



DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR  
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL  
MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA



Bogotá, D.C.,  
B-1

CORREO ELECTRÓNICO

Doctora  
**ISABEL CRISTINA PIEDRAHITA CORREA**  
Correo electrónico: [isabelpedra@yahoo.com.ar](mailto:isabelpedra@yahoo.com.ar)

**Asunto: Régimen de transferencias y contrato laboral**

Estimada señora Piedrahita:

De acuerdo a la solicitud que usted presentó, con el número de radicado 1-2010-12112, del 24 de marzo de 2010, en el cual señala su deseo de conocer lo relativo al régimen de transferencias del derecho de autor en el marco de una relación laboral, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

## **I. GENERALIDADES DEL DERECHO DE AUTOR**

El derecho de autor es una forma de protección jurídica, en virtud de la cual se le otorga al creador de una obra literaria o artística, un conjunto de prerrogativas de orden moral y patrimonial, que le permiten autorizar o prohibir su utilización de cualquier manera o por cualquier medio conocido o por conocer, entendiéndose que la protección surge desde el mismo momento en que se crea la obra, sin necesidad de la existencia de una formalidad jurídica previa.

En la doble dimensión que comporta el derecho de autor, los derechos morales facultan al autor para reivindicar en todo tiempo la paternidad sobre su obra, oponerse a toda deformación que demerite la obra, publicarla o conservarla inédita, modificarla y a retirarla de circulación; estas características antes mencionadas son intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles.

De otra parte, los derechos patrimoniales, constituyen la facultad exclusiva para realizar, autorizar o prohibir cualquier utilización de la obra, como la reproducción, la

*¡Protegemos la creación!*

Unidad Administrativa Especial \*Calle 28 No 13 A --15 piso 17\*Teléfono 341 81 77 FAX 286 08 13

WEB: [www.derechodeautor.gov.co](http://www.derechodeautor.gov.co) \* E-mail: [info@derechodeautor.gov.co](mailto:info@derechodeautor.gov.co)

\*Línea de atención de quejas y reclamos: 018000127878

Bogotá, D.C. - Colombia - América del Sur



comunicación y distribución pública, la importación, la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la misma; estos tienen la característica que son susceptibles de transmisión tanto por acto entre vivos como por causa de muerte a los herederos o causahabientes, por lo que los diferencia de los derechos morales, anteriormente mencionados.

## II. LOS TITULARES DE DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor en su aspecto patrimonial, es una forma de propiedad que, acorde con el artículo 671 del Código Civil colombiano, está regida por leyes especiales. Así lo expresó en su fallo de 1960 nuestra Corte Suprema de Justicia en sede constitucional<sup>1</sup> al afirmar que aunque la *propiedad intelectual* (en ese entonces el término con el que se designaba al derecho de autor) recaiga sobre cosas incorpóreas, sigue siendo una forma de propiedad, sin mayores diferencias frente a la propiedad común. Al respecto se enuncia:

*“... Sin duda, entre las distintas tesis que se han expuesto sobre la naturaleza del derecho de autor, la más aceptada hoy es la de que se trata de una propiedad **sui generis**...”*

*... La propiedad **sui generis** tiene sus modalidades, pero queda en ella la sustancia de la propiedad; sus tres elementos, **usus, fructus y abusus**, y sus atributos: **persecusión y preferencia**. Un derecho que cuenta con estos atributos es real, y con aquellos elementos, es de propiedad, pero especial, por sus modalidades.”<sup>2</sup>*

Así las cosas, en tanto existe un derecho de dominio reconocido sobre las producciones del intelecto en los campos artístico y literario, es preciso determinar quién es su titular originario y cuáles han sido los mecanismos que la ley ha determinado para que dicha propiedad pueda ser transferida.

### A. Titular Originario

La actividad intelectual creadora es el hecho jurídico que engendra el derecho de propiedad radicado inmediatamente sobre la persona del autor.<sup>3</sup> La doctrina en materia de derecho de autor reconoce que en los sistemas jurídicos de tradición continental (dentro del cual se inscribe el nuestro) es únicamente el **autor** quien es titular originario de los derechos patrimoniales que comportan su creación, de manera que la transferencia

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia –Sala Plena. Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez. Bogotá, 10 de febrero de 1960

<sup>2</sup> *ibid.*

<sup>3</sup> Ley 23 de 1982 artículo 9.



de dichos derechos a un tercero, se fundamente únicamente en el vínculo jurídico que lo relacione o encadene con el autor.

Al respecto la eminente tratadista argentina en la materia, Delia Lipzyc manifiesta que *“La titularidad originaria es el correlato de la calidad de autor por lo que corresponde a las personas físicas que crean las obras. Ello concuerda con la realidad y con la finalidad jurídico-política de la materia: asegurar a los autores una protección adecuada para los resultados de su creación y estimular la actividad creativa.”*<sup>4</sup> Por su parte, y para nuestros fines, el reconocimiento y definición de la calidad de *autor* tiene su sustento legal en la Decisión Andina 351 de 1993 la cual en su artículo 3°, dispone:

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

*Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.”*

## **B. Titulares derivados**

Consecuencia de lo anterior y reconociendo la realidad económica actual, cualquier persona natural o jurídica puede ser titular derivado. Titularidad que nace bien sea por (i) cualquier acto o convención encaminada a poner a disposición el derecho; ii) mediante disposición legal expresa o iii) por causa de muerte.

Cuando el derecho patrimonial que surge del titular originario es tasado y valorado económicamente, nace el interés de efectuar una transacción sobre el mismo. Estas transferencias se encuentran reguladas en la ley, y por regla general es un acto sometido a formalidades y solemnidades.

A continuación haremos un recorrido por el régimen jurídico que permite la circulación de las obras protegidas por el derecho de autor en el mercado. En primer lugar analizaremos la transferencia del derecho de autor mediante contratos, en una segunda instancia analizaremos las transferencias que la ley ha determinado de manera directa o mediante presunción, para finalmente, dilucidar si el contrato de trabajo se presenta como una forma de adquirir el dominio de manera general y directa del derecho de autor.

## **III. RÉGIMEN DE TRANSFERENCIAS EN EL DERECHO DE AUTOR**

---

<sup>4</sup> Lipzyc Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA. 1993, página 125



La negociación de los derechos patrimoniales de autor tiene varias facetas, esto se debe a que no existe en el estatuto jurídico del derecho de autor (ni tendría objeto que así fuera), un catálogo taxativo con todos los derechos patrimoniales posibles y a la espera de ser transmitidos por el autor de una obra.

Si bien, existe normativamente una categorización de los derechos patrimoniales acorde con los usos más plausibles que puede tener una obra protegida (reproducción, transformación, comunicación pública y distribución)<sup>5</sup>, es claro que la enumeración hecha por la ley dista mucho de ser *numerus clausus*<sup>6</sup>. Al respecto, Delia Lipszyc en su obra ya citada menciona: “*Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de las obras sean factibles, no sólo en el momento de creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado*”.<sup>7</sup> Así mismo, en aras de mantener la generalidad y abstracción de la ley, ésta no podría caer en la minucia.

Lo anterior nos lleva necesariamente a concluir que existirán tantas formas contractuales para negociar el derecho de autor, como formas de explotar la obra se conozcan actualmente y en el futuro.

## A. RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL DERECHO DE AUTOR

Dentro de la amplia variedad de mecanismos para la negociación de los derechos autorales, dos puntos principales deben ser tenidos en cuenta: En primer lugar se debe determinar si las partes acuerdan la transferencia o no del dominio de la obra, esto es, **determinar en primer lugar si existe un verdadero interés del autor por renunciar a su soberanía sobre su creación**, o, si simplemente lo que se desea es autorizar (sin renunciar al derecho de dominio) el uso de la obra, para un fin determinado en el contrato. Cuando estamos en el primer caso estaremos ante un contrato denominado por la doctrina como *licencia* o autorización de uso y cuando se transfiere el dominio, estaremos ante lo que tradicionalmente se ha denominado como contrato de *cesión*<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Ley 23 de 1982 Artículo 12. El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes:

- a) Reproducir la obra;
- b) Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra, y
- c) Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio.

<sup>6</sup> Esto es particularmente claro cuando en los mismos textos legales que consagran los derechos patrimoniales, se emplea en la descripción del supuesto de hecho figuras gramaticales tales como “por cualquier forma o procedimiento...” o “mediante cualquier otra forma de...”

<sup>7</sup> Lipszyc, Delia. Óp. Cit. Página 175

<sup>8</sup> Aunque se ha manifestado muchos reparos al empleo de éste término por cuanto la transferencia de derechos de autor no tiene elementos comunes ni con la cesión de derechos, ni de créditos ni mucho menos con la de contratos. Véase Antequera Parrilli, Ricardo. El nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela. Ed. Autoralex. Pág. 306-307 y Lipszyc Delia. Óp. Cit. Pág. 128.



## 1. El contrato de licencia de derecho de autor

Partiendo del principio que toda utilización de una obra protegida por el derecho de autor debe contar con la anuencia previa y expresa del autor o del titular derivado de los derechos, cualquier persona que esté interesada en utilizar de cualquier forma una obra debe llegar un acuerdo previo con el fin de no incurrir en una vulneración al derecho de autor.

El contrato de licencia de derecho de autor, es una figura atípica en nuestro ordenamiento jurídico, es decir que no existe una regulación expresa que identifique este contrato y le asigne, por contera, sus efectos jurídicos. No obstante podemos resumir los siguientes puntos con el fin de determinar su alcance:

- Como ya se dijo se trata de un contrato *atípico*, lo que tiene por consecuencia que únicamente estará sometido a lo que las partes dispongan a su conveniencia, mientras no vaya en contra de las normas de orden público.
- Se trata de un contrato *consensual*, lo cual indicaría que la sola manifestación de la voluntad de las partes produce efectos jurídicos. Por la misma razón, no es necesario que conste en todos los casos por escrito. Sin embargo, esto no releva de la carga de la prueba al usuario de la obra (licenciatario) de demostrar que fue autorizado por el autor (licenciante) para usar la obra.
- Es un contrato *principal, bilateral y conmutativo*.
- Es un contrato que **no transfiere** ningún derecho patrimonial, esto es, que no hay ingreso alguno del derecho del autor al patrimonio del licenciante, y mucho menos una mengua en el patrimonio del autor.
- Es un contrato cuyo alcance e interpretación estará restringido únicamente a la forma de utilización de la obra que se pacte de forma expresa. Así como se circunscribirá a las específicas circunstancias de modo, tiempo y lugar que claramente sean producto de la voluntad manifiesta de las partes.
- La autorización o licencia puede concederse a título gratuito u oneroso.

En consecuencia, la autorización de uso o licencia, se perfila como una herramienta idónea para el comercio y tráfico jurídico de las obras protegidas por el derecho de autor, por cuanto permite de manera ágil convenir la utilización de una obra sin incurrir en mayores costos de transacción.

Un ejemplo de este tipo de contratos se da entre los proveedores de contenidos gráficos (fotografías, infografías e ilustraciones) que brindan sus servicios con el fin de permitir que otras empresas empleen dichos materiales en publicaciones (físicas y electrónicas), publicidad y en general con cualquier fin. Así mismo, por regla general el software



comercial hace uso de las licencias para poder comercializar sus productos en el mercado.

## 2. Contrato de transferencia o cesión de derechos patrimoniales

En determinadas ocasiones no basta sólo con tener la autorización para utilizar una obra, es necesario adquirir el dominio de la misma, para poder ejercer sobre ella los actos que sean necesarios para el fin requerido por el usuario. Por ejemplo, para un productor, resulta necesario adquirir los derechos patrimoniales de un libro, para poder *transformarlo* en el guión de una película, y de esta manera *comunicarlo públicamente* una vez aquella sea terminada; por otra parte, una empresa pública o privada puede estar interesada en contratar el desarrollo de un software, y así mismo tener la posibilidad en el futuro de transformarlo, adaptarlo y reestructurarlo de manera independiente y de acuerdo a sus necesidades propias.

Partiendo de lo anterior, las normas de derecho de autor han señalado que todos los contratos que tengan por finalidad la transferencia de la totalidad o una parte de los derechos patrimoniales deben garantizar que el consentimiento del autor es pleno e informado, por tal motivo los contratos de transferencia de los derechos de autor son por disposición legal *solemnes*<sup>9</sup>. Lo anterior no es más que el reconocimiento a una realidad, de hecho categórica. El autor es la parte débil de la relación contractual<sup>10</sup>.

Así las cosas partimos de la base sobre la cual el derecho de autor se transfiere mediante un acto solemne, esto es sometido a una formalidad sin la cual el contrato o acuerdo no nace a la vida jurídica. Solamente el cumplimiento de la formalidad –*ad substantiam actus* asegura la efectiva transferencia de los derechos patrimoniales desde la esfera del autor a la del adquirente.

*“Ley 23 de 1982. Artículo 183. Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente ley.”*

De lo anterior podemos entonces enunciar algunos elementos importantes del contrato que tiene por finalidad la cesión de derechos:

<sup>9</sup> Esto es, que no existe libertad de formas para manifestar el acuerdo de voluntades sino que es la ley la que dispone la forma en la cual se debe hacer

<sup>10</sup> Álvarez de Benito, Pedro. Obligaciones del autor en el contrato de edición. Editorial Reus. Página 396. en el mismo sentido Delia Lipszyc, óp. Cit. Página 274



- Es un contrato nominado o típico, es decir está plenamente regulado en la ley frente a su forma y consecuencias jurídicas.
- Es un contrato, en la mayoría de casos, bilateral porque comporta obligaciones para las dos partes.
- Puede ser gratuito u oneroso.
- Es un contrato solemne, razón por la cual debe tenerse en cuenta que no nace al a vida jurídica hasta tanto no conste en un documento sometido a determinadas formalidades notariales.
- Frente a terceros, el contrato no tiene efectos jurídicos hasta tanto no se inscriba ante la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA).<sup>11</sup>

Finalmente, aunque es abundante la doctrina en esta materia, debemos señalar que los contratos que transfieren el derecho de autor deben someterse a los mismos postulados de la formación de todo negocio jurídico, esto es una (i) manifestación de la voluntad, (ii) la capacidad de las partes, (iii) un objeto y una causa.

Sobre éste último punto, la determinación del objeto del contrato ha sido un tema ya tratado por la Oficina de registro de la DNDA, en particular cuando se ha tratado de inscribir contratos de trabajo como soporte de la transferencia de los derechos patrimoniales de autor. En estos casos, la DNDA ha señalado lo siguiente:<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Con relación a los efectos del registro frente a terceros, la Oficina de Registro de la DNDA ha tenido la oportunidad de manifestarse en el siguiente sentido (concepto de 8 de febrero de 2010. Radicado 47116): “...Es preciso mencionar que si bien el Registro Nacional de Derecho de Autor no es constitutivo de derechos ni es requisito para su ejercicio, este registro tiene por finalidad brindarle un medio de prueba y de publicidad a los titulares de derechos de autor y derechos conexos, razón por la cual, si bien la inscripción de los contratos no es condición de existencia o validez de los mismos, sí cumple con la finalidad de otorgar publicidad y oponibilidad de las obligaciones allí contenidas frente a terceros.

*Frente a la oponibilidad de los actos jurídicos, los tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta afirman que es deber de los terceros respetar los actos ajenos, o sea, el de no desconocerlos arbitrariamente. De esta suerte, la oponibilidad de los actos jurídicos a los terceros constituye la regla general y la inoponibilidad a ellos es la excepción. En materia del derecho de autor, la inoponibilidad de los actos y contratos relacionados con esta disciplina, es la sanción con la que la ley ha castigado la omisión de la inscripción de los mismos ante el Registro Nacional de Derecho de Autor.*

*Por esta razón, mientras se mantenga la omisión del registro de un acto o contrato en materia de derecho de autor, éste se hace inoponible ante cualquier tercero. A título de ejemplo podemos mencionar que si A cede y transfiere sus derechos patrimoniales a B mediante documento privado ratificado ante notario, y, posteriormente, por cualquier motivo, se decreta un embargo sobre el patrimonio de A incluyendo los derechos patrimoniales sobre la obra cedida a B, éste último no podría oponer a dicho embargo la existencia del contrato previo con A, mientras dicho contrato adolezca de la falta de publicidad que otorga el registro.*

*Como conclusión podemos afirmar que la inscripción de los actos jurídicos relativos al derecho de autor, obedece al criterio fundamental presente en la Ley 44 de 1993, acorde con el cual el registro cumple una función de garantía y de certeza jurídica, importante en la convivencia social, pues evita que los negocios jurídicos queden en la penumbra.”*

<sup>12</sup> Resolución 070 de 23 de febrero de 2009. Mediante la cual se rechazó el registro de unos contratos laborales como acto de transferencia del derecho de autor.



*“...Sentadas pues las principales aristas del debate, examinaremos entonces si efectivamente los “contratos” que se pretenden inscribir, tienen un objeto determinado y si el solo hecho de mencionar que recaen sobre “obras” es suficiente para hablar de que se ha determinado su objeto:*

*Para tales efectos hemos de remontarnos a la teoría general del negocio jurídico según la cual, para su existencia y validez, éste debe contar con los siguientes elementos imprescindibles: (i) una manifestación de voluntad; (ii) la capacidad de las partes; (iii) un objeto; y, (iv) una causa.*

*En cuanto a las características del objeto del negocio jurídico el profesor Betancourt Rey nos ilustra de la siguiente manera<sup>13</sup>:*

1. ***“El objeto debe estar determinado en el negocio, o cuando menos ser determinable según las reglas contenidas en el propio negocio. Falta esta exigencia, por ejemplo cuando el abogado se obliga por cierta cantidad de dinero a representar a su cliente, en un proceso pero sin precisar tiempo, lugar, naturaleza ni circunstancia alguna del proceso, o cuando una persona vende a otra un vestido, pero sin resolver siquiera si se trata de un vestido de hombre o de mujer, de adulto o de niño.***
2. ***El objeto debe ser posible físicamente. Falta esta cualidad cuando una acción es absolutamente imposible para todo el mundo, como el recorrer a pie 20 kilómetros en cinco minutos, pero no cuando es imposible para personas determinadas y mucho menos cuando es apenas difícil.***

*Si el objeto consiste en alguna cosa, ha de existir ésta a la hora del negocio o cuando menos esperarse que exista en el futuro; y*

3. ***El objeto debe ser lícito. La ilicitud de las “cosas” como objetos estriba en hallarse fuera del comercio, de manera absoluta o relativa, o en ser ineptas para un determinado negocio...”<sup>14</sup>***

En conclusión, los contratos de transferencia del derecho de autor no solamente deben obedecer a formalidades específicas determinadas por el legislador, sino que también deben atender los específicos principios jurídicos que enmarcan su formación e interpretación en beneficio del autor.<sup>15</sup>

## **B. TRANSFERENCIA DEL DERECHO PATRIMONIAL POR DISPOSICIÓN LEGAL DIRECTA O MEDIANTE PRESUNCIÓN**

<sup>13</sup> Betancourt Rey, Miguel. Derecho Privado –Categorías Básicas. Universidad Nacional de Colombia –Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Primera Edición 1996, Página 200.

<sup>14</sup> Betancourt Rey, Miguel. Op. Cit. Pág 200

<sup>15</sup> Véase por ejemplo los artículos 77, 78 y 257 de la Ley 23 de 1982. Particularmente el artículo 257 manifiesta:

*“En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de las normas de esta Ley, se aplicará la más favorable para el titular de los derechos de autor.”*





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.

### 1. Transferencia mediante presunción legal

Algunas disposiciones de la Ley 23 de 1982 permiten interpretar que estamos ante una verdadera presunción de índole legal. Esto es, que verificados determinados hechos o situaciones, se puede colegir una consecuencia jurídica concreta, en este caso la transferencia de derechos patrimoniales del autor hacia un tercero.

Por ejemplo el artículo 20 de la ley 23 de 1982, establece que si se dan ciertos hechos: (i) la presencia de un autor o autores contratados por prestación de servicios, y, (ii) para elaborar una obra bajo las instrucciones de un plan señalado<sup>16</sup>, se obtendrá una consecuencia jurídica: *“Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra...”*

Desde luego, una presunción legal implica un desplazamiento en las cargas probatorias<sup>17</sup>. Ahora será tarea de la parte interesada en zafarse de las consecuencias jurídicas de la presunción, el acreditar completamente que no se está ante el hecho o hechos de los cuales se deduce la consecuencia anteriormente mencionada.

Los artículos 5 literal b, 20 y 92, son ejemplos de presunciones de transferencia de los derechos patrimoniales de autor, siempre y cuando se pruebe que se encuentra dentro de los supuestos de hecho de cada norma.

<sup>16</sup> *“El contrato de prestación de servicios debe incluir un plan señalado por el contratante: Con ello se quiere eliminar las formas de transmisión abstracta de derechos, las cuales en muchas ocasiones se convirtieron en una fuente de grandes abusos.”* Godoy Carlos Hernán. Ponencia EL DERECHO DE AUTOR EN EL AMBITO UNIVERSITARIO, Pontificia Universidad Javeriana, Agosto 12,13 de 2004.

<sup>17</sup> Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, página 390.



Del mismo modo, cuando se pretende hacer valer la presunción consagrada en el artículo 92 de la Ley 23 de 1982<sup>18</sup>, se debe demostrar de manera clara que se trata de una obra de carácter colectivo<sup>19</sup>. Segundo, que se trata de una obra efectuada dentro de una relación laboral o dentro de un contrato de servicios. Tercero, debe ser imposible separar o identificar el aporte individual de cada autor<sup>20</sup>.

## 2. Transferencia de derechos por mandato legal

Otras disposiciones en la ley 23 otorgan directamente por su ministerio la titularidad derivada de las obras a terceros, tal es el caso del artículo 91 de la ley 23 de 1982 que radica en cabeza de la entidad pública respectiva, las obras que haga el servidor público en ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias<sup>21</sup>.

Así mismo también por ministerio de la Ley el productor cinematográfico recibe, salvo pacto en contrario, la titularidad de la obra cinematográfica<sup>22</sup>

Visto lo anterior, no riñe con el principio de la titularidad originaria a favor del autor, el hecho que en algunos casos específicamente señalados por la ley, bien sea mediante presunción o por su ministerio, se radique en cabeza de un tercero (persona natural o jurídica) la titularidad patrimonial de una obra.

A continuación veremos que las presunciones y *cesiones legales* son casos específicos y por lo mismo, taxativos de la ley, dentro de los cuales no se encuentra la transferencia de derechos como consecuencia de una relación de trabajo. Lo cual es, finalmente, el núcleo de la consulta que se resuelve.

## C. TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE AUTOR EN RAZÓN DE UNA RELACIÓN LABORAL

<sup>18</sup> **Artículo 92.** 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 una de las personas naturales que en ellas contribuyen, tendrán por titular de los derechos de autor al editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan.

<sup>19</sup> **Obra colectiva:** la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre;

<sup>20</sup> Por ejemplo cuando se trata de un software en el que interviene todo un equipo de desarrollo pero en el cual no se puede separar, sin que la obra pierda su naturaleza, el aporte de cada uno de los intervinientes.

<sup>21</sup> **Ley 23 de 1982 – Artículo 91.** 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.

<sup>22</sup> **Ley 23 de 1982 – Artículo 98.** Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario a favor del productor.



El contrato de trabajo en nuestra legislación, se encuentra definido por sus tres aspectos fundamentales, la prestación personal de servicios, bajo la dependencia o subordinación de un tercero quien se obliga a remunerarle dichos servicios. Resulta evidente que producto de dicha relación laboral, es posible la creación de obras protegidas por el derecho de autor, lo cual es de suma importancia para las industrias culturales del país.

## 1. Una mirada al derecho comparado

No obstante lo anteriormente mencionado, es importante entender que la relación laboral y el derecho de autor han sido temas cuidadosamente reglados en las legislaciones casi todos los países, no así en Colombia, A modo de ejemplo tenemos el caso de la legislación ecuatoriana, la cual en su artículo 16 manifiesta lo siguiente:

*“Ley 83 de 1998 –Artículo 16. Salvo pacto en contrario o disposición especial contenida en el presente libro, la titularidad de las obras creadas bajo relación de dependencia laboral corresponderá al empleador, quien estará autorizado a ejercer los derechos morales para la explotación de la obra.*

*En las obras creadas por encargo, la titularidad corresponderá al comitente de manera no exclusiva, por lo que el autor conservará el derecho de explotarlas en forma distinta a la contemplada en el contrato, siempre que no entrañe competencia desleal.”*

Caso similar se presenta con la legislación peruana, la cual en su artículo 16 expresa en similar sentido lo siguiente:

### **“Decreto Legislativo 822 de 1996 Ley sobre el derecho de autor**

*Artículo 16. Salvo lo dispuesto para las obras audiovisuales y programas de ordenador, en las obras creadas en cumplimiento de una relación laboral o en ejecución de un contrato por encargo, la titularidad de los derechos que puedan ser transferidos se regirá por lo pactado entre las partes.*

*A falta de estipulación contractual expresa, se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido cedidos al patrono o comitente en forma no exclusiva y en la medida necesaria para sus actividades habituales en la época de la creación, lo que implica, igualmente, que el empleador o el comitente, según corresponda, cuentan con la autorización para divulgar la obra y defender los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma.”*



Por fuera del ámbito de la CAN, la legislación mexicana consagra la siguiente disposición:

***“Ley Federal del Derecho de Autor de 1996***

**Artículo 84** *Cuando se trate de una obra realizada como consecuencia de una relación laboral establecida a través de un contrato individual de trabajo que conste por escrito, a falta de pacto en contrario, se presumirá que los derechos patrimoniales se dividen por partes iguales entre empleador y empleado.*

*El empleador podrá divulgar la obra sin autorización del empleado, pero no al contrario. A falta de contrato individual de trabajo por escrito, los derechos patrimoniales corresponderán al empleado.”*

Por su parte la legislación española define de manera completa el marco en el cual se da la transferencia de derechos patrimoniales del autor asalariado, a favor de su empleador:

***“Real Decreto Legislativo No. 1 de 1996***

***Artículo 51. Transmisión de los derechos del autor asalariado.***

*1. La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito.*

*2. A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral.*

*3. En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores.*

*4. Las demás disposiciones de esta Ley serán, en lo pertinente, de aplicación a estas transmisiones, siempre que así se derive de la finalidad y objeto del contrato.”*

Varias cosas son de resaltar en las legislaciones anteriormente consultadas, en primer lugar, se trata de presunciones *juris tantum* en tanto admiten prueba en contrario, es decir no estamos ante una consagración legal destinada a despojar de entrada al autor-trabajador de todos sus derechos; tampoco es una cesión ilimitada que cubre todas las formas de utilización conocidas y por conocerse, y por sobre todo, se trata de una cesión limitada a los fines estrictamente necesarios de la actividad del empleador.

De manera que cualquier estatuto que pretenda regular de manera concreta la relación trabajador-autor y empleador, debe necesariamente contener varios aspectos importantes, esto es, las mínimas circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales



opera la presunta cesión, so pena de dejar un vacío o una laguna jurídica que debe ser llenada necesariamente apelando a la cláusula *in dubio pro auctoris*<sup>23</sup>.

El autor, en su calidad de trabajador sigue siendo la parte débil de la de la relación jurídica. Relación jurídica que es contradictoria y compleja *per se* y que es punto de encuentro de numerosas contradicciones “...de la servidumbre y de la libertad, pues incluso entre hombres libres e iguales, el trabajo implica la organización de una jerarquía, el sometimiento de unos al poder de los otros.”<sup>24</sup>.

## 2. En Colombia el legislador no reguló la transferencia del derecho patrimonial por virtud de la relación laboral.

Contrario a lo que se puede pensar de primera mano, una rápida consulta al estatuto autoral de Colombia, no nos indica que el legislador haya querido regular la transferencia de derechos patrimoniales en virtud de una relación laboral. Parte de la percepción general sobre el tema proviene en parte de las disposiciones que sobre la propiedad industrial trae el Código de Comercio<sup>25</sup>.

Percepción que es errónea toda vez que el derecho de autor es un régimen regulado por leyes especiales, al cual no le sería aplicable por vía de analogía las normas que rigen la propiedad industrial, ni tampoco sería viable pretender extraer de allí principios comunes a los dos regímenes.

Adicionalmente es de tener en cuenta que en tampoco en la Propiedad Industrial se establece una transmisión general y automática, nótese que la ley en primer lugar brinda la oportunidad de pactar en contrario la transferencia, y como segunda medida califica al trabajador sujeto pasivo de la transferencia al mencionar que se trata de trabajadores “*contratados para investigar*” lo cual indica que debe estar dentro del objeto contractual el desarrollo de invenciones, tal y como lo ha expresado la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>26</sup>:

<sup>23</sup> Artículo 257 de la Ley 23 de 1982 ya mencionado.

<sup>24</sup> Supiot, Alain. Crítica del Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- España. 1996. Página 25

<sup>25</sup> *Código de Comercio Artículo 539. Creaciones de Trabajadores o Mandatarios.*

*Salvo estipulación en contrario, la invención realizada por el trabajador o mandatario contratado para investigar pertenece al patrono o mandante.*

*La misma regla se aplica cuando el trabajador no haya sido contratado para investigar, si la invención la realiza mediante datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada. En este caso el trabajador tendrá derecho a una compensación que se fijará de acuerdo al monto del salario, la importancia de la invención, el beneficio que reporte al patrono u otros factores similares.*

*A falta de acuerdo entre las partes, el juez fijará el monto de la compensación.*

<sup>26</sup> Superintendencia de Industria y Comercio Concepto 02116505 del 16 de Junio de 2003.



Así las cosas, desde ninguno de los campos de la propiedad intelectual se favorece una transferencia automática, de los derechos que por ley son radicados en cabeza del autor o del inventor, razón que de paso, nos lleva a manifestar un desacuerdo total con los formatos de contrato laboral actualmente en circulación, en los cual se obliga al trabajador a manifestar una supuesta cesión de obras e invenciones futuras.

Clausulados estos que a las claras son inaplicables de forma directa, por dos razones. En primer lugar porque el silencio legislativo no puede ser interpretado en desmedro del autor, y en segundo lugar, porque un contrato de trabajo con en el cual se pretenda transferir de manera genérica y futura toda la producción intelectual, quedaría viciado por indeterminación en su objeto.

### **3. El silencio debe interpretarse a favor del autor**

En vista que no existe en Colombia una norma que establezca una presunción de cesión a favor del empleador de los derechos patrimoniales de una obra creada en virtud del contrato de trabajo, resulta claro que la situación no puede quedar sin regulación. De manera que dando aplicación a uno de los principios generales del derecho de autor, debemos interpretar la norma (o la ausencia de ella) de la forma que mejor beneficie al autor, esto es, aplicando la cláusula general contenida en el artículo 183 de la misma ley 23 de 1982, acorde con la cual todo acto de enajenación del derecho de autor debe, además de cumplir con los requisitos de todo contrato, constar en escritura pública o consignarse en un documento privado reconocido ante notario.

### **4. Lo anterior no implica que el contrato de trabajo no sea un instrumento que pueda llegar a transferir el derecho de autor**

---

#### ***“Invenciones bajo relación laboral***

*Respecto del tema de la propiedad de la invención, el artículo 539 del código de comercio establece que, salvo estipulación en contrario, la invención realizada por el trabajador o mandatario contratado para investigar pertenece al patrono o mandante.*

*La misma regla se aplica cuando el trabajador no haya sido contratado para investigar, si la invención la realiza mediante datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada. En este caso el trabajador tendrá derecho a una compensación que se fijará de acuerdo al monto del salario, la importancia de la invención, el beneficio que reporte al patrono u otros factores similares.*

*A falta de acuerdo entre las partes, el juez fijará el monto de la compensación.*

*Ahora bien, en relación con el interrogante relacionado con las invenciones obtenidas con la utilización de recursos de una entidad pública, deberá atenderse a lo señalado en el respectivo contrato, a fin de establecer la titularidad sobre aquél.*

*De otro lado, la normatividad supranacional andina mencionada dispone en su artículo 23 que sin perjuicio de lo establecido en la legislación de cada país, en las invenciones ocurridas bajo relación laboral, el empleador, cualquiera que sea su forma y naturaleza, podrá ceder parte de los beneficios económicos de las invenciones en beneficio de los empleados inventores, para estimular la actividad de investigación.”*



Es claro que en determinadas circunstancias un contrato de trabajo, así como cualquier otra modalidad contractual puede transferir el derecho de autor. Así lo reconoce el Consejo de Estado en su pronunciamiento de octubre 23 de 2003 (C.P. Susana Montes de Echeverri), cuando afirma:

*“Como quiera que la transmisión de los derechos patrimoniales del autor puede realizarse convencionalmente a través de cualquier modalidad contractual, no existe en opinión de la Sala, argumento válido para afirmar que el contrato laboral no es un instrumento idóneo para transferir los derechos económicos derivados de la obra creada por el autor asalariado...”*

Sin embargo debemos anotar que no se trata de cualquier contrato de trabajo ni en general de cualquier contrato el llamado a transferir derechos patrimoniales de autor, se tratará de un contrato de trabajo en el que se especifique claramente qué clase de obras se espera el empleado produzca, así como el alcance los derechos transferidos.

En últimas, no se pone en duda la autorizada opinión del honorable Consejo de Estado, en cuanto la potencialidad que tiene el contrato de trabajo de transferir derechos patrimoniales. Se trata de precisar que el contrato laboral *per se* no trae de suyo una presunción de transferencia automática y general amparada por la ley, de todas las obras creadas con ocasión de la relación de trabajo.

**5. Un contrato de trabajo que no exprese claramente qué obras son las contratadas, es un contrato que carece de un objeto determinado o determinable.**

Siguiendo al tratadista Alberto Valdés Alonso en su obra: “Propiedad Intelectual y Relación de Trabajo”, debemos concluir que la especial relación que existe entre el trabajador-autor, debe necesariamente estar regulada de manera clara desde un comienzo: *“No nos encontramos, por tanto, ante un trabajador cualquiera sino ante un trabajador muy determinado, ante un autor. De manera que la prestación que éste lleva a cabo no puede ser de carácter general sino que está ya condicionada o caracterizada por la cualificación del trabajador como creador... No cabe, en consecuencia, tomar este precepto de manera aislada y aplicarlo a una actividad asalariada cualquiera, que no se encuentre vinculada objetivamente a una actividad creativa, aun cuando “casualmente” se hayan generado derechos de propiedad intelectual”*<sup>27</sup>

Consideramos que un contrato de trabajo en el cual simplemente se enuncia que se transferirá de manera generalísima *todas las obras* que se produzcan en el marco de una relación laboral carece de precisión en la prestación a la que se obliga el autor-empleado,

<sup>27</sup> Valdés Alonso, Alberto. “Propiedad Intelectual y Relación de Trabajo”. Editorial Civitas. Página 91



lo que necesariamente lleva a una indeterminación en el objeto del mismo. Así lo hizo saber la Oficina de Registro de la DNDA en la resolución 070 de 2007 antes mencionada:

*Visto lo anterior, y comparado con el texto de los contratos rechazados, es claro que el objeto del contrato no se encuentra determinado con la simple mención de la palabra “obras”, y mucho menos cuando se generaliza dentro de la expresión “todas las obras que durante la vigencia del contrato de trabajo sean encargadas por el cliente XX S.A.”.*

*En efecto, cuando el artículo 1518 del Código Civil, norma aplicable al presente caso, nos indica que es menester determinar “a lo menos en cuanto a su género” las cosas objeto de una manifestación de voluntad, no nos está dando una patente de curso para utilizar un lenguaje tan amplio, que termine por llevarnos a la incertidumbre, en lo que se refiere al objeto del negocio jurídico, y de contera a vaciar de contenido el citado artículo 1518.*

*Como lo afirman los reconocidos tratadistas Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta: “El artículo 1518 del Código Civil se limita a exigir que las cosas estén determinadas en cuanto a su género. Pero hay que advertir, que aunque el acto se refiera a cosas de género, estas no pueden ser dudosas. De suerte que la expresión género empleada por el texto legal, debe ser entendida siempre en el sentido filosófico del género próximo. De no ser así, podría ocurrir que no fuera posible conocer el contenido del acto jurídico ni estimar su valor económico. Por ejemplo, si en la compraventa de un caballo solamente se hablara de “un animal” o de “un mamífero”, el objeto quedaría indeterminado, a pesar de que el caballo pertenece al género animal y al más próximo de los mamíferos, a lo que se agrega que el vendedor podría librarse de su obligación entregando al acreedor cualquier animal o cualquier mamífero, v.gr., un gato”<sup>28</sup>*

*Luego hemos de entender, que cuando se trata de un contrato de cesión de derechos, que implica una prestación de dar, debe determinarse su objeto aun cuando sea por el género más próximo al que pertenezca.*

*Para el caso de los contratos celebrados entre YY S.A. y las diferentes personas naturales empleadas de ésta últimas, no determinan claramente el objeto sobre el cual recae la manifestación de voluntad, ni siquiera en su género más próximo. Sería un imposible, en el mundo jurídico y en el mundo material obligarse simplemente a la elaboración de “una obra”, ¿qué persona podría tener la capacidad de abarcar todas las artes, oficios y técnicas, y en tal sentido, brindar la certeza que, no importa lo que se le solicite surgirá una creación intelectual original?*

*No basta mencionar que se trata de obras o que refiere a todas aquellas creaciones intelectuales originales de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. Lo cual es, sin lugar a dudas indispensable, pues mucho va de una obra literaria como sería un poema a una obra*

<sup>28</sup> Ospina Fernández; Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y de los demás Actos o Negocios Jurídicos. Editorial TEMIS, Cuarta Edición, 1994, Página 243.





audiovisual o a un programa de computador, y no por el hecho que todas compartan el denominador común de ser obras, podemos decir que pertenecen al mismo género.

A despecho del recurrente, resulta revelador el hecho que del universo de obras posibles, no todas comparten rasgos similares o tienen características comunes, pues no será lo mismo contratar a un pintor para la hechura de un retrato y esperar como resultado la calidad o características de una fotografía.

De allí que se caiga de su propio peso el afirmar que con el sólo hecho de indicar que el objeto del negocio recae sobre obras, se está dando cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 1518 del Código Civil.

## 6. El artículo 10° de la Decisión Andina es una norma de reenvío y no hace parte del bloque de constitucionalidad por cuanto no versa sobre derechos morales

Frente a la transferencia del derecho patrimonial en el marco de la relación laboral, es práctica común el hacer referencia al artículo 10 de la Decisión Andina 351 de 1993:

*“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.”* (Negrillas fuera del texto original)

Como se aprecia en primer lugar es claro que la normativa andina en este caso dejó al legislador nacional la potestad de regular conflicto entre el derecho laboral y el derecho de autor. Ello se debe a las múltiples soluciones que dentro de la Comunidad Andina de Naciones ofrece cada país a la materia, y que ya han sido suficientemente expuestas.

Sin embargo es importante anotar que en ninguna legislación de la Comunidad Andina, se encuentra la posibilidad según la cual, el comitente de una obra, o el empleador sea titular originario de la misma, es tan sólo un titular derivado. De manera que la única interpretación posible para el artículo en comento, es que el régimen de transferencias en la obra encargada y la obra efectuada en el marco de una relación laboral se rige por el estatuto nacional de cada miembro de la CAN, lo cual en manera alguna vulnera la supranacionalidad, la intangibilidad y el carácter vinculante del ordenamiento jurídico andino.

Adicionalmente, es preciso reiterar lo que ya en su momento ha dilucidado la honorable Corte Constitucional, cuando aclara que las únicas normas la Decisión 351 de 1993, que son llamadas a integrar el bloque de constitucionalidad, son las que versan sobre derechos morales y no sobre derechos patrimoniales:<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Sentencia C-053 de 2001 Magistrada Ponente (e): Dra. Cristina Pardo Schlesinger.



*En una oportunidad más reciente se reiteró tal afirmación, incorporando además la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena al bloque de constitucionalidad, en cuanto regula lo referente a los derechos morales de autor, que la Corte ha considerado fundamentales. Tal Sentencia estableció:*

*“3. La Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, **dado que regula los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad; no ocurre lo mismo con el Acuerdo a través del cual se estableció la “Organización Mundial de Comercio -OMC-, cuya materia no puede incorporarse al bloque de constitucionalidad, pues no corresponde a aquellas a las que se refiere el citado artículo 93 superior.”** (Resaltado fuera de texto) Sentencia C-1490 de 2000 (M.P. Fabio Morón Díaz).*

[...]

*“La segunda dimensión es la de los denominados **derechos patrimoniales**, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y por lo tanto objeto eventual de una regulación especial que establezca las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica, (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra).”*

*“Los derechos patrimoniales de autor, en la concepción jurídica latina, son tantos como formas de utilización de la obra sean posibles, ellos no tienen más excepciones que las establecidas por la ley, pues las limitaciones han de ser específicas y taxativas.” Sentencia C-276 de 1996 (M.P. Julio César Ortiz)*

## **7. Aunque el contrato laboral no está sometido a formalidades, ello no puede desconocer la solemnidad de la transferencia del derecho de autor.**

Se consulta a la DNDA si en virtud de un contrato laboral sea verbal o escrito opera la presunción de transferencia al empleador de los derechos patrimoniales de la obra creada por el trabajador en virtud del contrato de trabajo y así mismo si en dicho contrato laboral se debe consagrar una cláusula expresa que consagre dicha transferencia. Finalmente, se indaga si dicha cláusula debe someterse a las solemnidades del artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

Con relación a este punto es conveniente mencionar que no obstante el nacimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, no requiere de solemnidades, ello no implica que, frente al derecho de autor, su transferencia no se rija por las normas especiales que lo rigen.



## D. CONCLUSIONES

Frente a los anteriores interrogantes y en virtud de lo anteriormente expuesto debemos mencionar las siguientes conclusiones:

- El contrato laboral no transfiere derechos patrimoniales de autor si no se encuentra determinado en el objeto, esto es en la obra u obras que se pretende transferir y además cumple con las formalidades del artículo 183 de la Ley 23 de 1982.
- El contrato de prestación de servicios es el único que se encuentra relevado de cumplir la anterior formalidad, siempre que cumpla con lo preceptuado en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982. El contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, no son equiparables ni en lo fáctico ni en lo jurídico, razón por la cual no es viables extender los efectos de aquél sobre el contrato laboral.
- El contrato de trabajo verbal, en el que se incluya alguna transferencia del derecho de autor no transmite dichos derechos si no se somete la cláusula referida a la solemnidad del artículo 183. Si bien los efectos del contrato frente al estatuto del trabajo, no requieren formalidades, esto no es extensible al régimen del derecho de autor.
- La interpretación de los contratos en materia de derecho de autor no pueden desconocer los principios enmarcados por los artículos 77, 78 y 257 de la Ley 23 de 1982.

El presente concepto no constituye definición de la situación particular y concreta planteada en la consulta. Acorde con el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, las respuestas a las consultas no comprometen la responsabilidad de la entidad que las atiende, ni son de obligatorio cumplimiento o ejecución.

En la espera de haber atendido su consulta de la mejor manera.

Cordialmente,

**OSCAR EDUADRO SALAZAR ROJAS**



**DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR  
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL  
MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA**



Jefe de la Oficina de Registro  
Rad.: 1-2010-12112