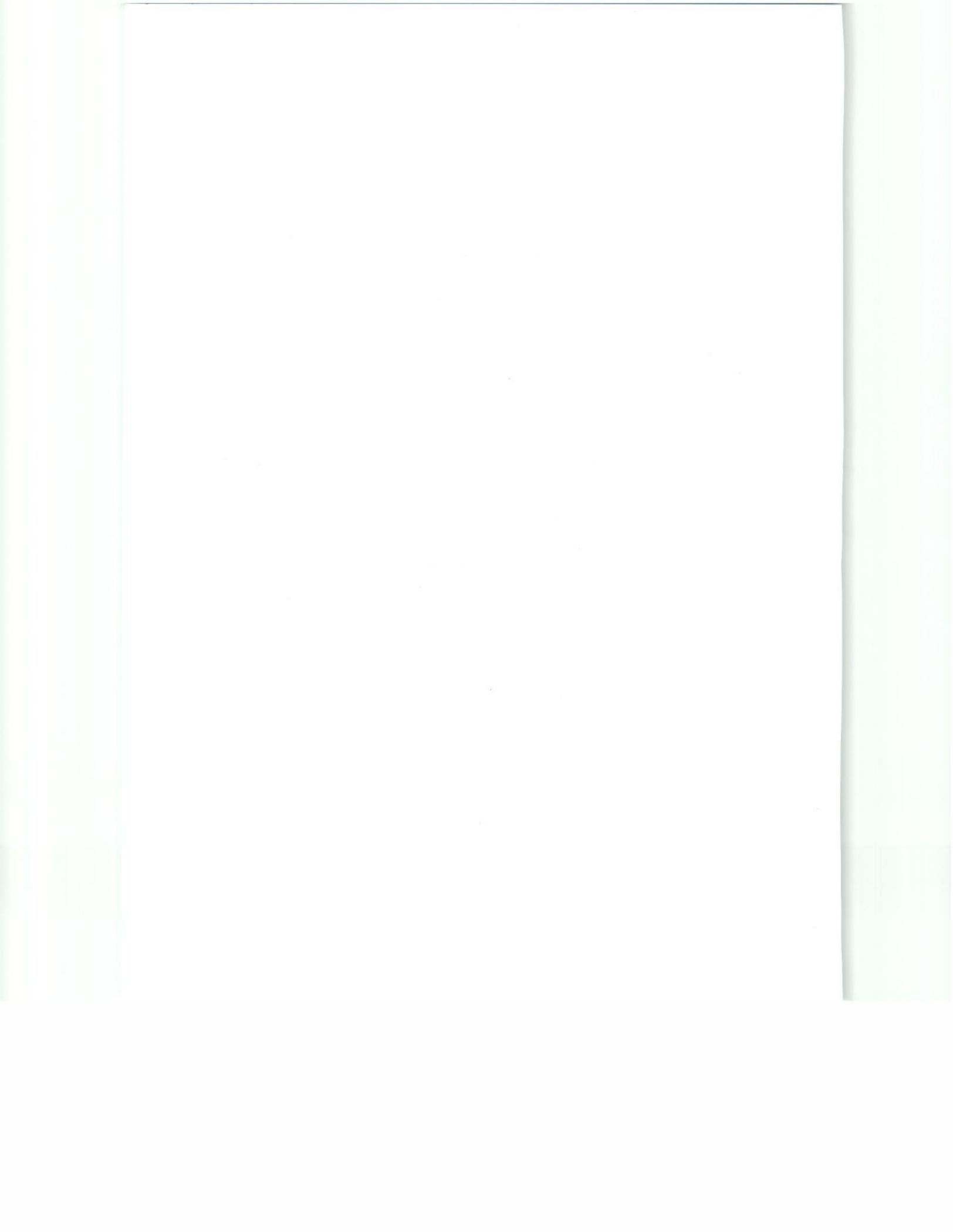


PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO LABORAL

**“Transmisión de los Derechos Patrimoniales
Derivados de la Creación de Obras
Intelectuales por parte de los Autores
Asalariados en Colombia y España”**

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA



PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO LABORAL

“Transmisión de los Derechos Patrimoniales Derivados de la Creación de Obras Intelectuales por parte de los Autores Asalariados en Colombia y España”

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA

INTRODUCCION

Existen situaciones que no están directamente reguladas por la legislación laboral, pero que sin lugar a dudas afectan de alguna manera, bien positiva o negativamente, las relaciones laborales.

Un caso puntual es el referente a las creaciones intelectuales (Propiedad Intelectual) de los trabajadores, donde es importante determinar el tratamiento jurídico que se les debe dar, en relación con el empleador o persona que contrata la realización de determinada obra.

Es indiscutible la importancia que refleja la Propiedad Intelectual e Industrial en el sector empresarial, donde gracias a estas creaciones del ingenio y talento humano las empresas logran ranquearse en los primeros lugares de reconocimiento y competitividad.

A manera de ejemplo podemos citar empresas como YAHOO, COCA COLA, WALT DISNEY, MICROSOFT, etc., donde han sido las

creaciones intelectuales las que han logrado posicionarlas en el mercado, obteniendo un reconocimiento mundial, produciendo una serie de efectos en el campo laboral tales como la generación de empleo directo a nivel mundial, salarios que permiten un nivel de vida adecuado y digno, fijación de políticas laborales benéficas para los trabajadores, etc.

Debido a esta realidad imperante y donde día a día hay mayor conciencia por el respeto a los derechos intelectuales (Autor y Propiedad industrial), los legisladores han venido creando normas nacionales y supranacionales que publicitan y protegen las creaciones intelectuales, obteniendo una mayor difusión y correcta transmisión (en sentido jurídico) de los derechos derivados de éstas, en procura de incentivar el desarrollo intelectual, cultural, artístico, competitivo y tecnológico de las naciones.

La intención de realizar el presente trabajo está enfocada a determinar la situación jurídica en que se encuentran las creaciones intelectuales (Derechos de Autor), realizadas por trabajadores asalariados y otras personas que tienen un vínculo contractual cuyo objeto es la elaboración de ciertas obras, sean éstas literarias, artísticas o científicas.

JUSTIFICACIÓN

A pesar de conocer que el tema propuesto está regulado claramente en muchos países, consideramos trascendental abordarlo, debido a la novedosa importancia que está alcanzando en países latinoamericanos, donde Colombia es un ejemplo de ello.

La novedosa importancia que se menciona obedece a las fuertes campañas publicitarias que el Gobierno Nacional Colombiano y algunas organizaciones están realizando en aras de la promoción, respeto y reconocimiento del Derecho de Autor (Propiedad Intelectual).

El desconocimiento de la normatividad y conflicto en la interpretación y aplicación de las normas referentes a la materia, han llevado a que las violaciones a los derechos de los autores sean constantes, donde se cree erróneamente por parte de los contratantes (empleador – trabajador) que se está actuando legalmente, cayendo en una costumbre ilegal que ha venido

desincentivando en las empresas la posibilidad de ampliar las creaciones intelectuales, recompensadas de una manera digna, si se nos permite utilizar este término.

Consideramos que las situaciones descritas anteriormente ameritan un estudio mayor, razón por la cual en el presente trabajo pretendemos establecer claramente las reglas de enajenación de los derechos de propiedad intelectual derivados de las relaciones contractuales, y sentar una posición respecto al conflicto que se ha suscitado en la aplicación e interpretación de la normatividad referente al tema.

1. MARCO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO

1.1. COLOMBIA

El derecho del trabajo lo encontramos en el artículo 25 de la Constitución Nacional Colombiana de 1991, estando dentro de los llamados Derechos Fundamentales del Título II “de los Derechos, las Garantías y los deberes”

Art. 25 – *El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.*

Es necesario mencionar que el concepto “trabajo” se entiende en sentido amplio al abarcar no solo las relaciones laborales, sino que enmarca un sinnúmero de relaciones contractuales que se reglamentan en el ordenamiento jurídico en sus diferentes áreas.

Al catalogarse expresamente al derecho del trabajo como un derecho fundamental se evidencia la importancia del mismo, donde encontramos que se han creado mecanismos de protección especial para este grupo de derechos dada la inminente necesidad de reestablecerlos en caso de vulneración. Tal es el caso de la Acción de Tutela, la cual es un mecanismo procesal expedito que trajo la Constitución de 1991, que procede exclusivamente cuando se presenta la violación a los derechos fundamentales y donde el fallador tiene un plazo de 10 días para decidir al respecto.

La propiedad intelectual (derechos de autor) no es un instituto ajeno al derecho del trabajo, ya que sin lugar a dudas la realización de una obra en nombre de otra persona o por encargo de otra persona o para otra persona, se enmarca

dentro de un esquema contractual, sin importar la rama del derecho que lo regule, permitiendo ubicar tales conductas dentro del concepto general derecho al trabajo y sobre el cual se ha propugnado por establecer unas condiciones dignas y justas para ser consecuentes con el Estado Social de Derecho que actualmente impera en nuestro país.

Por su parte, el artículo 61 de la Constitución Nacional Colombiana, perteneciente al capítulo II sobre los derechos sociales, económicos y culturales, establece: El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.

En éste artículo 61 se establece la necesidad de protección de los derechos derivados de la propiedad intelectual, dejando al legislador la tarea de regular esta materia estableciendo unas formalidades y duración específica.

1.2. ESPAÑA

El artículo 35 de la Constitución Española establece: El Trabajo derecho y deber

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.
2. La Ley regulará un estatuto de los trabajadores.

El artículo constitucional español, establece como un deber de los ciudadanos españoles el de trabajar; así mismo, cataloga al trabajo como un derecho que debe ser de libre escogencia por parte de los ciudadanos.

El artículo 35 de la Constitución española guarda similitud con el postulado constitucional colombiano, en la medida en que nuestro artículo 25 le da al trabajo la connotación de derecho y obligación social. También al hacer nuestra carta referencia a que todas las personas tienen derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, coincidiendo con el planteamiento que trae la constitución española de una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. AMBITO LABORAL

2.1. CONTRATO DE TRABAJO

El artículo 22 del código sustantivo del trabajo trae la definición de la siguiente manera: ***Contrato de trabajo es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.***

Del artículo anteriormente citado podemos establecer los requisitos esenciales para que exista la relación laboral o contrato laboral a saber:

- Prestación de un servicio personal
- Dependencia y Subordinación
- Remuneración

Cuando se presenten y comprueben estos elementos, sin importar la denominación que se le pretenda dar a la relación, nos encontramos frente a un contrato de trabajo reglamentado por el ordenamiento jurídico laboral.

Las partes que se involucran son, por un lado la persona natural que presta el servicio denominada trabajador, y del otro la persona natural o jurídica, denominada empleador, que exige la prestación del servicio pagando como contraprestación un salario.

El objeto del contrato se referirá sin lugar a dudas a la labor que desarrollará el trabajador bajo la dependencia, subordinación, vigilancia y control del empleador o por quien éste determine. La labor o función encomendada puede estar referida directamente a la creación de obras literarias, artísticas o científicas (creaciones intelectuales), según el objeto social de la empresa o el esquema y proyecciones de la misma, situación a la que nos referiremos mas adelante.

2.2. EI CONTRATO LABORAL Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL (DERECHOS DE AUTOR).

Es evidente la inexistencia de normas relativas al tratamiento jurídico que debe tener o debe dársele a las creaciones intelectuales (derecho de autor) producto de una relación laboral. Ningún estatuto jurídico colombiano hace

referencia a ello, lo cual genera una real inseguridad jurídica o una “supuesta” seguridad jurídica para las partes contratantes en relación con la titularidad, o si se quiere llamar propiedad, de las obras literarias, artísticas o científicas realizadas por el trabajador, producto como se dijo anteriormente de una relación laboral.

Hacemos referencia a una “supuesta” seguridad jurídica entre patrono y empleado, debido a que frecuentemente en el contrato laboral escrito se establecen cláusulas en las que se indica que todas las creaciones intelectuales que realice el trabajador dentro de las instalaciones de la empresa, esté o no en horario laboral, serán de propiedad del empleador. Así las cosas, tanto trabajador como empleador consideran que existe una cláusula en el contrato de trabajo que es válida y aún más cuando es firmada por el trabajador donde acepta expresamente que efectivamente todas las creaciones intelectuales que éste produzca serán de su patrono, sin saber las consecuencias jurídicas que éstas cláusulas producen, generando el conocido fenómeno jurídico de la ineficacia como lo veremos más adelante.

No se trata de buscar culpables, lamentablemente debido al desconocimiento de la legislación en materia de propiedad intelectual, se están vulnerando día a día los llamados derechos de autor, y no solo a nivel de microempresas sino a nivel general, donde las grandes empresas que pueden tener inclusive una nómina mayor a 500 empleados, incurren en la misma violación. Debido a la publicidad que pueda tener éste trabajo nos es imposible mencionar específicamente que entidades reconocidas en nuestra ciudad y país, a pesar de estar informados de tal situación, no han tomado las medidas necesarias y aplicar lo correctivos correspondientes en aras de reestablecer y legalizar la adecuada transferencia de los derechos de autor.

Otro aspecto que no podemos dejar al margen de éste análisis es el alto nivel de desempleo que tenemos en nuestro país, el cual ha llevado a los posibles trabajadores a firmar un contrato laboral prácticamente por adhesión, en el que las condiciones están predeterminadas y donde el trabajador, así considere que se le están vulnerando algunos derechos de propiedad intelectual, prefiere ignorarlos y saber que cuenta con un salario, aportes a seguridad social, aporte a pensiones, las primas legales etc. Este es un factor determinante de la falta de cultura jurídica en materia de propiedad intelectual por parte de empresarios y sus respectivos asesores jurídicos, donde ha sido más importante el estudio de otros supuestos que están regulados en el código Sustantivo del Trabajo, a implementar políticas adecuadas de incentivos y

correcta transmisión de los derechos intelectuales de los trabajadores, siendo temas que no están regulados por la legislación laboral.

La legislación laboral se acerca exclusivamente a la propiedad Intelectual, considerada ésta como género, al referirse al secreto empresarial y reserva de la información que deben guardar los trabajadores, en aras de evitar la fuga de la misma, que de lugar a la llamada competencia desleal en perjuicio del empleador, pero de ninguna manera se hace referencia al tratamiento jurídico que deben seguir las creaciones intelectuales referidas a los derechos de autor producto de una relación jurídico laboral.

A continuación haremos una referencia a los artículos de la legislación laboral que se refieren al secreto empresarial y reserva de información:

El Art. 56 del Código Sustantivo del Trabajo establece: Obligaciones de las partes en general. De modo general, incumben al patrono obligaciones de protección y de seguridad para con los trabajadores, y a éstos obligaciones de obediencia y fidelidad para con el patrono.

El Art. 58 del Código Sustantivo del Trabajo establece: Obligaciones especiales del trabajador. Son obligaciones especiales del trabajador.....

2. No comunicar con terceros, salvo autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al patrono, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.

El Art. 62. Código Sustantivo del Trabajo establece: Terminación del contrato por justa causa. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

a) Por parte del patrono:...

8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

El Estatuto de los Trabajadores Español no hace referencia expresa a la situación en que se encuentran los derechos patrimoniales derivados de la creación de obras por parte de los trabajadores, es decir, sucede la misma situación que en Colombia, ya que no hay norma dentro de la legislación

laboral que se refiera a las creaciones intelectuales de los autores asalariados, razón por la cual es necesario remitirnos a la Ley de Propiedad Intelectual Española, para determinar así el tratamiento que se sigue al respecto.

2.3. AUTORES ASALARIADOS

“Son quienes realizan su labor de creación intelectual por y mediante una relación de índole laboral, bajo la cual recibe un salario a cambio de prestaciones subordinadas, entre ellas, la creación de obras del ingenio. En tal evento, la titularidad de los derechos patrimoniales sobre las obras que el empleador realice, es automática y por efecto legal, de propiedad del empleador, persona natural o jurídica (artículo 91 y 92 Ley 23 de 1982), sin perjuicio de los derechos morales que permanecen en cabeza del creador. El autor-empleado ve colmadas sus expectativas patrimoniales sobre sus obras con la remuneración”.¹

En el primer párrafo se da la definición de los autores asalariados. Ya en el segundo se establece los 2 casos en que se presenta la transmisión automática y legal de los derechos patrimoniales de autor (empleados públicos).

3. PROPIEDAD INTELECTUAL

Para comenzar, es necesario aclarar que el término propiedad intelectual tiene acepciones diferentes en varios países del mundo; en los países latinoamericanos, los que conforman la Comunidad Andina de Naciones (Colombia, Venezuela, Perú, Ecuador y Bolivia) y varios Europeos, se ha entendido que el término Propiedad Intelectual es un concepto amplio que envuelve a los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial, siendo entonces estos dos últimos especies de un género que es la Propiedad Intelectual. En España, el tratamiento es diferente ya que se asimila la Propiedad Intelectual a los Derechos de Autor y toman la Propiedad Industrial aislada de la Propiedad Intelectual por tal razón.

Para efectos del presente trabajo utilizaremos, tal como lo hemos hecho hasta este momento, el término Propiedad Intelectual para referirnos a los derechos de autor y propiedad industrial.

La propiedad intelectual (derechos de autor) se entiende como el conjunto de derechos pertenecientes a un autor y derivados de la creación de obras literarias artísticas o científicas.

La profesora argentina DELIA LIPSZYC define los derechos de autor de la siguiente manera: "Es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales".²

3.1. GENERALIDADES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (DERECHO DE AUTOR)

3.1.1. PRINCIPIOS DEL DERECHO DE AUTOR

- Es autor únicamente las personas naturales (de carne y hueso). Quedan excluidas las personas jurídicas y los animales. Es necesario hacer la exclusión de los animales para evitar confusión en situaciones como la que se dio en Francia, donde un perro que untaba sus patas de pintura y posteriormente rasguñaba un óleo, fue objeto de fama en tal país, donde su dueño abrió una galería para exponer tales objetos, que para nuestro derecho no se pueden denominar obras por no provenir de una persona natural.
- Se protegen las obras, No las ideas. A este principio se le conoce como de incorporación, ya que la protección se realiza sobre las obras como tal, es decir, se protege la materialización de las ideas en un soporte físico y no a las ideas que quedan en el aire.
- Las obras deben tener una relevante originalidad, la cual hace referencia al toque particular que el autor imprime en su obra para que la misma sea reconocida como de creación intelectual suya y no como copia de otro.
- Las obras gozan de protección inmediata una vez creadas, lo cual quiere decir que estamos frente a la ausencia de formalidades para que las obras adquieran protección y se endilgue la titularidad de las mismas al autor.
- Al derecho de autor no le interesa ni el merito ni el destino de la obra. Siempre que esta creación esté catalogada como obra, tendrá protección por la legislación.
- In dubio Pro-autor: Siempre que existe duda o conflicto en la interpretación o aplicación de una norma o cláusula, se hará en beneficio del autor.

- Independencia de los Derechos. Cada uno de los derechos que tiene el autor derivados de su obra, son independientes uno de otro.
- Independencia entre derecho de autor y el soporte material. Lo que se busca es diferenciar la obra como tal del soporte material, el cual es el que contiene a aquella. Un ejemplo nos ayuda a entender aún mas el concepto: Gabriel García Márquez escribió un libro que se titula "Cien años de soledad"; estamos en presencia de una obra literaria, la cual está contenida en un soporte material denominado libro que está hecho de papel. Yo puedo comprar un ejemplar de esta edición y seré dueño del libro (soporte material), pero no de la obra contenida en el, lo cual quiere decir que puedo hacer con el libro lo que a bien tenga, como romperlo, guardarlo, quemarlo, regalarlo, pero no puedo reproducirlo, comercializar sus copias o llevarlo a Internet, porque ya estaría disponiendo de los derechos patrimoniales del autor o titular y no sobre el soporte material como tal.

Muchas veces se suplanta la originalidad en ciertas obras. Al ser suplantada o sustituida la personalidad y la autonomía del autor por los empleadores o empresarios que actúan a través de empleados a su servicio, se agudiza el problema de la titulación original de las obras así creadas y de la participación económica y moral, durante su explotación posterior, de los que en ellas han participado.³

3.1.2. SUJETOS DEL DERECHO DE AUTOR:

El sujeto del derecho de autor es la persona natural que por medio de un trabajo intelectual crea una obra.

3.1.3. OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR:

El objeto del Derecho de Autor son las obras las cuales pueden ser literarias, artísticas o científicas.

3.1.4. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR:

El Derecho de Autor tiene un contenido dual, por una parte están los derechos patrimoniales y por otra los derechos morales.

Los derechos patrimoniales están directamente ligados con la explotación de la obra y buscan una retribución económica para el autor o titular del derecho.

Los derechos patrimoniales de autor son susceptibles de ser negociados, enajenados, disponibles etc. Dentro de ésta categoría de derechos encontramos la exclusividad de que goza el autor para realizar o autorizar:

- Reproducción
- Comunicación pública
- Transformación
- Distribución
- Participación o “droit de suite”

Los derechos morales por su parte protegen la personalidad del autor en relación con su obra. Tienen la característica de ser inalienables, perpetuos, imprescriptibles e inembargables. Dentro de esta categoría de derechos encontramos:

- Derecho al inédito (divulgación o no de la obra)
- Derecho de paternidad
- Derecho al respeto e integridad de la obra
- Derecho de retracto o arrepentimiento
- Modificación

3.2. PLANO INTERNACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Ahora, en el plano internacional⁴ podemos decir que existen varios tratados y Convenios que regulan la propiedad intelectual, que han sido aprobados por el gobierno y ratificados por el Congreso, aumentando y complementando de esta manera la normatividad aplicable al tema.

Tratándose de Derechos de Autor, el **CONVENIO DE BERNA DE 1886**, aprobado por el Congreso mediante la Ley 33 de 1987, es la fuente principal de protección a los derechos de los autores de obras artísticas, literarias y científicas. Este convenio establece tres principios fundamentales:

- Trato Nacional, según el cual los autores extranjeros miembros de éste convenio deben ser tratados igual que los autores nacionales, con las mismas garantías y derechos.

- Protección automática, la cual hace referencia a que la protección de la obra comienza desde el mismo instante en que se crea, sin necesidad de formalidades.
- Independencia de la protección, enfocada a que se determina el país de origen de la obra y no necesariamente del autor, ya que la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional.

CONVENCIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR DE 1952 acoge el principio del trato nacional y establece los lineamientos para la protección del derecho de autor.

CONVENCIÓN DE ROMA DE 1961, aprobada por la Ley 48 de 1975, tiene por objeto la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes; los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, conocidos como los derechos conexos al derecho de autor.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 1948 establece en su artículo 27 que toda persona tiene el derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad, *a disfrutar de las artes y compartir el avance científico y sus beneficios*. Así mismo expresa que toda persona tiene derecho a la protección de *sus intereses morales y patrimoniales que resulten de cualquier producción científica, literaria o artística* de la cual ella sea su autora.

LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA expidió la **DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993**, norma supranacional que regula los aspectos de derechos de autor y derechos conexos, estableciendo un régimen común para los países del pacto andino (Venezuela, Colombia, Ecuador; Perú y Bolivia).

LA COMISION DEL ACUERDO DE CARTAGENA expidió la **DECISIÓN ANDINA 486 de DICIEMBRE DE 2000**, sobre el régimen común sobre propiedad industrial, que sustituyó a la Decisión 344 de enero de 1994. Esta norma supranacional cumple con los lineamientos que impone los **ADPIC** (*Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio*) que estableció la **OMC** Organización Mundial del Comercio, Antigo **GATT**, la cual busca la liberalización de los mercados mundiales mediante la reducción de las barreras comerciales. El acuerdo **ADPIC** o **TRIPS** contiene una serie de principios que determinan los estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual así como los procedimientos coercitivos

que deben aplicarse en materia de protección de éstos derechos (derechos de autor y propiedad industrial: patentes, marcas, modelos de utilidad, diseños industriales, diseños de circuitos) a los países signatarios.

No debemos olvidar a la OMPI o WIPO que es la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL, la cual tiene entre sus funciones el administrar los tratados relacionados con propiedad intelectual y posee un órgano de solución de diferencias en materia de nombres de dominio. Su objetivo principal es velar por los derechos de los creadores y titulares de los derechos de propiedad intelectual a nivel mundial y propugna para que se recompense los esfuerzos de éstas personas.

“La doctrina prevaleciente se inclina, con toda decisión por el principio de aplicación preferente del derecho comunitario, siempre que con él entre en conflicto el derecho interno o nacional. De tal suerte, la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte incompatible con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior o posterior a la norma integracionista.”⁵

De lo anteriormente expuesto, se establece que las Decisiones Andinas se aplican de manera preferente sobre la legislación interna, de tal suerte que sólo en aquellos aspectos no regulados por la norma comunitaria, entra a aplicarse lo establecido en las normas nacionales. Entonces, la legislación nacional tiene un carácter remisorio e integrativo y se aplicará en estos dos casos: Cuando el aspecto a tratar no sea regulado por el derecho comunitario o cuando exista expresa remisión de la norma comunitaria al ordenamiento nacional.

4. LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA

TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESPAÑOLA

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

La disposición final segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 93/98/CEE, del Consejo de 29 de octubre, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho

de autor y de determinados derechos afines, autorizó al Gobierno para que, antes del 30 de junio de 1996, aprobara un texto que refundiese las disposiciones legales vigentes en materia de propiedad intelectual, regularizando, aclarando y armonizando los textos que hubieran de ser refundidos. El alcance temporal de esta habilitación legislativa es el relativo a las disposiciones legales que se encontrarán vigentes a 30 de junio de 1996. En consecuencia, se ha elaborado un texto refundido que se incorpora como anexo a este Real Decreto Legislativo, y que tiene por objeto dar cumplimiento al mandato legal.

En su virtud, a propuesta de la Ministra de Cultura, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 12 de abril de 1996, **DISPONGO**:

Artículo único. Objeto de la norma.

Se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, que figura como anexo al presente Real Decreto legislativo.⁶

Debemos decir que España cuenta con una Ley de propiedad intelectual nueva, de 12 de Abril de 1996, respecto de la nuestra que es la Ley 23 de 1982. Dando una mirada rápida al Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual Española, encontramos que coincide con nuestra norma en gran parte respecto a su estructura y se maneja un enfoque similar en lo referente a los sujetos, objeto, contenido y limitaciones al derecho de autor que no es pertinente entrar a analizar en este momento. Claro está que tanto Colombia como España son parte del Convenio de Berna de 1887 referido a los derechos de autor, siendo esta una razón para que nuestras legislaciones tengan varios puntos de coincidencia, sin desconocer la claridad y modernidad, si se puede llamar de ésta manera, que muestra la Ley Española.

Nos llama la atención el Título VII de la norma española referido a la regulación de los programas de ordenador, artículos 95 y siguientes, el cual es muy completo y claro. En nuestro ordenamiento no contamos con un capítulo referido a tales programas, pero se le da al software la protección por derechos de autor asimilándolo a una obra literaria y por tanto cuenta con toda la protección establecida en la Ley 23 de 1982. Hoy día gran cantidad de contratos laborales y de prestación de servicios, tienen como objeto la creación de programas de computador o software, automatizando cada vez mas el sector empresarial e industrial, logrando que los procesos se realicen con exactitud, economía y calidad, sustituyendo en gran medida la mano de obra directa, situación positiva para unos, y negativa para otros que no nos corresponde debatir en este momento.

4.1. TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL (derechos de autor) ESPAÑOLA.

CAPITULO I, Disposiciones generales de la Ley española, establece en su Artículo 45 la Formalización escrita. *Toda cesión deberá formalizarse por escrito. Si, previo requerimiento fehaciente, el cesionario incumpliere esta exigencia, el autor podrá optar por la resolución del contrato.*

Encontramos claro que toda cesión de derechos de autor debe realizarse por escrito para que tenga validez.

El artículo 51 referido a la transmisión de los derechos del autor asalariado establece:

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.

5.- La titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el apartado 4 del artículo 97 de esta Ley.

Si bien es cierto la legislación laboral española no contempla el tratamiento que debe seguirse respecto de la transmisión de los derechos del autor asalariado, debemos reconocer que la Ley de Propiedad Intelectual Española sí lo hace de una manera completamente clara y que no da lugar a conflictos de interpretación, como sí los tiene la norma nacional colombiana.

El numeral 1 del artículo 51 nos indica que la transmisión de los derechos del autor asalariado a su empleador se regirá por lo convenido por las partes en el contrato laboral, el cual para su validez debe constar por escrito, dejando exclusivamente una formalidad referida a la consignación de tal convención en un documento escrito, sin establecer algún otro tipo de requisito para que se de dicha enajenación.

En el mismo numeral 1 se habla de la transmisión de los derechos de explotación de la obra, involucrando, en nuestro concepto, todos los derechos patrimoniales que se puedan derivar de la obra, pasando en tal caso el empleador o empresario a ser el titular de los derechos patrimoniales de la obra y reconociendo que el autor de la misma ha sido y será el trabajador, respetando de ésta manera el derecho moral de paternidad.

Ahora, ¿Qué sucede si no existe convenio escrito?. Inmediatamente el numeral segundo del mismo artículo 51 trae una presunción de hecho, la cual debe admitir prueba en contrario, estableciendo que al no existir prueba escrita se presumirá que el trabajador ha cedido los derechos de explotación en exclusiva sobre la obra a su empleador o empresario. Entendemos igualmente que tal explotación de la obra por parte del empresario debe estar referida a la consecución de los fines perseguidos y relacionados con el objeto del contrato laboral, impidiendo de ésta manera al empleador la realización de actos de explotación de la obra diferentes a los que se relacionan directamente con su actividad habitual, tal y como lo establece los numerales segundo y tercero del artículo 51.

El numeral quinto establece que la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador (código fuente y código objeto) creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario, corresponderán exclusivamente a éste a menos que exista un pacto en contrario, tal como lo dispone el numeral 4 del artículo 97 de la Ley de Propiedad Intelectual Española.

De esta manera nos queda claro que la legislación española reguló de una manera suficientemente clara y especial la transmisión de los derechos de propiedad intelectual de un trabajador asalariado a su empleador o empresario, cuando hay de por medio un contrato laboral, ejemplo que debería seguir nuestros legisladores colombianos para poner fin a los conflictos de interpretación y aplicación de normas en esta materia.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL EN COLOMBIA

Sin duda alguna, la forma como se ha medido o determinado la riqueza económica de los sectores empresariales, ha sido a través del inventario de los bienes sobre los cuales recae un derecho de dominio. El derecho a la propiedad, que ha sido el más antiguo y sobre el cual se ha presentado grandes controversias, ha venido desarrollándose década tras década, desde los derechos materiales o corporales hasta los derechos inmateriales o intangibles, los cuales están representados como producto del trabajo y esfuerzo intelectual del hombre; cabe destacar, que dicha propiedad no es absoluta, puesto que se encuentra limitada por disposiciones constitucionales o legales, que representan el interés general de la sociedad y redundan en beneficio de ésta. Quizás el ejemplo más evidente, constitucional, hace referencia a la función social que debe cumplir la propiedad privada, obligando al titular del derecho a realizar ciertas actividades o procedimientos en beneficio del interés general. Así mismo, tratándose de derechos sobre la propiedad intelectual y entendiendo estos como los derivados de los productos de la actividad intelectual, tenemos las limitaciones o las llamadas excepciones a dicha titularidad, donde también se tiene en cuenta el interés general y se puede evidenciar en los casos en que la Ley obliga al autor o inventor a permitir el uso de su obra sin autorización, a explotar su creación, a utilizar su marca, o autoriza a la Superintendencia de Industria y Comercio a conceder a terceros Licencias obligatorias (en casos especiales) ante las injustificadas negativas del titular del derecho en comento.

El Libro Segundo del Código Civil Colombiano, DE LOS BIENES Y DE SU DOMINIO, POSESION, USO Y GOCE, trata la división de los bienes en corporales e incorporales, y a su vez divide los corporales en muebles e inmuebles y los Incorporales en derechos reales y personales.

El artículo 670 del Código Civil Colombiano establece que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad, dejando claro que no es la misma propiedad que se le aplica a los bienes corporales.

El artículo 671 del mismo código dispone que las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales. El texto del art. 671 nos aclara que la razón de la protección es la creación intelectual. En todo caso, los bienes intangibles o inmateriales objeto de estudio de la propiedad intelectual se deben materializar en algo tangible (libro, texto, CD).

El término Propiedad Intelectual ha tenido varias interpretaciones y significados tal como lo hemos venido mencionando; en Colombia, comprende tanto la propiedad industrial como los derechos de Autor. La propiedad Industrial contempla a su vez las patentes, modelos de utilidad, marcas, nombres comerciales, enseñanzas, diseños industriales y competencia desleal. El derecho de autor trabaja la protección de las obras artísticas, literarias y científicas; y los llamados derechos conexos referidos a los artistas, intérpretes y ejecutantes, organismos de radiodifusión y productores de fonogramas.

Retomando nuevamente el art. 61 de La Constitución de 1991 "El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley", debemos tener en cuenta que es la Administración quien concede los privilegios (registro), en casos de propiedad industrial, otorgando una posición económica privilegiada al titular de la invención, en la medida en que lo autoriza a excluir a terceros de la utilización de la creación y pasa a ser prácticamente un monopolio Constitucional. ¿Por qué hablamos en éste caso únicamente de propiedad industrial?. Porque en materia de derechos de autor no se necesita el registro de la obra para su protección, sino simplemente con el acto de la creación ya está protegida.

El artículo 150 de la Constitución Nacional, numeral 24 expresa que le corresponde al Congreso regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual, dejando abierto el espacio para otras formas de propiedad intelectual que no están dentro de la propiedad industrial. Ejemplo variedades vegetales.

El artículo 189 de nuestra Constitución Nacional numeral 27, establece en relación con el presidente como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, debe "Conceder patentes de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles, con arreglo a la Ley".

5.1. LEY 23 DE 1982 SOBRE LOS DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA

Al tener en cuenta que la legislación laboral no se refiere a los derechos de autor, debemos remitirnos a la Decisión Andina 351 y a la Ley 23 de Enero 28 de 1982, norma especial que regula lo referente al tema.

La Decisión Andina 351 establece en el capítulo IX lo referido a la transmisión y cesión de derechos de autor de la siguiente manera:

Artículo 29.- El derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable.

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.

Si bien es cierto la Ley 23 de 1982 es anterior a la fecha de entrada en vigencia de nuestra Constitución de 1991 y de la Decisión Andina 351 de 1993, es necesario aclarar que la misma no atenta de ninguna manera contra tales ordenamientos nacional y supranacional, y por tanto es aún de completa aplicación.

La Ley 23 de 1982 no hace referencia expresa a la suerte que deben correr las obras creadas dentro de una relación laboral, pero consagra un artículo que lo transcribimos para su análisis, debido a la posible aplicación en tal materia.

CAPÍTULO XIII De la transmisión del derecho de autor.

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.

Como primera medida debemos referirnos al término enajenación que envuelve la disposición que se realiza sobre un bien (venta, cesión, donación, etc.). Así las cosas, encontramos que el artículo 183 de la Ley 23 no hace distinción alguna respecto a la clase de enajenación, ni área del derecho en el que se presenta (civil, laboral, comercial), sino que el legislador deja abierta la posibilidad al decir "Todo acto de enajenación del derecho de autor", en el que se supone que cualquier acto de disposición de un derecho de autor, se regulará por éste artículo 183.

Sí analizamos el contenido del artículo, encontramos que exige una formalidad, la cual es imperativa, referida a la obligación de que el acto de enajenación, **DEBE** realizarse "por escritura pública o documento privado reconocido ante notario.....". Consideramos que ésta es una formalidad constitutiva para que

el acto de enajenación nazca a la vida jurídica, es decir, sea **Existente**. De lo contrario, esto es, de no hacerse por escrito privado reconocido ante notario ó por escritura pública, nos encontraríamos frente a un contrato o cláusula ineficaz por Inexistencia.

Además, el artículo 183 establece que para cumplir con el principio de publicidad de los actos jurídicos, se debe registrar el acto de enajenación, que ya ha pasado por una de las formalidades notariales previstas anteriormente, en la oficina de registro de la Dirección Nacional de Derechos de Autor para que tenga validez frente a terceros, es decir, para que se pueda realizar la llamada oponibilidad frente a terceros.

Basándonos en el precepto anterior, tendríamos que decir que las cláusulas inmersas en un contrato laboral referidas a la cesión de los derechos del trabajador asalariado a su empleador, no tendrían efecto alguno (Inexistentes), sí no se tramita la formalidad notarial especificada en el artículo 183 de la Ley. Entonces, ¿cuál es el efecto jurídico que genera el no cumplir con tal formalidad?. En nuestro concepto y como lo dijimos anteriormente la ineficacia que produce es de inexistencia, es decir, como cláusula no escrita y la consecuencia normal se enfoca a que el trabajador asalariado sigue siendo autor y titular de aquella creación y por tanto, en el evento en que se haya realizado alguna clase de disposición de obra por parte del empleador, pensamos y sostenemos que el trabajador tendría acción judicial para buscar el resarcimiento del derecho de autor vulnerado, a pesar de existir un salario que se piensa que esta retribuyendo o contraprestando tal servio. Parece a primera vista absurdo ante los ojos de cualquier intérprete, pero lo cierto es que si hacemos una interpretación exegética del artículo referido a la transmisión del derecho de autor, no estaríamos lejos de tal realidad.

Queremos traer a colación un caso no público, en el que nos reservamos los nombres de los sujetos participantes por la misma razón.

Tres Ingenieros de sistemas fueron contratados por una empresa privada mediante contrato laboral escrito, con el objeto de crear un software o programa de computador. Una vez terminado el programa, fue objeto de negociación por una suma millonaria por parte del empleador, sin consentimiento de los autores, pensando que era el dueño y titular del mismo, basado en una cláusula del contrato laboral que mencionaba que el trabajador cedía todos los derechos derivados de la obra al empleador. El caso termina con una conciliación, en el que el empleador tuvo que reconocer a los autores (trabajadores) una suma de dinero diferente y adicional al salario, procediendo

posteriormente a legalizar tal cláusula con el reconocimiento ante notario.

Claro está que éste es un caso que no sucede frecuentemente, pero que está empezando a proliferar debido a las campañas fuertes que se adelantan por el respeto y divulgación de los derechos de autor. No es frecuente, porque como lo anotamos anteriormente, tanto empleador y trabajador, que desconocen la legislación en materia de propiedad intelectual, y actuando de buena fe, consideran que tal transmisión se ha realizado conforme a derecho, y más aún cuando sabemos que hay un principio contractual que indica que el contrato es Ley para las partes, mediante el cual se otorga absoluta posibilidad de disposición de los derechos patrimoniales que se tienen (salvo en caso de normas de orden público), pero sin olvidar las formalidades constitutivas que establece la misma Ley.

Hasta éste momento pareciera ser claro el tratamiento jurídico que debiera seguir las obras creadas por un trabajador asalariado siguiendo la hipótesis tratada anteriormente, pero entraremos a analizar otro artículo de la Ley 23 de 1982 que crean un conflicto en el interprete al momento de aplicar la normatividad adecuada.

El artículo 20 de la misma Ley 23 de 1982 establece: ***“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)”***.

Al entrar a analizar el artículo precedente podemos encontrar, en nuestro concepto, una serie de irregularidades que influyen en la correcta interpretación del mismo. Como primera medida, el artículo 20 hace referencia a “contrato de servicios”, expresión que consideramos muy amplia ya que dentro de éste concepto podríamos incluir a los contratos laborales y civiles de prestación de servicios.

Creemos que el legislador quiso referirse exclusivamente a los contratos de prestación de servicios, los cuales no tienen en nuestra legislación una definición legal, pero que se refieren indiscutiblemente a la realización de una labor a cambio de una retribución económica y en el cual no se presenta el elemento de subordinación o dependencia, siendo de esta manera de

naturaleza civil, alejado completamente del ámbito laboral. A demás, si tenemos en cuenta el término honorarios que utiliza el precepto normativo, tendríamos que referirnos al contrato de prestación de servicios y no al contrato laboral en el que se utiliza la expresión salario. Debemos decir que en varias ocasiones se ha tratado de disfrazar a contratos de trabajo como contratos de prestación de servicios, evadiendo de ésta manera las obligaciones referidas a las prestaciones laborales que se generan con ocasión de un contrato laboral y que están a cargo del empleador. Para evitar esta simulación contractual se ha tomado común por parte del poder judicial la aplicación del principio "contrato realidad", el cual se refiere concretamente a la primacía que debe tener el contrato real y cierto, sin importar la denominación que se le haya asignado; principio importantísimo que ha reestablecido en muchos casos los derechos legales de los trabajadores y que ha llevado en alguna medida a reducir el porcentaje de simulaciones contractuales.

Ahora, cuando el artículo 20 menciona "...Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra...", no se identifica cual es el acto al que se refiere concretamente, si es el contrato como tal o el pago. En nuestro concepto se esta haciendo referencia al contrato.

5.2. ARTICULO 20 Vs ARTICULO 183 DE LA LEY 23 DE 1982

CAPÍTULO II Contenido del derecho

Sección Primera: derechos patrimoniales y su duración.

Artículo 20: *"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)".*

CAPÍTULO XIII De la transmisión del derecho de autor.

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”.

“La enajenación es un acto jurídico, por medio del cual se transmite a otro la propiedad de una cosa, bien a título oneroso, como en la compraventa o a otro título como en la donación, además comprende las disposiciones de última voluntad y todas las formas de traspaso o cesión de bienes y derechos. Sea la enajenación parcial o total, el autor o autores no conceden sino dos facultades: la de goce y la de reproducción. Pero jamás se concede los derechos morales”.⁷

Bueno, pero a demás de las imprecisiones en la redacción de la norma o errores de técnica legislativa, encontramos un problema mayor referente a la aplicación del artículo 20 ó el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 respecto a la transmisión de los derechos patrimoniales de autor.

Siguiendo la interpretación que hemos venido esbozando, el artículo 20 se referiría al contrato civil de prestación de servicios, en el cual hay un plan para la realización de una obra determinada, señalado por cuenta y riesgo del contratante, para que lo realice o ejecute un contratista que recibirá a cambio unos honorarios establecidos de mutuo acuerdo y que por existir éste contrato se entienden transferidos los derechos patrimoniales del autor. Éste artículo 20 hace parte del capítulo II, referido al “Contenido del Derecho”. Los derechos patrimoniales y su duración, ubicación que debemos tener presente para aplicar las reglas de interpretación.

Ahora, se nos presenta con posterioridad el artículo 183 de la misma Ley 23 y que está ubicado en el capítulo XII de la Transmisión de los Derechos de Autor y el cual nos dice que toda enajenación de un derecho de autor, sea total o parcial debe hacerse por escritura pública o documento privado reconocido ante notario. Así las cosas y tal como se dijo anteriormente, estamos frente a una formalidad constitutiva del acto jurídico de transmisión de derechos patrimoniales de autor.

6. REGLAS DE INTERPRETACIÓN EN COLOMBIA

El artículo 5º de la ley 57 de 1887, incorporado en el artículo 10 del Código Civil da las pautas para proceder en caso de conflicto de normas:

Art.10.- Derogado. L. 57de 1887, art. 45. Subrogado. L 57/887, art. 5º.
“Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella.

Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.
2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades, y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior; y si estuviere en diversos códigos, preferirán por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”.

Encontramos evidentemente un error en la ubicación del artículo 20, el cual debiera estar en el capítulo XIII referido a la **transmisión del derecho de autor** y no en el capítulo II sobre el **contenido del derecho. Derechos patrimoniales y su duración.**

A pesar de que el artículo 20 hace alusión, en nuestro concepto, al contrato civil de prestación de servicios, consideramos que existe un capítulo especial dentro de ésta Ley especial de derechos de autor, referido a la **transmisión del derecho de autor** y por tanto estaríamos en la obligación de cumplir con una las formalidades notariales exigidas por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

Ahora, recurriendo a otro criterio de interpretación que se refiere al evento en el que las normas en conflicto tengan una misma especialidad, se **preferirá la disposición consignada en el artículo posterior.** Entonces si consideramos que la Ley 23 de 1982 es especial por regular exclusivamente los derechos de autor, y que las normas en conflicto están precisando actos de disposición del derecho patrimonial de autor, entraríamos a aplicar el artículo 183 preferentemente sobre el 20.

Sí tratamos de encontrar el verdadero querer e intencionalidad del legislador al expedir la presente normatividad en conflicto, podríamos decir sin lugar a equívocos que si bien es cierto se ha tratado de eliminar las barreras y trabas en la negociación y disposición de los derechos patrimoniales en general por parte de personas privadas, no hay que dejar al margen la reivindicación de

los derechos patrimoniales de autor que ha sido propósito por varias legislaciones y autoridades como la Dirección Nacional de Derechos de Autor en Colombia; entonces, creemos que el legislador decidió establecer las formalidades notariales del artículo 183 no por capricho, sino para crear un mecanismo que le otorgara mayor protección e importancia a la disposición de derechos de autor, en cuanto se estaba haciendo frecuente la vulneración de los mismos materializada en los plagios, piratería, proliferación de cláusulas abusivas, suplantación de autoría, desconocimiento del derecho de paternidad, y una serie de actos que dejaban al autor desprotegido, razones éstas que llevaron al legislador a implantar la obligatoriedad de tales formalidades.

El cumplimiento de tales formalidades notariales de ninguna manera son dispendiosas, donde una de ellas, el escrito privado reconocido ante notario en el que consta la enajenación del derecho de autor, le da cierta importancia y es común en nuestro país. Cumpliendo con dicho requisito tendríamos un acto jurídico existente y válido, el cual hasta éste momento tendría efectos inter-partes, y el cual para que tenga efectos frente a terceros, tendría que realizar el registro de tal acto ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor para cumplir con la llamada publicidad. Cabe aclarar que tal registro no tiene ningún costo y es otro procedimiento ágil.

Para concluir el enfoque que estamos presentando, podríamos decir que el artículo 20 es el **TÍTULO** y el artículo 183 es el **MODO**, no compartiendo de ésta manera las tesis que establece que por estar referido el artículo 20 a un contrato especial, el cual es el de prestación de servicios, no debe cumplir con las formalidades notariales y por ende se aplicaría de preferencia sobre el artículo 183 de la Ley 23, por considerarse especial.

7. DISPOSICIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CONTRATO LABORAL

Retomando el tema del contrato laboral en el que se incluye cláusulas de cesión de derechos de autor y en el cual se establece la enajenación de los derechos patrimoniales de los trabajadores autores a sus empleadores, **recomendamos** cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, para que tales cláusulas se consideren existentes y válidas a la luz del derecho, evitando de esta manera posibles pleitos judiciales.

Es necesario que la cláusula del contrato de trabajo referente a la propiedad intelectual tenga una redacción correcta en cuanto tiene que especificarse

claramente la obra u obras que van a ser cedidas del trabajador al empleador, donde el salario será la retribución económica que entrega el empleador al trabajador como contraprestación a ésta cesión de derechos patrimoniales. En nuestra opinión, se debe definir claramente cual o cuales derechos patrimoniales sobre las obras que realizará el trabajador en ejercicio de sus funciones o labores asignadas son los que cederá al empleador, porque como lo establecimos en los principios del derecho de autor, uno de ellos es la independencia de cada derecho patrimonial de autor, mediante el cual el trabajador puede ceder uno, varios o todos los derechos patrimoniales que tiene sobre la obra.

¿Por qué es importante la especificación de las obras que realizará el trabajador?. Porque de esta manera se da claridad, transparencia y equilibrio en las relaciones contractuales. Sostenemos que las cláusulas que establecen la transferencia por parte del trabajador a su empleador de todos los derechos patrimoniales sobre todas las obras creadas por el trabajador, durante su jornada laboral y en instalaciones de las empresas, son abusivas y vulneran los derechos de los artistas o autores asalariados, desconociendo los principios del derecho de autor. Un ejemplo nos ayuda a ilustrar mas la situación: El objeto del contrato laboral de un trabajador es la creación de un software, y en los espacios o brakes que tenga, dentro de la jornada laboral y en las instalaciones de la empresa, empieza y termina una obra literaria, o de otro tipo, púes mal estaría pensar que los derechos patrimoniales derivados de la obra literaria pertenecerían al empleador. Entonces, para evitar supuestos como el anterior, se debe establecer una cláusula clara, justa y que vaya con la realidad del contrato.

Vale la pena recordar, que en la redacción de las cláusulas de propiedad intelectual, y de todas en general, se debe observar, por las partes contratantes (trabajador – empleador), el principio de buena fe contractual, buscando un equilibrio justo entre las partes y donde se evidencie la voluntad real de las mismas, principio este que guiará adecuadamente la relación laboral en aras del efectivo cumplimiento del objeto del contrato.

8. OBRAS CREADAS POR FUNCIONARIOS O EMPLEADOS PÚBLICOS.

El capítulo VI de la Ley 23 de 1982 sobre Disposiciones especiales a ciertas obras, establece en su 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”.

Al analizar el precepto anterior, nos encontramos frente a una cesión de derechos patrimoniales de autor automática y de carácter legal, mediante la cual la entidad pública pasa a ser titular de los derechos de autor de las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones constitucionales o legales.

Tal precepto no amerita mayores consideraciones debido a su claridad y especificidad.

El artículo 92, ubicado en el capítulo VI establece: ***“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 el editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan”.***

Consideramos que esta norma no hace referencia a la transmisión de los derechos patrimoniales, sino que por el contrario, establece una solución legal a un posible problema que puede presentarse en el evento en que ante la creación de una obra colectiva, sea imposible la identificación y determinación de los aportes individuales de los autores, ante lo cual se ha dispuesto que la titularidad de los derechos patrimoniales estará, en este evento específico, en cabeza de el editor o persona natural o jurídica que haya encargado la realización de la obra bajo su cuenta y riesgo.

El análisis del presente artículo nos sirve también de fundamento para establecer que en los contratos de prestación de servicios, se debe cumplir con las formalidades notariales establecidas en el artículo 183 para realizar una correcta transferencia de derechos patrimoniales de autor, teniendo en cuenta que si el legislador no hubiese contemplado la obligatoriedad de dichas formalidades cuando se está en presencia de un contrato de prestación de servicios, no hubiese tenido la necesidad de incluir en éste artículo 92 la parte

correspondiente a arrendamiento de servicios, que lo equiparamos al contrato de prestación de servicios, y para el cual (artículo 92), en tal hipótesis de imposibilidad de identificación del aporte intelectual de los contratistas, no hubiera sido necesario referirse a que la titularidad estaría en cabeza de la persona natural o jurídica que por su cuenta y riesgo ordena la elaboración de la obra (contratante), sí el artículo 20 establece que se entienden trasferidos los derechos patrimoniales de autor por el solo acto del contrato de prestación de servicios, es decir, se entendería que la titularidad de los derechos patrimoniales estarían en cabeza del contratante, ratificándose con tal interpretación la obligatoriedad de cumplir con las formalidades del artículo 183 cuando se está en presencia de un contrato de prestación de servicios.

9. LA JURISDICCION ORDINARIA Y EL DERECHO DE AUTOR

El artículo 242 de la Ley 23 de 1982, establece:

“Las cuestiones que se susciten con motivo de esta Ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria”.

El artículo anterior otorga la competencia de las situaciones judiciales derivadas del derecho de autor a la jurisdicción ordinaria, lo cual no excluye de ninguna manera la intervención de la jurisdicción contenciosa administrativa respecto a las actuaciones de un ente público o por hechos u omisiones de la administración.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL

El artículo 427 parágrafo 1 numeral 5 del Código de Procedimiento Civil estipula que se adelantará mediante un proceso verbal de mayor o menor cuantía “(...) las controversias que se susciten sobre derechos de autor y las conexas de que trata el artículo 242 de la ley 23 de 1982, que no correspondan a las autoridades administrativas (...)”.

De esta manera se evidencia que la competencia está dada para la jurisdicción ordinaria civil, omitiéndose por parte de la jurisdicción ordinaria laboral algún tipo de procedimiento referente al tema de los derechos de autor; de ahí que habrá que acudir siempre a la jurisdicción ordinaria civil, así se este en presencia de una cláusula de cesión de derechos patrimoniales del autor asalariado, al interior de un contrato laboral escrito.

COMPETENCIA ESPECÍFICA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CIVIL

- Jueces Civiles Municipales:

En única instancia: Conocerán por mandato del artículo 243 de la ley 23 de 1982, 14 y 453 del Código de Procedimiento Civil mediante un proceso verbal sumario, de las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones a cargo de los directores o responsables de entidades o establecimientos donde se ejecuten obras musicales de que trata el artículo 163 de la misma ley.

En primera instancia: Conocerán de las controversias de menor cuantía que se susciten sobre los derechos de autor y las conexas de que trata el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, que no correspondan a las autoridades administrativas.

- Jueces Civiles del Circuito:

En primera instancia: Conocerán de las controversias de mayor cuantía que se susciten sobre los derechos de autor y las conexas de que trata el artículo 242 de la Ley 23 de 1982, que no correspondan a las autoridades administrativas. Así mismo, conocen en primera instancia de los procesos de expropiación de los derechos patrimoniales de una obra.

- Competencia a prevención:

Los artículos 243 y 245 de la ley 23 de 1982, de forma respectiva estipulan:

“El autor, el editor, el artista, el productor de fonogramas, el organismo de radiodifusión, los causahabientes de éstos y quien tenga la representación legal o convencional de ellos, pueden pedir al juez el secuestro preventivo:

1. De toda obra, producción, edición y ejemplares;
2. Del producido de la venta y alquiler de tales obras, producciones, edición o ejemplares, y
3. Del producido de la venta y alquiler de los espectáculos teatrales, cinematográficos, musicales y otros análogos.”

“Las mismas personas señaladas en el primer inciso del artículo anterior pueden pedir al juez que interdicte o suspenda la representación, ejecución, exhibición

de una obra teatral, musical, cinematográfica y obras semejantes, que se van a representar, ejecutar o exhibir en público sin la debida autorización del titular o titulares del derecho de autor.”

Por lo tanto, son competentes a prevención en única instancia, tanto los jueces civiles municipales como los del circuito, para conocer de los procedimientos anteriormente referenciados, independientemente de que los jueces ante quienes se formulen estas solicitudes lo sean para conocer de los procesos respectivos.⁸

10. CONCLUSIONES

Después de realizar el presente trabajo, y teniendo en cuenta el espíritu y querer de la normatividad jurídica vigente en materia de propiedad intelectual, podemos concluir lo siguiente, no sin antes mencionar que la elaboración del mismo fue muy productiva por la posibilidad que tuvimos de abordar un tema, que si bien es cierto no ha sido motivo de connotados fallos jurisprudenciales, si está empezando a ser un campo que cada día es objeto de mayor divulgación y promoción en busca de una efectiva protección.

1. No existe regulación alguna en materia de derechos del autor asalariado en la legislación laboral sustancial y procedimental. Consideramos importante que los contratos laborales incorporen claramente el tratamiento específico que se debe seguir respecto a los derechos patrimoniales derivados de las obras creadas por los trabajadores mediante contratos de trabajo, dando cumplimiento a la Ley de derechos de autor.
2. Nuestra legislación nacional referida a derechos de autor debe ser actualizada, teniendo en cuenta que es del año 82, anterior a la Constitución nacional colombiana de 1991, y aunque no presenta conflicto con nuestra Carta constitucional, ni con la Decisión Andina 351 de 2000, si adolece de falta de claridad en su articulado y deja por fuera importantísimos aspectos tales como la transmisión de los derechos del autor asalariado, que si es contemplado en la legislación española, y otros tantos temas referidos a las nuevas creaciones producto de los avances tecnológicos que ameritan una regulación especial, clara y real. El Texto Refundido De La Ley De Propiedad Intelectual Española es un ejemplo de la correcta y completa reglamentación en materia de propiedad intelectual.
3. Los autores asalariados han venido siendo objeto de explotación, donde la vulneración de sus derechos de autor se ha convertido en pan de cada día

por parte de los empresarios, ante lo cual hacemos una crítica y recomendamos a los empleadores retomar la cultura y respeto de los derechos intelectuales de sus trabajadores, buscando entablar un equilibrio contractual, donde se cumplan todas las formalidades que establece la Ley respecto a la transmisión de los derechos patrimoniales de autor, y se respeten los derechos morales de los mismos.

4. En los contratos de prestación de servicios en el que se presenta la cesión de derechos patrimoniales de autor, regulado por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, es necesario cumplir con las formalidades notariales establecidas en el artículo 183 de la misma ley, para que sea existente y válido tal acto.

5. Es necesario que las Organizaciones Mundiales, Nacionales y regionales entiendan la importancia de la protección de la propiedad intelectual y empiecen a crear mecanismos y estrategias para adaptarla correcta y legalmente en sus organizaciones.

6. El desarrollo de las naciones va de la mano con los avances tecnológicos; y los avances tecnológicos tienen que ir de la mano con la reglamentación jurídica, de ahí que se establezcan normas abiertas, tendientes a dar cabida a las nuevas tecnologías aun por descubrir.

En el futuro no muy lejano, ***la riqueza de las naciones estará medida por su capital intelectual y no por sus bienes materiales o tangibles.***

BIBLIOGRAFIA

- RENGIFO GARCIA, Ernesto. Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1997.
- CÁRDENAS PÉREZ Pablo. Comentarios sobre propiedad Intelectual, Bogotá 2003.
- CHARRIA GARCIA, Fernando. Derechos de Autor en Colombia. Ed. Bellas artes, Cali 2001.
- DIRECCION NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Génesis y Evolución del Derecho de Autor. Bogotá 1995.
- ROGEL VIDE, Carlos. Nuevos estudios sobre propiedad intelectual. Ed. J.M. BOSCH Barcelona 1998.
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio y otros. Derecho del trabajo, Contrato Individual. Editorial LO BLANCH. Valencia 2002.
- DERECHOS DE AUTOR PARA TODOS CUMBRE 2000. Federación Internacional de Periodistas. Londres 2000.
- Código Sustantivo del Trabajo Colombiano.
- Estatuto del Trabajo Español.
- Constitución Española.
- Constitución Colombiana.

- Convenio de Berna de 1886.
- Ley 23 de 1982 Colombiana
- Ley de propiedad Intelectual Española, Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.
- Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena.

PÁGINAS DE INTERNET:

- www.wipo.int
- www.derautor.gov.co

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- ¹ Dirección Nacional de Derechos de Autor. Génesis y Evolución del Derecho de Autor, 1995, p.28.
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.
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 el editor o persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan
- ² **Derechos de Autor Y Derechos Conexos**, Lipszyc Delia, Argentina 2001. Pg. 11
- ³ Estudio sobre Derechos de Autor. Los Derechos de Autor cuando la obra surge de una relación laboral. Temis Bogotá 1984 pg 148
- ⁴ RENGIFO GARCIA, Ernesto, Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá , 2000, p.36 y ss.
- ⁵ Tribunal Andino de Justicia, proceso N2IP-88, sentencia de 25 de Mayo de 1988.
- ⁶ **REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.**
- ⁷ BUITRAGO LÓPEZ, Elker, Derecho Intelectual, Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá 2003. p.83.
- ⁸ Dirección Nacional De Derechos De Autor.