internet, entre otras; a su vez, la obra puede ser distribuida a través de venta o de alquiler; en fin, cada creación es susceptible de utilizarse y explotarse económicamente, en una variedad casi que infinita de modalidades.

Adicionalmente, cada forma de explotación puede limitarse temporal o espacialmente. Así, es posible que el autor, de manera autónoma, ceda los derechos para que su obra sea explotada en un determinado territorio, quedando bajo su tutela la facultad de usufructuarla en el resto del mundo, o que determine periodos de tiempo que limiten la cesión del derecho.

En esa medida, el principio de independencia entre las diferentes formas de uso consiste en que estas modalidades son distintas entre sí y, por tanto, el autor puede explotar cada una de ellas de forma autónoma.

En el ordenamiento positivo colombiano este principio se encuentra en el artículo 77 de la Ley 23 de 1982, el cual señala: “Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás”. Aun cuando la norma en comento hace referencia a las autorizaciones de utilización, creemos que el postulado normativo ha de aplicarse también a aquellos eventos en que, además de una autorización, el autor convenga en transmitir o enajenar sus derechos. Si el legislador ha considerado pertinente establecer este principio en las autorizaciones o licencias de uso, con mayor razón ha de aplicarse en aquellos negocios jurídicos que tienen como objeto la enajenación del derecho.

## INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Una consecuencia de la independencia de las formas de explotación de la obra es la interpretación restrictiva de los negocios jurídicos a través de los cuales se transfiera

el derecho de autor. Ello significa que no puede darse, vía interpretación, un alcance más amplio a las condiciones de modo, tiempo o lugar en que el autor haya transferido sus derechos. En Colombia este principio encuentra su sustento legal en el artículo 78 de la Ley 23 de 1982 que estipula: “La interpretación de los negocios jurídicos sobre derechos de autor será siempre restrictiva. No se admite el reconocimiento de derechos más amplios de los expresamente concedidos por el autor en el instrumento respectivo”.

A su vez, el ordenamiento común andino en materia de derecho de autor incorporó este principio en los siguientes términos: “Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo”<sup>21</sup>.

De la lectura de las anteriores disposiciones queda claro que la interpretación restrictiva tiene plena aplicación tratándose de la cesión convencional o por acto entre vivos, ya que de manera específica se está refiriendo a los contratos (como lo hace la disposición comunitaria) o a los negocios jurídicos (como los llama la norma interna). En principio, ello nos llevaría a concluir que en otras formas de transferencia, como sería la transferencia por disposición o presunción legal, no podría hablarse de una interpretación restrictiva.

No obstante esa primera aproximación simplemente literal, creemos que el principio de interpretación restrictiva aplica a otras formas de transferencia, en especial la que tiene origen en una disposición o una presunción legal, si tenemos en cuenta que aun cuando en este último caso no interviene la voluntad del autor o del titular a fin de delimitar el alcance de la cesión, muchas veces el legislador es quien impone ciertos límites o condiciones dentro de los cuales operará la transferencia del derecho. Así por ejemplo, conforme a la modificación legislativa introducida por la Ley 1450 de 2011, en las obras elaboradas por encargo o en el marco de una relación laboral se presumirá que los derechos patrimoniales están en cabeza del comitente o del empleador, según sea el caso; sin embargo esta presunción de transferencia no es absoluta, pues el mismo legislador ha establecido un límite, en el sentido que dicha presunción de transferencia solo tendrá lugar “*en la medida necesaria*” para el ejercicio de las actividades habituales del empleador o del comitente en la época de creación de la obra. Al establecerse este límite es claro que no podría darse, vía interpretación, un alcance más allá del que ha dispuesto el legislador para esta forma de transferencia, por ejemplo, no podría

---

21. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 31.

entenderse que una forma de utilización no conocida al momento de creación de la obra quedó incorporada dentro de la presunción de transferencia señalada en la Ley.

#### PROHIBICIÓN DE ENAJENAR DE FORMA GENERAL E INDETERMINADA LA PRODUCCIÓN INTELECTUAL FUTURA

Este principio tiende a proteger al autor respecto de aquellos negocios jurídicos en los cuales pudiera quedar obligado, de forma general, a transmitir o enajenar su producción intelectual a futuro. Como lo anota Valdés Alonso la finalidad de esta prohibición es “la proscripción de aquellos casos, frecuentes en el pasado, en que el autor se encontraba ligado de por vida con un determinado cesionario, siendo este por tanto, el receptor de toda su obra y los derechos a ella inherentes. Siendo esto así, el legislador instaura este precepto para, de esta manera, proteger al autor de aquellas decisiones que, aun cuando fueran voluntariamente tomadas, a posteriori pudieran causarle perjuicios”<sup>22</sup>.

A nivel iberoamericano, algunos países como España<sup>23</sup>, Honduras<sup>24</sup>, Nicaragua<sup>25</sup> y Panamá<sup>26</sup>, de tiempo atrás consagran, de forma expresa, este principio. En Colombia, la Ley 1450, (artículo 30), introdujo un nuevo inciso al artículo 183 de la Ley 23 de 1982 en los siguientes términos: “Será inexistente toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir”. (Subrayado fuera de texto).

Sobre este inciso vale la pena hacerse dos preguntas iniciales: la primera consiste en conocer si ¿antes de la reforma legislativa del 2011, en Colombia estaba prohibida la cesión por acto entre vivos de la producción intelectual futura de manera indeterminada?, y la segunda es determinar si ¿esta prohibición podría hacerse extensiva a otras formas de transferencia como sería el caso de la presunción legal de transferencia en las obras por encargo o elaboradas en virtud de un contrato laboral?

---

22. VALDÉS ALONSO, Alberto. *Propiedad intelectual y relación de trabajo. (La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través de contratos de trabajo. Artistas, programadores informáticos y producción audiovisual)*. Editorial Civitas. Madrid. 2001. P.208.

23. Real Decreto Legislativo No. 1 de 1996, artículo 43, numeral 3.

24. Decreto 4-99-E, artículo 63.

25. Ley 312 de 1999, artículo 48.

26. Ley 15 de 1994, artículo 56.

Frente al primer cuestionamiento hemos de comentar que, a nuestro juicio, aún antes de la Ley 1450 de 2011 en Colombia no era posible la cesión de forma indeterminada de la producción intelectual futura, porque si bien no existía una norma que de manera tan tajante indicara la “inexistencia” de dicha enajenación o transferencia indeterminada, ello ha constituido una máxima del derecho de autor colombiano que podía inducirse de la aplicación de este mismo principio en situaciones similares. Así, respecto del contrato de edición y del contrato de inclusión en fonogramas, el legislador colombiano había evidenciado esta prohibición de disponer de la obra futura, a título indeterminado.

Respecto del contrato de edición, la Ley 23 de 1982, artículo 129, inciso segundo determina: “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 producir”.

A su vez, frente al contrato de inclusión en fonogramas, el artículo 155 de la Ley 23 de 1982 dispone:

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 término 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 producir. (Subrayado fuera de texto)

Aun cuando los artículos 129 y 155 de la Ley 23 de 1982 se refieren a contratos que por su naturaleza no implican una transferencia del derecho de autor, sino una simple autorización de uso<sup>27</sup>, es claro que dicha prohibición se aplicaba también a aquellos negocios jurídicos traslaticios del derecho de autor. Si el legislador quiso proteger al autor respecto a contratos de mera autorización, con mayor razón debía aplicarse tal protección respecto de aquellos que tuvieran un impacto mayor en lo relacionado con la titularidad del derecho.

---

27. El contrato de edición, salvo pacto expreso en contrario, no implica una transferencia del derecho según el artículo 119 de la Ley 23 de 1982. Por su parte, en el contrato de inclusión en fonogramas, de acuerdo con el artículo 151 de la Ley 23 de 1982, “el autor de una obra musical, autoriza a una persona natural o jurídica, mediante una remuneración a grabar o fijar una obra sobre un disco fonográfico, una banda, una película, un rollo de papel, o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, difusión o venta”.

Adicionalmente, la prohibición de transferir de manera indeterminada la producción intelectual futura encuentra su fundamento en el derecho común, mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 y, especialmente, en la necesidad señalada en el Código Civil, de que todos los negocios jurídicos deben tener un objeto determinado o por lo menos determinable<sup>28</sup>. Valga indicar que lo que prohíbe la Ley no es la cesión de los derechos sobre una obra futura cuya existencia se espera. Lo prohibido es dejar una indefinición o indeterminación respecto a las obras cuyos derechos a futuro se enajenarán. Como lo anota la doctrina española al comentar el artículo 43, numeral 3 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>29</sup>, lo realmente prohibido “no es tanto la cesión de obras no realizadas, cuanto la cesión de obras no identificadas”<sup>30</sup>.

En cuanto a la segunda pregunta planteada, es decir, si la necesidad de determinar la producción intelectual o las obras cuyos derechos se contratan, también aplica a otras formas de transferencia del derecho de autor, como son la presunción de enajenación de la obra por encargo o de la elaborada en el marco de un contrato laboral, hemos de expresar que no encontramos razón alguna para que en estos casos no tuviera lugar este principio protector del autor. En el caso de la obra por encargo, de suyo se deduce que en el respectivo contrato de prestación de servicios deberá identificarse la obra a realizar (de lo contrario habría indefinición en su objeto) o, por lo menos, elementos que permitan determinarla (v. gr. su título preliminar, su posible contenido, etc.) Respecto a la obra elaborada en el marco de un contrato de trabajo, si bien no es común que el empleador determine en el contrato con grado de detalle las obras que eventualmente su trabajador realizará, sí es claro que existen unos límites materiales y temporales que hacen determinables las obras cuyos derechos se presumirán transferidos. Esos límites los determina la causa y el objeto mismo del contrato de trabajo, pues se entenderá que los derechos respecto de los cuales se presumirá la transferencia corresponden solo a aquellas obras que tengan como causa la ejecución del contrato de trabajo y las funciones propias del trabajador. Además, habrá un límite temporal en la medida que la presunción de transferencia solo se reputará de las obras realizadas mientras el contrato laboral estuvo vigente. De esta forma, coincidimos con lo anotado por Valdés Alonso cuando señala que: “El trabajador, por medio de su contrato de trabajo, no compromete <<toda>> su capacidad creativa, sino tan solo aquellas obras generadas

---

28. Así, el artículo 1518 del Código Civil colombiano (originalmente la Ley 57 de 1887) señala: “No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de una declaración de voluntad, sino las que se espera que existan; pero es menester que las unas y las otras sean comerciales y que estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género”. (Subrayado fuera de texto).

29. Real Decreto Legislativo 1/1996.

30. VEGA VEGA, J. A. *Derecho de Autor*. editorial Tecnos. Madrid. 1990. P. 142.

en el marco de la relación laboral. Existe, por tanto, una suficiente especificación del alcance de la cesión”<sup>31</sup>.

Finalmente, algunos comentarios merece la consecuencia jurídica que el legislador colombiano ha establecido para cuando en un negocio jurídico se contravenga la prohibición de disponer, de forma indeterminada, de la producción intelectual futura. Como se indicó al citar el inciso tercero del actual artículo 183 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, contravenir esta prohibición implica la “inexistencia” del contrato de cesión. A nuestro modo de ver, no resulta afortunado hablar de la inexistencia por dos razones fundamentales: primera, porque entra en contradicción con otras disposiciones de la misma Ley 23 de 1982 y, segunda, porque desde la perspectiva del derecho privado colombiano la estipulación contractual que contravenga una norma de orden público no conlleva su inexistencia, sino su nulidad.

Respecto a la primera observación, resulta contradictorio que mientras en los artículos 129 y 155 se señala que el comprometer de manera indeterminada la producción intelectual futura en los contratos de edición y de inclusión en fonogramas implica la nulidad del acto, en el nuevo artículo 183 se indica que esa misma indeterminación, tratándose de transferencia por acto entre vivos, conlleva la inexistencia de lo estipulado. Teniendo en cuenta que inexistencia y nulidad corresponden, en el ordenamiento positivo colombiano, a figuras diferentes, creemos que no será fácil para los operadores llamados a interpretar y aplicar estas disposiciones entender cómo en un texto normativo (la Ley 23 de 1982) a un mismo fenómeno jurídico se le otorgan dos consecuencias jurídicas distintas.

Por otro lado, hablar de inexistencia de una estipulación contractual, cuando ella es contraria a la ley, no resulta técnicamente correcto desde la lógica del derecho privado. Así, la doctrina establece que la inexistencia se configura

en todos los casos en que el acto no ha alcanzado a ser jurídico, debido a la ausencia de uno de los elementos que son esenciales para su formación o validez, o debido también a la falta de las formalidades que en determinados casos impone el legislador como requisito ad solemnitatem, ad substantiam actus, como sería la falta de consentimiento, de objeto o de causa o el llamado error obstáculo que impide el acuerdo de voluntades [error in corpore, in negotio, in causa]<sup>32</sup>.

---

31. VALDÉS ALONSO, *ob. cit.*, p. 210.

32. TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Editorial Temis. Bogotá. 1997. P. 228.



En similar sentido, el Código de Comercio de Colombia en su artículo 898 no consagra dentro de las causales de inexistencia del negocio jurídico el que las estipulaciones contractuales sean contrarias a la Ley, sino que limita las razones que pueden dar lugar a dicha inexistencia al evento en que este “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”.

Por el contrario, la consecuencia natural, reconocida por la legislación civil y comercial colombiana a la ilegalidad de una estipulación contractual (como sería el caso de convenir la cesión in genere de la producción intelectual futura), es la nulidad. Así, el artículo 1741 del Código Civil de Colombia estipula que la nulidad absoluta se configura cuando existe objeto ilícito, y de manera más contundente, el artículo 899 del Código de Comercio dispone que sea nulo absolutamente, el negocio jurídico cuando “contraría una norma imperativa”.

De allí que resulte extraño hablar, tal como lo hace el nuevo artículo 183 de la Ley 23 de 1982, de inexistencia respecto de la estipulación en virtud de la cual el autor “transfiera de modo general e indeterminable la producción futura”. Si lo que se pretendía era que este tipo de estipulación no produjera efecto alguno, incluso sin necesidad de declaración judicial<sup>33</sup>, se debió echar mano de figuras jurídicas ya decantadas en el derecho privado colombiano como es el fenómeno de la ineficacia de los negocios jurídicos, señalado en el art. 897 del Código de Comercio<sup>34</sup>, en vez de hablar de inexistencia, lo cual puede dar lugar a confusión y múltiples interpretaciones.

#### PROHIBICIÓN DE RESTRINGIR LA PRODUCCIÓN INTELECTUAL FUTURA O COMPROMETERSE A NO PRODUCIR

El inciso tercero del artículo 183 de 1982, reformado por la Ley 1450 de 2011, incluye la prohibición de pactar la restricción a la producción intelectual futura o comprometerse

---

33. Esta aparente finalidad de la modificación introducida, la deducimos del comunicado de prensa expedido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia en el mes de julio de 2011, con ocasión de la aprobación y publicación de la Ley 1450 de 2011, donde resalta como uno de los avances obtenidos con la reforma el que “Toda transferencia genérica, indeterminada o indeterminable del derecho de autor o todo compromiso sobre la producción futura (o pacto de no producir) no está llamado a producir efectos jurídicos”. Consultado en: <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/boletines/boletin.htm>.

34. Dicho artículo dispone: “Artículo 897. Cuando en este Código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

a no producir. Esta prohibición se sustenta en la estrecha relación que existe entre la producción intelectual y la libertad fundamental de expresión y opinión reconocida en el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia.

Al igual que lo comentado al estudiar la prohibición de comprometer in genere la producción intelectual futura, creemos que aún antes de la reforma introducida al artículo 183 de 1982 la prohibición de restringir la creación futura era aplicable a la transferencia de derechos no solo porque ya encontrábamos aplicación de este principio en otros tipos contractuales vinculados al derecho de autor como son el contrato de edición (artículo 129) y de inclusión en fonogramas (artículo 155), sino ante todo, por su relación intrínseca con la protección a un derecho constitucional de rango fundamental, predicable, así no existiera una disposición que expresamente lo prohibiera respecto de la transferencia por acto entre vivos del derecho de autor.

Esa misma vinculación con la libertad de expresión y de opinión hace que la prohibición de restringir la producción intelectual futura sea aplicable tanto en aquellos contratos de prestación de servicios donde se encargue la elaboración de una obra, como en las relaciones contractuales de naturaleza laboral.

Es más, para el caso de la obra desarrollada en el marco de un contrato laboral, podría decirse que la prohibición de restringir la producción intelectual futura o de no producir, propia de la ley de derecho de autor, se enmarca dentro de la prohibición general de del Código Sustantivo del Trabajo, que en su artículo 44 estatuye: “La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su {empleador}, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno”.

Como lo anota Valdés Alonso<sup>35</sup>, pueden surgir tensiones entre la libertad del autor de crear y el deber de confidencialidad del trabajador con su empleador<sup>36</sup>, o eventualmente el del contratista frente a su contratante en caso de pactarse la confidencialidad. No obstante, esa aparente tensión creemos que se soluciona en la medida que entendamos

---

35. VALDÉS ALONSO, *ob. cit.*, p. 212 y 213.

36. Este deber de confidencialidad encuentra sustento en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, que en el artículo 58, numeral 2, señala como una de las obligaciones del trabajador para con el empleador: “No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes”.

que la libertad de crear, como cualquier otra, no es absoluta, y que llega hasta donde se encuentre con los derechos de otros. En otras palabras, el autor siempre tendrá la libertad de crear obras (la cual no puede ser limitada, en ningún caso, por medio de pactos contractuales); en el marco de esa libertad podrá expresar sus conocimientos, inquietudes, cosmovisión u opiniones. Pero esa libertad conlleva una responsabilidad y, de manera específica, implica el deber de no vulnerar otros derechos de propiedad intelectual como sería la protección a los secretos empresariales. De allí que, a cualquier autor que en el marco de una relación laboral, civil o comercial hubiere tenido acceso a secretos industriales, le será exigible, sin perjuicio de su libertad de crear, el deber consagrado en el artículo 265 de la Decisión Andina 486 de 2000<sup>37</sup>: “Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto empresarial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o divulgarlo, o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que posea dicho secreto o de su usuario autorizado”.

#### PRESUNCIÓN DE ONEROSIDAD

Algunas legislaciones iberoamericanas, como las de El Salvador<sup>38</sup>, Perú<sup>39</sup>, Panamá<sup>40</sup> y Paraguay<sup>41</sup> advierten de manera expresa que la cesión por acto entre vivos del derecho de autor se presume, salvo pacto en contrario, onerosa. Otras, como es el caso de la ley mexicana, van más allá al establecer que “Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor será onerosa”<sup>42</sup>. En Colombia no existe una norma que de manera expresa contemple esa presunción de onerosidad tratándose de transmisión por acto entre vivos del derecho de autor y, desafortunadamente, la Ley 1450 de 2011 tampoco la consideró. No obstante, a pesar de no existir esa manifestación inequívoca del legislador, creemos que esa presunción de onerosidad es un principio aplicable en el ordenamiento autoral colombiano.

---

37. Marco común andino en materia de propiedad industrial.

38. Decreto 604 de 1993, artículo 51.

39. Decreto Legislativo 822 de 1996, artículo 89.

40. Ley 15 de 1994, artículo 55.

41. Ley 1328 de 1998, artículo 86.

42. Ley Federal de Derecho de Autor de 1996, artículo 30. La legislación del Ecuador (Ley 83 de 1998, Ley de Propiedad Intelectual, artículo 44) dispone esa misma onerosidad, pero refiriéndose a “Los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros”.

Así, algunos autores como Vega Jaramillo fundamentan la existencia de esta presunción en Colombia, desde el campo teleológico, al señalar que la misma “Está dada por el hecho de que la utilización de uso de una obra implica el derecho del autor a obtener una remuneración, pues este es el beneficio económico que se busca”<sup>43</sup>. Por nuestra parte, creemos que la existencia del principio de onerosidad presunta de los negocios relativos al derecho de autor puede inducirse y aplicarse mutatis mutandis, a partir de diferentes casos en los cuales el legislador colombiano ha reconocido la existencia de esta presunción<sup>44</sup>.

Así, en materia de contrato de edición, el artículo 106 de la Ley 23 de 1982 ha dispuesto que: “En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o titular de la obra. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o titular un 20% del precio de venta al público de los ejemplares editados”. (Subrayado fuera de texto). Igualmente, al regular el contrato de representación de obra dramática, dramático-musical o similares, el artículo 143 de dicha ley dispuso que: “Cuando la remuneración del autor no hubiere sido fijada contractualmente, le corresponderá como mínimo el 10% del monto de las entradas recaudadas en cada función o representación, y el 15% de la misma en la función de estreno”. (Subrayado fuera de texto). Finalmente, aun cuando la norma no señala una consecuencia jurídica a su omisión, en el contrato de fijación cinematográfica se debe estipular, por mandato legal, la remuneración debida por el productor cinematográfico a los autores y artistas que participen en la producción<sup>45</sup>.

De lo anterior podemos extraer que el legislador ha reconocido la naturaleza onerosa de los negocios jurídicos relacionados con el derecho de autor. Si tal naturaleza se presume en contratos de mera autorización, con mayor razón habrá de predicarse,

---

43. VEGA JARAMILLO, Alfredo. *Manual de derecho de autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor. Bogotá. 2010. P. 36. Disponible en: <http://derechodeautor.gov.co/htm/Publicaciones>

44. Valga aclarar que la presunción de onerosidad no significa que todos los negocios jurídicos relativos al derecho de autor deban tener una contraprestación económica, pues para el legislador colombiano es claro que el autor tiene plena libertad “De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio le dicte”, según lo señala el artículo 3, literal a) de la Ley 23 de 1982.

En ese sentido, el autor o titular del derecho puede manifestar expresamente que enajena o transfiere los derechos sobre su obra a título gratuito. La presunción de onerosidad cobra valor cuando se guarda silencio frente al precio o valor de una transferencia por acto entre vivos del derecho de autor, pues allí se presumirá o entenderá que de ese silencio ha de interpretarse que tal enajenación se hizo a título oneroso.

45. Ley 23 de 1982, artículo 100.

salvo pacto expreso en contrario, de los negocios jurídicos con implicaciones jurídicas traslaticias del derecho de autor.

Esa presunción de onerosidad también tiene plena cabida en la obra elaborada por encargo en el marco de un contrato de prestación de servicios o de “arrendamiento de servicios inmateriales”, como textualmente lo llama el Código Civil de Colombia, estatuto que en su artículo 2054<sup>46</sup> señala que: “Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de este, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos”.

Con mayor razón habrá onerosidad en la transferencia de los derechos de obras desarrolladas en el marco de un contrato laboral, pero en este caso no hablaremos de una presunción de onerosidad, sino de una obligación del empleador de remunerar el trabajo de su empleado-autor a través del salario. Ello con fundamento en que “Todo trabajo dependiente debe ser remunerado”<sup>47</sup> y en el carácter irrenunciable del salario<sup>48</sup>.

#### INDUBIO PRO AUCTORE

La ley colombiana reconoce este principio en el artículo 257 de la Ley 23 de 1982:

En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor”. Aun cuando la redacción de la norma no es del todo afortunada, pues al hablar de “titular” podría pensarse que incluye no solo al titular originario sino también al derivado, debe interpretarse que está destinada a proteger a la parte que, ordinariamente, es la más débil en las relaciones negociales, esto es: el autor de la obra. No de otra forma podría explicarse la existencia de una disposición de este tipo. Asimilar que este *in dubio* beneficiaría del mismo modo al autor y al derechohabiente sería vaciar de contenido normativo la disposición legal. Creemos que este punto, no del todo claro en la legislación, debe llenarse atendiendo “el espíritu general de la legislación y la equidad natural”<sup>49</sup>

---

46. Norma aplicable por remisión del 2063 del Código Civil.

47. Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, artículo 27.

48. Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, artículo 142.

49. Código Civil de Colombia, artículo 32.

y, en consecuencia, interpretar que los conflictos o las dudas en la aplicación e interpretación de las leyes, (y *mutatis mutandis* de los contratos que al fin y al cabo son ley para las partes) siempre deben resolverse en el sentido que más favorezca al autor.

Hecho el anterior marco conceptual sobre la titularidad, la transferencia del derecho de autor y los principios que rigen esta transferencia, podemos centrarnos entonces en analizar los dos casos de transferencia que la Ley 1450 de 2011 reformó, ellos son: de una parte, la cesión por acto entre vivos y, de otra, la presunción de transferencia en las obras hechas para un tercero (que a su vez comprende la obra por encargo y la obra realizada en el marco de un contrato laboral).

## **CESIÓN POR ACTO ENTRE VIVOS**

Podríamos definir a la cesión por acto entre vivos como el negocio jurídico por medio del cual el titular originario o derivado de una obra artística o literaria, llamado cedente, transfiere a otra persona, llamada cesionaria, total o parcialmente los derechos patrimoniales de dicha obra. Hablamos de negocio jurídico, a efectos de resaltar que la cesión tiene como base fundamental una manifestación de voluntad del cedente, la cual, ha de realizarse por una persona capaz, exenta de vicios del consentimiento, y respecto de un objeto y causa lícita<sup>50</sup>.

### **Objeto de la cesión por acto entre vivos**

El objeto de la cesión por acto entre vivos del derecho de autor radica en la enajenación o transferencia de uno o varios derechos patrimoniales, bajo unas condiciones de modo, tiempo y lugar. Lo anterior significa que, radicar en el patrimonio del cesionario el derecho objeto del negocio, es un aspecto necesario que diferencia a la cesión de otro negocio jurídico de común usanza, como es la licencia o autorización de uso. En este último, no hay una transferencia o enajenación del derecho, sino una mera autorización de uso; en otras palabras: si se licencia una obra, el licenciante no dejará de ser titular del derecho licenciado; en cambio, en la cesión, hay un verdadero traslado de derecho, donde el cedente perderá su calidad de titular (respecto del derecho o derechos cedidos) y el cesionario adquirirá la titularidad derivada de tales prerrogativas. Por ello

---

50. Código Civil de Colombia, artículo 1502.

nos atrevemos a decir que la transferencia o enajenación es un elemento de la esencia de la cesión por acto entre vivos, pues sin ella tal negocio no produciría efecto alguno o degeneraría en otro de diferente naturaleza, dando aplicación al artículo 1501 del Código Civil<sup>51</sup>.

## Solemnidades

En Colombia la cesión de derechos patrimoniales de autor, al igual que en buena parte de las legislaciones iberoamericanas, es un negocio jurídico solemne. Es decir, no basta con la mera manifestación de la voluntad del cedente y del cesionario para que la transferencia del derecho se perfeccione, requiere además el cumplimiento de una solemnidad, la cual, en los términos, tanto del anterior como del reformado artículo 183 de la Ley 23 de 1982, se constituye en una condición para la validez de la cesión. Es decir, la formalidad, en tratándose de cesión por acto entre vivos del derecho de autor, es un requisito *ad solemnitatem* o *ad substantiam actus*.

Uno de los aspectos que fueron modificados con la Ley 1450 de 2011 fue el referente al tipo de solemnidad que debe observarse en la cesión de derecho de autor. Mientras el anterior artículo 183 de la Ley 23 de 1982 indicaba que la cesión requería elevarse a escritura pública o realizarse mediante documento privado reconocido ante notario, la nueva reglamentación exige solamente que la cesión conste por escrito. Creemos que este es un importante avance pues, de una parte, esta disminución en el grado de formalidad no afecta la seguridad jurídica (ya que necesariamente la cesión de derecho deberá continuar expresándose en un medio escrito que facilita no solo las pruebas de su existencia, sino el alcance mismo de la transferencia) ni es un retroceso en la protección que la legislación brinda al autor al establecer este tipo de formalidades. En la práctica, la presencia del notario raramente representaba un factor que garantizara un mayor nivel de protección al autor o a la parte débil del negocio frente a contratos leoninos y, por el contrario, ese nivel estricto de formalismo sí podía afectar el normal desarrollo de los negocios. Adicionalmente, con esta reforma Colombia se pone a la

---

51. Valga anotar que también los derechos conexos pueden ser objeto de cesión por acto entre vivos. No existen elementos para negar la posibilidad de que el titular de un derecho conexo, al amparo de su autonomía de la voluntad, transmita a través de una manifestación de la voluntad sus prerrogativas. Ese fue y ha sido el entendimiento en la práctica jurídica por muchos años; no obstante, la Ley 1450 de 2011, al reformar el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, dispuso de forma inequívoca esta posibilidad al señalar que: “Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos” (subrayado fuera de texto).

par de la mayoría de las legislaciones iberoamericanas las cuales, por regla general, tan solo exigen la solemnidad del escrito a fin de que la cesión surta efectos jurídicos<sup>52</sup>.

Ahora bien, si queremos que ese contrato de cesión, además de surtir efectos y generar obligaciones entre cedente y cesionario también produzca efectos frente a terceros, (por ejemplo, hacer oponible, frente a personas que no participaron en la cesión de derechos, el carácter de titular exclusivo de los derechos patrimoniales de autor en el territorio colombiano), el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 exige inscribirlo ante el Registro Nacional de Derecho de Autor, administrado por la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

Vale anotar que el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011 también modificó el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 en el sentido que, a los efectos de su oponibilidad, además de los actos de enajenación del derecho también debe registrarse cualquier otro acto que cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor así como aquellos que impliquen exclusividad. Creemos que esta nueva disposición no se limitó a modificar el artículo 183, antes mencionado, sino que, así no lo diga expresamente, implicó una subrogación del artículo 6 de la Ley 44 de 1993, que al tenor anotaba: “Todo acto en virtud del cual se enajene el Derecho de Autor, o los Derechos Conexos así como cualquier otro acto o contrato vinculado con estos derechos, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor como condición de publicidad y oponibilidad ante terceros”.

Nótese cómo la norma citada prácticamente exigía que, a efectos de su oponibilidad, todo acto o contrato vinculado con el derecho de autor debía ser objeto de registro. Ahora la nueva disposición solo exige este requisito respecto de los actos que transmitan, enajenen o modifiquen el dominio del derecho de autor (léase la titularidad) o aquellas que sin afectar la titularidad impliquen la exclusividad (por ejemplo las licencias exclusivas).

Finalmente debe resaltarse que la reforma introducida al artículo 183 de la Ley 23 de 1982 aclara que también la cesión de derechos conexos debe realizarse por escrito como requisito necesario para su validez. De esta manera zanja discusión alguna que pudiera existir al respecto, ya que la norma anterior no lo señalaba así de forma expresa, lo que eventualmente podía dar a entender que la transferencia de derechos conexos no requería de formalidad alguna.

---

52. De la información disponible podemos deducir que de los países miembros del CERALC, solo Chile (Ley No. 17336 de 1970, artículo 73) y Portugal (Código de Derechos de Autor y Derechos Conexos, artículo 43) mantienen el reconocimiento notarial como solemnidad de la transferencia de derechos.



## Límites

La cesión del derecho de autor por acto entre vivos surtirá efectos dentro de los límites que de manera explícita o implícita se hubieren pactado en el respectivo negocio jurídico. Podemos hablar de tres clases de límites: materiales, temporales y territoriales. Y decimos que son explícitos o implícitos pues en principio nos atenderemos a los que expresamente se hubieren pactado en el negocio por las partes y, en subsidio, en lo que, en ausencia de pacto expreso, determine la ley.

### LÍMITES MATERIALES

Como lo expusimos al analizar el principio de independencia de las formas de explotación<sup>53</sup>, una misma obra puede ser objeto de explotación a través de diversas modalidades, que no son otras que los diversos derechos patrimoniales reconocidos por la ley, y cada una de estas modalidades, a su vez, puede subdividirse en diferentes formas de uso. En esa medida tenemos que el primer condicionamiento a la forma como el cesionario podrá hacer uso de los derechos que le fueron cedidos, corresponderá a aquellas modalidades y formas de explotación que expresamente se mencionan en la cesión.

Lo anterior significa que no pueden existir cesiones o transferencias tácitas por acto entre vivos, sino que deben ser expresas. Así lo dispone el artículo 31 de la Decisión Andina 351 de 1993: “Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo”.

Por lo tanto, las formas de explotación deben estar claras y expresamente señaladas y determinadas en la respectiva cesión de derechos, pues de no ser así habrán de entenderse no transferidas, ya que como lo expusimos, las cláusulas de dicha cesión deben interpretarse restrictivamente<sup>54</sup> y en favor del autor<sup>55</sup>.

En el campo de la jurisprudencia internacional encontramos algunos interesantes pronunciamientos que muestran la necesidad de mencionar expresamente los dere-

---

53. Supra § 1.3.2.

54. Supra § 1.3.3.

55. Supra § 1.3.7.

chos (y añadiríamos las modalidades y las formas de explotación) cuando de cesión o transferencia por acto entre vivos se trata. Así, el Tribunal de Gran Instancia de París, en fallo del 9 de enero de 2002, dispuso: “la transmisión de los derechos de autor está subordinada a la condición de que cada uno de los derechos cedidos sea objeto de una mención distinta en el acto de cesión y que el ámbito de explotación de los derechos cedidos sea delimitado en cuanto a su alcance y a su destino y en cuanto a su duración”<sup>56</sup>. Por su parte, el Tribunal de Turín, en sentencia del 9 de junio de 1951, dictaminó que “Los derechos transmitidos son aquellos y solo aquellos contractualmente especificados en el contrato”.<sup>57</sup>

A su vez, algunas legislaciones como la española determinan que “la transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades o medios de difusión inexistentes al tiempo de la cesión”<sup>58</sup>.

Lo anterior nos lleva a plantearnos una pregunta –cuya respuesta, estamos seguros, no estará ajena a controversia–, frente a la validez o no de aquellos pactos contractuales, comunes en la práctica jurídica colombiana, de convenir en las cesiones de derechos, que el autor o el titular del mismo transmite al cesionario todas aquellas formas de explotación de la obra, incluidas todas las “conocidas o por conocer”.

Una primera aproximación nos podría llevar a pensar que, si el autor, en ejercicio de su autonomía, decide enajenar incluso aquellas formas de explotación hoy desconocidas, tal pacto debe producir efectos jurídicos. Sin embargo, ello implica obviar el artículo 31 de la Decisión Andina 351 de 1993 que, como vimos, determina que la cesión se entenderá limitada a las formas de explotación “expresamente pactadas”, esto es, siguiendo la definición que de expreso(a) trae el Diccionario de la Real Academia<sup>59</sup>, aquellas modalidades que de manera clara, patente o específica su hubieren señalado.

Además, como lo hemos manifestado, al ser la cesión un negocio jurídico debe existir un consentimiento exento de vicios que recaiga sobre un objeto, y valdría preguntarse

---

56. Este pronunciamiento fue citado, seleccionado y compilado por ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. En Derecho de Autor Regional. Disponible en el sitio web del Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC) <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php>

57. *Ibidem*.

58. Real Decreto Legislativo 1/1996, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, artículo 43, numeral 5.

59. Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Disponible en: <http://www.rae.es/rae.html>

qué consentimiento puede existir respecto de algo que es desconocido. El autor o el titular del derecho cuando se compromete a transferir todas aquellas formas de explotación por conocerse, en realidad está haciendo una manifestación de voluntad vacía de contenido, respecto a un objeto desconocido. Ni siquiera podría decirse que tal pacto recae sobre una cosa que no existe pero que se espera que exista, porque, si fuese así, se requeriría conocer por lo menos el contenido del objeto ulterior así su existencia futura sea incierta. Ello no acontece cuando se transfieren formas de explotación por conocerse, pues allí no solo hay una incertidumbre respecto de su posible existencia sino una ignorancia frente al contenido del derecho, modalidad o forma de explotación que se está cediendo.

Por último, admitir la validez de estipulaciones contractuales como la mencionada es una forma de evadir principios protectores del derecho de autor, como la independencia de las diferentes formas de explotación y la interpretación restrictiva de los negocios y contratos relacionados con el derecho de autor. Mal podrían considerarse jurídicos este tipo de acuerdos cuando, en buena medida, buscan hacerle el quite a principios protectores y fundamentales del derecho de autor.

#### LÍMITES TEMPORALES

La transmisión o enajenación del derecho se entenderá restringida al tiempo o plazo que se hubiere pactado. Con la Ley 1450 de 2011 se introdujo al artículo 183 una importante presunción, pues se indicó que a falta de mención expresa el plazo de la cesión se limita a cinco años. Este es un significativo avance, ya que obliga a los contratantes a especificar un plazo dentro del cual tendrá vigencia la cesión y, en caso de silencio, se ha establecido un término, relativamente corto, de retorno de los derechos en favor del autor o titular cesionario.

#### LÍMITES TERRITORIALES

Finalmente, vale aclarar que la cesión por acto entre vivos del derecho de autor se limitará al territorio o territorios pactados en el contrato. La Ley 1450 de 2011 introdujo un límite espacial a falta de pacto en contrario, al precisar que de no decirse nada en la respectiva cesión esta se entenderá limitada al país en el que se realice la transferencia.

## Ejercicio de los derechos morales

Como se manifestó en la parte general de este documento<sup>60</sup>, la cesión por acto entre vivos del derecho de autor no implica la transmisión o renuncia al derecho moral. Por lo tanto, el autor podrá mantener y ejercer, sin perjuicio de la transmisión del derecho patrimonial, prerrogativas y facultades como la paternidad, la integridad, la modificación y el retracto de la obra, así como la posibilidad de mantenerla inédita o divulgarla. Sobre este último punto vale la pena detenerse un poco, pues puede darse que el cesionario en ejercicio de los derechos que adquirió quiera divulgar la obra y que el autor, en virtud de su derecho a mantenerse inédito, se oponga a tal divulgación. Estaríamos entonces frente a una tensión entre el derecho patrimonial del titular derivado y el derecho moral del autor.

Una primera aproximación podría llevarnos a concluir que, si la causa de la cesión (aun cuando esta no hubiera quedado expresamente consagrada en el negocio jurídico) era el interés del cesionario de explotar libre y ampliamente la obra (lo cual incluiría su divulgación), mal haría el autor en intentar oponerse a esa explotación arguyendo el derecho de mantenerse inédito. Esta interpretación podría fundamentarse en el principio de buena fe que rige en las relaciones contractuales, según el cual: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.<sup>61</sup>

Sin embargo, esta primera lectura chocaría con el principio de interpretación restrictiva<sup>62</sup>, con el de *in dubio pro auctore*<sup>63</sup> y, sobre todo, desconocería el carácter de derecho fundamental que la Corte Constitucional ha reconocido a los derechos morales de autor<sup>64</sup> y que trae, como consecuencia, que el derecho moral prevalece sobre otros derechos que no ostentan esa calidad. En ese orden de ideas, y a efectos de evitar posibles conflictos posteriores, es recomendable entonces que cuando se trate de la cesión de

---

60. Supra § 1.3.1.

61. Código Civil, artículo 1603.

62. Supra § 1.3.3.

63. Supra § 1.3.7.

64. Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, sentencias C-155 del 28 de abril de 1998 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y C-1490 del 2 de noviembre de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz). Disponibles ambas en: <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/HOME.htm> o en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

una obra inédita exista una manifestación expresa donde el autor autorice a su vez la divulgación o publicación de la obra.

## **PRESUNCIÓN DE TRANSFERENCIA EN LAS OBRAS CREADAS PARA TERCEROS**

Como se expuso anteriormente, además de la transferencia de derecho de autor que tiene como fuente inmediata la voluntad del titular, existe otro camino donde ya no es la voluntad del autor sino la del legislador la que determina que los derechos no estarán en cabeza de aquel, sino de un tercero. Tal es el caso de la presunción de transferencia del derecho de autor tratándose de obras creadas para terceros, figura que se divide en dos modalidades: la obra por encargo y la obra creada en el marco de un contrato laboral.

Estas dos modalidades comparten ciertas semejanzas, como son:

- En ambos casos nos encontramos frente a una obra futura (no existe al momento de trabar la relación jurídica contractual pero se espera que la obra exista en un futuro).
- La obra tiene como destinatario un tercero diferente al autor. El beneficiario de la presunción de transferencia suele llamarse el comitente, encargante o contratante (en el caso de la obra por encargo) y empleador o patrono (en el caso de la obra desarrollada en el marco de un contrato laboral).
- En las dos hipótesis subyace una relación contractual –de prestación de servicios, para el caso de la obra por encargo o laboral si se trata de una obra desarrollada por un empleado– que, conforme lo señala la actual legislación, deben constar por escrito.
- Ambos casos implican una presunción legal, esto es, la consecuencia que la ley deduce (la transferencia del derecho del autor a favor del comitente o del empleador), a partir de unos supuestos (la existencia de un contrato escrito de prestación de servicios o de trabajo y la creación de una obra en cumplimiento de este). Presunción que en ambos casos admite prueba en contrario.

No obstante las anteriores semejanzas también encontramos algunas diferencias sustanciales entre ambas figuras, que fundamentan su estudio separado. Tales divergencias podríamos resumirlas así:

- El vínculo contractual que subyace a cada una de ellas difiere radicalmente en cuanto a su naturaleza. Mientras que en la obra por encargo estaremos en un escenario regido por el derecho civil o comercial, según corresponda, (es decir bajo la óptica del derecho privado), en el caso de la obra desarrollada por un trabajador habrán de aplicarse los principios, reglas y lógica del derecho laboral el cual, por esencia, es de orden público.
- En el caso de la obra desarrollada en el marco de un contrato de trabajo habrá de entenderse que esta se desarrolló “bajo la continuada dependencia o subordinación”<sup>65</sup> del autor-trabajador respecto de su empleador, situación que, en teoría, no debe presentarse en la prestación de servicios.

Lo anterior implica que el autor gozará de un nivel diferente de autonomía y creatividad en la elaboración de la obra, dependiendo de si esta fue realizada en el marco de un contrato laboral o de prestación de servicios. En el primer caso, el empleador estará facultado para exigirle al autor-trabajador el cumplimiento de órdenes que pueden afectar el contenido mismo de la obra en aspectos como su forma, método de creación, extensión, contenido, etc., mientras que si nos encontramos frente a una obra por encargo, habrá de entenderse<sup>66</sup> que esta será creada de forma autónoma e independiente por parte del autor, sin perjuicio, claro está, que deba sujetarse a unos términos de referencia o condiciones contractuales previamente indicados, pero que en todo caso no implican su subordinación frente al comitente.

- Suele ser mucho más sencillo identificar o determinar la obra cuyos derechos se presumen transferidos en el marco de un contrato de prestación de servicios que cuando esa misma presunción opera en el caso de las obras desarrolladas con ocasión de un contrato de trabajo. Ello porque en la práctica es usual que, tratándose de una obra por encargo, el contrato de prestación de servicios tenga como objeto, o por lo menos como una de sus obligaciones principales, el desarrollo o elaboración de una o varias obras específicas, facilitando de esa forma la identificación de la obra objeto de presunción de transferencia.

Lo anterior no acontece con la misma frecuencia en la obra desarrollada en el marco de un contrato de trabajo, pues en este, (salvo casos puntuales de empleos que

---

65. Código Sustantivo del Trabajo, artículo 22.

66. Salvo que nos encontremos frente a un simulado contrato de prestación de servicios que en realidad enmascara un verdadero vínculo laboral aplicando el principio del contrato realidad.

por esencia exigen un alto grado de creatividad artística o literaria) suele pactarse que el trabajador prestará su fuerza de trabajo sujeto a unas obligaciones, pero sin entrar a especificar de forma detallada la o las posibles obras artísticas o literarias que desarrollará y que podrán ser objeto de la presunción de transferencia. Sin embargo, lo anterior no significa, tal como lo comentamos líneas atrás<sup>67</sup>, que en estos casos exista una indeterminación de la obra, pues será posible determinarla en la medida que haya sido desarrollada en cumplimiento del contrato de trabajo y durante la vigencia del mismo.

- Como se expuso anteriormente<sup>68</sup>, el contrato de prestación de servicios se presumirá oneroso por mandato expreso del artículo 2054 del Código Civil, sin perjuicio de que las partes puedan pactar, si así lo desean, la gratuidad del contrato. Autonomía de la que no gozan las partes en el contrato laboral, como quiera que este siempre será oneroso, dada la irrenunciabilidad del derecho al salario.
- Por último, queremos resaltar una diferencia que resulta importante a los efectos de estudiar la reciente reforma introducida a la Ley de Derecho de Autor en Colombia, pues a nuestro juicio fue en esta última modificación (tal como líneas más adelante lo expondremos<sup>69</sup>) donde se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la presunción de transferencia de los derechos patrimoniales de autor de las obras elaboradas en el marco de un contrato de trabajo. Presunción que, en nuestro criterio, estaba reservada solo a la obra por encargo, en los términos del antiguo artículo 20 de la Ley 23 de 1982.

### **Presunción de transferencia en la obra por encargo**

El antiguo artículo 20 de la Ley 23 de 1982 señalaba la presunción de transferencia de la obra desarrollada por encargo en los siguientes términos:

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 esta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto,

---

67. Supra § 1.3.4.

68. Supra §1.3.6.

69. Ver numeral 3.2.

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).

La doctrina, en especial la de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, había considerado que, a efectos que operara la presunción de transferencia en la obra por encargo, se requería acreditar los siguientes supuestos:

- Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra. (...)
- Que el autor perciba efectivamente los honorarios pactados por la elaboración de la obra.
- Que la obra se elabore por cuenta y riesgo de quien la encarga. Lo anterior significa que la persona que contrata la realización de la obra, asuma los costos y suministre los elementos necesarios para desarrollar la creación.
- Que la obra se realice según el plan señalado por quien la encargó. Es decir, que esta última persona 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.<sup>70</sup>

Con la Ley 1450 de 2011, artículo 28, se modificó el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, quedando entonces la disposición en comento en los siguientes términos:

En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones.

---

70. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 2-2006-13249 del 18 de diciembre de 2006. En el mismo sentido pueden consultarse los conceptos 2-2008-2293 del 19 de febrero de 2008, 2-2008-5901 del 6 de mayo de 2008, 2-2009-17600 del 19 de octubre de 2009, 2-2009-22172 del 22 de diciembre de 2009 y 2-2010-17631 del 26 de mayo de 2010. Todos ellos disponibles en: <http://www.derechodeautor.gov.co/>



Sobre la reforma introducida, consideramos pertinentes los siguientes comentarios:

#### REQUISITOS PARA QUE OPERE LA PRESUNCIÓN DE TRANSFERENCIA EN LA OBRA POR ENCARGO

Del tenor literal de la reforma introducida, un primer supuesto se destaca necesario a efectos de que opere la presunción de transferencia de la obra por encargo, esto es: la existencia de un contrato escrito de prestación de servicios. Con esto se zanja una vieja discusión que en la doctrina colombiana y, en especial, en los pronunciamientos de la Dirección Nacional de Derecho de Autor existía respecto de si el contrato de prestación de servicios debía solemnizarse por escritura pública o documento privado reconocido ante notario, tal como lo ordenaba el antiguo artículo 183 de la Ley 23 de 1982 cuando indicaba que “todo acto de enajenación del derecho de autor” debía cumplir con dichas formalidades o si, por el contrario, partiendo del carácter de norma especial del artículo 20 de la mencionada ley, se estaba relevado de cumplir formalidad alguna a los efectos que operará la presunción de transferencia<sup>71</sup>. Con la reforma introducida por la Ley 1450 de 2011 es clara la necesidad de elevar a escrito el contrato de prestación de servicios a fin de que opere la presunción de transferencia.

Una segunda condición es que dicho contrato hubiera tenido como objeto, bien sea principal o accesorio, la elaboración de la obra cuyos derechos se presumen enajenados al comitente. Se trata entonces de que exista una inequívoca relación entre el contrato de prestación de servicios y la obra cuyos derechos se presumen enajenados.

Ahora bien, cabe preguntarse si además del contrato escrito y de que la obra hubiera sido realizada con ocasión del mismo, ¿existen otros requisitos para que opere la presunción de transferencia? De manera específica, si alguno de los supuestos que se exigían antes de la Ley 1450 de 2011 mantienen su vigencia. Consideramos que, aun cuando no están especificadas de forma expresa, hay dos condiciones que se han de mantener, ellas son: “Que el autor perciba efectivamente los honorarios pactados por la elaboración de la obra” y “Que la obra se elabore por cuenta y riesgo de quien la encarga”.

---

71. Sobre el debate acerca de la naturaleza consensual o solemne de la transferencia de derechos en la obra por encargo puede consultarse a URIBE CORZO, María Carolina. “El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral”. En: *La propiedad inmaterial*. Número 10 y 11. Universidad Externado de Colombia. 2006-2007, pp. 51-53.

Frente al primero hemos de comentar que carecería de sentido jurídico que si el comitente incumple con su obligación de pagar los honorarios pactados, pretenda hacerse con los derechos de la obra. Si la única contraprestación que recibirá el autor por la cesión presunta de sus derechos son los honorarios, y estos no son pagados, no habría fundamento alguno que legitimara la presunta titularidad del encargante.

Respecto de la necesidad o no de que la obra se elabore por cuenta y riesgo del comitente, creemos que la razón por la cual se establece una presunción de transferencia en la obra por encargo es precisamente recompensar a aquel que toma la iniciativa y asume los riesgos y costos de su elaboración. En ese sentido, a pesar de que expresamente no lo señale la norma, es claro que para que haya obra por encargo se requiere no solamente la instrucción u orden de elaborarla por parte del comitente, sino que este corra con los gastos, costos y riesgos de su producción, al tiempo que proporcione los elementos, recursos y materias primas necesarias.

#### LÍMITES DE LA PRESUNCIÓN DE TRANSFERENCIA

Al igual que en la cesión por acto entre vivos, la presunción de transferencia de la obra por encargo (en este punto también aplicable a la obra elaborada en el contrato de trabajo) debe estar sujeta a unos límites. Vimos cómo en la cesión convencional, identificar esas limitantes, en teoría, no debe ofrecer dificultad alguna, pues los derechos cedidos serán aquellos expresamente mencionados en el contrato; respecto del plazo de la cesión, será el que pacten las partes y en defecto de este, de cinco años; y frente al límite territorial será aquel señalado convencionalmente o, en su defecto, el país donde se realice la cesión. Sin embargo, en el campo de la presunción de transferencia del nuevo artículo 20 de la Ley 23 de 1982, esa facilidad para identificar qué derechos se presumen cedidos, por cuánto tiempo y en qué territorio, desafortunadamente no es del todo clara, ya que el legislador optó por introducir una cláusula según la cual, en la obra por encargo (así como en la elaborada con ocasión de un contrato laboral) se presumirá que los derechos fueron cedidos al comitente (o al empleador según el caso) “en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra”.

La actividad habitual de quien encarga la obra es un criterio reconocido por algunas legislaciones iberoamericanas a fin de determinar los límites y alcances de la presunción de transferencia de derechos. A pesar de ello, la mayoría de aquellos Estados que han adoptado este criterio lo utilizan respecto de las obras elaboradas en el marco de

un contrato laboral (es el caso de Costa Rica<sup>72</sup>, El Salvador<sup>73</sup>, España<sup>74</sup>, Honduras<sup>75</sup>, Nicaragua<sup>76</sup> y Panamá<sup>77</sup>) y cuatro (Guatemala<sup>78</sup>, Perú<sup>79</sup>, Paraguay<sup>80</sup> y Colombia) lo han ampliado también a las obras creadas por encargo.

Más allá de que la “actividad habitual” sea utilizada en algunos Estados de la región como criterio para determinar el alcance y límites de la cesión, creemos que no es el más adecuado para garantizar seguridad jurídica, pues nada fácil resulta saber qué quiso decir el legislador al referirse a “las actividades necesarias en la época de creación de la obra”.

Una primera aproximación podría llevarnos a pensar que hace referencia al objeto social pero, como lo anota Valdés Alonso, esta encuentra dos argumentos en contra<sup>81</sup>: el primero consiste en que al ser posible modificar el objeto social será la propia empresa la que “diseñará cuál es su actividad en cada momento” y, el segundo, el que sin perjuicio de los efectos jurídico-comerciales, en la práctica jurídica suelen encontrarse cláusulas genéricas en lo que se refiere al objeto social, lo cual dificulta identificar claramente la actividad habitual de una persona. A los anteriores dos argumentos añadiríamos un tercero: tal como quedó redactada la norma en Colombia, no solo las personas jurídicas, sino también las naturales, incluso las no comerciantes, pueden encargar una obra o emplear a un trabajador-autor, y como estas últimas personas propiamente no tienen un objeto social este criterio no nos sirve para identificar su actividad habitual. Eventualmente, el objeto social puede servirnos como un indicio para determinar la actividad habitual de una persona jurídica pero no sería una plena prueba.

---

72. Decreto No. 24.611-J de 1995, artículo 16.

73. Decreto 604 de 1993, artículo 10.

74. Real Decreto Legislativo No. 1 de 1996, artículo 51, numeral 2.

75. Decreto 4-99-E, artículo 19.

76. Ley 312 de 1999, artículo 52.

77. Ley 15 de 1994, artículo 6.

78. Decreto 33 de 1998, artículo 75.

79. Decreto Legislativo 822 de 1996, artículo 16.

80. Ley 1.328 de 1998, artículo 14.

81. VALDÉS ALONSO, Alberto. *Ob. cit.* Pp. 231 y 232.

Otros datos que podrían ayudar a identificar, aunque no plenamente, la “actividad habitual”, son los trabajos u ocupaciones inscritas en registros públicos que tienen finalidades tributarias o de otro tipo, donde usualmente las personas declaran las actividades a las que se dedican. Para el caso colombiano podría echarse mano de mecanismos como el Registro Único de Proponentes (RUP), o el Registro Único Tributario (RUT), pero la información señalada en estos solo podrá utilizarse, para los efectos de la transferencia del derecho de autor, como meros indicios, en la medida que no aplican para todas las personas o corresponden a registros con finalidades propias, muy diferentes a las de determinar si hay o no transferencia del derecho de autor o, simplemente, porque la experiencia diaria suele demostrar que estos registros no necesariamente reflejan la realidad de las actividades diarias y habituales de una persona jurídica o natural.

Autores como Valdés Alonso, al interpretar el concepto de actividad habitual en la legislación española (no sin antes reconocer la dificultad para hacerlo), anotan que para descifrar su contenido habrá de identificarse “el fin productivo último y real al que la empresa se dedica, estableciendo el nexo con la trascendencia o imprescindibilidad que la cesión de derechos de propiedad intelectual tenga para la consecución del mismo”<sup>82</sup>.

Obviamente, habrá casos en los que resulte sencillo identificar la relación entre la obra encargada y la actividad habitual del comitente. Piénsese por ejemplo en programas de computador desarrollados para empresas productoras de software, obras publicitarias para las agencias de publicidad, artículos periodísticos para agencias de prensa etc., pero también existirán casos donde ese límite entre obra desarrollada dentro o fuera de la actividad habitual del comitente esté en una zona de penumbra. Bien vale la pena entonces que el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 sea objeto de una reglamentación por parte del Gobierno Nacional, donde se señalen algunos criterios de orientación.

Sin perjuicio de la dificultad interpretativa que hemos señalado y de que se hubieran podido utilizar criterios más objetivos<sup>83</sup>, creemos que la reforma introducida al artículo 20 de la Ley 23 de 1982 significa un paso importante, pues rompe con el paradigma que se ha ido imponiendo en la práctica jurídica colombiana, de considerar que la elaboración de una obra por encargo significa la cesión ilimitada de los derechos del autor. Hay un avance en reconocer que el derecho de autor se debe es precisamente al

---

82. VALDÉS ALONSO, Alberto. *Ob. cit.* P. 235.

83. Como hubiera sido el de señalar un plazo dentro del cual operara la transferencia, finalizado el cual los derechos regresaran al autor, sin excepción alguna.

creador, y por lo menos se aparta de la vieja creencia de que todas las formas de explotación de la obra, incluyendo las “conocidas o por conocer” corresponden al comitente. Por el contrario, la nueva disposición no solo limita los derechos y las modalidades de explotación presuntamente cedidas a las actividades del comitente, sino que las restringe temporalmente a aquellas habituales “para la época de creación de la obra”.

#### EJERCICIO DE LOS DERECHOS MORALES

Es claro que tanto el anterior como el nuevo artículo 20 de la Ley 23 de 1982 se alinean con el principio de indemnidad de los derechos morales, por lo tanto la presunción de transferencia en la obra por encargo no implica cesión o transmisión del derecho moral. No obstante, en la reforma se realizaron algunos ajustes respecto de los derechos morales reconocidos al autor que realiza una obra por encargo y adicionalmente se reconoció una legitimación para la defensa de estos por parte del comitente y del empleador.

Ateniéndonos al tenor literal del antiguo artículo 20 de la Ley 23 de 1982 se puede concluir que el autor de una obra por encargo solo conservaba los derechos morales de paternidad e integridad, ya que la norma disponía expresamente que el creador mantenía “las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente ley, en sus literales a) y b)”. Quería ello decir que, a diferencia del común de los autores, al creador de una obra por encargo no le era posible ejercer derechos como el de mantener su obra inédita<sup>84</sup>, modificarla antes o después de su publicación (derecho de modificación)<sup>85</sup> o retirarla de circulación o suspender cualquier forma de utilización aun cuando ella hubiere sido previamente autorizada (derecho de retracto o retiro)<sup>86</sup>. Con la reforma introducida esta exclusión del derecho moral desapareció, por lo que podemos afirmar que en adelante el autor de la obra por encargo (al igual que el de la obra creada en el ámbito de un contrato laboral) será titular y podrá ejercer todos los derechos morales de autor.

Ello, en principio, parece positivo, pues reivindica en el creador de una obra por encargo, facultades de orden moral que antes le eran vedadas. No obstante, tal reconocimiento podría traer algunas dificultades de orden práctico, en especial en lo que se

---

84. Ley 23 de 1982, artículo 30, literal c).

85. Ley 23 de 1982, artículo 30, literal d).

86. Ley 23 de 1982, artículo 30, literal e).

refiere al derecho de mantener la obra inédita.<sup>87</sup> En efecto, supongamos el caso de un empresario que asume los costos de producción de una obra, contrata al autor para su desarrollo y, en principio, se presume titular de los derechos patrimoniales de tal obra. El empresario querrá obtener un retorno de su inversión explotando la obra lo cual, muy seguramente, incluiría divulgarla. Sin perjuicio de lo anterior, tal como quedó diseñada la norma, el autor podrá, a pesar de la transferencia del derecho patrimonial, oponerse a la divulgación, ya que conserva el derecho de mantener su obra inédita<sup>88</sup>.

Legislaciones como las de Costa Rica,<sup>89</sup> El Salvador,<sup>90</sup> Guatemala,<sup>91</sup> Honduras,<sup>92</sup> México,<sup>93</sup> Perú,<sup>94</sup> Panamá,<sup>95</sup> Paraguay<sup>96</sup> y Venezuela<sup>97</sup> han previsto la anterior situación anotando que: o bien la presunción de transferencia en la obra por encargo implica la autorización para divulgarla o bien la radicación en el encargante del derecho a divulgar. En Colombia no existe disposición normativa en este sentido, razón por la cual, si se quiere evitar posibles conflictos, es recomendable que en el contrato de prestación de servicios de obra por encargo (e incluso en el mismo contrato laboral) se indique expresamente la autorización dada al comitente para divulgar la obra.

Por otra parte, ha de señalarse que la reforma introducida al artículo 20 de la Ley 23 de 1982 otorgó al comitente (o al empleador según el caso) una legitimación para ejercer

---

87. Creemos que frente a los derechos de modificación y retracto no habría inconveniente alguno pues el ejercicio de estos solo puede realizarse a cambio de indemnizar previamente a terceros (como sería el caso del comitente o del empleador) por los perjuicios que se les pudiera ocasionar.

88. Algunos autores como Zea Fernández consideran que “La obra, desde que es objeto del encargo tiene vocación de divulgación o publicación, pues su autor carece del derecho a conservarla inédita y no le es posible ejercer el derecho de retracto”. ZEA FERNÁNDEZ, Guillermo. “El contrato de obra por encargo: fuente, título y modo de adquirir los derechos patrimoniales”. En: *La propiedad inmaterial*, n.º 2, año 2001, p. 126.

89. Decreto No. 24.611-J de 1995, artículo 16.

90. Decreto 604 de 1993, artículo 10.

91. Decreto 33 de 1998, artículo 10.

92. Decreto 4-99-E, artículo 19.

93. Ley Federal del Derecho de Autor de 1996, artículo 83.

94. Decreto Legislativo 822 de 1996, 16.

95. Ley 15 de 1994, artículo 6.

96. Ley 1.328 de 1998, artículo 14.

97. Ley sobre el Derecho de Autor, septiembre 16 de 1993, artículo 59.

acciones cautelares contra infracciones al derecho moral del autor de la obra encargada. Así lo dispuso el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011: “El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones.”

### **Presunción de transferencia en la obra desarrollada en un contrato laboral**

La Ley 1450 de 2011 al reformar, en su artículo 28, el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, dio punto final a una vieja discusión al interior de la doctrina en Colombia, con relación a si existía una presunción de transferencia en el caso de las obras creadas en el marco de un contrato de trabajo. En el año 2003, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado profirió, a instancias del Gobierno Nacional, un concepto donde, entre otras, sostuvo que: “El contrato laboral es un instrumento idóneo para transferir los derechos patrimoniales o derivados de la creación intelectual propia de los derechos de autor”<sup>98</sup>. Pero no solamente se limitó a esto, en su parte motiva, el Consejo de Estado prácticamente consideró que la presunción de transferencia del artículo 20 no solo se aplicaba a las obras realizadas por encargo, a través de un contrato de prestación de servicios, sino que dicha presunción también se predicaba de las obras desarrolladas en el marco de una relación laboral aduciendo, como fundamento principal, el principio del derecho del trabajo según el cual los frutos del trabajo pertenecen al empleador<sup>99</sup>.

Por su parte, la Dirección Nacional de Derecho de Autor sostuvo que el contrato de trabajo por sí mismo considerado, no era suficiente para presumir la transferencia del derecho<sup>100</sup>. Para ello se fundamentaba en la doctrina de Godoy Fajardo, quien al interpretar el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 comentaba:

---

98. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 23 de octubre de 2003. Rad. 1538. C.P. Susana Montes de Echeverri. La reserva legal de este concepto fue levantada el 29 de octubre de 2007.

99. De manera específica, sostuvo el Consejo de Estado que:

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 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.

100. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 2-2006-13249 del 18 de diciembre de 2006. En el mismo sentido pueden consultarse los conceptos 2-2008-2293 del 19 de febrero de 2008, 2-2008-5901 del 6 de mayo de 2008, 2-2009-17600 del 19 de octubre de 2009, 2-2009-22172 del 22 de diciembre de 2009 y 2-2010-17631 del 26 de mayo de 2010. Todos ellos disponibles en: <http://www.derechodeautor.gov.co/>

De la interpretación de este artículo podemos concluir que no es extensible al contrato de trabajo. Lo anterior, porque aunque el texto es ambiguo al utilizar la expresión “contrato de servicios”, al analizarlo en su integridad se concluye que únicamente se refiere al contrato de prestación de servicios, al hablar de la contraprestación económica a que tienen derecho los autores a título de “honorarios”, lo cual es propio de este tipo de contratos.<sup>101</sup>

Bajo esta última óptica, al empleador que quisiera hacerse a los derechos patrimoniales de una obra desarrollada por uno de sus trabajadores no le era suficiente el simple contrato de trabajo para tal fin, pues, debía además pactar expresamente la transferencia del derecho, bien dentro del mismo contrato laboral o bien en un documento paralelo a este. Documentos que en todo caso debían cumplir con las formalidades del antiguo artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

Sin embargo, la anterior discusión parece haber quedado finiquitada, al señalar el legislador del 2011 que en la obra realizada con ocasión de un contrato de trabajo “se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador”. Es evidente, pues, el cambio de posición legislativa, asimilando de esta forma los efectos de la obra desarrollada por trabajadores con la elaborada por encargo.

En ese orden de ideas, los comentarios sobre los requisitos, alcance, límites y ejercicio de los derechos morales que respecto de la presunción de transferencia de la obra por encargo se expusieron, también le serán aplicables a las obras desarrolladas en el marco de un contrato de trabajo<sup>102</sup>. Así las cosas, a efectos de que opere la presunción de transferencia habrán de acreditarse: la existencia de un contrato escrito de trabajo, la elaboración de una obra artística o literaria en cumplimiento de este contrato y, agregaremos, el pago del salario y que la obra hubiera sido ejecutada por cuenta y riesgo del empleador<sup>103</sup>.

Solo quisiéramos resaltar en este punto que, a fin de que opere la presunción de transferencia es necesario que la obra haya sido creada “en cumplimiento” del contrato de trabajo. En esa medida, no basta simplemente con que la obra hubiere sido desarrollada

---

101. GODOY FAJARDO, Carlos Hernán. *El contrato laboral y de prestación de servicios: ¿herramienta idónea para la transferencia de derechos?* Seminario internacional El Derecho de Autor en el Ámbito Universitario. Pontificia Universidad Javeriana, 12 y 13 de agosto de 2004.

102. *Supra* § 3.1.

103. *Supra* § 3.1.1.



por el trabajador durante las horas de trabajo o haciendo uso de las herramientas y bienes del empleador, es necesario, para que opere la presunción de transferencia de derechos, además, que esa creación tenga una relación directa con el objeto y causa del contrato de trabajo. En otras palabras: debe ser resultado directo del cumplimiento de las obligaciones y funciones del trabajador consignadas en el respectivo contrato.

Por lo demás, valga repetir que el ejercicio de los derechos presuntamente transferidos estará limitado, en la medida necesaria, al “ejercicio de las actividades habituales” del empleador en la época de creación de la obra, siendo aplicables en este punto los mismos comentarios que realizamos al respecto, cuando nos referimos a las obras por encargo<sup>104</sup>, así como lo relativo al ejercicio de los derechos morales<sup>105</sup>.

Por último, debe hacerse una aclaración final que no puede perderse de vista: la reforma introducida al artículo 20 de la Ley 23 de 1982, solo opera respecto de las relaciones laborales del sector privado o de los trabajadores oficiales vinculados a través de contrato de trabajo. En consecuencia, esta reforma no altera el régimen de transferencias del derecho de autor respecto de aquellas obras creadas por los empleados públicos, regulado de tiempo atrás en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982. En esta última disposición ya no se habla de una presunción de transmisión, sino de una auténtica cesión legal del derecho: “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”.

## CONCLUSIONES

A modo de conclusión podemos señalar que la Ley 1450 de 2011, en sus artículos 28 y 30 introdujo algunos cambios importantes al régimen legal de transferencia del derecho de autor, de los cuales quisiéramos resaltar los siguientes:

- Redujo el nivel de formalidad de las cesiones por acto entre vivos, pasando de la escritura pública o documento privado reconocido ante notario que exigía el antiguo artículo 183 de la Ley 23 de 1982, a simplemente requerir documento escrito como requisito de la cesión.

---

104. Supra § 3.1.2.

105. Supra § 3.1.3.

- Amplió la presunción de transferencia de la obra por encargo a las obras realizadas en el marco de un contrato de trabajo, lo cual responde a una realidad económica y la lógica del mercado, donde se hace necesario que los empleadores tengan un mayor grado de seguridad respecto del ejercicio de derechos de obras desarrolladas por sus trabajadores.
- Incluyó normas de orden supletorio que limitan, salvo pacto en contrario, la duración y efectos territoriales de las cesiones de derecho. En similar sentido, aun cuando no del todo afortunado, limitó el ejercicio de los derechos por parte del encargante o del empleador “en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra”.
- Amplió el reconocimiento de derechos morales a los autores de obras por encargo.

No obstante lo anterior, la pregunta que podríamos hacernos es: ¿esta reforma es suficiente para garantizar una adecuada protección a los autores? Formalmente, al incluirse en la Plan Nacional de Desarrollo, la norma pretendía promover la innovación como estrategia de crecimiento sostenible y competitividad. En todo caso vale preguntarse si fue suficiente o si se requería una reforma más estructural al régimen de transferencias del derecho de autor.

Lo anterior viene al caso pues la legislación colombiana en derecho de autor es tal vez una de las más completas del mundo. El país hace parte de los principales acuerdos internacionales que rigen la materia y reconoce una amplia gama de principios protectores y de derechos morales y patrimoniales. Existe una institucionalidad, liderada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, que promueve y difunde en el territorio la importancia estratégica de proteger a los creadores. Pero, a pesar de ello, se percibe que, el estar tan sujeto a la autonomía privada de la voluntad la disposición y titularidad del derecho, ha sido, en algunos casos, un arma de doble filo para los autores.

Un precedente de este tipo lo marcó la Sentencia T-367 de 2009 de la Corte Constitucional<sup>106</sup>, donde dicha corporación hizo una llamado de atención “en la celebración

---

106. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia T-367 del 26 de mayo de 2009. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/>.

En este caso, la Corte conoció, vía una acción constitucional de tutela o de amparo, el caso de tal vez uno de los más importantes autores del folclore colombiano: Rafael Calixto Escalona Martínez, quien solicitaba la protección de sus derechos fundamentales y la rescisión de un contrato de edición-cesión suscrito con una casa editorial, pues en su decir: “la gestión desarrollada por la firma

de los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor en cuanto deben partir y propender en su desarrollo y ejecución por garantizar las condiciones materiales mínimas de subsistencia para los autores en orden a la seguridad social que les asiste y dadas las particulares condiciones de indefensión en que puedan encontrarse”. A renglón seguido manifestó su preocupación “en torno a la legislación existente sobre los derechos patrimoniales de autor” pues, según dijo la Corte: “Encuentra concretamente que se trata de un ordenamiento jurídico de vieja data que no se acompasa con las necesidades actuales de la población artística y mucho menos con la protección del mínimo vital”. Y finalmente, en la parte resolutive de la providencia, exhortó al Gobierno Nacional “para que gestionen la actualización de la legislación sobre derechos de autor en orden a garantizar la seguridad social de los artistas en Colombia, en consonancia con los parámetros constitucionales e internacionales de derechos humanos”. (Subrayado fuera de texto).

No parecería entonces muy claro que las reformas introducidas apunten a los requerimientos señalados por la Corte Constitucional en el año 2009. El autor de este ensayo considera que hace falta aún profundizar en la reforma al régimen de transferencias, dirigiendo los esfuerzos a estructurar un sistema que, sin perder de vista el carácter privado del derecho de autor, establezca herramientas que eviten en lo posible, que amparados en una aparente autonomía de la voluntad, los autores terminen, vía contrato, renunciando a la totalidad de los derechos y prerrogativas que la ley les ha reconocido o sujetos a contratos claramente leoninos.

Creemos que un adecuado sistema de régimen de transferencias del derecho de autor debería considerar aspectos como:

- Fortalecer y profundizar en el reconocimiento de principios (tales como la independencia de las formas de uso, interpretación restrictiva, in dubio pro auctore, presunción de onerosidad), más que una regulación fundada en la casuística.
- Disponer como sanción la ineficacia de las estipulaciones contractuales de normal uso en nuestro medio, las cuales son claramente lesivas a los intereses de los autores. Como por ejemplo: aquellas en las cuales el autor dispone o cede todas las formas de explotación, incluidas aquellas conocidas o por conocer; o aquellas estipulacio-

---

accionada carecía de diligencia, en la medida que no se había adelantado una labor tendiente a obtener la mayor promoción, difusión, explotación comercial y divulgación de dichas obras musicales, lo que se hace manifiesto en los escasos resultados económicos obtenidos. Además señaló que la firma accionada no era puntual en la entrega de los informes o reportes de regalías percibidas por la explotación de sus obras. Todo ello en su opinión vulneraba el mínimo vital”.

nes en las cuales el autor enajena a perpetuidad sus derechos, negando cualquier posibilidad de retorno de los mismos a él o a sus herederos.

- Señalar plazos máximos dentro de los cuales se puede pactar la cesión de derechos o términos improrrogables dentro de los cuales los empleadores o comitentes pudieran ejercer los derechos presuntamente transferidos, garantizando que quien asuma los costos y riesgos de producción cuente con un plazo razonable para el retorno de su inversión, pero que agotado este plazo, los derechos puedan indefectiblemente retornar al autor o a sus herederos, sin que haya lugar a evadir este plazo a través de pactos contractuales en contrario.
- Otorgar a los autores, a sus herederos o a los organismos que los agrupen, mayores herramientas y facultades que les permitan ejercer un efectivo control sobre las cuentas periódicas que por concepto de regalías deben rendir algunos editores y sectores empresariales, que contractualmente se lucran de las obras artísticas o literarias.
- Pensar, a efectos de garantizar una mayor competitividad, que algunos sectores o industrias creativas estuvieran sujetos a regímenes especiales de transferencias, mucho más flexibles al común –como podría ser el caso de la industria del software, la publicidad, el cine o la televisión, solo para poner algunos ejemplos–, pero condicionados a que dichos regímenes estén fundados en evidencias objetivas que demostrasen que un modelo de protección más enfocado al capital que al creador pudiera garantizar mayor crecimiento, generación de empleo y bienestar para los mismos creadores.

Hoy día muchas voces se levantan en contra del derecho de autor, algunas de las cuales desconocen la importancia que para la cultura y la economía de un país implica un adecuado y eficiente modelo de protección de la creación intelectual. Una estrategia para enfrentar estos nuevos discursos es reforzar la legitimidad social de la protección al autor, y para ello resulta imprescindible dejar claro ante el conglomerado social que lo más importante para el derecho de autor es y debe seguir siendo el autor mismo. No puede hacer carrera el hecho de que, fundado en la libertad contractual, el centro de gravedad del derecho de autor se traslade a otros sectores diferentes al creador. Si se quiere lograr ese alto grado de legitimidad social, evidentemente vamos a necesitar un régimen de transferencias que no pierda de vista el papel protagónico del autor en el derecho de autor.

## BIBLIOGRAFÍA

- CENTRO REGIONAL PARA EL FOMENTO DEL LIBRO EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CERLALC). *Derecho de Autor Regional* (en línea). <http://www.cerlalc.org/>. Consultado en 20 de julio de 2012.
- DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. *Conceptos Jurídicos* (en línea). <http://www.derechodeautor.gov.co>. Citado en 20 de julio de 2012.
- GODOY FAJARDO, Carlos Hernán. *El contrato laboral y de prestación de servicios: ¿herramienta idónea para la transferencia de derechos?* Seminario internacional El Derecho de Autor en el Ámbito Universitario. Pontificia Universidad Javeriana, 12 y 13 de agosto de 2004.
- LIPSZYC, Delia. 1993. *Derecho de autor y derechos conexos*. Bogotá D.C.: Unesco, CERLALC y Zavalía S.A.
- PLAZAS, Arcadio. 1984. *Estudios sobre derecho de autor. Reforma legal colombiana*. Bogotá D.C.: Temis.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. 1997. *Manual de obligaciones*. Teoría 1 del acto jurídico y otras fuentes. Bogotá D.C.: Temis.
- URIBE CORZO, María Carolina. 2006-2007. “El derecho de autor en las obras creadas por encargo y en el marco de una relación laboral”. En: *La propiedad inmaterial*. Número 10 y 11. Páginas 45-70.
- VALDÉS ALONSO, Alberto. 2001. *Propiedad intelectual y relación de trabajo. (La transmisión de los derechos de propiedad intelectual a través de contratos de trabajo: artistas, programadores informáticos y producción audiovisual)*. Madrid: Civitas.
- VEGA JARAMILLO, Alfredo. 2010. *Manual de derecho de autor*. Dirección Nacional de Derecho de Autor. Bogotá. Disponible en: [www.derechodeautor.gov.co](http://www.derechodeautor.gov.co).
- VEGA VEGA, Juan Antonio. 1990. *Derecho de autor*. Madrid: Tecnos.
- ZEA FERNÁNDEZ, Guillermo. 2001. “El contrato de obra por encargo: fuente, título y modo de adquirir los derechos patrimoniales”. En: *La propiedad inmaterial*. Número 2, año 2001. Páginas 117-126.

Agosto 10 de 2012