



TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 13 de octubre de 2020
Oficio N° 625-S-TJCA-2020

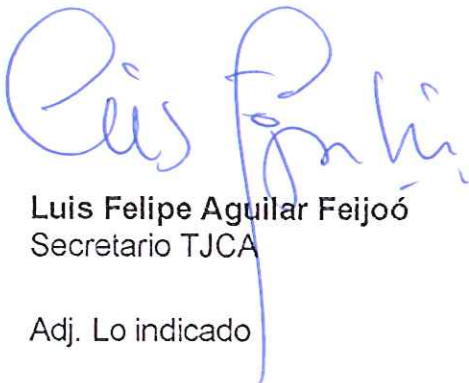
Doctor
Carlos Andrés Corredor Blanco
Subdirector Técnico
Asuntos Jurisdiccionales
Dirección Nacional de Derecho de Autor
info@derechodeautor.gov.co
Bogotá, Colombia. -

Referencia: 108-IP-2020.- Interpretación prejudicial solicitada por la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia.
Expediente Interno: 1-2019-89490.

De mi consideración:

Adjunto al presente sírvase encontrar en veinticuatro fojas útiles, copia certificada de la Interpretación prejudicial emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso de referencia.

Atentamente,


Luis Felipe Aguilar Feijoó
Secretario TJCA
Adj. Lo indicado





TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Quito, 7 de octubre de 2020

Proceso: 108-IP-2020

Asunto: Interpretación prejudicial

Consultante: Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia

Expediente interno del Consultante: 1-2019-89490

Referencia: Infracción al derecho de autor del señor Diego Fernando Rueda Rojas por el supuesto uso sin su autorización del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**

Normas a ser interpretadas: Artículos 3, 5, 8, 9, 10, 11, 13 (Literal a), 14, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 52, 53 y 57 (Literal a) de la Decisión 351

Temas objeto de interpretación:

1. La protección del derecho de autor sin necesidad de formalidad alguna. Presunción de autoría
2. Derechos patrimoniales: derecho de reproducción
3. El programa de ordenador como objeto de protección del derecho de autor
4. La obra creada por encargo o bajo relación laboral
5. La obra derivada
6. Sobre la cesión del derecho de autor
7. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

Magistrado Ponente: Hugo R. Gómez Apac

VISTOS

El Oficio S/N del 2 de junio de 2020, recibido vía correo electrónico el 3 del mismo mes y año, mediante el cual la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 3, 10, 11, 13, 14, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 53, 54 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, a fin de resolver el proceso interno N° 1-2019-89490; y,

El Auto del 23 de junio de 2020, mediante el cual este Tribunal admitió a trámite la presente interpretación prejudicial.

A. ANTECEDENTES

Partes en el proceso interno

Demandante: Diego Fernando Rueda Rojas

Demandada: Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA

B. ASUNTOS CONTROVERTIDOS

De la revisión de los documentos remitidos por la Consultante respecto del proceso interno, este Tribunal considera que los temas controvertidos son:

1. Si el señor Diego Fernando Rueda Rojas sería el autor del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**S sobre la base de que realizó su registro el 2 de enero de 2018 en la Dirección Nacional de Derechos de Autor.
2. Si Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA infringió los derechos patrimoniales del señor Diego Fernando Rueda Rojas por el uso sin su autorización del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**S.
3. Si el señor Diego Fernando Rueda Rojas sería titular de los derechos morales y patrimoniales sobre el *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**S, presuntamente desarrollado por él en virtud de la relación



contractual con la empresa Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA a partir de un programa ya existente.

4. Si el señor Diego Fernando Rueda Rojas le transfirió la propiedad intelectual del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**S a la empresa Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA de acuerdo con la cláusula décima segunda del contrato de trabajo que celebraron.
5. Si procede la solicitud de indemnización integral y lucro cesante a favor del señor Diego Fernando Rueda Rojas, por concepto de daño a sus derechos morales y el uso no autorizado del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**S.

C. NORMAS A SER INTERPRETADAS

1. La Consultante solicitó la interpretación prejudicial de los Artículos 3, 10, 11, 13, 14, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 53, 54 y 57 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Únicamente se realizará la interpretación de los Artículos 3, 10, 11, 13 (Literal a), 14, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 53 y 57 (Literal a) de la Decisión 351¹, por ser pertinentes.
2. No procede realizar la interpretación del Artículo 54 de la Decisión 351, por cuanto no es objeto de controversia la responsabilidad solidaria de una autoridad pública o persona natural o jurídica.

¹ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

- *Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.*
(...)
- *Titularidad: Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.*
(...)"

"Artículo 10.- Las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario."

"Artículo 11.- El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de:

- a) *Conservar la obra inédita o divulgarla;*
- b) *Reivindicar 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 sus derechohabientes, por el plazo a que se refiere el Capítulo VI de la presente Decisión. 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."

"Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de



realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; (...)."

"**Artículo 14.-** Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento."

"CAPITULO VIII

DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR Y BASES DE DATOS

Artículo 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.

Artículo 24.- El propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa, siempre y cuando:

- a) Sea indispensable para la utilización del programa; o,
b) Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.

Artículo 25.- La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad.

Artículo 26.- No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.

No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos.

Artículo 27.- No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización."

"**Artículo 30.-** Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros."

"**Artículo 53.-** El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros."

"**Artículo 57.-** La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; (...)."



3. De oficio se llevará a cabo la interpretación de los Artículos 5, 8, 9, 31 y 52 de la Decisión 351² con el objeto de desarrollar los temas de la obra derivada, la titularidad de los derechos de autor, la presunción de autoría de la obra, la transferencia de los derechos de autor y la protección de una obra de ser ésta inscrita o no en la oficina nacional competente.

D. TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. La protección del derecho de autor sin necesidad de formalidad alguna. Presunción de autoría.
2. Derechos patrimoniales: derecho de reproducción.
3. El programa de ordenador como objeto de protección del derecho de autor.
4. La obra creada por encargo o bajo relación laboral.
5. La obra derivada.
6. Sobre la cesión del derecho de autor.
7. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor.

E. ANÁLISIS DE LOS TEMAS OBJETO DE INTERPRETACIÓN

1. **La protección del derecho de autor sin necesidad de formalidad alguna. Presunción de autoría**
 - 1.1. En el presente caso, se alega que el señor Diego Fernando Rueda Rojas es autor del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTES** debido a que realizó el registro el 2 de enero de 2018 en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, razón por la cual es necesario determinar cuál es el alcance de la presunción de autoría respecto de la obra señalada.

² Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 5.- Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras."

"Artículo 8.- Se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra."

"Artículo 9.- 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."

"Artículo 31.- 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."

"Artículo 52.- La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión."



- 1.2. Al respecto, los Artículos 52 y 53 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena disponen lo siguiente:

“(…)

Artículo 52.- *La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión.*

Artículo 53.- *El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.”*

- 1.3. De las normativas antes citadas, se puede establecer que el ejercicio del derecho de autor no se encuentra sujeto a ningún tipo de formalidad, como por ejemplo un registro o un depósito ante alguna autoridad o por parte de un Estado en particular.
- 1.4. La inscripción o registro de una obra no tiene otra finalidad ni alcance diferente que el de servir como instrumento declarativo del derecho y eventualmente como medio de prueba de su existencia.
- 1.5. Al respecto, Ricardo Antequera Parilli señala lo siguiente:

“(…)

Una tendencia de casi unánime aceptación universal otorga la protección a las obras del ingenio por el mero acto de su creación, sin necesidad del cumplimiento de la ninguna formalidad, ya que el registro de la obra, como se verá en su oportunidad, tiene un carácter exclusivamente declarativo y no constitutivo de derechos.

“(…)

La protección por el solo hecho de la creación, constituye una de las varias diferencias que generalmente en el derecho positivo existen con el denominado ‘derecho industrial’ o derecho de patentes y marcas —que comúnmente contempla requisitos obligatorios de orden registral— y surge, entre otras cosas, de la naturaleza misma del derecho del autor como un Derecho Humano, de manera que el legislador, más que ‘conceder’ atributos al creador, no hace otra cosa que reconocer un derecho fundamental del Hombre.

Esa tutela automática de las obras del ingenio hace que ellas se encuentren protegidas aunque permanezcan inéditas o no hayan sido fijadas, como ya fue dicho, a un soporte material, siempre que sean susceptibles de ser divulgadas o publicadas por cualquier medio o procedimiento, independientemente de que la divulgación o publicación



*haya ocurrido. (...)*³

(Énfasis agregado).

- 1.6. Una obra es protegida por el derecho de autor desde el momento de su creación; por tanto, el registro de una obra no es obligatorio. El registro contemplado en la Decisión 351 no funciona como elemento constitutivo de derechos y el que se realice o no carece de relevancia en cuanto al goce o al ejercicio de los derechos reconocidos por la normativa al autor de la obra.⁴
- 1.7. Se trata de un registro facultativo y no necesario que, por lo mismo, en manera alguna puede hacerse obligatorio, menos como condición para el ejercicio de los derechos reconocidos al autor o para su protección por parte de la autoridad pública.⁵
- 1.8. Los artículos interpretados dejan a criterio del autor registrar o no su creación. Sin embargo, si opta por no hacerlo, ello no puede constituirse en impedimento para el ejercicio de los derechos que de tal condición, la de autor, derivan; tampoco para que las autoridades se eximan de protegérselos en los términos de la ley y, menos aún, que condicionen o subordinen la protección y garantía a cualesquiera formalidades, y entre ellas, especialmente, a la del registro⁶.
- 1.9. Lo señalado en párrafos anteriores se encuentra debidamente concordado con lo dispuesto en el numeral 2) del Artículo 5 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual señala que el goce y el ejercicio del derecho de autor no se encuentran sujetos a ningún tipo de formalidad⁷, como pudiera ser un depósito o registro ante alguna autoridad.

³ Ricardo Antequera Parilli. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, pp. 138-139.

⁴ Ver Interpretación Prejudicial N°64-IP-2000 de fecha 6 de setiembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 602 del 21 de setiembre de 2000.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.-

"Artículo 5

Derechos garantizados: 1. y 2. Fuera del país de origen; 3. En el país de origen; 4. «País de origen»

(...)

2) *El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección."*



1.10. En consecuencia, la normativa andina acoge el criterio que hoy impera en casi todos los ordenamientos jurídicos en el sentido de que la protección de los derechos autorales nace con la creación o materialización de la obra; es decir, se realiza sin necesidad de que el autor cumpla con formalidad o requisito alguno, como el del registro por ejemplo.⁸

Presunción de autoría

1.11. El Artículo 8 de la Decisión 351 establece que: “*se presume autor, salvo prueba en contrario, la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique, aparezca indicado en la obra*”.

1.12. La citada norma andina establece una presunción relativa, *iuris tantum*, en favor de los autores de obras protegidas por el derecho de autor.

1.13. En ese sentido, en el supuesto de que el autor de una obra no registrada desee reclamar la protección de su derecho ante alguna autoridad de un país miembro, le bastará con presentar, ante la referida autoridad un ejemplar de su obra, en el cual aparezca su nombre, su seudónimo o algún signo que lo identifique a fin de poder acreditar su interés legítimo para actuar en el proceso.

1.14. Asimismo, en virtud al tema antes señalado y considerando los hechos controvertidos del proceso interno, resulta necesario efectuar la distinción entre el autor de una obra y el titular de la misma.

1.15. El autor de una obra es el ser humano —persona natural— que realiza la creación intelectual, mientras que el titular de una obra es aquella persona natural o jurídica que cuenta con las facultades para ejercer los derechos patrimoniales sobre la obra, de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los países miembros.⁹

1.16. Asimismo, la normativa andina distingue dos tipos de titularidades la originaria y derivada.

1.17. La titularidad originaria es aquella que nace con la creación de la obra; es decir, siempre el autor será considerado como titular originario de los

⁸ Ver Interpretación Prejudicial N°64-IP-2000 de fecha 6 de setiembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 602 del 21 de setiembre de 2000.

⁹ Decisión 351 de Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

“Artículo 3.- A los efectos de esta Decisión se entiende por:

- Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.

(...)

- Titularidad: Calidad del titular de derechos reconocidos por la presente Decisión.

(...)”



derechos morales y patrimoniales de la obra.

1.18. Por su parte, la titularidad derivada es aquella que se surge por razones distintas a la de la creación de la obra, como pudiera ser los casos de cesión de derechos, mandato o presunción legal. El titular derivado siempre será una persona distinta al autor, es decir, será la persona natural o jurídica a quien se le transfiera todos o una parte de los derechos patrimoniales de una obra protegida por el derecho de autor¹⁰.

1.19. Al respecto, Delia Lipszyc ha manifestado lo siguiente:

(...)

La titularidad originaria es el correlato de la calidad de autor por lo que corresponde a las personas físicas que crean las obras.

(...)

Titular originario es la persona en cabeza de quien nace el derecho de autor.

(...)

[Titulares derivados]

Son las personas físicas o jurídicas que han recibido la titularidad de algunos de los derechos de autor. La titularidad derivada nunca puede abarcar la totalidad del derecho de autor (moral y patrimoniales) (sic)

En efecto, el derecho moral es inalienable; aun en caso de transmisión mortis causa los sucesores no reciben las facultades esencialmente personales que integran el derecho moral del autor (las positivas) pues, salvo excepciones, no se transmiten; los sucesores solo pueden ejercer las facultades negativas (el derecho al reconocimiento de la paternidad y el derecho al respeto y a la integridad de la obra) y el derecho de divulgación de las obras póstumas (...). En cambio, puede comprender la totalidad de los derechos de explotación (derecho patrimonial).

La titularidad derivada puede obtenerse:

- por cesión (sea convencional o bien, de pleno derecho por ministerio de la ley –cessio legis–);*
- por presunción de cesión establecida por ley, salvo pacto en contrario;*
- por transmisión mortis causa.*

Los contratos usuales de explotación de obras por los cuales el autor, o el titular del derecho o la entidad de gestión colectiva, autoriza a una persona a utilizar la obra o son licencias (o autorizaciones de uso) no

¹⁰ Decisión 351 de Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 9.- 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."



exclusivas (como es habitual, por ejemplo, en materia de ejecución pública de obras musicales no dramáticas) o constituyen derechos exclusivos en favor del usuario, pero no son contratos de cesión de acuerdo con el derecho común porque no transfieren la titularidad de los derechos de explotación (...)"¹¹

1.20. En consecuencia, la presunción contemplada en el Artículo 8 de la Decisión 351 es aplicable únicamente a efectos de determinar quién es el autor de una obra protegida por el derecho de autor y no sobre quien es el titular derivado de la misma.

2. Derechos patrimoniales: derecho de reproducción

2.1. En el procedimiento interno, el señor Diego Fernando Rueda Rojas indicó que Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA habría incurrido en infracción al derecho patrimonial de reproducción de obras de terceros por el uso continuo del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTES** durante dos años. En virtud de lo anterior, corresponde analizar el tema propuesto.

2.2. **Los derechos patrimoniales**, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado, disponibles, expropiables, renunciables, embargables y temporales¹².

2.3. El Artículo 13 de la Decisión 351 establece una lista enunciativa, mas no taxativa, sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar, autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación:

- "a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra."



¹¹ Delia Lipszyc *Derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; pp. 125, 126 y 127.

¹² Ricardo Antequera Parilli, *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, p. 395.

(Subrayado agregado)

- 2.4. De conformidad con el Artículo 17 de la Decisión 351, los países miembros pueden reconocer otros derechos de carácter patrimonial, diferentes a los contemplados en el Artículo 13 del mencionado cuerpo normativo.
- 2.5. Ahora bien, teniendo en consideración el asunto controvertido, corresponde desarrollar la facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir la reproducción de una obra.
- 2.6. El Literal a) del Artículo 13 de la Decisión 351 dispone que el autor tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.¹³
- 2.7. Lo anterior guarda correlato con lo dispuesto en el Artículo 9 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual dispone que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.¹⁴
- 2.8. Asimismo, el Artículo 14 de la Decisión 351 define a la reproducción como: "...la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento."

¹³ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) *La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; (...)*"

¹⁴ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.-

"Artículo 9

Derecho de reproducción: 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales

- 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.
- 2) *Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*
- 3) *Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente Convenio."*

(Subrayado agregado)



- 2.9. Del mismo modo, en relación con este derecho en específico, Delia Lipszyc señala lo siguiente:

"(...)

*El derecho de reproducción es la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella.*³⁷

Se entiende por reproducción la realización de uno o más ejemplares de una obra o de partes de ella en cualquier forma material, con inclusión de la grabación sonora y visual (...)

³⁷ Vid. España, arts.18 y 19.

(...)"¹⁵

- 2.10. En consecuencia, el derecho patrimonial de reproducción tiene como objetivo que el autor o titular pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra. Siendo ello así, cualquier persona que no cuente con la autorización del titular de la obra para su reproducción infringe este derecho, por lo tanto, esta conducta constituirá una infracción al derecho de autor y, en consecuencia, deberá ser sancionada.

3. El programa de ordenador como objeto de protección del derecho de autor

- 3.1. Dado que la controversia gira en torno a la titularidad de los derechos patrimoniales del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**, corresponde analizar de manera independiente los alcances del programa de ordenador como objeto de protección del derecho de autor, por ser pertinente.

El programa de ordenador

- 3.2. El programa de ordenador o llamado comúnmente *software* es considerado como una obra protegida por el derecho de autor de conformidad con lo establecido en el Literal I) del Artículo 4 de la Decisión 351¹⁶.

¹⁵ Delia Lipszyc. *Derecho de autor y derechos conexos*. Edit. UNESCO, CERLALC y ZAVALIA; Buenos Aires; 1993; p. 179.

¹⁶ Decisión 351 de Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:



- 3.3. En esa línea, el Capítulo VIII —específicamente desde los Artículos 23 a 27— de la referida Decisión junto con lo dispuesto en el Artículo 58 regulan todo lo relacionado al plazo de protección, usos lícitos e ilícitos de este tipo de obras, entre otros.

Definición

- 3.4. Se entiende por programa de ordenador o *software* a la expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador —un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones—, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. Asimismo, el programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso¹⁷; es decir, los elementos del programa de ordenador que quedan protegidos son: el código fuente, el código objeto (o ejecutable), la documentación técnica (por ejemplo, memoria descriptiva) y los manuales de uso o usuario.
- 3.5. El Artículo 23 de Decisión 351, sobre el alcance de la protección de este tipo de obras, contempla lo siguiente:

“Artículo 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.”

- 3.6. En ese sentido, el programa de ordenador, en tanto que es expresado por escrito —a través del código fuente—, goza de la protección por el derecho de autor desde su creación.¹⁸ Por dicho motivo, son protegidos

(...)
l) Los programas de ordenador;
(...)”

¹⁷ De conformidad con la definición establecida en el Artículo 3 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

¹⁸ Cabe señalar que dicha protección es otorgada, aunque el *software* se haya producido antes de la fecha de entrada en vigencia de la Decisión 351, ello de conformidad con lo establecido en el Artículo 58 de la Decisión 351, el cual establece lo siguiente:



en los mismos términos que las obras literarias y, en ese sentido, es aplicable lo dispuesto en el Artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.

- 3.7. Al respecto, sobre la equiparación de un programa de ordenador a una obra literaria, Ricardo Antequera menciona lo siguiente:

"(...) Para considerarlo obra literaria, en el sentido amplio que tiene en el derecho autoral, se argumenta que el 'software' se expresa en código fuente y se reproduce a partir del código objeto, en un lenguaje natural, como igualmente se exteriorizan la documentación técnica y los manuales de uso.

Pero, por si fuera poco, el lenguaje de programación, si bien creado artificialmente por el hombre para realizar un tipo de comunicación especializada, tiene una semántica y una sintaxis perfectamente preestablecida, al igual que los idiomas naturales.

*De allí que por 'escritos', desde el punto de vista autoral, se entiendan 'todas las clases de obras expresadas en forma escrita, **cualesquiera que sean los signos de la fijación**' es decir, tanto el lenguaje susceptible de ser leído directamente por el hombre, como el legible a través de una máquina.*

La protección de los programas de ordenador, como en los mismos términos que las obras literarias, figura en la Decisión 351 (...)"¹⁹

(Subrayado agregado)

- 3.8. Asimismo, considerando lo contemplado en los Artículos 23 al 27 de la Decisión 351, en relación con los programas de ordenador, podemos concluir que:

- (i) Su protección se extiende tanto a los programas operativos como a los aplicativos, tengan la forma de código fuente o de código objeto. (Artículo 23)²⁰.

"Artículo 58.- Los programas de ordenador, como obras expresadas por escrito, y las bases de datos, por su carácter de compilaciones, gozan de la protección por el derecho de autor, aun cuando se hayan creado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión."

¹⁹ Ricardo Antequera Parilli. *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2da Edición, Caracas, 1994, p. 301.

²⁰ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 23.- Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales.



- (ii) El propietario de un ejemplar del programa de ordenador obtenido lícitamente, podrá realizar una copia o una adaptación para la correcta adaptación de dicho programa, siempre que: a) sea indispensable para su utilización; y, b) sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida. (Artículo 24)²¹.
- (iii) Su reproducción requiere, incluso para uso personal, la autorización del titular de derechos, salvo que se trate de una copia de seguridad. (Artículo 25)²².
- (iv) No será un caso de reproducción ilegal, la introducción del programa en la memoria del ordenador, a los efectos del exclusivo uso personal; en cambio, sí lo será el aprovechamiento no consentido del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo (Artículo 26)²³.
- (v) No constituirá una infracción al derecho patrimonial de infracción, la adaptación realizada por un usuario para su exclusiva utilización. (Artículo 27)²⁴.

Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas."

²¹ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 24.- El propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa, siempre y cuando:

- a) *Sea indispensable para la utilización del programa; o,*
- b) *Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida."*

²² Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 25.- La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad."

²³ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 26.- No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.

No será lícito, en consecuencia, el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos."

²⁴ Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.-

"Artículo 27.- No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización."



3.9. Por lo antes expuesto, un programa de ordenador es considerado como una obra protegida por el derecho de autor y le será aplicable todo lo correspondiente a la protección de las obras literarias.

4. La obra creada por encargo o bajo relación laboral

4.1. Teniendo en cuenta los argumentos del demandante Diego Fernando Rueda Rojas, así como la contestación de la demanda por parte de Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA, donde se discute la titularidad del *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTE**s y la existencia de una relación contractual y accionaria entre las partes, resulta pertinente que se desarrolle el presente tema.

4.2. El Artículo 11 de la Decisión 351 se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad. El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; al respecto, este Tribunal ha sostenido que el autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre, derecho que se conoce como paternidad de la obra²⁵.

4.3. El artículo antes referido consagra también ciertas facultades que se enmarcan dentro del grupo de derechos morales. Siguiendo la pertinente clasificación que Delia Lipszyc hace en su libro "*Derecho de Autor y Derecho Conexos*", se tiene que las facultades pueden ser positivas o negativas (defensivas). Las primeras engloban todas las acciones que el titular del derecho de autor puede hacer con su obra; ahí se encuentran la facultad de divulgar la obra, modificarla y retirarla (Literal a) del Artículo 11 de la Decisión 351). Las segundas son todas aquellas acciones tendientes a defender la paternidad de la obra (Literales b y c) del Artículo 11 de la Decisión 351)²⁶.

4.4. Con base en un análisis doctrinal se tiene en cuenta lo siguiente:

"La paternidad es una potestad jurídica inherente a la personalidad del autor, que le atribuye el poder de hacerse reconocer en todo momento como tal y hacer figurar sobre la obra su propio nombre, en su condición de creador que no nace, precisamente, de la inscripción de la misma en

²⁵ Ver Interpretación N° 139-IP-2003 de fecha 17 de marzo de 2004, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1057 del 21 de abril de 2004.

²⁶ Ver Interpretación Prejudicial N° 110-IP-2007 de fecha 4 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1588 del 20 de febrero de 2008.



el Registro respectivo, sino cuando el autor la materializa como suya (...)"²⁷

"La facultad de reivindicar la obra, busca impedir que otra persona quiera pasar por autor de la obra, y le permite al verdadero autor obtener que se reemplace el nombre del falso autor por el suyo propio".²⁸

4.5. Es importante advertir que el autor; es decir, la persona física que realiza la creación intelectual (Artículo 3 de la Decisión 351), es el titular originario del derecho de propiedad sobre la obra, y se presume que el autor, salvo prueba en contrario, es la persona cuyo nombre, seudónimo o signo de identificación aparezca en la obra correspondiente (Artículo 8 de la Decisión 351). Ello no obsta para que una persona natural o jurídica distinta del autor pueda poseer la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra, de conformidad con el régimen que contemplen las legislaciones internas de los países miembros (Artículo 9 de la Decisión 351), y que la propiedad de la obra se ejerza a través de un haz de derechos morales y patrimoniales de carácter exclusivo. Tales derechos, reconocidos por la Decisión 351, son independientes de la propiedad del objeto material en que se encuentre incorporada la obra (Artículo 6 de la Decisión 351)²⁹.

4.6. El Tribunal ha sostenido que, a propósito de los derechos patrimoniales de las obras creadas por encargo o bajo relación laboral, el Artículo 10 de la Decisión 351 distingue entre la titularidad originaria y la derivada, y atribuye el ejercicio de tales derechos a las personas naturales o jurídicas, de conformidad con la legislación nacional correspondiente, salvo prueba en contrario. La doctrina señala que el titular originario es aquella persona en cabeza de quien nace el derecho de autor. El autor de una *obra derivada* (adaptación, traducción u otra transformación) es el *titular originario* de los derechos sobre la misma, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra de la cual deriva esta. En ese sentido, como la obra original está contenida en la obra derivada, toda utilización de esta obra importa, a la vez, la utilización de aquella; así, el uso de la obra derivada se encuentra sujeto a una doble autorización, por un lado a la autorización del titular de esta y por otro lado a la autorización del titular de la obra originaria³⁰. Tratándose de obras creadas por encargo o bajo relación laboral, la norma comunitaria remite pues el tratamiento de la titularidad y del ejercicio de los correspondientes derechos

²⁷ Guillermo Ledesma, *Derecho Penal Intelectual*. Editorial Universidad, Primera Edición, 1992, Argentina, p. 113.

²⁸ Manuel Pachón Muñoz, *Manual de Derechos de Autor*. Editorial Temis, Colombia, 1998, p. 54.

²⁹ Ver Interpretación Prejudicial N° 165-IP-2004 de fecha 6 de abril de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1195 del 11 de mayo de 2005.

³⁰ Delia Lipszy, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ediciones Unesco, Buenos Aires, 1993, p. 126.



patrimoniales, por parte de las personas naturales o jurídicas, a la legislación nacional correspondiente³¹.

4.7. Ahora bien, el Artículo 10 de la Decisión 351 expresa que las personas naturales o jurídicas ejercen la titularidad originaria o derivada, de conformidad con la legislación nacional, de los derechos patrimoniales de las obras creadas por su encargo o bajo relación laboral, salvo prueba en contrario. En tal sentido, es necesario advertir lo siguiente:

- a) La titularidad de los derechos patrimoniales y el ejercicio de los mismos, en relación con una obra realizada por encargo; es decir, sin que exista una relación laboral entre el autor de la obra y quien va a ser el titular de los derechos patrimoniales de la misma, se regirá por la legislación nacional. Asimismo, *"En estos casos habrá de acudir también (...) a la finalidad del contrato y a las reglas generales sobre la transmisión de los derechos de autor"*³².
- b) En cuanto a las obras creadas bajo una relación laboral, es indispensable que exista una relación laboral entre el autor de la obra y quien va a ser el titular de los derechos patrimoniales de la misma. Es decir, debe justificarse la relación laboral o de dependencia entre estas dos partes, en tanto que:

"la relación laboral existe desde que una persona, el trabajador, presta voluntariamente sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario, a cambio de una remuneración".³³

4.8. Las obras creadas bajo una relación laboral plantean varias inquietudes, en ese sentido es importante destacar, como lo indica la doctrina, que

"resulta que la creación es un acto personal y si bien el autor empleado debe cumplir con sus obligaciones de carácter laboral e incluso recibir instrucciones respecto al género de la obra o a las características generales de la misma, la forma de expresión le es propia y por tanto nadie puede despojarlo de su condición de creador".³⁴

4.9. Sobre este punto, en una relación laboral, es necesario determinar el grado de subordinación y de instrucción a efectos de la realización de la

³¹ Ver Interpretación Prejudicial N° 165-IP-2004 de fecha 6 de abril de 2005, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 1195 del 11 de mayo de 2005.

³² Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Can, *Manual de Propiedad Intelectual*. Tirant lo Blanch, Tercera Edición, Valencia-España, 2006, pp. 68-69.

³³ *Ibidem*, pp. 180-181.

³⁴ Ricardo Antequera Parilli, *Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines*. Editorial Reus, S.A., Madrid, 2007, p. 40.



obra, desde que una cosa es una obra creada por el trabajador sin las órdenes o directrices del empleador en cuanto a los aspectos fundamentales de ella y, otra, una obra creada bajo dichos parámetros. Los efectos jurídicos en uno y otro caso son diferentes, desde que si el trabajador simplemente ejerce una actividad accesoria en la realización de la obra no tendría derechos morales. Dentro de este tema es importante advertir qué es una obra en colaboración y qué es una obra colectiva, en tanto que ambas forman parte de las llamadas obras complejas:

- a) **La obra en colaboración**, resulta ser la creada por dos o más personas que trabajan de manera conjunta bajo una misma inspiración. No serían obras en colaboración aquellas que resultan como consecuencia de una yuxtaposición de trabajos individuales sin relación alguna entre ellos, toda vez que no se generaría una única obra en común que represente a todos los autores en su conjunto³⁵.

La regulación generalizada para estos casos consiste en disponer que los coautores son de manera conjunta los titulares originarios de los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, los que serán ejercidos de común acuerdo, excepto cuando los aportes sean divisibles, en los cuales, salvo pacto en contrario, puede ser su contribución explotada de manera separada *"siempre que no perjudique con ello la explotación de la obra común"*.³⁶

- b) **La obra colectiva**, conforme lo señala la doctrina *"está constituida por la reunión de aportaciones de diferentes autores, cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma, para la cual ha sido concebida, sin que sea posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada"*.³⁷

La regulación generalizada para estos casos consiste en disponer que, salvo pacto en contrario, *"los derechos de una obra colectiva corresponden a la persona que la edita y divulga bajo su nombre (...)"* o

"por la que los autores ceden en forma ilimitada y exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales a la persona natural o jurídica que publica o divulga la obra, lo que instituye a dicha persona en un titular derivado de los derechos de explotación (y un legitimado para la defensa de los derechos morales), salvo pacto



³⁵ Ibídem, p. 37.

³⁶ Ibídem.

³⁷ Ibídem.

en contrario".³⁸.

4.10. Finalmente, en las obras creadas en virtud de una relación laboral, la Decisión 351 determina que la titularidad de los derechos patrimoniales y su ejercicio se regirán por la legislación nacional. De manera general, algunas legislaciones han determinado que estos se regirán por lo pactado en el contrato, si este se lo hizo por escrito; y a falta de contrato escrito, se adhieren a presumir que los derechos patrimoniales han sido cedidos en forma no exclusiva al empleador, en lo necesario para su actividad habitual y que este cuenta con autorización para divulgarla. Sea cual fuere la modalidad adoptada, en ningún caso la cesión de derechos puede alcanzar los de orden moral, que gozan de las características de imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad.

5. La obra derivada

5.1. Teniendo en cuenta que la demandada alegó que el señor Diego Fernando Rueda Rojas desarrolló el *software* **SISTEMA DE GESTIÓN DE REPORTES** a partir de un programa ya existente, nacido de la necesidad puntual del contrato de cesión suscrito entre Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA y la empresa Metrolínea S.A. en octubre de 2007, el cual constituiría una obra derivada, corresponde desarrollar el presente tema.

5.2. La obra derivada se encuentra prevista en el Artículo 5 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena³⁹. Si bien habla de "*traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras*", lo cierto es que dentro del verbo transformar se incluyen todas las demás acciones. Para esto se debe entender dicho término en su sentido amplio; es decir, como el cambio de forma sin afectar la esencia. En consecuencia, una transformación en dicha vía incluye las traducciones, adaptaciones o arreglos, así también otras figuras como las actualizaciones, los resúmenes, etc.

5.3. En efecto, una obra derivada es una obra que se basa en una obra preexistente. Implica una transformación de esta y, por lo tanto, un cambio sin alterar sus elementos esenciales. Los elementos de una obra derivada son los siguientes:

- a) La existencia de una obra preexistente. Puede ser la obra original u otra obra derivada.

³⁸ Ibidem, p. 39.

³⁹ Ver Interpretación Prejudicial N° 121-IP-2013 de fecha 31 de octubre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2295 del 17 de febrero de 2014.



- b) Una transformación de la obra originaria en el sentido antes visto.
 - c) Que sea original, de conformidad con el concepto delimitado líneas arriba. Se deben cumplir todos los requisitos para la protección por los derechos de autor; por lo tanto, si no se da la originalidad no es susceptible de protección. Para determinar la originalidad en estos casos se debe hacer un análisis muy detallado; si los cambios no son lo suficientemente relevantes para diferenciar en su forma la obra supuestamente derivada de la preexistente, estaríamos frente a un caso de reproducción y no de una obra diferente.
 - d) Que la obra derivada sea autorizada por el autor de la obra preexistente, salvo que se encuentre en el dominio público.
- 5.4. Así, la obra derivada es aquella que parte de una obra preexistente que goza de protección de derechos de autor. Son obras derivadas, por ejemplo, la traducción de un libro del español al francés, la adaptación de una obra del teatro al cine, un libro que se hace película, la actualización de un programa de ordenador, entre muchos otros casos.

6. Sobre la cesión del derecho de autor

- 6.1. En el presente caso, el demandado argumenta que en el contrato de trabajo celebrado entre el señor Diego Fernando Rueda Rojas y Transporte Inteligente S.A. en Reorganización - TISA, dentro de la cláusula décima segunda, se establece que el trabajador se obliga a informar al empleador inmediatamente sobre la existencia de invenciones y/o trabajos originales y facilitará con el cumplimiento de todas las formalidades y documentos necesarios para transferir la propiedad intelectual al empleador cuando así lo solicite, por lo que resulta pertinente desarrollar el presente tema.
- 6.2. El derecho de autor está constituido por derechos patrimoniales y morales. Los derechos patrimoniales pueden ser transmitidos por actos entre vivos o causa de muerte.
- 6.3. La cesión de derechos es una forma de transmitir derechos patrimoniales. En esa línea, Guillermo Cabanellas define la **cesión de derechos** como: *"La transmisión, a título gratuito u oneroso, de cualquiera, de las facultades jurídicas que pertenezcan al titular de ellas, ya sean personales o reales."*⁴⁰
- 6.4. Por su parte, el Artículo 31 de la Decisión 351 dispone que toda transferencia de los derechos patrimoniales y las autorizaciones o licencias de uso se entienden limitadas a las formas de explotación según lo exprese

⁴⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo II, Décimo sexta edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1983, p. 136.



el contrato respectivo.

- 6.5. La transferencia del derecho de explotación puede ser **total o parcial**. La primera permite la transferencia de los derechos sin ninguna reserva, y la segunda es aquella en que el titular transfiere los derechos por un tiempo determinado o transfiere alguna de sus facultades.
- 6.6. Para Guillermo Cabanellas la **transmisión de derechos** es "*entre vivos, sinónimo de cesión de derechos. Mortis causa, sucesión, sea testada o intestada.*"⁴¹
- 6.7. La transmisión **por acto entre vivos** se hace mediante la enajenación; es decir, la "venta". Esto implica la adquisición de los derechos del titular de la obra y su derecho de explotación, lo que, en conjunto, permite acceder a las facultades de orden patrimonial, excluyendo las de orden moral por ser inalienables.
- 6.8. La cesión de derechos, así como las autorizaciones o licencias de uso que hace el autor a terceros, deben ser interpretadas en forma restrictiva; es decir, solo aquellos límites previstos en el contrato podrán ser entendidos como transmisibles sin considerar los derechos que constituyen para el titular una reserva propia y particular para su uso.
- 6.9. El Artículo 30 de la Decisión 351 dispone que:

"Artículo 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros."

En atención a dicho dispositivo legal comunitario, todo lo relacionado a cesión o concesión de derechos patrimoniales y licencias de uso, se encontrará regulado por la legislación nacional, en aplicación del principio de complemento indispensable, siempre y cuando no sea contrario a la norma andina.

7. Indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor

- 7.1. El demandante solicitó que lo indemnicen integralmente por concepto de daño emergente toda vez que se habría vulnerado sus derechos morales y patrimoniales, por lo que resulta pertinente desarrollar el presente tema.
- 7.2. El Literal a) del Artículo 57 de la Decisión 351 señala lo siguiente:

⁴¹ Op. cit., p. 171.



“Artículo 57.- La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente:

- a) *El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho;*

(...)”

- 7.3. En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha dicho que la indemnización por daños y perjuicios debe ser integral y, por tanto, incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral⁴².
- 7.4. El concepto de reparación o indemnización es mucho más amplio que el simple pago compensatorio de las remuneraciones dejadas de percibir (lucro cesante), pues también incluye la reparación pecuniaria por lo que efectivamente perdió (daño emergente) y la reparación por la afectación de ciertos bienes que pertenecen a la esfera personal o subjetiva (daño moral).
- 7.5. Ahora bien, la reparación o indemnización del daño, sea cual fuere el tipo de afectación que se haya realizado (daño emergente, lucro cesante o daño moral) implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. En esa línea se ha pronunciado la doctrina al señalar que *“la reparación del daño no es otra cosa que trasladar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas sufridas a causa del daño”*.
- 7.6. Corresponde a los países miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas pueden obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor.

En los términos expuestos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina deja consignada la presente interpretación prejudicial para ser aplicada por la Consultante al resolver el proceso interno N° 1-2019-89490, la que deberá adoptarla al emitir el correspondiente fallo de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en concordancia con el Artículo 128 párrafo tercero de su Estatuto.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en

⁴²

Véase las Interpretaciones Prejudiciales números 7-IP-2014 de fecha 3 de julio de 2014, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2380 del 22 de agosto de 2014 y 124-IP-2014 de fecha 10 de abril de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 2511 del 5 de junio de 2015.



ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal f) del Artículo Primero de la Resolución 05/2020 de 10 de abril de 2020, certifica que la presente interpretación prejudicial ha sido aprobada con el voto de los Magistrados Hernán Rodrigo Romero Zambrano, Luis Rafael Vergara Quintero, Hugo R. Gómez Apac y Gustavo García Brito en la sesión judicial de fecha 7 de octubre de 2020, conforme consta en el Acta 18-J-TJCA-2020.



Luis Felipe Aguilar Feijóo
SECRETARIO

Notifíquese a la Consultante y remítase copia de la presente interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena.

