



Bogotá D.C.,

Al responder cite este número

DIRECCION NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR
RAD.No.: 2-2019-67926

FECHA: 02-ago-2019 5:04 pm

DEP.: OF.ASESORA JURIDICA

TELEF.: 3418177

FOLIOS: 4

Señor
ANÓNIMO

Asunto: Licenciamiento de Software y adquisición por entidad del estado.

Respetada Señor:

En atención a su consulta radicada con el número 1-2019-24943, cordialmente nos permitimos manifestar lo siguiente:

I. SOFTWARE

Tal como lo señala el artículo 4 de la Decisión 351 de 1993, el programa de ordenador se protege a través del régimen del derecho de autor. Esto implica que el autor cuenta con prerrogativas de carácter patrimonial y moral sobre su obra.

Ahora bien, el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 define el programa de ordenador de la siguiente manera:

*"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. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso"*¹

Igualmente, el artículo 23 del mismo cuerpo normativo indica lo siguiente:

*"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"*².

¹ Comunidad Andina, Decisión Andina, artículo 3.

² ibidem, artículo 23





Por código fuente se entiende el lenguaje del programa legible por el ser humano, es el código que realiza el programador y a partir del cual se puede entender el programa o modificarlo, mientras que el código objeto es aquel, producto del procesamiento del código fuente por un ordenador, al cabo del cual sólo puede ser comprendido y utilizado por la máquina.

Así las cosas, el autor o el titular de derechos de un programa de computador cuenta con las prerrogativas de orden patrimonial reconocidas por la legislación autoral.

II. LICENCIA DE USO DEL SOFTWARE

A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales son susceptibles de negociación o de transmisión por acto entre vivos como por causa de muerte a los herederos o causahabientes.

Así las cosas, el titular de los derechos patrimoniales de autor³ sobre un programa de ordenador⁴, tiene la prerrogativa de otorgar licencias o autorizaciones para la explotación o utilización por terceros. Dicha licencia debe contemplar, entre otros factores pactados, las condiciones de tiempo, el territorio, la forma singular de aprovechamiento de la obra y el medio o soporte para su difusión, razón por la cual la misma es cuidadosamente elaborada, evitando de esta manera que por su indeterminación se tome en una cesión de derechos. Es preciso indicar que con el sólo hecho de conceder una licencia no se transmite en ningún momento la titularidad del derecho de autor sobre el programa de ordenador.

En virtud de una licencia de uso, y conforme a lo señalado en la Decisión Andina 351 de 1993, al licenciatarario le es permitido:

- ✓ Hacer una fijación del programa en la memoria del computador, exclusivamente para uso personal (artículo 26 de la Decisión Andina de 1993).
- ✓ Hacer una copia de seguridad o de back up (artículo 24 literal b) de la Decisión Andina de 1993).
- ✓ Hacer una adaptación del programa para su exclusiva utilización (artículo 24 de la Decisión Andina 351 de 1993).

³ Hay que tener en cuenta que el titular originario es el autor del programa de computador, sin perjuicio de que éste, haya transferido uno o algunos de sus derechos patrimoniales a terceras personas, caso en el cual, serán estos últimos, y no el autor, quienes cuentan con la facultad de otorgar licencias o autorizaciones de utilización del software.

⁴ El programa de ordenador contempla tanto el programa operativo (sistema operativo) como el programa aplicativo





Es necesario precisar que uno de los principios fundamentales del derecho de autor es la independencia de las utilidades, es decir que la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación no faculta para utilizarla en otra modalidad distinta (artículo 77 Ley 23 de 1982), así por ejemplo, si el titular de los derechos patrimoniales sobre un programa de computador concede una licencia para usar la obra en un territorio geográfico determinado, en virtud de tal acto no es posible que el usuario instale el programa licenciado en un territorio diferente, pues el uso legítimo de la obra se agota con los parámetros señalados en la licencia.

De acuerdo con lo anterior, todo acto de explotación de un programa de ordenador, que no se encuentre amparado por la autorización previa y expresa del autor o titular legítimo de tales derechos, se entenderá como un desconocimiento a las normas de derecho de autor.

Así las cosas, la licencia de un programa de ordenador entendida como la autorización de uso concedida por el titular del derecho, es requisito necesario para que aquel pueda ser utilizado, so pena de vulnerar el derecho de autor. En otras palabras, quien pretenda demostrar el uso legal de un software deberá contar con la autorización previa y expresa del titular de los derechos patrimoniales.

III. TRANSFERENCIAS

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

Entre las diferentes formas de transmisión del derecho encontramos tres que pueden ser de su interés. Ellas son: el contrato de cesión o transferencia de derecho de autor, la cesión por ministerio de la Ley de las obras desarrolladas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y la obra por encargo. Brevemente nos permitimos hacer algunas consideraciones sobre estas instituciones:

1. Contrato de cesión o transferencia de derechos

Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, siendo importante resaltar que su artículo 183 fue modificado por el artículo 181 de la Ley 1955 de 2019, en los siguientes términos:





“ARTÍCULO 181°. ACUERDOS SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES. *Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:*

ARTÍCULO 183. ACUERDOS SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES. *Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, o licenciarse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia o licencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente.*

La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia.

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez.

Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Será ineficaz toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.

Será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia.”

Con lo cual se debe entender que la única solemnidad que exige la ley para la validez de los actos que transfieren los derechos patrimoniales de autor y conexos, es que conste por escrito y; cuando el dominio se enajene, transfiera, cambio o limite, deberá registrarse el contrato correspondiente ante la DNDA, para efecto de oponibilidad y publicidad ante terceros.

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

2. Obra por encargo

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





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

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

- Que exista un contrato de prestación de servicios o un contrato de trabajo entre el autor y quien encarga la elaboración de la obra⁵ en el marco del cual se efectuó la creación artística o literaria.
- El contrato de trabajo o de prestación de servicios debe constar por escrito.
- La transferencia de derechos patrimoniales a favor del encargante se entienden concedida "en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra."

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

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

3. Transferencia por disposición legal

Determinados y específicos tipos de obras han sido de especial interés para el legislador, por esta razón directamente ha decidido radicar la titularidad patrimonial

⁵ No es correcto hablar de un contrato de obra por encargo entre dos personas jurídicas, pues como se anotó, la titularidad originaria de derechos se reconoce en principio en la persona natural que creó la obra. Por tanto, si se quiere propiciar la presunción de transferencia establecida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, es necesario que dicho acuerdo se realice directamente entre el autor y otra persona que puede ser natural o jurídica, para presumirse la transferencia de algunos derechos que originariamente le corresponden al autor.





derivada, no en cabeza de sus autores, sino directamente sobre otras personas que ha considerado idóneas para ejercer los derechos patrimoniales.

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

Uno de los eventos en los cuales la ley otorga directamente la titularidad derivada de las obras a terceros es el caso previsto en el artículo 91 de la ley 23 de 1982 el cual establece: *“Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.*

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

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

IV. REGISTRO NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR

Dentro de las actividades que realiza esta entidad para cumplir con su misión, se encuentra la de llevar a cabo el registro nacional de derecho de autor Servicio que se presta en la ciudad de Bogotá a través de la Oficina de Registro.

El registro de las obras protegidas por el derecho de autor, no es *constitutivo* de derechos sino meramente *declarativo*, por lo tanto, no es obligatorio y sus funciones son eminentemente probatorias. Lo anterior, responde al criterio normativo autoral que establece que desde el mismo momento de la creación de una obra nace el derecho sin necesidad de formalidades para la constitución del mismo.

Las finalidades del registro son otorgar mayor seguridad jurídica a los titulares respecto de sus derechos autorales y conexos; dar publicidad a tales derechos y a los actos y contratos que transfieren o cambien su titularidad; y ofrecer garantía de autenticidad a los titulares de propiedad intelectual y a los actos y documentos a que a ella se refieran.

Actualmente, el registro puede realizarse de diversas maneras: Registro de forma física (personal), Registro en línea y Registro mediante la aplicación móvil “protege



tus obras⁶. El registro de obras, actos o contratos ya sea en forma física o en línea, no tiene ningún costo y tiene una duración aproximada de 15 días hábiles.

Conforme con lo anteriormente expuesto y su caso particular, es importante establecer si lo que se pretende por parte de la entidad estatal es adquirir los derechos patrimoniales mediante la cesión de los mismos, o si se trata de la obtención de una licencia de uso. Ahora bien, si es cierto que el registro no es constitutivo de derechos, se constituye en el documento idóneo que otorga seguridad jurídica al Estado a efecto de contratar la licencia de uso u obtener la cesión de los derechos patrimoniales e su favor.

Esperamos con lo anterior, haber resuelto sus inquietudes. Cualquier información adicional, con gusto la atenderemos.

El presente concepto no constituye la definición de la situación particular y concreta planteada en la consulta. Acorde con el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II por el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

INGRID BIBIANA GARZÓN ROJAS
Profesional Universitario
Oficina Asesora Jurídica

⁶ <http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/obras-literarias>

