

# EL CONCEPTO DE LA SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJO DE ESTADO FRENTE A LA OBRA FUTURA Y POR ENCARGO CREADA EN VIRTUD DE UNA RELACIÓN LABORAL Y DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

---

WILSON RAFAEL RÍOS RUIZ\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Desarrollo. III. Nuestra posición frente al tema. IV. Posición del Consejo de Estado de Colombia frente al tema. V. Síntesis del concepto del Consejo de Estado. VI. Levantamiento de reserva legal de este concepto. VII. Obras creadas por servidores públicos. VIII. Conclusiones y recomendaciones

## I. INTRODUCCIÓN

La legislación sobre propiedad intelectual, tanto en su arista del derecho de autor como en la de la propiedad industrial, ha tratado de establecer normas y reglas claras que permitan crear una seguridad jurídica que posibilite a los empleadores y a los trabajadores conocer y saber con certeza cuáles son los alcances de sus derechos patrimoniales y morales frente a las obras y creaciones realizadas dentro de una relación laboral y aquellas que se realizan dentro de una relación enmarcada en un contrato civil de prestación de servicios. Las normas sobre obras hechas por encargo, o lo que la legislación del *copyright* denomina “Works made for Hire”, serán la premisa y constante de la cual partiremos para abordar este tema que genera día a día mayores dudas e incertidumbres entre quienes realizan de manera efectiva las creaciones protegidas y quienes contratan a unos terceros para que elaboren esas obras por su cuenta y riesgo.

De igual forma, los derechos de autoría y titularidad que se originan en las obras creadas por servidores públicos en cumplimiento y ejercicio de sus funcio-

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en propiedad intelectual y tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC); profesor en las universidades Externado de Colombia, Los Andes, Rosario y Sergio Arboleda; ex presidente del Centro Colombiano del Derecho de Autor (Cecolda); trabaja actualmente y desde 1996 como abogado de propiedad intelectual y nuevas tecnologías en la Dirección Jurídica de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: wilsonrios@cable.net.co. Fecha de recepción: 17 de febrero de 2009. Fecha de aceptación: 11 de septiembre de 2009.

nes constitucionales y legales nos merecen especial referencia, pues en este caso particular está en juego el interés general frente al particular, generándose incluso un caso excepcional frente al ejercicio de los derechos morales del autor servidor público frente a las obras creadas en ejercicio de su cargo.

## II. DESARROLLO

Este tema de las obras creadas por encargo es sin lugar a dudas uno de los que mayores precisiones y concreciones nos merecen dentro de los casos de transferencia que se pueden dar sobre derechos patrimoniales de autor en el caso de las obras hechas por encargo en el desarrollo de una relación laboral, o de la ejecución de un contrato civil de prestación de servicios.

Sea lo primero distinguir, entonces, entre las obras que se crean por los empleados que están vinculados en virtud de una relación laboral o de un contrato de trabajo, donde el empleado es contratado para cumplir unas funciones específicas, dentro de las cuales se encuentra precisamente la de realizar para su patrono producciones o creaciones amparadas por la propiedad intelectual, y de manera particular protegidas por el derecho de autor.

Otra es la situación cuando estamos frente a un contrato de prestación de servicios civiles y la realización de una obra hecha por encargo. La Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante DNDA), mediante concepto n.º 1-2004-21716 del 31 de diciembre del año 2004, ha establecido las siguientes normas de conducta y parámetros que se deben tener en cuenta para estos casos:

[...] En términos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país “el contrato de prestación de servicios es un contrato atípico de naturaleza civil, fruto de la necesidad que tenían las personas de ofrecer su mano de obra, como capital de trabajo, pero bajo una relación distinta a la subordinación propia del contrato laboral”.

Se entiende pertinente la anterior aclaración por cuanto la figura contractual de prestación de servicios resulta de alguna manera regulada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, siempre que por su conducto es posible presumir la transferencia de derechos patrimoniales de autor.

*De tal manera, es necesario advertir que la presunción descrita por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, se predica de forma limitada a los contratos de prestación de servicios, descartando de plano la posibilidad de hacer efectivo su contenido cuando se trate de contratos de trabajo. En efecto el referido artículo señala:*

“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)”.

Así las cosas, a fin de predicar una presunción *iuris tantum* en favor de quien, por virtud de un contrato de prestación de servicios, encarga la elaboración de una obra es indispensable que se cumpla con los siguientes requisitos:

Que exista un plan señalado por el contratante.

Que la elaboración de la obra corra por cuenta y riesgo del contratante.

Que se pacte de manera expresa el precio de los honorarios.

Sin embargo no podemos pasar por alto que estamos frente a una presunción de derecho *iuris tantum*, y en consecuencia siempre que el autor disponga contractualmente con quien encarga la obra que algunos o la totalidad de sus derechos seguirían como parte de su acervo patrimonial, los efectos de la citada presunción no surgen a la vida jurídica [...].

Como ha quedado claramente establecido, la presunción legal o *iuris tantum* establecida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 se hace aplicable a los contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea la elaboración de obras por encargo protegidas por el derecho de autor, siempre y cuando exista un plan señalado u hoja de ruta establecido por quien contrata la elaboración de la obra; la realización de la obra encargada corra en su totalidad por cuenta y riesgo de quien la contrata; y que quien elabora de manera efectiva a la obra reciba a cambio una contraprestación u honorarios claramente establecidos en el contrato.

La DNDA ha sido enfática en recalcar que la presunción descrita por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 es válida siempre que concurren todos y cada uno de los requisitos que su contenido señala y que han sido mencionados en el párrafo anterior. En consecuencia, la ausencia de cualquiera de ellos dejará sin efecto la presunción establecida a favor de quien contrata la elaboración de la obra mediante un contrato de prestación de servicios civiles.

Como consecuencia de lo anterior, se ha establecido, y así lo aplica la oficina de registro de la DNDA, que cuando se trata de contratos de prestación de servicios civiles cuyo objeto es la realización de una obra por encargo cuyas características cumplen a cabalidad los tres presupuestos establecidos, no será necesario que tal contrato sea suscrito con las formalidades del artículo 183 de la Ley 23 de 1982, pues allí la transferencia se da en virtud de la presunción establecida por la ley (*per ministerium lege*). Este punto relativo al no sometimiento al artículo 183 es respaldado en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado del 23 de octubre de 2003, página 13, que reseñaremos en detalle más adelante.

Por el contrario, para el caso de las obras desarrolladas y creadas en virtud de un contrato laboral, la conclusión es diferente, y según lo ha sostenido la DNDA de Colombia, para este caso se requeriría cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, es decir que el contrato laboral deberá constar por escrito, bien sea en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario.

Esta posición de la DNDA tiene un antecedente inmediato que surge del seminario internacional “El Derecho de Autor en el Ámbito Universitario”, realizado en la Pontificia Universidad Javeriana el 12 y el 13 de agosto del año 2004.

Allí el abogado laboralista CARLOS HERNÁN GODOY, en su ponencia titulada “El contrato laboral y de prestación de servicios: ¿herramienta idónea para la transferencia de servicios?”, planteó la tesis que recoge la DNDA, en el sentido de que la presunción establecida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 se da sólo para los contratos de prestación de servicios, cuando se cumplan los tres requisitos que hemos comentado.

Sin embargo, como tendremos oportunidad de desvirtuarlo y explicarlo más adelante en detalle, esta interpretación es inexacta y desconoce los principios de preeminencia del derecho comunitario andino, el particular lo establecido en el artículo 10 de la Decisión Andina 351 de 1993 cuando allí menciona el punto de la titularidad originaria y derivada frente a las obras creadas por encargo *o bajo relación laboral*.

La tesis expuesta por el especialista en derecho laboral muestra cómo ni las normas laborales ni las normas sobre derecho de autor pudieron prever de una manera expresa el tema de la transferencia de derechos patrimoniales de autor dentro del contrato de trabajo, salvo dos excepciones muy particulares que se refieren a las obras colectivas y a las obras creadas por funcionarios o empleados públicos dentro de la ejecución de sus funciones constitucionales y legales que les impone su cargo.

Como lo explica la abogada SHEYLA MONTOYA en un interesante artículo publicado en la sección “Columnista invitado” en el sitio *web* del Centro Colombiano del Derecho de Autor (Cecolda) [[www.cecolda.org.co](http://www.cecolda.org.co)], la interpretación dada frente a las obras o creaciones realizadas por empleados vinculados por una relación laboral trae una serie de dificultades que deben ser salvadas y superadas de la siguiente manera:

Bajo esta perspectiva, las opciones se tornan limitadas, pero es hora de pensar en soluciones que permitan darnos una luz a futuro, dado que este tema ya es un problema latente para las empresas cuya contratación involucra la generación de una propiedad intelectual, pues no tendrán cierto su derecho, sino revisan sus modelos y admiten el cumplimiento de los requisitos que impone la ley, en ese sentido, las recomendaciones serían las siguientes:

El derecho de autor permite la transferencia de obras futuras sólo si estas pueden ser determinables. Por ello, para pretender la titularidad de las obras creadas bajo una relación laboral, éstas deben ser directamente relacionadas con las funciones del cargo desempeñado y preferiblemente descritas en el manual de funciones de cada empresa.

El clausulado del contrato puede incorporar como obligación del trabajador realizar la cesión de derechos de estas obras, obligación que de no hacerse efectiva al momento de la firma del contrato podrá ser posterior por medio de un otrosí o addenda que deberá reunir los requisitos del artículo 183.

La idea no es incomodar al trabajador haciendo que por cada obra creada firme un contrato de cesión. Se pueden generar procedimientos basados en el tipo de cargo y el volumen de producción intelectual que impongan cumplir con su obligación de transferencia con alguna periodicidad.

Para efectos de negociar las obras y transferir los derechos a terceras personas, el contrato debe ser registrado en la Dirección Nacional de Derecho de Autor o se puede registrar la obra especificando las transferencias que estas hayan tenido y siempre reconociendo el sagrado derecho moral con que cuenta su autor.

Como se observa, la situación de titularidad derivada de las obras generadas por encargo creadas en virtud de la existencia de un contrato de prestación de servicios o de una relación o contrato laboral presenta un matiz diferente en cada caso.

### III. NUESTRA POSICIÓN FRENTE AL TEMA

Sobre este punto debemos mencionar que nuestra posición sentada y sostenida desde hace muchos años atrás es diferente y difiere de la interpretación que sobre las obras realizadas en virtud de un contrato laboral hacen tanto la DNDA como el abogado CARLOS H. GODOY, pues creemos que donde caben las mismas razones y elementos fácticos o hechos, deben aplicarse las mismas consecuencias de derecho o jurídicas.

Por lo tanto, si la situación o hecho por revisar es la de las obras hechas por encargo, bien sea en virtud de un contrato de servicios como lo establece el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, o de un contrato o relación laboral, la consecuencia jurídica debe ser la misma, es decir que por ministerio de la ley se establece una presunción de transferencia y titularidad de quien encarga la realización de una obra según plan señalado y por su cuenta y riesgo a cambio de una contraprestación.

Si el contrato laboral o la relación laboral en Colombia puede ser consensual, y se da incluso sin que sea necesario, en principio, que exista documento escrito, bastará con que se preste de manera efectiva un servicio, que exista subordinación y el pago de un salario, y por lo tanto, en nuestra opinión no es procedente concluir que un contrato laboral donde uno de sus elementos sea el contratar a un tercero

para que realice una obra hecha por encargo debe ir por escrito y mediante escritura pública o documento privado reconocido ante notario y no es procedente la presunción de transferencia que establece el artículo 20 varias veces citado.

Debe resaltarse el hecho de que en ambos casos, es decir en la situación de un contrato de prestación de servicios o de un contrato laboral, se está contratando precisamente a un tercero *para que elabore una obra que en principio no existe*, y que precisamente se requiere de un tercero para que la elabore en atención a sus facultades literarias, artísticas, profesionales, conocimientos, habilidades, actitudes y aptitudes.

Insistimos: *la obra no existe*, y comoquiera que quien la requiere no cuenta con el conocimiento, talento o habilidades para realizarla, contrata los servicios de un tercero para que geste, cree, elabore o desarrolle la obra, cosa que puede darse de manera indiferente mediante un contrato o relación laboral o de prestación de servicios, pues ambos son mecanismos dados por la ley para vincular un tercero y encomendarle la realización de una obra. Vemos que para el caso de la propiedad industrial, en particular frente al tema de las nuevas creaciones, por ejemplo una patente de invención o de modelo de utilidad, la situación en teoría parece más clara pues hay normas tanto internas como comunitarias que permiten hacer tal afirmación. Ver, por ejemplo, para el caso de patentes de invención o de modelo de utilidad, el artículo 539 del Código de Comercio colombiano, y artículo 22 de la Decisión Andina 486 de 2000.

Art. 22 de la Dec. 486 de 2000. El derecho a la patente pertenece al *inventor*. Este derecho podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria. *Los titulares* de las patentes podrán ser personas naturales o jurídicas. Si varias personas hicieran conjuntamente una invención, el derecho a la patente corresponde *en común* a todas ellas.

Art. 539 del C de C. Salvo estipulación en contrario, *la invención* realizada por *el trabajador o mandatario* contratado para investigar *pertenece al patrono o mandante*. La misma regla se aplica cuando el trabajador no haya sido contratado para investigar, si la invención se realiza mediante datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada (pago de compensación).

Volviendo al derecho de autor, es claro que se parte de la base de que en el caso del contrato laboral o de prestación de servicios, las obras o creaciones desarrolladas y realizadas deben estar claramente definidas y estar enmarcadas dentro del objeto para el cual se suscribió el contrato respectivo.

El argumento que sostienen muchos tratadistas relativo a la producción intelectual futura, de que tratan los artículos 129 y 155 de la Ley 23 de 1982, no es aplicable en el caso de la obra hecha por encargo y la consecuente presunción de cesión por ministerio de la ley, pues el contrato al que alude la norma y en el cual se impide comprometer la producción intelectual indeterminada a futuro es el

contrato regulado en el capítulo VIII, es decir el contrato de edición y no otro. En este punto también el concepto emitido por el Consejo de Estado entra a precisar tal alcance con base en la Ley 153 de 1887, ratificando que sería inexacto extender este caso previsto para el contrato de edición a las demás formas de contratación, y agrega que en el caso de los contratos de prestación de servicios y los laborales no se está comprometiendo como tal la producción intelectual de obras futuras, pues el objeto mismo es la prestación de servicios personales.

El artículo 4.º literal f de la Ley 23 de 1982 prevé por su parte que serán titulares de los derechos reconocidos por la ley las personas naturales o jurídicas que en virtud de contrato obtengan por su cuenta y riesgo la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20.

Por su parte y de manera concreta, el capítulo VI de la Ley 23 de 1982, titulado “Disposiciones especiales a ciertas obras”, en su artículo 92 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 al editor o *persona jurídica o natural por cuya cuenta y riesgo ellos se realizan* [cursivas añadidas].

Dos elementos se deben destacar en esta norma que regula lo relativo a obras colectivas. El primero incluye las obras creadas tanto dentro de un *contrato laboral* como en uno de arrendamiento de servicios (prestación de servicios); el segundo mantiene el principio de la presunción de transferencia en cabeza de quien la encarga, a menos que se pacte algo en contrario.

La Decisión Andina 351 de 1993 nos da total tranquilidad para respaldar nuestra tesis, pues en aplicación de los principios de preeminencia y aplicación directa de la norma comunitaria sobre este particular relacionado con la titularidad originaria o derivada de los derechos en cabeza de personas naturales o jurídicas, los artículos 9.º y 10.º de la norma comunitaria remiten y reservan a las legislaciones nacionales las previsiones sobre las obras hechas por encargo y bajo relación laboral, pero de manera expresa el artículo 10.º citado menciona las obras creadas por encargo o *bajo relación laboral*, salvo prueba en contrario. Veamos:

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

#### IV. POSICIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA FRENTE AL TEMA

Para respaldar nuestra postura, brindar y tener mayores elementos de juicio debemos mencionar un planteamiento que presenta el Consejo de Estado de Colombia,

mediante un pronunciamiento emitido por su Sala de Consulta y Servicio Civil del 23 de octubre del año 2003 (CP: SUSANA MONTES ECHEVERRI, radicación 1.538) donde se entra a emitir concepto sobre la interpretación de la contratación de obra futura y por encargo de que trata el artículo 20 de la Ley 23 de 1982.

En este concepto el Consejo de Estado entra a distinguir entre obras hechas en virtud de un contrato de prestación civil de servicios y obras creadas por empleados asalariados en virtud de un contrato laboral, pero concluye que en uno u otro caso opera la presunción de transferencia a favor de quien encarga la obra.

La Sala de Consulta y Servicio Civil, citando la obra *Derechos de autor y derechos conexos*, editada por la Unesco, Zavalia y Cerlalc, de la autora argentina DELIA LIPSZYC, menciona y pone de presente el principio que establece que *en materia laboral, los frutos del trabajo del empleado le corresponden al empleador en contraprestación del pago del salario* (ver página 11 del referido concepto).

El Consejo de Estado, trayendo a colación la Sentencia C-276/1996 por medio de la cual la Corte Constitucional se pronunció a favor de la constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 23 de 1982, reitera que ésta es una verdadera presunción que permite por ministerio de la ley transferir los derechos patrimoniales de autor a la persona natural o jurídica que encargó la obra.

Así mismo, el Consejo de Estado resalta que la Corte Constitucional en la sentencia mencionada destaca cómo la presunción legal de cesión de los derechos de autor no es sólo una creación del legislador colombiano, ya que varios países en el derecho comparado establecen este tipo de presunciones para reconocer que la obra creada por encargo hace parte de un esquema de contratación propio de la actividad intelectual.

Un punto central para respaldar nuestra posición frente al contrato laboral como objeto de la presunción de transferencia del artículo 20 de la Ley 23 de 1982, y que el Consejo de Estado pone de relieve con especial énfasis, es el relativo a que “Aunque el legislador colombiano no se ocupó en un capítulo especial de regular este tema, *no por ello puede afirmarse que el contrato laboral no es un medio hábil para transferir los derechos patrimoniales de la obra creada por el autor asalariado*”.

Agrega además el Consejo de Estado que para integrar el bloque de constitucionalidad deben interpretarse de manera armónica disposiciones como las contenidas en los artículos 4.º, 91 y 92 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 10.º de la Decisión Andina 351 de 1993.

Por lo tanto, el Consejo de Estado establece que “[...] conduce precisamente, a la misma conclusión, pues no sólo se reconoce la validez de los derechos que a través de este medio se transfieren al empleador, sino también se prevé que la misma presunción legal que opera en materia de titularidad de los derechos patrimoniales *de las obras creadas por encargo se aplica a las que surgen de una relación laboral [...]*”.

La Sala de Consulta y Servicio Civil opina, así mismo, que el título atributivo de la cesión presunta y de la titularidad de los derechos en este caso está dado en

razón de dos principios básicos que reporta el derecho laboral: 1. la relación laboral y el vínculo de subordinación y dependencia que existe entre quien es el titular originario del derecho de autor y el empleador y 2. la regla general en materia de derecho laboral, según la cual, los frutos del trabajo pertenecen al empleador, con un importante matiz y es precisamente que el derecho moral lo tiene el trabajador respecto de su obra, el cual es intransferible. Es decir deja a salvo el derecho moral del autor indistintamente de la relación laboral o de prestación de servicios.

#### V. SÍNTESIS DEL CONCEPTO DEL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado de Colombia, mediante su citado pronunciamiento del 23 de octubre del año 2003, donde se entra a emitir concepto sobre la interpretación de la contratación de obra futura y por encargo de que trata el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, frente al contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, respondió en síntesis lo siguiente:

– La transferencia de derechos patrimoniales, tratándose de las obras realizadas en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, a favor de la persona bajo cuya orden se ha realizado la obra, no se rige por las disposiciones del artículo 183 de la Ley 23 de 1982. El artículo 20 consagra una presunción legal, según la cual, en el caso de las obras realizadas por encargo los derechos patrimoniales son del comitente.

– Los contratos de prestación de servicios y los contratos laborales no requieren las solemnidades previstas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982. La transferencia de los derechos patrimoniales que se realiza en la obra por encargo y en los contratos laborales no se rige por el régimen general en cuanto a las exigencias de las solemnidades de los demás actos de enajenación de este tipo de derechos.

– El artículo 20 de la Ley 23 de 1982, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional y los argumentos expuestos en la presente consulta, prevé una presunción legal.

– El contrato laboral es un instrumento idóneo para transferir los derechos patrimoniales o derivados de la creación intelectual propia de los derechos de autor. Lo anterior, sin perjuicio de los derechos morales que son inalienables e intransferibles.

– El contrato laboral no debe someterse a las formalidades señaladas en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, para poder transferir los derechos de autor de carácter patrimonial. La decisión 351 de 1993 del Acuerdo de Cartagena consagra también una presunción a favor del empleador, lo que a todas luces desvirtúa la exigencia de solemnidad alguna.

– La prohibición de comprometer la obra futura e indeterminada no puede aplicarse de manera extensiva a todas las formas contractuales y, por ende, no puede pretenderse derivar una sanción como la nulidad de las cláusulas de los contratos

laborales que se refieren al derecho del empleador sobre la obra resultante del trabajo del empleado.

– Cosa distinta es que se pacte indefinidamente y en beneficio de una sola persona (física o jurídica) toda su creación intelectual, lo que sí desconocería derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

– Las cláusulas de transferencia de los derechos patrimoniales derivados de la obra literaria o artística en los contratos laborales o de obra por encargo no implica comprometer la producción futura de modo indeterminado, pues, tanto en el primero, como en el segundo caso, las partes dentro de la libertad contractual que les cabe, pueden darlo por terminado en los términos y condiciones aplicables en la ley laboral o civil según el caso.

– Recuérdese que el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, aunque se diferencian por los elementos de subordinación y dependencia, no pueden instituir una forma nueva de esclavitud.

#### VI. LEVANTAMIENTO DE RESERVA LEGAL DE ESTE CONCEPTO

Un aspecto formal y procedimental que debemos mencionar es que este concepto fue emitido el 23 de octubre de 2003 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a instancia y solicitud expresa que hiciera el Ministro del Interior y de Justicia, a petición de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, y que estaba sometido a reserva legal, la cual fue levantada el 29 de octubre de 2007 mediante auto de esa misma fecha, y por lo tanto es viable darlo a conocer.

#### VII. OBRAS CREADAS POR SERVIDORES PÚBLICOS

Este singular punto es de vital importancia cuando se trata de determinar cuáles son los derechos que ejerce el Estado sobre las creaciones desarrolladas por sus servidores bien sea porque éstos se encuentren vinculados por medio de una relación legal o porque lo estén mediante una relación de prestación de servicios.

Sobre este aspecto es primordial tener en cuenta lo preceptuado en la legislación colombiana sobre derechos de autor, cuando el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 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.

Del contenido del artículo antes citado se concluye que todos los derechos sobre las obras que cree un servidor público en ejercicio de sus obligaciones constitucionales y legales pertenecen a la entidad para la cual él labora; conserva únicamente los derechos morales como el de paternidad de la obra (derecho a que su nombre se mencione siempre que la obra sea puesta al alcance del público) o el de integridad de la obra (derecho que le permite al autor oponerse a toda modificación o adición de su obra siempre y cuando con ellas se le cause un perjuicio a su honor o a su reputación o la obra se demerite).

Sin embargo, este derecho moral de integridad de la obra, que en principio es irrenunciable, inalienable, perpetuo e inembargable (art. 30 Ley 23 de 1982), encuentra una excepción en favor del interés público y social que encarna el Estado, por cuanto su ejercicio sólo se hace posible por parte del autor cuando no interfiera con los fines y cometidos que tenga la entidad gubernamental.

De suma importancia resulta en este punto hacer alusión al artículo 1.º de la Ley 44 de 1993, que abrió la posibilidad para que los servidores públicos puedan disponer de manera libre contractualmente con cualquier entidad de derecho público de las obras que creen por fuera de sus obligaciones constitucionales y legales. Esta norma creaba una excepción al anterior artículo 10.º del Decreto 222 de 1983, hoy artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Administrativa); este punto fue reafirmado por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (CP: NUBIA GONZÁLEZ CERÓN) en fallo del 27 de enero de 1995, donde se resolvió tras una consulta del hoy Ministerio del Interior.

#### VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Indistintamente de cuál sea la forma de vinculación de un tercero que se contrata bien sea por medio de un contrato laboral o de un contrato civil de prestación de servicios, lo que resulta claro es que en uno u otro caso surgen unos derechos tanto para el autor o los autores que realizan la obra o creación de manera efectiva, como para quien contrata la elaboración de la mencionada obra.

La presunción legal de que trata el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 junto con lo establecido en el artículo 10.º de la Decisión Andina 351 de 1993 debe ser entendido en su contexto total y amplio y por lo mismo cubre, en nuestra opinión, tal y como lo respalda el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, los casos de obras creadas en virtud de una relación laboral o de un contrato de prestación de servicios.

En todo caso deben tenerse como elementos determinantes en la aplicación de estos postulados los ingredientes y requisitos establecidos por la doctrina de la Dirección Nacional de Derecho de Autor; esto es que la obra se realice dentro de la ejecución del contrato específico, siempre y cuando exista un plan señalado u hoja de ruta establecido por quien contrata la elaboración de la obra; la realización de la obra encargada corra en su totalidad por cuenta y riesgo de quien la contrata; y

que quien elabora de manera efectiva la obra reciba a cambio una contraprestación u honorarios claramente establecidos en el contrato.

Finalmente y comoquiera que no es una situación extraña, y por el contrario se presenta de manera generalizada y constante, puede suceder que en contratos laborales e incluso de prestación de servicios que datan de hace muchos años atrás, donde no es clara la presunción pues no confluyen los elementos resaltados por la DNDA, sea menester elaborar documentos adicionales donde se ratifique por las partes que la obra colectiva o por encargo fue realizada en virtud de contratos pre-existentes bien sean estos laborales o de prestación de servicios civiles. En muchos casos estos documentos de ratificación surgen como una “obligación de hacer” del empleado o del contratista, pero en otros puede resultar completamente difícil lograr el consenso y por ende configurar la presunción respectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

### LEGISLACIÓN

Ley 23 de 1982

Decreto 1360 de 1989

Ley 44 de 1993

Decisión Andina 351 de 1993

Decreto 460 de 1995

Ley de Televisión (Ley 182 de 1995)

Convenio de Berna

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor

Tratado de Washington de 1989 sobre propiedad intelectual respecto de los circuitos integrados.

Convenio de Bruselas de 1974 sobre la distribución de señales portadoras de programas de satélite

Decisión Andina 486 del 14 de septiembre del año 2000, expedida por la Comisión de la Comunidad Andina, por medio de la cual se da un Régimen Común sobre Propiedad Industrial y se sustituye la Decisión 344 de 1993.

### TEXTOS Y DOCUMENTOS

ANTEQUERA PARILLI, RICARDO. *El nuevo régimen del derecho de autor en Venezuela*, Caracas, Autoralex, 1994.

CENTRO COLOMBIANO DE DERECHO DE AUTOR (Cecolda). *Revista El Derecho de Autor*, n.º 3.

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *Revista La Propiedad Inmaterial*, números del 1 al 8, 2000, 2001, 2002.

CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. Concepto del 23 de octubre del año 2003 (CP: SUSANA MONTES ECHEVERRI, radicación 1.538) (La reserva de este concepto fue levantada mediante auto del 29 de octubre de 2007).

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR DE COLOMBIA. *Génesis y evolución del derecho de autor* (cartilla) 1995.

GODOY, CARLOS HERNÁN. “El contrato laboral y de prestación de servicios: ¿herramienta idónea para la transferencia de servicios?, ponencia presentada en el seminario internacional “El Derecho de Autor en el Ámbito Universitario”, realizado en la Pontificia Universidad Javeriana el 12 y 13 de agosto del año 2004.

LIPSYC, DELIA. *Derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco-Zavalia-Cerlalc, 1993.

LIPSYC, DELIA. *Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Unesco-Zavalia-Cerlalc, 2004.

MONTOYA MORA, SHEILA. “Derecho de autor: del empleado que crea o de la empresa que contrata”, en la sección “Columnista invitado” del sitio *web* del Centro Colombiano del Derecho de Autor (Cecolda), 2005:

[[www.cecolda.org.co/index.php?option=com\\_content&task=view&id=41&Itemid=40](http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=41&Itemid=40)]

RENGIFO GARCÍA, ERNESTO. *El moderno derecho de autor*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

#### EN INTERNET

[[www.wipo.int](http://www.wipo.int)]

[[www.derechodeautor.gov.co](http://www.derechodeautor.gov.co)]

[[www.cecolda.org.co](http://www.cecolda.org.co)]

[[www.cecolda.org.co/index.php?option=com\\_content&task=view&id=41&Itemid=40](http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=41&Itemid=40)]

[[www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)]

[[www.sayco.org](http://www.sayco.org)]

[[www.cerlac.org](http://www.cerlac.org)]

[[www.ceder.com.co](http://www.ceder.com.co)]

[[www.camlibro.com.co](http://www.camlibro.com.co)]

[[www.uniandes.edu.co](http://www.uniandes.edu.co)]

[[www.eltiempo.com](http://www.eltiempo.com)]

[[www.internetaldia.com](http://www.internetaldia.com)]

[[www.inter-cambio.com](http://www.inter-cambio.com)]

[[www.comunidadandina.org](http://www.comunidadandina.org)]

[[www.loc.gob](http://www.loc.gob)]

[[www.derechodeautor.gov.co](http://www.derechodeautor.gov.co)]

