

CONCEPTO 26683 DE 2019

(mayo 10)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO COLOMBIANO PARA LA EVALUACIÓN DE LA EDUCACIÓN - ICFES

COMUNICACIÓN INTERNA

PARA: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX
DE: CATALINA FORERO RODRÍGUEZ
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica
ASUNTO: Consulta derecho de autor y propiedad intelectual

Respetados doctores,

De manera atenta, nos permitimos dar respuesta a sus solicitudes remitidas a esta Oficina, en los siguientes términos:

I. PROBLEMAS JURÍDICOS

1.1. ¿Puede una persona desvinculada contractual y laboralmente del Icfes continuar involucrada en las investigaciones que se desarrollan dentro del Instituto?

1.2. Debe realizarse un documento al inicio de cada proyecto de investigación en donde se establezca la titularidad de la obra resultante

1.3. ¿Frente a la publicación de investigaciones, cuales derechos patrimoniales pueden ser sujeto de cesión y cuáles no?

1.4. Puede ser nombrada en la publicación de una investigación, una persona desvinculada del Instituto que, en cumplimiento de sus funciones u obligaciones contractuales, desarrolló investigaciones para el Icfes

II. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

Previo al desarrollo de la presente consulta, y considerando que este documento está dirigido a distintas áreas de la Entidad, nos permitiremos acotar algunas consideraciones que en anteriores oportunidades esta Oficina ha efectuado.

2.1. Consideraciones Previas de la Propiedad Intelectual

La propiedad intelectual no posee un marco conceptual normativo dentro del cual se defina las características que presenta esta figura jurídica, no obstante, este ha sido desarrollado en doctrina, jurisprudencia y distintos tratados internacionales^[1], estos últimos, son administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual - OMPI, quienes han definido la propiedad intelectual en los siguientes términos:

“La propiedad intelectual hace referencia a los derechos exclusivos otorgados por el Estado sobre las creaciones del intelecto humano, en particular, las invenciones, las obras literarias y artísticas, y los signos y diseños distintivos utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías principales: (i) los derechos de propiedad industrial, entre los que figuran las

patentes, los modelos de utilidad, las marcas, los diseños industriales, los secretos comerciales, las obtenciones vegetales y las indicaciones geográficas; y (ii) el derecho de autor (...), que guardan relación con las obras literarias y artísticas”.

Conforme a lo anterior, la propiedad industrial se entiende como la protección de los signos distintivos, de las nuevas creaciones, los circuitos integrados, los secretos industriales, entre otros, sin embargo, considerando que no recae sobre derechos exclusivos y personales del autor, esta consulta solo abordará lo referido a la categoría de derecho de autor, conforme a los problemas jurídicos planteados.

Sobre el derecho de autor, la legislación colombiana ha desarrollado este régimen jurídico en la Ley [23](#) de 1982^[2], como una protección que otorga el Estado a los autores, con el propósito de salvaguardar los derechos derivados de la creación de obras, definido a saber: “sobre 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^[3]”.

Vale aclararse, que la protección del derecho de autor refiere sobre la “persona física (natural) que realiza la creación intelectual de carácter literario o artístico; De esta definición debe colegirse, en primer término, que solo un ser humano puede tener la condición de autor”^[4], esta definición es propia en lo que concierne al titular originario, es decir, a quien crea la obra y le pertenecen los derechos morales de la misma.

En consecuencia de ello, la Ley [23](#) de 1982 ha establecido el contenido del derecho de autor en (i) derechos personales o morales considerados como los que siempre se encuentran atados al autor de la obra, siendo perpetuos, inalienables e irrenunciables y que comprenden los derechos de paternidad, integridad, ineditud, así como de modificación o retracto; y (ii) en derechos patrimoniales relacionados con la propiedad de la obra y que dan a su titular, que no necesariamente es el autor de la obra, el derecho de utilizar o beneficiarse de ella, así como de autorizar a terceros para tal efecto.

Sobre este último, debe mencionarse que respecto a los derechos patrimoniales, el titular de la obra es quien determina su posterior utilización, para ello, existen ciertas herramientas jurídicas a través de las cuales se materializa esta acción, estas pueden ser mediante: (i) un contrato de cesión de derechos, que implica el traspaso del derecho, o (ii) por medio de una licencia de uso en la cual se exprese la voluntad del titular sobre lo que las terceras personas pueden hacer, en relación con la copia, reproducción, modificación, adaptación, traducción, presentación pública y uso con fines comerciales^[5]; sobre este apartado ampliaremos mas adelante.

Hechas las anteriores apreciaciones, respecto a la propiedad intelectual y sus categorías (propiedad industrial y derecho de autor), esta Oficina pasa a resolver cada una de las consultas elevadas por las áreas de Gestión de Proyectos de Investigación y, de Análisis y Divulgación.

2.2. Análisis de los problemas jurídicos

Para el estudio de los temas planteados, serán abordados en dos aspectos: a. De la titularidad y b. De las publicaciones

2.2.1. De la titularidad

¿Puede una persona desvinculada contractual o laboralmente del Icfes, continuar involucrada en las investigaciones que se desarrollan dentro del Instituto?

En virtud de las obras creadas por los contratistas o funcionarios públicos del Icfes, derivadas del cumplimiento de las obligaciones contractuales o en el ejercicio de sus funciones, se deberá acotar que, el Instituto es el único quien ostenta la titularidad de la investigación, en lo que refiere a los derechos patrimoniales, advirtiendo que el Icfes como persona jurídica no tiene la facultad de crear investigaciones, por cuanto estas solo pueden ser producto del ingenio y de la capacidad humana.

De lo anterior se desprende que, el autor al ser una persona natural, siempre los derechos morales estarán en cabeza de este y no podrán ser transferibles.

Para tal efecto, la Ley [23](#) de 1982 ha señalado que el desarrollo de una obra durante la ejecución de un contrato o en el ejercicio de las funciones de un servidor público, por presunción legal, deberá entenderse que los derechos patrimoniales pertenecen a la entidad contratante o empleadora.

Tal es así, que respecto a los contratistas el artículo [20](#) de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo [28](#) de la Ley 1450 de 2011, dispone:

“Artículo 20. 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”. (Subrayado fuera del texto original)

Ahora, en lo que respecta a los servidores públicos, el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, consagra:

“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. (...)”. (Subrayado fuera del texto original)

De ello se colige que, la titularidad de una obra desarrollada en el Icfes, recaerá en cabeza del Instituto, siempre que medie contrato de prestación de servicios o acto de nombramiento de los servidores públicos de la Entidad.

Ahora bien, respecto a las personas que se encuentran desvinculadas contractual o laboralmente del Icfes, el pasado 22 de marzo de 2019, mediante comunicación interna No. 20191400021923, la Oficina Asesora Jurídica dio respuesta a la consulta de la Oficina Asesora de Gestión de Proyectos de Investigación en los siguientes términos:

“Consulta:

¿Cómo proceder cuando una de las personas se desvincule del Icfes y no haya terminado su

proyecto?

Consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica:

(...) cuando la obra es creada por un servidor público, empleado o contratista por fuera de la actividad propia de su cargo, la obra forma parte del patrimonio de ese autor, por lo tanto, no es conveniente permitir que una persona desvinculada de la Entidad continúe haciendo aportes a la investigación si previamente no ha suscrito un contrato de cesión de los derechos patrimoniales con el Icfes, en consideración a que ya no existe ningún vínculo contractual que proteja la titularidad de la obra, de otro lado, si una persona desvinculada coautora de una investigación, pretende hacer uso de la misma, deberá hacerse a través de autorización suscrita por el Instituto. (...)"

En este orden de ideas, si un contratista o funcionario desvinculado del Icfes, pretende crear o realizar nuevos aportes a una obra, será en cabeza de este quien ostente los derechos no solo morales sino también los derechos patrimoniales que se desprendan de la obra, hasta tanto no se suscriba un contrato de cesión de los derechos patrimoniales en el cual estos sean transferidos al Instituto.

¿Debe realizarse un documento al inicio de cada proyecto de investigación en donde se establezca la titularidad de la obra resultante?

Para dar respuesta a esta consulta, es importante recordar que frente a la titularidad de la investigación resultante, cuando esta ha sido desarrollada por contratistas o funcionarios vinculados al Icfes, no se deberá realizar ningún documento adicional al contrato o resolución de nombramiento, por las razones anteriormente expuestas.

Ahora, la Oficina Asesora de Gestión de Proyectos de Investigación del Icfes, ha planteado la situación en donde el Icfes adelanta proyectos de investigación en conjunto con investigadores externos.

Tal como lo indica dicha dependencia, en la comunicación interna No. 20191400021923 de 11 de abril de 2019, estos investigadores, "(...) si bien no se encuentran vinculados al Instituto, terminan siendo co-autores de las obras de investigación de la Oficina y, por tanto, eventualmente comparten la titularidad de los derechos patrimoniales con el Icfes (...)", como consecuencia de ello, y con el propósito de salvaguardar la titularidad tanto para el Icfes como, para los colaboradores de la investigación, esta Oficina advierte que, es necesario que al inicio de cada proyecto de investigación se realice la suscripción de un acuerdo, en el cual se pacte en cabeza de quien recaerá la titularidad de los derechos morales y patrimoniales, junto con la clasificación y confidencialidad de la información que se maneje durante el desarrollo de la investigación y su posterior uso.

De encontrarse alguna investigación en curso, sin contar con dicho acuerdo, este podrá ser suscrito, siempre que no haya sido culminada la investigación.

2.2.2. De las publicaciones

¿Frente a la publicación de investigaciones, cuales derechos patrimoniales pueden ser sujeto de cesión y cuáles no?

Previo a establecer si los derechos patrimoniales son sujetos de cesión, es necesario indicar que

estos son considerados como las facultades exclusivas que le permiten al autor controlar los actos de uso de la obra, sea que el autor usa directamente la obra o autorice a terceros a realizar el uso.

Tal es así, que mediante el artículo 12 de la Ley 23 de 1982 se establecieron como derechos patrimoniales sujetos a transferencia, los siguientes:

“Sección Primera: Derechos patrimoniales (...)

Artículo 12. El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquier de los actos siguientes:

A. Reproducir la obra;

B. Efectuar una traducción, una adaptación, un arreglo o cualquier otra transformación de la obra, y

C. Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio”.

Para el caso objeto de consulta, se aclara que todos los derechos patrimoniales son sujetos a cesión, sin embargo, frente a la facultad de publicar los resultados de una investigación en diferentes medios, incluyendo revistas académicas, deberá entenderse que esta hace parte de los derechos patrimoniales, en consideración a que de los actos descritos en la norma anterior, dos de ellos se encausan en la posibilidad de realizar publicaciones, estos son:

(i) Reproducir la obra, considerada como la facultad exclusiva de explotar la obra en su forma original o derivada, mediante su fijación material en cualquier medio.

(ii) Comunicar la obra al público, que ocurre cuando la obra es comunicada a una pluralidad de personas, las cuales tiene acceso en su forma original o modificada, por medios diferentes a la distribución de ejemplares.

Entiéndase con lo anterior que, los derechos patrimoniales a reproducir la obra y comunicar la obra al público son sujetos de transferencia, razón por la cual, en el caso puntual, la publicación de resultados de una investigación en diferentes medios, podrá ser autorizada a terceros, a través de herramientas que el ordenamiento jurídico ha estimado para ello, como lo son el contrato de cesión de derechos patrimoniales o una autorización o licencia en la cual se limita el uso de la investigación.

Si bien, tanto el contrato de cesión como la autorización o licencia de uso, permiten a terceros la publicación de la investigación en diferentes medios, se advierte que, en lo que respecta al primero se presenta una transmisión total de derechos patrimoniales, mientras que en la autorización o licencia de uso solo se permite la utilidad particular de derechos patrimoniales, por tal motivo, esta Oficina sugiere, que, en virtud de la protección de la titularidad, se debe preferiblemente, suscribir una autorización o pactar una licencia de uso, en donde se establezca de forma puntual, el modo, tiempo y lugar de la publicación de la investigación.

Sobre la autorización o licencia de uso, el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo [30](#) de la Ley 1450 de 2011, señala los requisitos que debe contener este documento, que a su tenor literario consagra:

“(…) 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 (…)”.

Adicionalmente frente a la suscripción de estas autorizaciones o licencias de uso se deberá especificar: (i) los usos y formas de explotación que se autorizan, (ii) la vigencia de la autorización, (iii) el territorio donde se permite su utilización, (iv) la identidad de los autorizados o licenciarios, (v) la contraprestación o regalías (si es a título oneroso) y cualquier otra condición de tiempo, modo y lugar.

¿Puede ser nombrada en la publicación de una investigación, una persona desvinculada del Instituto que, en cumplimiento de sus funciones u obligaciones contractuales, desarrolló investigaciones para el Icfes?

Como se señaló anteriormente, la facultad de publicar una investigación recae en cabeza de quien tenga los derechos patrimoniales, pues dicha acción se encuentra inmerso dentro de los actos que son descritos en el artículo 12 de la Ley 23 de 1982, para tal efecto, y considerando que las investigaciones son desarrolladas en virtud de un vínculo contractual o laboral, se entenderá, salvo pacto en contrario, que la titularidad corresponde exclusivamente al Icfes, incluso de realizar las publicaciones como titular de la investigación.

Sin perjuicio de lo anterior, este Instituto de ningún modo podrá desconocer los aportes significativos que cada uno de los autores han realizado en el desarrollo de la investigación, para ello, el Icfes deberá salvaguardar los derechos de los autores participantes de la investigación, aún en el escenario, en el que alguno de estos actualmente no se encuentre vinculado a la Entidad.

Por lo anterior, esta Oficina recomienda que en las publicaciones donde se requiera de manera imperante señalar los autores, se incluyan también, los participantes que hicieron aportes a la investigación incluso de quienes actualmente no se encuentren vinculados al Icfes.

Finalmente, esta oficina informa que la presente respuesta se emite en los términos establecidos en el artículo [28](#) del Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo [1](#) de la Ley 1755 de 2015, sobre el alcance de los conceptos, aclarando que este no tiene fuerza vinculante y corresponden a la realización de un análisis del área competente.

Cordialmente,

Catalina Forero Rodríguez

Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

<NOTAS DE PIE DE PÁGINA>.

1. Convenio de París para la Protección PI de 1883 y Convenio de Berna para la Protección de OLA de 1886.

2. “Sobre derechos de autor”.
3. Artículo 2 de la Ley 23 de 1982.
4. Concepto de “Autor” emitido por la DNDA - <http://derechodeautor.gov.co/>.
5. Artículo [12](#) Ley 23 de 1982.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior
n.d.

Última actualización: 16 de mayo de 2024

