



I-2015-49291

15 SEP 2015

MEMORANDO

PARA : **JOHNNY EDWARD PADILLA ARIZA**
Director de Construcción y Conservación de establecimientos
Educativos

DE : **CAMILO BLANCO LÓPEZ**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

FECHA: 10/09/2015

ASUNTO: Su solicitud de concepto sobre derechos de autor del contrato
interadministrativo N° 182 de 2004. Radicado I- 2015- 41185

Respetado doctor;

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

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."

Handwritten notes:
C/ Leo B1
JOHANA B
SEPT 15/15
9:58 AM

II. DESCRIPTORES

Derechos de autor.

III. ANTECEDENTES

Mediante radicado I- 2015-41185 se ha solicitado a este despacho concepto sobre derechos de autor en el marco del contrato interadministrativo N° 182 de 2004 suscrito entre la SED y la Universidad Nacional de Colombia, que tiene por objeto: "realizar los trabajos de consultoría de acuerdo con los estándares básicos, plan maestro de equipamiento establecidos por la SED que se generen dentro del proceso de implementación del escenario de Bogotá: una gran escuela, para las instituciones educativas ubicadas en la totalidad del distrito capital y asignadas por la SED, incluida la gerencia de proyectos en tres fases (planeación, control y supervisión y liquidación) que incluye las actividades de planeación, control, dirección, liquidación, seguimiento, cumplimiento de calidad de todos los procesos y contratos involucrados en la puesta en funcionamiento."

Para pronunciarse de fondo este despacho solicitó se remita copia del contrato materia de consulta, con todos sus modificatorios, por lo que con el oficio I- 2015-45187 del 26 de agosto se remitió a esta oficina 12 carpetas contentivas del documentos relacionados con el contrato 182 de 2004. Una vez se revisa dicha documentación y en el entendido de que en ella reposa toda la información concerniente al contrato, este despacho procede a pronunciarse de fondo respecto a los derechos de propiedad intelectual en el marco del contrato 182 de 2004,

VI. PROBLEMA JURÍDICO

¿En el caso del contrato de consultoría N° 182 del 30 de diciembre de 2004, se dan las condiciones para que se dé la presunción determinada por el artículo 20 de la ley 23 de 1982?

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

² M.P. Julio Cesar Ortiz Gutiérrez

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.

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,

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

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;

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:

"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, convirtiendo 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.**

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

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 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, convirtiendo al cesionario, por virtud de la transferencia en el titular derivado.

De acuerdo con el artículo 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.

⁶ Concepto 16285 del 15 de abril de 2014

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, entendiendo 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).

● DOCTRINA SOBRE LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA OBRA POR ENCARGO⁷:

REQUISITOS ESENCIALES PARA LA EXISTENCIA DE UNA OBRA CREADA POR ENCARGO.

"El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 señala los elementos esenciales para la existencia de la obra creada por encargo y en consecuencia, pueda operar válidamente la presunción legal de cesión. Al momento de verificarse la existencia de todos y cada uno de los requisitos que emanan del artículo 20, la ley presume que los derechos de carácter patrimonial sobre la creación intelectual se radican en cabeza de quien encargó la obra. Son considerados como requisitos esenciales los siguientes:

< Un contrato de prestación de servicios celebrado entre el autor de la obra y quien la encarga. Al respecto la Dirección Nacional de Derecho de Autor señala 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."

< Una persona natural o jurídica encargante.

< Uno o varios autores encargados.

⁷ Ver, EL DERECHO DE AUTOR EN LAS OBRAS CREADAS POR ENCARGO Y EN EL MARCO DE UNA RELACIÓN LABORAL. María Carolina Uribe Corzo

< Un encargo. Este es el objeto del contrato de prestación de servicios y consiste en la elaboración de una obra según plan señalado por una persona natural o jurídica y por su cuenta y riesgo. Lo anterior nos lleva a resaltar que la obra creada por encargo, tal como lo señala la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, es una obra que no ha sido creada por el autor al momento del contrato de prestación de servicios, y sólo es creada en virtud de una serie de instrucciones dadas por el contratante, quien asume los riesgos y gastos de la obra intelectual. Así las cosas, se puede concluir que la obra por encargo se destaca por dos aspectos principalmente: 1. la obra no existe al momento de la celebración del acuerdo; y 2. la obra será creada por el autor siguiendo los parámetros e instrucciones otorgadas por el comitente. Estas características son ajenas a la creación intelectual fruto de la iniciativa exclusiva de su autor y así lo entiende el Consejo de Estado al señalar que la creación y transferencia de la obra creada por encargo son especiales y difieren del régimen general

Adicionalmente, resaltamos que si bien el artículo 129 de la Ley 23 de 1982 establece la nulidad de la estipulación en la que el autor compromete de modo general o indeterminadamente su producción futura, la contratación de una obra por encargo no se encuentra afectada de nulidad por cuanto las características esenciales de ésta son señaladas en el contrato. La prohibición legal de comprometer la obra futura no se debe aplicar de manera extensiva a todos los contratos de cesión, se debe tener en cuenta que en el caso de la obra creada por encargo es la misma ley la que estipula la forma y efectos de la cesión de derechos. No obstante lo anterior es importante que el contratante determine de la manera más precisa los elementos esenciales de la obra.

< Un plan señalado por la persona que encarga la obra. Para que la obra sea considerada creada por encargo, su autor, en el proceso de creación, debe acatar o sujetarse a una serie de instrucciones proporcionadas, ya sea previamente o en el transcurso del contrato, por el contratante, quien con éstas busca definir las características de la obra que pretende obtener con el encargo. Resulta importante resaltar que la ausencia de ese plan, como de cualquier otro requisito esencial, dejaría sin efecto la presunción establecida en el artículo 20 de la ley y en consecuencia los derechos sobre la obra, tanto morales como patrimoniales, se radicarán en cabeza de su autor. Al respecto el profesor Guillermo Zea señala que "...para que un contrato de obra por encargo sea herramienta jurídica idónea para garantizarle a una persona encargante la titularidad de los derechos patrimoniales de autor sobre una obra a crearse en el futuro, tendrá éste -el encargante- que indicarle al encargado las ideas y el contenido conceptual que determinarán la creación de la obra, pues de lo contrario estaríamos frente a un contrato ineficaz por ausencia de uno de sus elementos esenciales."

Si bien es cierto que el plan que señala el contratante es indispensable para efectos de determinar la titularidad de la obra creada por encargo, también lo es que la elaboración del plan no es razón suficiente para que el comitente sea considerado su autor; como se tuvo la oportunidad de mencionar, el comitente siempre será considerado titular derivado de los derechos sobre la creación. Recordemos que las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas no son objeto de protección del derecho de autor, por el contrario, se protege de manera exclusiva la forma como éstas son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras, labor que realiza esencialmente el autor.

< La ejecución del contrato por cuenta y riesgo del contratante. Además de ser elaborada la obra según el plan señalado por el contratante, los costos corren por su cuenta y riesgo, lo que supone que quien encarga la obra debe suministrar todos los recursos necesarios para su producción.

< La fijación de los honorarios. La ley señala que el autor de la obra creada por encargo solo percibirá los honorarios pactados en el respectivo contrato. Al ser estos la única contraprestación que recibirá el autor por su obra es importante que exista certeza sobre su monto y estipulación.

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 siguiente⁸:

"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

⁸ Estos son los llamados derechos patrimoniales de autor.

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 EN EL MARCO DEL CONTRATO 182 DE 2004

De conformidad con lo determinado por la Dirección Nacional de Derechos de autor, una vez se analizan las cláusulas del contrato 182 de 2004, encuentra este despacho que se debe estudiar si estamos frente a la transmisión de derechos de la obra por encargo, dado que el acuerdo de voluntades, objeto de análisis se firmó en el año 2004, es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011. En consecuencia, el contrato 182 de 2004 se rige bajo lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 23 de 1982, según el cual las siguientes, son las condiciones para que opere 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, 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)⁹

⁹ El artículo 30 de la Ley 23 de 1982 determina: **Artículo 30º.**- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:

- A. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 (modificado por el artículo 5 de la ley 1520 de 2012) de esta Ley.
- B. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;
- C. A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;
- D. A modificarla, antes o después de su publicación;
- E. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada.

Parágrafo 1º.- Los derechos anteriores no pueden ser renunciados ni cedidos. Los autores al transferir o 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.

Parágrafo 2º.- A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.

Parágrafo 3º.- La defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales.

Parágrafo 4º.- Los derechos mencionados en los numerales d) y e) solo podrán ejercitarse a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar

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

1. Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra¹⁰. 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.
2. Que el autor perciba efectivamente los honorarios pactados por la elaboración de la obra.
3. 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.
4. 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.

Así las cosas, este despacho procederá a estudiar si en el caso del contrato interadministrativo 182 de 2004 se cumplen los presupuestos para que opere la presunción determinada por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, a saber:

1. Existe un contrato interadministrativo de consultoría entre la SED y la Universidad Nacional de Colombia que tiene por objeto: "Realizar los trabajos de consultoría, de acuerdo con los estándares básicos, plan maestro de equipamientos establecidos por la SED, que se generen dentro del proceso de implementación del escenario "Bogotá: Una gran Escuela" para las instituciones educativas ubicadas en la totalidad de las localidades del Distrito Capital y asignadas por la SECRETARIA DE EDUCACIÓN, incluida la Gerencia de proyectos en tres fases (PLANEACIÓN, CONTROL, SUPERVISIÓN Y LIQUIDACIÓN) involucrados en la puesta en funcionamiento. Objeto que tiene un alcance determinado en el contrato así: la consultoría comprende la realización de estudios técnico, los cuales deberán contemplar las especificaciones técnicas descritas:....I. Levantamiento topográfico.; II. estudio de suelos y recomendaciones de cimentación; III. diseño arquitectónico; IV. diseño estructural; V. diseño Hidráulico, VI. diseño eléctrico, telefónico y de voz y datos; VII. cantidades de obra, presupuesto y especificaciones de construcción, VIII. programación de obra.

¹⁰ Debe indicarse que para el manual de derechos de autor de la Dirección Nacional de derechos de autor, el contrato de prestación de servicios, es el contrato por medio del cual una persona natural o jurídica acuerda con uno o varios autores la elaboración de una obra sobre un tema específico. En este contrato se crea un bien intelectual y la titularidad de los derechos patrimoniales se radica en cabeza del contratista, quien es la persona por cuya cuenta y riesgo y conforme al plan por ella señalado, se elabora la obra.

2. El valor del contrato se pactó por Un Mil Treinta y dos millones seiscientos ochenta y seis mil ciento sesenta y seis pesos (1.132.686.166)
3. De conformidad con el clausulado del contrato la SED en el contrato 182 de 2004 asume los costos y determina los elementos necesarios para que se realice la consultoría y con ella sus productos.
4. De conformidad con el clausulado la SED determina las condiciones y especificaciones técnicas del levantamiento topográfico, del estudio de suelos, del diseño arquitectónico, del diseño estructural, del diseño hidráulico, del eléctrico, etc.

Así las cosas, considera este despacho, que en el caso del contrato 182 de 2004 se dan las condiciones para que opere la presunción del artículo 20 de la Ley 23 de 1982, esto es, se entiende, dado el clausulado del mencionado contrato y que no se pactó estipulación en contrario, que la Universidad Nacional de Colombia transfirió los derechos patrimoniales sobre los productos del contrato en mención, pero conserva sobre ellos las prerrogativas de Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de la ley 23 de 1982 el cual fue modificado por el artículo 5 de la ley 1520 de 2012 y a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto.

No obstante debe tenerse presente, dado el objeto del contrato 182 de 2004, lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 23 de 1982, según el cual:

"El autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada".

Norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C- 871 de 2010, donde dicha Corporación manifestó.

"En síntesis, la Corte debe definir si la restricción del artículo de la Ley 23 de 1982, es decir, permitir al propietario de un bien inmueble modificar la obra sin el consentimiento del arquitecto, vulnera la protección a la propiedad intelectual reconocida por el artículo 61 de la Constitución Política. En particular, se deberá establecer si se desconoce el derecho moral del arquitecto a mantener la integridad de su obra, en violación del derecho a la igualdad, comoquiera que dicha facultad es reconocida a los demás creadores de obras de carácter artístico y literario.

En términos doctrinales, la tratadista argentina Delia Lipszyc plantea el problema de la siguiente forma: "Los autores de obras de arquitectura gozan de derechos morales y patrimoniales. // En relación con los derechos morales, pueden exigir que su nombre figure en la fachada del edificio y en las obras relativas a este (derecho de paternidad). En cuanto al derecho a la integridad de la obra, se trata de una cuestión muy delicada. Por un lado, es razonable que el propietario del edificio pueda realizar algunas modificaciones de orden práctico o técnico que sean necesarias para su utilización. Por otro lado es igualmente razonable que el autor de la obra tenga derecho a prohibir toda deformación, mutilación, modificación o atentado a la misma que resulten perjudiciales a su honor o reputación. Igualmente razonable es que si a pesar de la prohibición del autor de la obra o sin su consentimiento se ejecuta la modificación o atentado, la persona responsable puede ser obligada, según las circunstancias, a restablecer las cosas a su estado anterior o bien a indemnizar los daños. En este último supuesto, el autor tiene derecho a exigir que su nombre se desvincule de la obra. Lo

decisivo de la cuestión residirá en la relación que exista entre el carácter y la entidad de las modificaciones y el derecho de autor a la integridad de la obra.¹¹

Las preguntas que surgen entonces son: ¿por qué el legislador decidió limitar el derecho moral del arquitecto? y ¿qué otros bienes constitucionalmente protegidos, diferentes a la propiedad intelectual, está salvaguardando al permitir la alteración de la obra arquitectónica por un sujeto diferente al autor? En otras palabras, ¿quién o quiénes se benefician con la restricción prevista en la norma demandada, y si ese beneficio es constitucionalmente admisible.

27. Para dar respuesta a estos cuestionamientos la Corte analizará el contenido del artículo 43 de la Ley 23 de 1982 a partir de la denominada "regla de los tres pasos":

- (i) La limitación debe ser legal y taxativa, es decir, existe una preocupación por el sujeto activo que debe determinar la limitación, así como la idea de que aquella constará de manera precisa en una ley.

En cuanto al artículo 43 de la Ley 23 de 1982, es claro que fue proferido por la autoridad competente en el marco de la regulación integral del derecho de autor y los derechos conexos, específicamente en el acápite de limitaciones y excepciones. De ahí, que sea consecuente inferir que se cumple con el primer paso pues la medida es legal y taxativa.

- (ii) La aplicación de la limitación no debe atentar contra la normal explotación de la obra.

En relación con la normal explotación de la obra, la Corte advierte que dada la naturaleza de la creación arquitectónica es corriente que su explotación por parte del autor se agote una vez proyectado, diseñado y construido el bien inmueble. En efecto, la labor de creación del arquitecto no tiene vocación de propiedad sobre la construcción. Por lo tanto, en principio, la explotación normal de la obra arquitectónica se circunscribe por parte del arquitecto al trabajo como creador de una obra bidimensional o tridimensional y por parte del titular a la explotación de los derechos patrimoniales, incluido el de transformación.

Es precisamente, esa naturaleza especial de la obra arquitectónica donde cobra sentido la limitación propuesta por el legislador. Esto, entendiendo que se protege al arquitecto en tanto autor de la obra y de forma simultánea se garantiza el ejercicio del derecho de propiedad del destinatario de la construcción.

En consecuencia, la aplicación de la limitación no afecta la normal explotación de la obra, por cuanto las modificaciones que pretende introducir el propietario del bien, no son propias de la expectativa económica que generó en el arquitecto la elaboración del proyecto y su correlativa construcción.

- (iii) Con la limitación se pretende evitar un perjuicio injustificado a los legítimos derechos e intereses del titular, es decir, que si bien se reconoce el perjuicio que puede ocasionar al autor la limitación establecida lo cierto es que este debe estar justificado.

Entonces, cuando el artículo 43 de la Ley 23 de 1982 reconoce la posibilidad de ocasionar un perjuicio al honor o reputación del autor con la modificación de la obra arquitectónica; aquel no puede ser injustificado. En este caso la justificación para la Corte se encuentra, como se esbozó en el numeral anterior, en la protección del derecho de propiedad (Art. 58 de la C.P.), así como en la garantía del derecho a la vivienda (Art. 51 de la C.P.), al respeto del interés general (Art. 58 de la C.P.), entre otros.

En conclusión, con la aplicación que la Corte ha hecho de la llamada "regla de los tres pasos" a la limitación establecida en el precepto demandado se pudo definir que esta es legal y taxativa, no atenta contra la normal explotación que en ejercicio de sus derechos puede hacer el arquitecto respecto de su obra y el perjuicio que se le causa está justificado en la protección de intereses reconocidos constitucionalmente.

28. En suma, la Sala considera que con la limitación consagrada en el artículo 43 de Ley 23 de 1982 no se vulnera el derecho a la propiedad intelectual (Art. 61 de la C.P.), en tanto se respeta la previsión constitucional para que el legislador establezca la regulación en la materia¹², y esta última, como se acaba de verificar, se encuentra ajustada a los presupuestos previstos por el artículo 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, para la definición de limitaciones y excepciones.

29. Ahora bien, frente al cargo formulado por el actor relacionado con el derecho a la igualdad, es preciso señalar que todos los creadores se encuentran en una situación fáctica diferente. En efecto, la obra de cada autor tiene unas características especiales que determinan una regulación particular, es decir, de acuerdo con la especialidad de cada obra el legislador debe prever, en los términos

¹¹ LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO, CERLAC, ZAVALIA, 1993, p. 79.

¹² En este aspecto resulta relevante hacer alusión a las legislaciones latinoamericanas que contienen una disposición similar a la colombiana.

planteados, las limitaciones correspondientes. De hecho, no es plausible aplicar de manera analógica la limitación que respecto del uso de una obra hubiere autorizado el legislador. De esta manera, mientras al amparo de la limitación consagrada en el artículo 44 de la Ley 23 de 1982, es posible adelantar una reproducción de una obra musical, sin autorización del titular, en el domicilio privado del usuario, la reproducción de un programa de ordenador incluso para uso personal exige la autorización del titular, según lo dispone el artículo 25 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Lo anterior significa que el legislador no puede establecer para todos los tipos de obra las mismas limitaciones y excepciones, por cuanto las especificidades de aquellas demandan un tratamiento diferenciado. En consecuencia, la creación y explotación de las obras realizadas por arquitectos, músicos, escritores, pintores, programadores de computador, etc., es diferente, motivo por el cual el legislador determinó un régimen de limitaciones y excepciones que no pueden ser analizadas en un plano de igualdad.

De esta forma, ante la inexistencia de una situación fáctica similar de la cual se pueda derivar un tratamiento discriminatorio es improcedente el estudio del cargo propuesto por el actor sobre la violación del derecho a la igualdad.

30. Por consiguiente, la Sala concluye que la expresión "no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él", contenida en el artículo 23 de la Ley 23 de 1982 es exequible por los cargos analizados en la presente providencia...¹³"

IV. CONCLUSIÓN

Así las cosas, una vez aborda este despacho el estudio del clausulado del contrato 182 de 2004, teniendo en cuenta los elementos dispuestos por la Dirección Nacional de Derechos de autor para que opere la presunción del artículo 20 de la ley 23 de 1982 y dado que a la fecha de suscripción del contrato no se había expedido ley 1450 de 2011, considera la Oficina Asesora Jurídica que se dan las condiciones para que opere la presunción del mencionado artículo, esto es, se entiende, que dado el clausulado del mencionado contrato y que no se pactó estipulación en contrario, la Universidad Nacional de Colombia transfirió los derechos patrimoniales sobre los productos del contrato en mención, pero conserva sobre ellos las prerrogativas de Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de la ley 23 de 1982 el cual fue modificado por el artículo 5 de la ley 1520 de 2012, a oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto.

No obstante debe tenerse presente, dado el objeto del contrato 182 de 2004, lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 23 de 1982, según el cual, el autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

Cordialmente,

CAMILO BLANCO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Preparó: Marcela Guerrero

Radicado I-2015-41185

Anexo. 20 carpetas contentivas del documentos relacionados con el contrato 182 de 2004

¹³ Sentencia C- 871 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva