



MEMORANDO

PARA : LUZ MERY GUZMAN LAMPREA
Coordinadora Sede B

DE : CAMILO BLANCO LÓPEZ
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: 18/11/2015

ASUNTO: Su solicitud de concepto sobre venta de material de autoría docente E-2015- 173386

Respetada Coordinadora.

Este despacho procederá a emitir concepto, de acuerdo con lo establecido en los literales A y B¹ del artículo 8 del Decreto Distrital 330/08, y en los términos establecidos en el artículo 28 del C.P.A.C.A., según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

I. FUENTE FORMAL

Constitución Política

Ley 23 de 1982, modificada por la Ley 1520 de 2012

Conceptos de la Dirección Nacional de Derechos de autor

II. DESCRIPTORES

¹ Artículo 8º Oficina Asesora de Jurídica. Son funciones de la Oficina Asesora de Jurídica las siguientes:

- A.** Asesorar y apoyar en materia jurídica al Despacho del Secretario y demás dependencias de la SED.
- B.** Conceptuar sobre los asuntos de carácter jurídico que le sean consultados por las dependencias de la SED y apoyarlas en la resolución de recursos."

Derechos de autor.

III. ANTECEDENTES

Mediante radicado E- 2015-173386 se ha remitido a este despacho el correo electrónico, donde la solicitante observa: "El caso es que un docente es autor de un valioso material didáctico que está siendo promocionado por la editorial que lo está publicando. Sin embargo a él le dijeron que si lo compraban colegios oficiales podría tener dificultades fiscales con el estado.

Esa es la razón de la consulta. Pues yo quiero dar una respuesta acorde con las normas legales"

VI. PROBLEMA JURÍDICO

No obstante no ser clara la consulta, el despacho considera que el problema jurídico que enmarca la misma se puede determinar de la siguiente forma:

¿A quién pertenecen los derechos, de un material didáctico efectuado por un docente de una institución educativa oficial?

V. RESPECTO A LOS DERECHOS DE AUTOR.

Considera la Corte Constitucional en sentencia C- 276 de 1996² que el objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra, esto es "...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida." ². Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades; cosa distinta es el registro que de ellas lleve el Estado, en el caso colombiano denominado Registro Nacional de Derechos de Autor, el cual tiene fines específicos de publicidad y seguridad jurídica, según se consigna de manera expresa en el artículo 193 de la ley 23 de 1982.

El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales, en tanto creaciones originarias o primigenias (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también en los últimos tiempos los programas de computador), o creaciones derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, arreglos musicales etc.). En la legislación colombiana, se incorporó la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, cuyo artículo 4 contiene una enumeración *ejemplificativa*, no *taxativa*, de la obras protegidas, la cual incluye, en el literal f), las obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento, a las cuales se refieren las disposiciones que impugna la actora.

² M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez

Al respecto determina el artículo 2° de la Ley 1520 de 2012³ que modifica el artículo 8° de la Ley 23 de 1982, que se entiende por autor la persona física que se realiza la creación intelectual, que una copia o ejemplar es el soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción; que el derechohabiente es la Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente ley; que la distribución *al público* es la Puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma; que *la divulgación* es Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento; que la obra es toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma; y que la *Titularidad es la Calidad* del titular de derechos reconocidos por la presente ley.

En ese contexto el Régimen jurídico a través del cual los autores pueden invocar la protección de los derechos que se desprenden de sus obras, también denominado derechos de autor, tiene dos componentes objeto de protección, a saber: Los derechos patrimoniales y los derechos morales, que se encuentran regulados en la legislación colombiana, así:

1. Los artículos 11 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 30 de la Ley 23 de 1982, consagran los denominados derechos morales. De acuerdo con estas normas, el autor de una obra tiene sobre ésta el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de⁴:

- a) Conservar la obra inédita o divulgarla;
- b) Revindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,
- c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

A la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a su derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

2. Por su parte, los artículos 13 de la misma Decisión andina 351 de 1993 y 12 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 5° de la ley 1520 de 2012, regulan los derechos patrimoniales. Estableciendo que el autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir :

- “a) La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica;

³ Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del "Acuerdo de Promoción Comercial", suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su "Protocolo Modificatorio, en el Marco de la Política de Comercio Exterior e Integración Económica".

⁴ Estos son los denominados derechos morales e autor

- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija;
- c) La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad;
- d) La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio, incluyendo la transmisión por medios electrónicos, sin perjuicio de lo dispuesto en la Decisión Andina 351 de 1993;
- e) El alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras.

La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra"

B. Transmisión en virtud de la ley.

✓ Obras creadas por servidores públicos.

De conformidad con el artículo 91 de la citada Ley 23 de 1982, los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, son de propiedad de la entidad pública correspondiente. Exceptuándose las lecciones o conferencias de los profesores.

Además dispone la norma que "los derechos morales serán ejercidos por los autores, el cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas."

✓ Obras colectivas.

Por otro lado, sobre la propiedad de las Obras colectivas producidas por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordina, divulga y publica bajo su nombre, el artículo 92 de la Ley 23 de 1982, establece que el titular de los derechos de autor será el editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo se realizan los aportes de las personas naturales que contribuyen en las obras colectivas creadas dentro de un contrato laboral o de arrendamiento de servicios, en las que sea imposible identificar el aporte individual de cada participante.

B.2 Transmisión en virtud de acuerdos o contratos.

✓ Contrato de cesión de derechos.

La Oficina Nacional de Derechos de Autor⁵ se ha pronunciado sobre la cesión de los derechos patrimoniales de autor en los siguientes términos:

⁵ Concepto publicado en la Página Web www.derautor.gov.co

“La cesión es un contrato por medio del cual, el autor o titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente sus derechos a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración, o sin ella. Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, tiene como característica principal que el cedente se desprende de los derechos, convirtiéndose al cesionario, por virtud de la transferencia, en el nuevo titular o titular derivado.

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

Ahora bien, si los contratantes desean hacer oponible a terceros estos contratos, deberán inscribirlos en el Registro Nacional de Derecho de Autor.

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

✓ Obras por encargo.

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011 regula el tema de la obra por encargo de la siguiente forma:

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”.

- Sobre el régimen de transferencias conviene citar el concepto de la Dirección Nacional de Derechos de autor⁶:

“III. RÉGIMEN DE TRANSFERENCIAS

Ahora bien, como se ha dicho anteriormente, a pesar de que los derechos morales son intransferibles y siempre estarán en cabeza del titular originario o creador de la obra, una persona natural o jurídica diferente al autor puede detentar la titularidad derivada de los derechos patrimoniales cuando los ha adquirido bien sea por acto entre vivos, por causa de muerte o por disposición legal.

Entre las diferentes formas de transmisión del derecho encontramos tres que pueden ser de su interés. Ellas son: el contrato de cesión o transferencia de derecho de autor, la cesión por ministerio de la Ley de las obras

⁶ Concepto 16285 del 15 de abril de 2014

desarrolladas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y la obra por encargo. Brevemente nos permitimos hacer algunas consideraciones sobre estas instituciones:

1. Contrato de cesión o transferencia de derechos

Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982 y modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, tiene como característica principal que el cedente se desprende de sus derechos patrimoniales, convirtiéndolo al cesionario, por virtud de la transferencia en el titular derivado.

De acuerdo con el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, se establece "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.

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".

Con lo cual se debe entender que la única solemnidad que exige la ley, es que la cesión se haga por escrito.

Estos contratos que implican enajenación total o parcial según lo pactado entre las partes intervinientes en la cesión, del mismo modo, los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor deben ser inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor, a efectos de ser oponibles frente a terceros.

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

Así mismo, toda cesión de obra futura que se realiza de forma general y/o indeterminada, o que restrinja la producción intelectual futura, será sancionada por inexistencia en virtud de lo establecido por el artículo 898 del Código de Comercio.

2. Obra por encargo

El artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, regula este tema de la siguiente forma:

"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"[4].

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

- Que exista un contrato de prestación de servicios o un contrato de trabajo entre el autor y quien encarga la elaboración de la obra[5] en el marco del cual se efectuó la creación artística o literaria.
- El contrato de trabajo o de prestación de servicios debe constar por escrito.
- La transferencia de derechos patrimoniales a favor del encargante se entienden concedida "en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra.

Finalmente, es preciso señalar que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, la regulación de la obra por encargo era sustancialmente diferente, estableciéndose las siguientes condiciones para que operara la transferencia de derechos:

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

Por tanto, para que operara la presunción establecida en la citada disposición, era preciso que se presentaran los siguientes supuestos:

· Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra. Es preciso aclarar que la presunción establecida en la norma en comento, opera siempre que la obra se elabore en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, quedando excluida cualquier otra forma de relación contractual como sería el caso del contrato de trabajo.

· Que 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.

3. Transferencia por disposición legal

Determinados y específicos tipos de obras han sido de especial interés para el legislador, por esta razón directamente ha decidido radicar la titularidad patrimonial derivada, no en cabeza de sus autores, sino directamente sobre otras personas que ha considerado idóneas para ejercer los derechos patrimoniales.

En otros casos, el mismo legislador ha determinado que bajo ciertas circunstancias de hecho, se puede deducir salvo que se pruebe lo contrario, que los derechos patrimoniales estarán en cabeza de una tercera persona diferente del autor. Cuando estamos ante la primera situación estamos ante una cesión por mandato simplemente legal, y en el segundo caso se tratará de una presunción.

Uno de los eventos en los cuales la ley otorga directamente la titularidad derivada de las obras a terceros es el caso previsto en el artículo 91 de la ley 23 de 1982 el cual establece:

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

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

Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas"[6].

Es así como, en virtud de la disposición legal antes enunciada, se radica en cabeza de la entidad pública respectiva, las obras que haga el servidor público en ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias.

IV. CONCLUSIONES

Descendiendo al objeto de su consulta, y de acuerdo con las consideraciones anteriormente expuestas, es válido deducir las siguientes conclusiones:

· El objeto de protección del Derecho de Autor son las obras artísticas o literarias, entendiéndose por estas toda creación intelectual, original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma

· El Derecho de Autor no protege las ideas, sino la forma como estas son descritas, explicadas e ilustradas por el autor.

· Se debe observar las características del "material técnico" mencionado en comunicación radicada en esta Entidad, para saber si cumple con los requisitos de una obra, objeto de protección del Derecho de Autor, o si más bien merece otro tipo de protección como la contenida bajo la Propiedad Industrial, materia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Si bien los derechos morales no son transferibles, los derechos patrimoniales de autor se pueden transferir bajo tres modalidades: contrato de cesión, obra por encargo y transferencia por disposición legal." (subrayado fuera de texto).

C. Acciones para la protección de derechos de autor.

Sobre las acciones que pueden emprender los autores cuando consideren que sus derechos han sido vulnerados, la Oficina Nacional de Derechos de autor de Colombia ha considerado lo siguiente⁷:

“Los creadores, los titulares de derecho de autor y los titulares de derechos conexos, se entienden legitimados para exigir el cumplimiento de sus derechos a través de acciones civiles las cuales le permiten, a través de un abogado, presentar en una demanda sus pretensiones con el fin de que un juez de la República resuelva las cuestiones que se susciten con motivo del ejercicio de sus prerrogativas.(Artículo 242 de la Ley 23 de 1982). Este tipo de acciones deben ser instauradas ante la jurisdicción civil y dependiendo de la cuantía de sus pretensiones serán atendidas por jueces civiles municipales o del circuito.

Así mismo cuentan con la posibilidad de acudir al uso de acciones penales, por virtud de las cuales los interesados que vean afectados sus derechos pueden formalizar a través de una denuncia sus pretensiones de sancionar penalmente a quienes incurran en alguna de las acciones tipificadas....”

VI. FRENTE A LOS DERECHOS DE AUTOR DEL MATERIAL DIDACTICO OBJETO DE CONSULTA.

De conformidad con lo anterior, se tiene:

1. El objeto que protege los derechos de autor, son la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.
2. El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales, en tanto creaciones originarias o primigenias (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también en los últimos tiempos los programas de computador), o creaciones derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, arreglos musicales etc.
3. De conformidad con el artículo 2° de la Ley 1520 de 2012 que modifica el artículo 8° de la Ley 23 de 1982, se entiende por autor la persona física que se realiza la creación intelectual.
4. En ese contexto, el Régimen jurídico a través del cual los autores pueden invocar la protección de los derechos que se desprenden de sus obras, también denominado derechos de autor, tiene dos componentes objeto de protección, a saber: Los derechos patrimoniales y los derechos morales, que se encuentran regulados en la legislación colombiana.
5. Entre las diferentes formas de transmisión del derecho, se encuentra: el contrato de cesión o transferencia de derecho de autor, la cesión por ministerio de la Ley de las obras desarrolladas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y la obra por encargo.

⁷ Estos son los llamados derechos patrimoniales de autor.

Así las cosas, una vez aborda este despacho el estudio de la consulta materia de examen, no obstante no haber plena claridad en la misma, considera que versa una cesión por ministerio de la ley, así de conformidad con el artículo 91 de la citada Ley 23 de 1982, de haberse producido el material didáctico, objeto de consulta, por un docente oficial en el marco de sus deberes constitucionales y legales, los derechos patrimoniales de autor sobre dicha obra pertenecen a la Secretaría de Educación Distrital, salvo que el material didáctico consista en lecciones o conferencias.

Así, los derechos morales serán ejercidos por el docente, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de la SED.

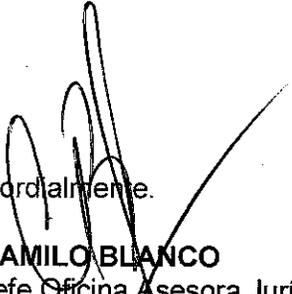
De conformidad con lo anterior, de haberse producido el material didáctico en el marco de las funciones del docente de institución educativa oficial, la consulta se enmarca en la forma de transmisión denominada "cesión por ministerio de la ley", en cuyo caso, los derechos patrimoniales sobre la obra expresados en su reproducción; la comunicación al público; la distribución; la venta o el alquiler de la obra, entre otros, son derechos exclusivos de la SED.

CONCLUSIÓN

De conformidad con lo anterior, de haberse producido el material didáctico en el marco de las funciones del docente de institución educativa oficial, la consulta se enmarca en la forma de transmisión denominada "cesión por ministerio de la ley", en cuyo caso, los derechos patrimoniales sobre la obra expresados en su reproducción; la comunicación al público; distribución; la venta o el alquiler de la obra, entre otros, son derechos exclusivos de la SED.

Este despacho, rinde concepto extractando los elementos de la consulta y de acuerdo con lo establecido en los literales A y B del artículo 8 del Decreto Distrital 330/08, y en los términos establecidos en el artículo 28 del C.P.A.C.A., según el cual, por regla general, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente.


CAMILO BLANCO
Jefe Oficina Asesora Jurídica
Preparó: Marcela Guerrero
Radicado E-2015-173386

