



Bogotá, D.C.
C 1.1

Asunto: Propiedad Intelectual – Generalidades del Derecho de Autor – Objeto de Protección del Derecho de Autor – Alcance de las Facultades Exclusivas del Derecho de Autor – Obra Audiovisual – Obra Musical – Producción de Fonogramas – Licencias o Autorizaciones de Uso – Régimen de Transferencias – Internet como Medio de Difusión – Derecho de Puesta a Disposición – Almacenamiento Digital.

I. PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual es una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes del esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico¹.

En este sentido, dentro de esta disciplina jurídica se destacan dos grandes ramas:

1. La Propiedad Industrial, que consiste en un conjunto de derechos sobre ideas y conceptos, que son de importancia en razón de su aplicabilidad tanto en la industria como en el comercio², que trata principalmente de la

¹ Propiedad Intelectual, El moderno Derecho de Autor, Ernesto Rengifo García, Universidad Externado de Colombia, Pag 23.

² Marcas: normatividad Subregional sobre marcas de productos y servicios, Marco Matías Alemán, Top Management, Pag 57.



protección de las nuevas creaciones [patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y circuitos integrados]; los signos distintivos [marcas, nombre comercial, enseña y denominaciones de origen] y el secreto empresarial; la entidad encargada de manejar lo referente al este tema es la Superintendencia de Industria y comercio (SIC).

2. El Derecho de Autor, brinda protección las obras literarias y artísticas, y también otorga amparo jurídico a los artistas, intérpretes y ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión a través del derecho conexo; la entidad encargada del tema en nuestro país es la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA).

II. GENERALIDADES DEL DERECHO DE AUTOR

El Derecho de Autor consiste en un conjunto de normas que protegen los derechos subjetivos del creador o autor de la obra, entendida esta como *“toda creación intelectual, original, expresada en una forma reproducible”*³, en este mismo sentido la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3º define a la obra como *“toda creación intelectual originaria, de naturaleza artística, científica o literaria susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*⁴.

La protección que se concede al autor de la obra, tiene origen desde el momento mismo de la creación de la obra, sin que para ello se requiera formalidad jurídica alguna.

De la autoría se desprenden dos tipos de derechos: los Derechos Morales y los Derechos Patrimoniales.

Los derechos morales facultan al autor para reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra, oponerse a toda deformación que demerite su creación, publicarla o conservarla inédita, modificarla y a retirarla de circulación; estos derechos se caracterizan por ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles.

Específicamente los derechos morales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

³ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Autor Principal György Boyta. Ginebra, 1980. Voz 262., p. 268.

⁴ Comunidad Andina. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.



- **Derecho de paternidad:** es la facultad que tiene el autor para exigir a un tercero que se le reconozca siempre como creador de su obra, indicando su nombre o seudónimo en todo acto de explotación o utilización.
- **Derecho de integridad:** es la facultad que tiene el autor para oponerse a toda deformación o mutilación de la obra que atente contra el decoro de la misma o la reputación del autor.
- **Derecho de ineditud:** es la facultad que tiene el autor para dar a conocer o no su obra al público.
- **Derecho de modificación:** es la facultad que permite al autor hacer cambios a su obra antes o después de su publicación.
- **Derecho de retracto:** es la facultad que tiene el autor de retirar de circulación una obra o suspender su utilización, aun cuando hubiera sido previamente autorizada.

Por su parte, los **derechos patrimoniales** son el conjunto de prerrogativas del autor que le permiten explotar económicamente la obra. En ejercicio de estos *derechos patrimoniales*, los autores o los terceros que por virtud de alguna transferencia sean los titulares de los *derechos patrimoniales*, tienen la facultad exclusiva, de realizar, autorizar o prohibir la utilización de su obra, que implique actos de reproducción, comunicación pública, distribución y/o transformación.

Específicamente los derechos patrimoniales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico son los siguientes:

- **Reproducción:** es el acto que consiste en fijar la obra u obtener copias, de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocer.
- **Comunicación pública:** es el acto por el cual un grupo de personas reunidas o no en un mismo lugar, puede tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares de cada una de ellas.
- **Distribución:** es el acto de puesta a disposición al público de ejemplares tangibles de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.
- **Transformación:** es acto de adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de la obra.

Así las cosas, cuando un tercero pretenda utilizar una obra protegida por el derecho de autor, necesita de la **autorización** del titular de los derechos patrimoniales de manera **previa** (anterior al uso) y **expresa** (no tácita) para tal efecto y **puede ser concedida a título gratuito u oneroso**.

T:\2018\C-1 Conceptos y Peticiones\C-1.1 Consultas Jurídicas\Conceptos Web\2018\1-2018-13450.docx



III. OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR

De las anteriores definiciones podemos decir que las obras deben cumplir con los siguientes requisitos:

- Que se trate de una *creación intelectual*: Es decir que sea el producto del ingenio y de la capacidad humana.
- Que sea *original*: La originalidad, no puede confundirse con la novedad de la obra, la originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única.
- Que sean de *carácter literario o artístico*: Esto se refiere a la forma de expresión de la obra, es decir, del lenguaje utilizado.
- Que sea susceptible de ser *divulgada o reproducida*: Lo anterior por cualquier medio conocido o por conocer.

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 establece las obras sobre las cuales recae la protección en materia de derechos de autor, así:

“Las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”.

El alcance de esa protección implica que el Derecho de Autor protege las obras independientemente del medio en que son difundidas, tal como lo dispone el artículo 2º de la Ley 23 de 1982. En el mismo sentido el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece un criterio amplio de protección a las obras, cuando fija el objeto del derecho de autor, así:



“Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por **cualquier forma o medio conocido o por conocer (...)**”.
(Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, al definir el Derecho de Autor, señala:

*“Es el derecho exclusivo concedido por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para **reproducirla** y para transmitirla (distribuirla) o **comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio**, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas (...)*”⁵. (Negrilla y subraya fuera de texto).

IV. EL ALCANCE DE LAS FACULTADES EXCLUSIVAS DEL DERECHO DE AUTOR

Como queda dicho, por el hecho de la creación de una obra, los autores adquieren unos derechos de carácter moral y patrimonial sobre su creación.

Una de las características, en cuanto al contenido patrimonial, es que se trata de un derecho exclusivo; lo que se traduce en la facultad única que tiene el titular para decidir la forma en que puede ser utilizada su creación.

Cuando un tercero pretenda adelantar un acto de utilización de una obra artística o literaria, mediante la reproducción, comunicación pública, distribución, transformación, o cualquier otra forma de explotación, debe obtener necesariamente la **previa y expresa autorización del titular** de derechos patrimoniales; quien en ejercicio de sus derechos tienen la facultad exclusiva, en los términos del artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, para:

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

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;

⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Autor Principal György Boyta. Ginebra, 1980.p.59



- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”⁶.

V. OBRA AUDIOVISUAL

La Decisión Andina 351 de 1993, en su artículo 3º define a la obra audiovisual como:

*“Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, **independientemente de las características del soporte material que la contiene**”.*⁷

En esa medida, la legislación colombiana considera a la obra audiovisual como una obra original, sin perjuicio de las obras adaptadas o incluidas en ella. Así se reconocen como autores de la obra a: El director o realizador, el autor del guion o libreto cinematográfico, el autor de la música, el dibujante, si se trata de un diseño animado.

A través del artículo 99 de la Ley 23 de 1982, se ha reconocido en cabeza del director o realizador los derechos morales de la obra audiovisual, sin perjuicio de los derechos que correspondan a los diversos autores, intérpretes y ejecutantes que hayan intervenido en ella.

Tratándose de los derechos patrimoniales, la ley ha determinado que salvo pacto en contrario, el titular de tales prestaciones es el productor de la obra, quien es la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra audiovisual (Artículos 97⁸, 98⁹ y 103¹⁰ de la Ley 23 de 1982).

⁶ En similar sentido se pronuncia la Ley 23 de 1982, artículo 12.

⁷ A su vez, el glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, voz 16, define la obra audiovisual como aquella: “... perceptible a la vez por el oído y por la vista, y que consta de una serie de imágenes relacionadas y de sonidos concomitantes, grabados sobre un material adecuado (fijación audiovisual), para ser ejecutada mediante la utilización de mecanismos idóneos. Solamente puede hacerse perceptible en una forma idéntica, a diferencia de la representación o ejecución de las obras dramáticas que se perciben por la vista y el oído de manera dependiente de la producción escénica real. Son ejemplos de obras audiovisuales las obras cinematográficas sonoras y todas las obras que se expresan mediante un proceso análogo a la cinematografía, tales como las producciones televisivas o cualquier otra producción de imágenes sonoras fijadas sobre cintas magnéticas, discos, etc.”

⁸ **Artículo 97.-** El productor cinematográfico es la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica.



Así las cosas, el titular del derecho patrimonial (que para el caso de la obra audiovisual se presume el productor) es el **único que puede autorizar** que la creación sea comunicada, reproducida, emitida, distribuida, o cualquier otra forma de utilización.

VI. OBRA MUSICAL

El Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), se refiere a la obra musical en los siguientes términos:

*“Se entiende generalmente que es una obra artística protegida por el derecho de autor. **Estas obras abarcan toda clase de combinaciones de sonidos (composición) con o sin texto (letra o libreto), para su ejecución por instrumentos musicales y /o la voz humana.** Si la obra tiene además finalidades de representación escénica recibe el nombre de obra dramático-musical. Generalmente la música forma parte de las obras cinematográficas. El autor de una obra musical recibe generalmente el nombre de compositor. Las más frecuentes utilizations de las obras musicales para las que se otorga protección en virtud de las legislaciones de derecho de autor son la reproducción (como música escrita o como grabación), la representación o ejecución, la radiodifusión, las demás formas de transmisión al público, arreglos musicales y utilización como música ambiental”.* (Subrayado fuera de texto).

Los elementos constitutivos de las obras musicales son la *melodía*, la *armonía* y el *ritmo*. La *melodía* es la noción que se refiere, de manera amplia, a todas las relaciones sonoras posibles *en orden sucesivo*. Es una sucesión coherente de notas. A partir de ella se desarrolla una obra musical, simple o compuesta, con independencia de su acompañamiento. La *armonía* es la combinación de sonidos simultáneos, diferentes pero acordes. El *ritmo* es la proporción guardada entre el tiempo de un movimiento y el de otro diferente^[1].

⁹ Ley 23 de 1982. Artículo 98. “Los derechos patrimoniales sobre la obra cinematográfica se reconocerán, salvo estipulación en contrario, a favor del productor”

¹⁰ Ley 23 de 1982. Artículo 103. “El productor de la obra cinematográfica tendrá los siguientes derechos exclusivos: a. Fijar y reproducir la obra cinematográfica para distribuirla y exhibirla por cualquier medio a su alcance en salas cinematográficas o en lugares que hagan sus veces o cualquier medio de proyección o difusión que pueda surgir, obteniendo un beneficio económico por ello; b. Vender o alquilar los ejemplares de la obra cinematográfica o hacer aumentos o reducciones en su formato para su exhibición; c. Autorizar las traducciones y otras adaptaciones o transformaciones cinematográficas de la obra, y explotarla en la medida en que se requiere para el mejor aprovechamiento económico de ella y perseguir ante los tribunales y jueces competentes, cualquier reproducción o exhibición no autorizada de la de la obra cinematográfica.

^[1] Delia Lipszyc, obra citada, página 74.



En este orden de ideas, quien pretenda usar en cualquier forma una obra musical, deberá contactar y obtener una autorización previa y expresa del autor de la obra (compositor) o de quien ostente los derechos patrimoniales de autor.

VII. PRODUCTOR DE FONOGRAMAS

El productor de fonogramas es la “Persona natural o jurídica que tiene la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra”¹¹, esto quiere decir que es la persona encargada de que se lleve a cabo la fijación de la obra en un soporte material.

Sobre estos también se generan una serie de derechos los cuales se encuentran señalados en el artículo 37 de la Decisión Andina d351 de 1993:

“Los productores de fonogramas tienen el derecho de:

- a) *Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;*
- b) *Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin autorización del titular;*
- c) *Autorizar o prohibir la distribución pública del original y de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; y,*
- d) *Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros”.*

VIII. LICENCIAS O AUTORIZACIONES DE USO

Las autorizaciones de uso, comúnmente conocidas con el nombre de *licencias* o *licencias de uso*, pueden ser concedidas por el titular de los derechos patrimoniales, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, bien sea a título gratuito u oneroso.

A través del contrato de licencia el autor o titular derivado de los derechos de una obra, conocido como el licenciante, **tiene la potestad de autorizar, sin desprenderse de sus derechos, la utilización de su**

¹¹ Comunidad Andina. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.



creación, bajo las condiciones de tiempo, modo y lugar establecidas en dicha licencia, a un licenciatario o usuario.

Se aclara, que uno de los principios fundamentales del derecho de autor es la independencia de las utilizaciones, es decir: la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación no faculta para utilizar la misma en otra modalidad distinta (artículo 77 Ley 23 de 1982)¹².

En este orden de ideas, es preciso señalar que, al momento de autorizar el uso de una obra, resulta importante establecer la obra sobre la cual recaerá el contrato, las partes contratantes (licenciante y licenciatario), el costo, el ámbito territorial, el término de duración, los usos autorizados, y las demás condiciones de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se concederá la referida licencia.

El contrato de licencia no puede ser confundido con la cesión o transferencia de derechos patrimoniales de autor, ya que la licencia no implica el desprendimiento de los derechos, sino que simplemente faculta al o los licenciatarios para utilizar la obra, bajo las condiciones en ella pactadas. Como no hay desprendimiento de los derechos, el titular puede seguir disponiendo de estos, bien sea a través de otros contratos de licencia o incluso a través de contratos que impliquen la transferencia, tomando, obviamente, las previsiones del caso para no vulnerar derechos o intereses de terceros, como por ejemplo de anteriores licenciatarios.

IX. RÉGIMEN DE TRANSFERENCIAS

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

¹² La disposición comentada consagra el ya mencionado principio de la independencia de la protección. A su tenor: "las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás".



desarrolladas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y la obra por encargo. Brevemente nos permitimos hacer algunas consideraciones sobre estas instituciones:

1. Contrato de cesión o transferencia de derechos

Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982 y modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, tiene como característica principal que **el cedente se desprende de sus derechos patrimoniales, convirtiendo al cesionario, por virtud de la transferencia en el titular derivado.**

De acuerdo con el artículo el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, se establece:

“Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez. Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

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

Con lo cual se debe entender que la única solemnidad que exige la ley, es que la cesión se haga por escrito.

Estos contratos que implican enajenación total o parcial según lo pactado entre las partes intervinientes en la cesión, del mismo modo, los contratos de cesión de derechos patrimoniales de autor **deben ser inscritos en el Registro Nacional de Derecho de Autor**, a efectos de ser oponibles frente a terceros.

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



Así mismo, toda cesión de obra futura que se realiza de forma general y/o indeterminada, o que restrinja la producción intelectual futura, será sancionada por inexistencia en virtud de lo establecido por el artículo 898 del Código de Comercio.

2. Obra por encargo

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

*“En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un **contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo**, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se **presume**, salvo pacto en contrario, que los **derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador**, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones”¹³.*

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 obra¹⁴ en el marco del cual se efectuó la creación artística o literaria.
- El **contrato de trabajo** o de prestación de servicios debe constar por escrito.
- La transferencia de derechos patrimoniales a favor del encargante se entienden concedida *“en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra”*.

Finalmente, es preciso señalar que antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, **la regulación de la obra por encargo**

¹³ Ley 23 de 1982, artículo 20. Modificado por la Ley 1450 de 2011.

¹⁴ 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.



era **sustancialmente diferente**, estableciéndose las siguientes condiciones para que operara la transferencia de derechos:

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

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

- Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra. Es preciso aclarar que la presunción establecida en la norma en comento, opera siempre que la obra se elabore en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, quedando excluida cualquier otra forma de relación contractual como sería el caso del contrato de trabajo.
- Que el autor perciba efectivamente los honorarios pactados por la elaboración de la obra.
- Que la obra se elabore por cuenta y riesgo de quien la encarga. Lo anterior significa que la persona que contrata la realización de la obra, asuma los costos y suministre los elementos necesarios para desarrollar la creación.
- Que la obra se realice según el plan señalado por quien la encargó. Es decir, que esta última persona debe predeterminedar las condiciones de necesidad, características y atributos de la obra, y preestablecer los lineamientos de tiempo, modo y lugar en que se desarrollará la elaboración de la misma.

3. Transferencia por disposición legal

Determinados y específicos tipos de obras han sido de especial interés para el legislador, por esta razón directamente ha decidido radicar la titularidad patrimonial derivada, no en cabeza de sus autores, sino directamente sobre



otras personas que ha considerado idóneas para ejercer los derechos patrimoniales.

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

Uno de los eventos en los cuales la ley otorga directamente la titularidad derivada de las obras a terceros es el caso previsto en el artículo 91 de la ley 23 de 1982 el cual establece:

“Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.

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

Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas”¹⁵.

Es así como, en virtud de la disposición legal antes enunciada, se radica en cabeza de la entidad pública respectiva, las obras que haga el servidor público en ejercicio de sus funciones constitucionales, legales y reglamentarias.

Por lo anterior, se puede concluir que el objeto de protección del Derecho de Autor son las obras artísticas o literarias, entendiendo por estas toda creación intelectual, original, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma. En consecuencia, la protección que concede el Derecho de Autor se otorga a partir del momento en que el autor crea su obra, otorgándole al autor la titularidad originaria sobre los derechos morales y patrimoniales.

Al respecto, los derechos patrimoniales de autor son el conjunto de prerrogativas del autor que le permiten explotar económicamente la obra; en

¹⁵ Ley 23 de 1982, artículo 91.



virtud de estos, tienen la facultad exclusiva, de realizar, autorizar o prohibir la utilización de su obra. Por regla general, la utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor **requiere autorización previa y expresa** por parte del titular, independientemente del tipo de utilización o finalidad que persiga.

Por último, si bien los derechos morales no son transferibles, los derechos patrimoniales de autor se pueden transferir bajo tres modalidades: contrato de cesión, obra por encargo y transferencia por disposición legal.

X. INTERNET COMO MEDIO DE DIFUSIÓN

El Derecho de Autor ha evolucionado como disciplina jurídica, en buena medida a causa del desarrollo de las nuevas tecnologías. Un claro ejemplo del anterior postulado lo encontramos en la oportunidad que a finales del siglo XV tuvo la humanidad de masificar las obras literarias gracias a la imprenta como medio de reproducción. En aquel tiempo, al igual que en la actualidad, para los titulares de derechos patrimoniales de autor y los usuarios de obras literarias, fue latente la necesidad de asegurar el respeto de los derechos de los creadores frente a la intensa difusión y utilización de las obras por parte del público.

Con posterioridad vinieron las cajas de música, la fotografía, la radiodifusión, la cinematografía, la televisión, los programas de ordenador, etc. Estos cambios e innovaciones en lugar de hacer obsoleto el Derecho de Autor, lo han fortalecido, obviamente, siendo necesaria la adopción de una serie de adaptaciones en su entorno, pero sin ningún cambio fundamental en sus principios.

En ese orden de ideas, el Derecho de Autor protege las obras independientemente del medio en que son difundidas, tal como lo dispone el artículo 2º de la Ley 23 de 1982.

De igual manera, el artículo 4 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece protección a las obras de una manera amplia, cuando fija el objeto del derecho de autor, así:

“Artículo 4.- La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por **cualquier forma o medio conocido o por conocer (...)**¹⁶.
(Negrilla fuera de texto).

¹⁶ Comunidad Andina, decisión Andina 351 de 1993, artículo 4.



Por su parte, el Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, al definir el Derecho de Autor, señala:

“Es el derecho exclusivo concedido por la ley al autor de una obra para divulgarla como creación propia de él, para reproducirla y para transmitirla (distribuirla) o comunicarla al público de cualquier manera o por cualquier medio, y también para autorizar a otros a que la utilicen de maneras definidas (...)”¹⁷. (Negrilla fuera de texto).

Es claro entonces que la disciplina jurídica del Derecho de Autor en alguna medida ha vaticinado que con el arribo de los avances tecnológicos seguramente aparecerán nuevas formas de explotar las obras literarias y artísticas, así como multifacéticos medios en virtud de los cuales podrán ser reproducidas, transformadas, distribuidas o comunicadas al público. En consecuencia, la legislación autoral ha optado por no restringir las facultades de los titulares con respeto a los avances tecnológicos.

Siendo así las cosas tenemos que aun cuando una obra literaria o artística sea difundida a través de Internet, ello **no significa que dichas creaciones se encuentren desprotegidas**. Por el contrario, la legislación autoral se aplica indistintamente del medio por el cual se difunda la obra.

XI. EL DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN

El derecho de autor a lo largo de su historia ha tenido que adaptarse a los avances tecnológicos y a las nuevas formas de explotación de las obras, sin que ello signifique una disminución de las prerrogativas reconocidas a los autores.

Así por ejemplo, en el año 1996 se adoptaron al interior de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) dos tratados internacionales, los cuales tenían como objeto otorgar claridad jurídica en lo que respecta a la protección de las obras explotadas en Internet.

Para el caso de su consulta, es interesante observar como el **Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)**¹⁸, en su artículo 8 dispuso a favor de los autores la facultad de autorizar cualquier forma de comunicación

¹⁷ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Glosario del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Autor Principal György Boyta. Ginebra, 1980. p.59, Voz 55.

¹⁸ Ley 565 de 2000



pública de sus creaciones por medios alámbricos o inalámbricos, aclarando que una forma de comunicación al público es la denominada **“puesta a disposición”, la cual se presenta cuando los miembros del público pueden acceder a las obras “desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”**. De tal manera que quien pretenda poner a disposición del público obras protegidas por derecho de autor, deberá contar con la previa y expresa autorización de su autor o titular.

XII. ALMACENAMIENTO DIGITAL

Entre los derechos patrimoniales reconocidos a los autores de obras musicales se encuentra la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la reproducción de su creación **por cualquier medio o procedimiento, incluyendo medios análogos o electrónicos**. En esa medida cualquier persona que pretenda reproducir una obra, por ejemplo, incorporándola en un dispositivo electrónico, como una Rockola, un disco duro o un computador, está en la obligación legal de obtener la previa y expresa autorización del autor de la obra, o la sociedad de gestión colectiva que lo represente. Dicha autorización puede estar condicionada, si así lo considera el autor o titular, al pago de una remuneración económica por parte del usuario.

De igual forma, en el régimen de los derechos conexos se reconoce a los productores fonográficos el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas¹⁹, lo cual implica que a fin de reproducir un fonograma en un soporte análogo o electrónico (computador, Rockola etc.) el usuario debe obtener la autorización previa y expresa del productor o fonográfico o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente, y de ser el caso, pagar la suma que se convenga por dicha utilización.

Resulta pertinente traer a colación la declaración concertada del Tratado OMPI de 1996, en relación con el derecho de reproducción donde se dijo:

*“El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. **Queda entendido que el almacenamiento en forma digital***

¹⁹ “Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución de otros sonidos”. Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3.



en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886". (Negrilla fuera de texto)

En el ámbito de los derechos patrimoniales de los productores de fonogramas encontramos que el literal a) del artículo 37 de la Decisión Andina 351 de 1993, establece: ***“Los productores de fonogramas tienen del derecho de: a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas;”***²⁰

El Tratado de la OMPI de 1996 sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, establece en sus declaraciones concertadas de los artículos 7, 11 y 16:

“El derecho de reproducción. según queda establecido en los artículos 7 y 11, y las excepciones permitidas en virtud de los mismos y del Artículo 16, se aplican plenamente al entorno digital, en particular a la utilización, de interpretaciones o ejecuciones de fonogramas en formato digital. Queda entendido que el almacenamiento de una interpretación o ejecución protegida de un fonograma en forma digital en el medio electrónico constituye una reproducción en el sentido de esos Artículos.” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, no debe perderse de vista que uno de los principios fundamentales del derecho de autor es la independencia de las utilidades, es decir: **la autorización para utilizar una creación en una modalidad de explotación determinada no faculta al usuario para utilizarla en otra modalidad distinta a la pactada** (artículo 77 Ley 23 de 1982)²¹. Por ejemplo: si un autor otorga una licencia autorizando al licenciataria únicamente la comunicación pública de su obra, esta persona no podrá reproducir la obra, o realizar cualquier acto diferente a la simple comunicación pública que le fue autorizada.

En este orden de ideas, debemos resaltar que el uso de una Rockola o un computador en un establecimiento de comercio implican la explotación simultánea de tres bienes protegidos por la propiedad intelectual:

²⁰ En el mismo sentido el artículo 172 de la Ley 23 de 1982, señala: ***“El productor de un fonograma tiene el derecho de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta del mismo.”***

²¹ ***“Las distintas formas de utilización de la obra son independientes entre ellas; la autorización del autor para una forma de utilización no se extiende a las demás.”***



- Obras musicales, sobre las cuales el usuario debe solicitar la autorización previa y expresa del titular o de la sociedad de gestión colectiva que lo represente para comunicar y reproducir la obra, además de pagar la remuneración que se convenga.
- Interpretaciones y fonogramas, respecto de los cuales el usuario debe cancelar a sus respectivos titulares o la sociedad de gestión colectiva que los represente, una remuneración derivada de la comunicación pública de estos bienes. Así mismo, si el usuario requiere reproducir fonogramas deberá obtener la autorización de su titular o de la sociedad de gestión de gestión colectiva que lo represente, y pagar la remuneración que corresponda.

XIII. CASO EN CONCRETO

1. El fonograma (canción, video), que se reproduce por medios digitales, que se envía a un servidor en el extranjero desde donde se accede a través de las plataformas digitales, como por ejemplo YouTube, Spotify, ¿Qué tipo de bien o servicio es?

A fin de aclarar la inquietud, a cerca de la naturaleza de las creaciones derivadas del intelecto que son susceptibles de protección legal en el marco de la propiedad intelectual, resulta pertinente traer a colación algunas disposiciones contempladas en nuestro Código Civil. En primer lugar, se hace necesario citar la clasificación sobre los bienes contenida en el Código Civil, título I, artículo 653, así:

“ARTICULO 653. CONCEPTO DE BIENES. *Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.*

Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas.”

La anterior definición, es clara a la hora de diferenciar bienes corporales e incorporales, refiriéndose a estos últimos como meros derechos. No obstante, la citada clasificación civil consecutivamente tiene un desarrollo en el Código cuando en el artículo 664 se establece que *“las cosas incorporales son derechos reales o personales”*, seguidamente, la misma norma señala en



su artículo 665 que *“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio (...)”*.

En torno a los derechos reales, específicamente, lo que respecta al derecho de dominio sobre las cosas incorporales se dice en el artículo 670 que *“hay también una especie de propiedad”*. Finalmente, el artículo 671 consigue dar claridad a cerca de la propiedad intelectual cuando señala:

“ARTICULO 671. PROPIEDAD INTELECTUAL. *Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores.*

Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.”

De lo anterior, se puede establecer entonces que las creaciones derivadas del intelecto humano han sido concebidas por el legislador como bienes incorporales, los cuales tendrán una regulación legal especial.

Así las cosas y siguiendo con el objeto de consulta, es oportuno aclarar la definición del término fonograma. La Decisión Andina 351 de 1993 indica en su artículo 3° que se entiende por fonograma *“Toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonogramas.”*, empero, adicionalmente la norma supranacional contempla dentro de sus definiciones el significado de *Fijación* como la *“Incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.”* Por su parte, la norma nacional, es decir, la Ley 23 de 1982 define al fonograma como *“la fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos”*.

Las definiciones referenciadas, tienen como requisito que la obra musical se encuentre almacenada *sobre una base material*²² para que dicha grabación sea considerada como fonograma.

Ahora bien, el concepto de streaming hace referencia a un servicio mediante el cual se pone a disposición de los usuarios, contenidos digitales de música o video a través de una plataforma, en forma gratuita o mediante suscripción.

En ese orden, deben diferenciarse los conceptos de fonograma, videograma y streaming, pues los primeros son bienes corporal que necesitan de un soporte material (por ejemplo, CD o cassette, LP, USB) que permita la

²² Artículo 3, Decisión Andina 351 de 1993.



fijación. En cuanto a los segundos, también son bienes corporales los cuales son contenidos de audio y video fijados en un soporte material, por ejemplo, los videocasetes, el blueray, DVD y finalmente el streaming es una forma de comunicación pública, de naturaleza inmaterial que se utiliza a través de internet.

2. La autorización exclusiva otorgada por una compañía colombiana a su casa Matriz, en virtud de derechos de autor, para explotar grabaciones originales y contenido Audiovisual de la compañía colombiana en el exterior. ¿Se realizaría necesariamente bajo la modalidad de licenciamiento?

La Dirección Nacional de Derecho de Autor considera que esta pregunta no es clara, dado que por lo general la casa matriz es la que da autorizaciones a sus filiales o subsidiarias. De otra parte, la forma habitual para utilizar las obras es la licencia de uso, que puede ser gratuita u onerosa.

3. Así mismo, nos suministren conceptos y sentencias que la entidad haya emitido, sobre las plataformas de música por streaming.

De manera atenta la Dirección Nacional de Derecho de Autor lo invita a visitar nuestra página web www.derechodeautor.gov.co en la opción Normatividad y Jurisprudencia, Consulta de Conceptos Jurídicos, en la cual podrá encontrar los conceptos más relevantes sobre el tema objeto de consulta.

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.

Cualquier información o aclaración adicional estaremos atentos a suministrarla.



**DIRECCIÓN NACIONAL
DE DERECHO DE AUTOR**
Unidad Administrativa Especial
Ministerio del Interior



Cordialmente,

ANDRÉS VARELA ALGARRA
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Rad. 1-2016-13450

Proyectó: LN
Revisó: AVA

T:\2018\C-1 Conceptos y Peticiones\C-1.1 Consultas Jurídicas\Conceptos Web\2018\1-2018-13450.docx

21

