

ARQUITECTURA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

NATALIA TOBÓN FRANCO

**ARQUITECTURA Y PROPIEDAD
INTELECTUAL**



Tobón Franco, Natalia

Arquitectura y propiedad intelectual / Natalia Tobón Franco.
-- Bogotá : Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

160 páginas : ilustraciones ; 15 x 23 cm.

ISBN 978-958-749-581-2

1. Arquitectura - Derechos de autor - Colombia - Jurisprudencia
2. Arquitectos - Derechos de autor - Colombia 3. Protección de los
derechos de autor - Legislación - Colombia I. Tít.

346.0482 cd 21 ed.

A1522280

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© NATALIA TOBÓN FRANCO

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ

Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur

Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería: Calle 12 B N° 7-12 L. 1

Tels.: 2835194 - 2847524

Bogotá, D.C. - Colombia

<http://webmail.grupoeditorialibanez.com>

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN 978-958-749-581-2

Diagramación electrónica: Alejandra Ibáñez N.

Diseño de portada: Kevin Núñez V.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I GENERALIDADES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

1. EL DERECHO DE PROPIEDAD NO ES ABSOLUTO, ES RELATIVO .	15
2. LA POLÉMICA: “NI TANTO QUE QUEME AL SANTO NI TAN POCO QUE NO LO ALUMBRE”	16

CAPÍTULO II GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE AUTOR .	24
2. EL DERECHO DE AUTOR ES UN “DERECHO HUMANO”	25
3. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO DE AUTOR.....	26
3.1. EL DERECHO DE AUTOR PROTEGE LA EXPRESIÓN DE LAS IDEAS, NO LAS IDEAS MISMAS	26
3.2. LA OBRA INTELECTUAL ES DIFERENTE AL SOPORTE DONDE SE ENCUENTRA	30
3.3. LA ORIGINALIDAD ES CONDICIÓN NECESARIA PARA EL DERECHO DE AUTOR	31
3.4. LA PROTECCIÓN NO DEPENDE DEL MÉRITO NI DEL DESTINO DE LA OBRA.....	32
3.5. EL DERECHO DE AUTOR NO ESTÁ SUJETO AL CUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES	32
3.6. LA TITULARIDAD ORIGINARIA ES EXCLUSIVA DE LOS HUMANOS...	34

3.7. NO ES NECESARIO SER ARQUITECTO PARA CREAR OBRAS ARQUITECTÓNICAS.....	36
3.8. EL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR ES TEMPORAL	36
4. LAS OBRAS QUE PROTEGE EL DERECHO DE AUTOR.....	38
5. LAS OBRAS QUE NO PROTEGE EL DERECHO DE AUTOR	39

CAPÍTULO III LAS OBRAS DE ARQUITECTURA

LAS OBRAS DE ARQUITECTURA.....	41
--------------------------------	----

CAPÍTULO IV ORIGINALIDAD EN LA OBRA ARQUITECTÓNICA

1. LA DIFÍCIL DEFINICIÓN DE ORIGINALIDAD	48
2. ORIGINALIDAD EN OBRA ARQUITECTÓNICA	49
3. PLAGIO DE OBRA ARQUITECTÓNICA.....	54

CAPÍTULO V DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

1. REPRODUCCIÓN DE LAS OBRAS ARQUITECTÓNICAS	62
2. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA	64
3. EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN	70
4. DERECHO DE DISTRIBUCIÓN	75
5. DERECHOS PATRIMONIALES DEL ARQUITECTO VS. DERECHOS PATRIMONIALES DEL DUEÑO DEL INMUEBLE EN COLOMBIA	77
6. LIMITACIONES AL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR	78

CAPÍTULO VI DERECHO MORAL DE AUTOR SOBRE OBRAS ARQUITECTÓNICAS

1.	LEGISLACIÓN	82
2.	EL DERECHO DE DIVULGACIÓN	84
3.	EL DERECHO DE PATERNIDAD	85
4.	EL DERECHO DE INTEGRIDAD	85
5.	EL FAMOSO FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SOBRE OBRA ARQUITECTÓNICA	89

CAPÍTULO VII TITULARIDAD DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA

1.	OBRA COLECTIVA.....	98
2.	OBRA EN COLABORACIÓN	99
3.	OBRA DERIVADA	102
4.	OBRAS REALIZADAS POR FUNCIONARIO PÚBLICO Y OBRAS REALIZADAS CON RECURSOS DEL PRESUPUESTO NACIONAL COLOMBIANO	104
5.	TESIS DE GRADO	105

CAPÍTULO VIII TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

1.	CONTRATO DE CESIÓN	109
2.	OBRAS EN CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS O DE UN CONTRATO DE TRABAJO.....	112
3.	ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE AUTOR POR TRANSMISIÓN <i>MORTIS CAUSA</i>	114

4.	CONCURSOS.....	115
----	----------------	-----

CAPÍTULO IX ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

1.	ACCIÓN PENAL	119
2.	EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.....	120
3.	ACCIÓN CIVIL	121
4.	ACCIÓN DE TUTELA.....	122
5.	LA PRUEBA DE LA INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR ..	122

CAPÍTULO X CONTRATOS, MARCAS, PATENTES, DISEÑOS INDUSTRIALES, SECRETOS EMPRESARIALES: UNA ESTRATEGIA INTEGRAL

1.	CONTRATOS	123
1.1.	CONTRATO DE TRABAJO	124
1.2.	CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.....	129
1.3.	CONTRATO DE CONFECCIÓN DE OBRA MATERIAL	130
2.	MARCAS.....	131
3.	PATENTES	134
4.	MODELO DE UTILIDAD.....	136
5.	DISEÑOS INDUSTRIALES.....	136
5.	SECRETOS EMPRESARIALES.....	142
7.	OTRAS POSIBILIDADES	149
7.1.	COMPETENCIA DESLEAL.....	149
7.2.	ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	153
	BIBLIOGRAFÍA.....	157

INTRODUCCIÓN

A menudo me preguntan si el derecho de autor se aplica a obras arquitectónicas, si el propietario de un inmueble puede hacerle modificaciones sin consultar al diseñador y si está permitido reproducir, a través de una fotografía, la imagen de un edificio ubicado en la vía pública.

También existen otras dudas: ¿cómo se negocian los derechos de autor en Colombia?, ¿cuánto tiempo dura su protección?, ¿quién tiene el derecho de autor sobre la tesis de grado de un estudiante?, ¿qué se puede patentar? y ¿cómo puedo darle valor a una base de datos de clientes, la fórmula para una mezcla o la lista de proveedores de una empresa?

Esta obra busca resolver estas y otras inquietudes al respecto, en un lenguaje sencillo y usando casos concretos.

NO TODO LO QUE BRILLA ES ORO...

No toda obra arquitectónica está cubierta por el derecho de autor pues las normas sobre propiedad intelectual exigen que se trate de creaciones *verdaderamente originales*...y eso, en pleno siglo XXI, no es fácil de encontrar.

Como dice un viejo adagio, “no hay nada nuevo bajo el sol”*. De manera consciente o inconsciente, las personas graban en su mente las ideas que perciben en el mundo y las combinan con su experiencia y observaciones, antes de crear una obra artística o literaria.

Tratándose de una obra del arte de la construcción, a la sensibilidad y talento del autor –que puede o no ser arquitecto– es necesario sumarle todo tipo de variables que pueden incidir en su inspiración,

* Biblia, Eclesiastés 1:1-18. Esta sencilla frase ha servido muchas veces de inspiración a las cortes norteamericanas en el análisis de la originalidad en el derecho de autor y la novedad en el caso de las patentes.

como serían las necesidades del cliente, las modas, los materiales disponibles, el presupuesto, las normas urbanísticas y otros.

En consecuencia, quien desee saber si una obra bidimensional o tridimensional de arquitectura está protegida o no por el derecho de autor, tendrá que validar su caso a la luz de la legislación y jurisprudencia existente, que es compleja y diferente según cada país.

Este libro entrega a arquitectos, abogados, propietarios de los inmuebles y público en general las herramientas básicas para resolver las inquietudes relacionadas con las obras arquitectónicas y la propiedad intelectual, ya que provee la información legal necesaria, de manera clara y sucinta.

CUANDO UNA PUERTA SE CIERRA...

Otra se abre. A veces se cree que proteger la propiedad intelectual equivale a asegurar los derechos de autor pero se olvida que las batallas para la defensa del capital intelectual de una empresa se pueden dar mucho antes, por ejemplo, mediante la obtención de una patente, el diseño de una política coherente de protección de los secretos empresariales, y sobre todo, a través de la redacción adecuada de los contratos que suscribimos. Por eso lo invitamos a mirar este trabajo desde una perspectiva integral.

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El poder de usar, gozar y disponer de un bien es lo que se denomina derecho de propiedad. Si ese poder se ejerce sobre un bien corporal, se trata de un derecho de propiedad común, pero si la potestad se ejerce sobre un bien incorporeal, como sería una creación artística o una innovación científica, hablamos de un derecho de propiedad intelectual. Veamos:

Bien incorporeal	Derecho de propiedad intelectual que lo protege
Invencción	Patente o secreto empresarial
Planes de negocios, métodos o procesos de producción, planes de comercialización, fórmulas, mezclas difíciles de obtener y otros.	Secreto empresarial
Signo –nombre, gráfico, olor, color– que identifica los productos o servicios de una persona de los de otra y al mismo tiempo sirve de garantía de calidad.	Marca
Obra literaria o artística original –como una obra de arquitectura– que se pueda reproducir por cualquier medio y que constituya una expresión del espíritu del autor.	Derecho de autor

Fuente: Elaboración propia

La legislación de la mayoría de los países divide los derechos de propiedad sobre bienes incorporeales –propiedad intelectual– en dos: los derechos de autor que recaen sobre las obras literarias, artísticas

y el software¹ y el derecho de la propiedad industrial, que cobija los signos distintivos y las nuevas creaciones.

El siguiente cuadro, bastante simplificado, resume el tema:



Fuente: Elaboración propia

Todas estas figuras tienen en común que amparan intangibles. El derecho de autor es el conjunto de normas que tutela los derechos subjetivos que tiene quien crea una obra literaria o artística² mientras que las marcas y los nombres comerciales son signos que sirven para identificar un producto o un servicio en el mercado, de otro de la competencia. La patente y el diseño industrial son reconocimientos que hace el Estado a quien ha inventado un producto que resulta novedoso y útil.

¹ En Colombia el software se protege como una obra literaria.

² TOBÓN FRANCO, Natalia; VARELA PEZZANO, Eduardo, *Derecho de autor para creativos*, Editorial Gustavo Ibáñez, 2010, pág. 21.

1. EL DERECHO DE PROPIEDAD NO ES ABSOLUTO, ES RELATIVO

El derecho de propiedad sobre bienes corporales (tangibles) o incorporales (intangibles) no es absoluto. Es relativo. Así lo explicó la Corte Constitucional de Colombia al analizar el texto del artículo 669 del Código Civil de 1886 que disponía:

El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella *arbitrariamente*, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

La parte que aparece en cursiva, es decir, la palabra “arbitrariamente” fue declarada inexecutable –contraria a la Constitución– “pues todo derecho tiene que armonizarse con los demás que con él coexisten”³.

Con anterioridad a este pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia ya se había referido a los límites del derecho de propiedad así:

El sentido netamente individual de la propiedad, heredado del derecho romano, (...) ha venido cediendo el paso a una concepción marcadamente solidarista o funcionalista que, sin desconocerle al titular la facultad de utilizar, usufructuar y disponer libremente de los bienes en su provecho, le impone el deber de enrumbar el ejercicio de ese derecho por los cauces del bien común (...) ⁴.

La propiedad, incluida la intelectual, está sujeta entonces “a las restricciones y obligaciones que implica la función social, aplicable a todas las formas y expresiones del dominio (art. 58 *ejusdem*), y la prevalencia del interés general (Constitución Política, art. 1º)”⁵.

El Tribunal Andino de Justicia ha dictado sentencias similares⁶. En un caso específico dispuso que el derecho de autor no es un derecho absoluto sino relativo pues tiene la función social de facilitar a la sociedad el derecho a la información y el acceso al conocimiento.

³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-595, agosto 18/99.

⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia, agosto 11/88.

⁵ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-381, septiembre 14/93.

⁶ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121-IP-2013

La temporalidad de la protección contemplada en el artículo 61 de la Constitución, norma según la cual “[E]l Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”, es tal vez la demostración más clara de limitación a la propiedad intelectual, pues con posterioridad a los plazos previstos, la creación artística o literaria pasa a enriquecer el dominio público, donde cualquier persona puede usar y disponer de ella sin pagar contraprestación.

Pero no sólo la temporalidad de la protección demuestra que el derecho de propiedad intelectual es relativo. Existen otras situaciones que permiten pensar en más limitaciones a la propiedad intelectual en Colombia:

- La obligación de conceder licencias obligatorias sobre patentes si no se han explotado al cabo de un tiempo (Decisión 486 de 2000, artículo 61)
- La posibilidad de solicitar la cancelación de marcas que no hayan sido usadas en los tres (3) años anteriores a la fecha de solicitud de cancelación (Decisión 486 de 2000, artículo 165) y
- Las limitaciones al derecho de autor conocidas como uso justo o *fair use* (derecho de cita, derecho de reproducción para ilustración y enseñanza), entre otras.

2. LA POLÉMICA: “NI TANTO QUE QUEME AL SANTO NI TAN POCO QUE NO LO ALUMBRE”

Las normas sobre propiedad intelectual siempre han estado sujetas a polémica pues mientras unos –generalmente los creadores o sus intermediarios– desean tener un derecho absoluto por tiempo ilimitado, otros –habitualmente el público– espera que las facultades que estas normas reconocen al titular sean temporales⁷.

⁷ Franklin DELANO ROOSEVELT consideraba que las patentes debían ser prohibidas pues generaban monopolios. “*President ROOSEVELT in his annual message to Congress cited, among other wrongful business practices which should be ended, ‘the use of patent laws to enable larger corporations to maintain high prices and withhold from the*

Actualmente ganan el pulso quienes defienden un sistema fuerte de protección a la propiedad intelectual. Es más, el período comprendido entre 1980 y hoy ha sido conocido como la edad de oro y la frase “*Anything under the sun that is made by man is patentable*”⁸ se ha hecho popular entre los especialistas en el tema⁹.

Pero no siempre fue así. Antes de la primera guerra mundial en Estados Unidos era muy difícil obtener el reconocimiento de una patente porque se les consideraba anticompetitivas¹⁰. Solo fue a mediados del siglo XX cuando por múltiples motivos históricos y económicos, la propiedad intelectual comenzó a adquirir el auge que tiene en la actualidad. El profesor inglés John KAY explicó esta situación en los siguientes términos:

En 1998 un grupo de abogados norteamericanos expuso en un artículo para el National Law Journal que las maniobras atléticas de un grupo de deportistas debían ser patentadas por tratarse de un método muy novedoso para hacer ejercicio. Al mismo tiempo, en el Reino Unido se presentó una disputa sobre la titularidad de los derechos de autor sobre la forma en que una revista de televisión por cable publicaba la programación de televisión. ¿Cómo llegamos hasta al punto de obsesionarnos por patentarlo todo o por lo menos, de querer proteger con derechos de autor incluso hasta las obras que no son originales o que no tienen mucho aporte creativo?¹¹.

public the advantages of the progress of science”. [consultado 3 dic. 2015]. Disponible en <<http://library.cqpress.com/cqresearcher/document.php?id=cqresrre1938060600>>

⁸ Cualquier cosa que esté bajo el cielo y sea fabricada por humanos es patentable. Esta frase fue pronunciada por primera vez en Estados Unidos en uno de los fallos más famosos del derecho de patentes en ese país: *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U. S. 303 (1980).

⁹ Por ejemplo en Estados Unidos la *Copyright Term Extension Act* (CTEA) de 1998 –también conocida como *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* o *Sonny Bono Act*– extendió por 20 años los plazos de protección del derecho de autor. Antes del Acta (bajo la *Copyright Act of 1976*), el derecho de autor duraba toda la vida del autor más 50 años, o 75 años para una obra de «autoría corporativa»; el Acta extendió estos plazos durante la vida del autor más 70 años y para obras de «autoría corporativa» durante 120 años tras la creación o 95 años tras la publicación, independientemente de la anterioridad del punto final creativo.

¹⁰ Esta situación llegó a su punto culminante en 1956, cuando a dos de los más importantes líderes en tecnología, *American Telephone and Telegraph Co. e Internacional Business Machines INC.* –IBM–, se les exigió licenciar más de 9000 patentes, en la mayoría de los casos sin regalías, en beneficio de la competencia. Apuntes de clase. Profesor Karl Jorda. Materia: *Patent and Trademark Licensing* en Franklin Pierce Law Center, NH, USA. 2004.

¹¹ KAY, John, *Intellectual property protection. What role in the 20th century history of innovation?*, [consultado 1º dic. 2008]. Disponible en <www.adb.org/Documents/Conference/Technology_Poverty_AP/adb12.pdf>

Como se observa, KAY considera que el mundo actual está obsesionado por proteger, a través de las figuras de la propiedad intelectual, activos intangibles que no merecen tal reconocimiento. ¿Cómo llegamos a esta situación? El auge de la propiedad intelectual en el mundo moderno tiene varios antecedentes entre los que podemos resaltar la publicidad y el factor lingüístico. En cuanto al primero se observa que el crecimiento de los medios masivos de comunicación ha llevado a los empresarios a interesarse cada vez más por distinguir de una u otra forma sus productos y servicios de los de la competencia ya sea a través de las marcas, los lemas comerciales y la faceta estética de los productos. El factor lingüístico, por su parte, tiene raíces psicológicas. Desde hace mucho se sabe que las palabras influyen en la percepción que tenemos de las cosas. Hasta mediados del siglo XIX, todo lo que se conoce hoy como propiedad intelectual se consideraba un “monopolio”¹². Hoy en día se utilizan expresiones más sofisticadas como propiedad sobre “intangibles” o “bienes incorporeales”.

De otro lado también existen factores políticos y económicos: los defensores de la propiedad intelectual –editores, laboratorios farmacéuticos, compañías de software– tienen poder económico y hacen *lobby* ante las autoridades y los medios de comunicación. En cambio la gente del común, que se beneficiaría con una protección más reducida de la propiedad intelectual –toda vez que habría más difusión de las invenciones, el arte y el conocimiento a menores costos–, tiende a ser una fuerza difusa. Tal vez las redes sociales podrían cambiar esta ecuación.

Finalmente se habla de la ventaja de tiempo y lugar que tienen algunos países que se desarrollaron utilizando sin contraprestación la tecnología de otros, pero ahora, que son ellos sus titulares, esperan proteger de manera robusta todas las creaciones e invenciones que generan a través de las figuras de la propiedad intelectual¹³.

¹² *Ibíd.*

¹³ Una de las historias que se cuenta es la siguiente: La primera fábrica que existió en Estados Unidos nació de la copia no autorizada que hizo un mecánico inglés –SLATER– de las máquinas que reparaba en su tierra natal. Cuenta la historia que este joven emigró al Nuevo Mundo atraído por un aviso publicado en el periódico de Londres en el cual se mencionaba que en Estados Unidos se requería mano de obra calificada. Por esa época publicar avisos en periódicos ingleses para atraer trabajadores era una de las estrategias que habían intentado los estadounidenses ante la negativa de los ingleses de venderles el *know how*. DINWOODIE Graeme; HENNESSEY, William;

¿Qué sigue? Francamente lo más deseable es que venga el equilibrio. KOZINSKI, un juez californiano célebre por la forma por la forma amena en que redacta sus fallos, se refirió a la necesidad de buscar medida y armonía en las normas de propiedad intelectual así:

Sobreproteger la propiedad intelectual es tan nocivo como no protegerla. La creatividad es imposible sin información que se encuentre en el dominio público. Nada, literalmente nada desde que descubrimos el fuego, es genuinamente nuevo: la cultura, como la ciencia y la tecnología, se produce gracias al trabajo de los otros. La sobreprotección entonces ahoga las fuerzas creativas que se supone proteger. (...) ¿Dónde estaríamos si Charles LINDBERGH tuviera el derecho exclusivo sobre el concepto de aviador independiente? ¿Si Albert EINSTEIN hubiera patentado la teoría de la relatividad? ¿Si cada autor o celebridad tuviera el derecho de evitar que los demás comenten su trabajo o se burlen de él? Seguramente esto haría el mundo más pobre y no más rico, cultural y económicamente. He ahí el por qué es necesario hacer balances cada que se aplican las normas de propiedad intelectual entre lo que se le otorga a su titular y lo que se le deja al dominio público, es decir, a todos nosotros¹⁴.

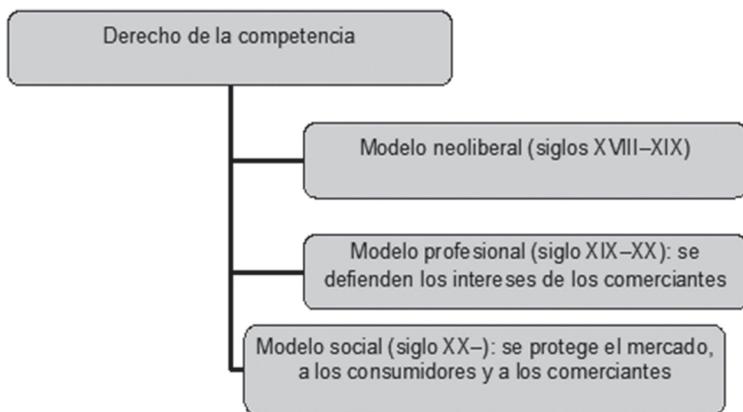
Y es cierto: la creatividad es imposible sin la información que se encuentra en el dominio público. Por eso hay que buscar un equilibrio entre el reconocimiento que se le otorga al artista e inventor para que se sienta motivado a crear más y mejores obras e invenciones, y el interés de la humanidad en que se difunda ese conocimiento. Ese equilibrio sólo se logra cuando se entiende que las leyes deben favorecer a la colectividad y no a determinados grupos o actores económicos.

La evolución del derecho de la competencia en nuestro país es un ejemplo de ese esfuerzo por ponderar el interés de la colectividad y el de los actores económicos. Hace décadas se pensaba que el derecho de la competencia tenía por objeto amparar exclusivamente al comerciante –modelo profesional– pero hoy se considera que sus normas están dirigidas a proteger no sólo los intereses de los competidores, sino también el buen funcionamiento del mercado y

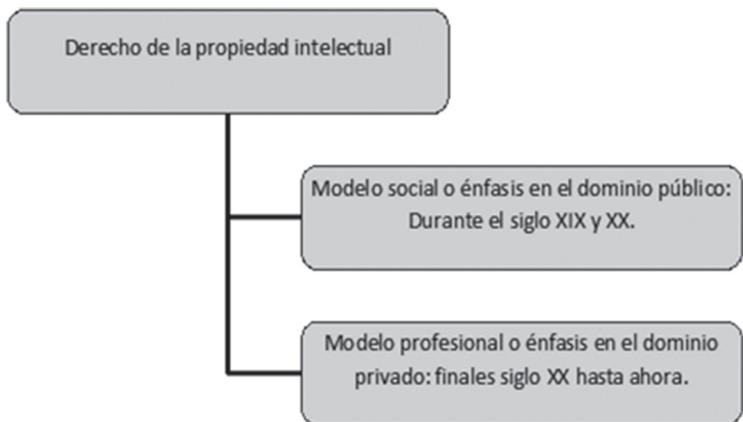
PERLMUTTER, Shira, *International intellectual property law and policy. Casebook series*, N.Y., Lexis Nexis, 2001, pág. 505.

¹⁴ Ibid.

los derechos de los consumidores, combinación que se conoce como el modelo social¹⁵.



Las normas sobre propiedad intelectual han evolucionado al revés. Inicialmente se hacía énfasis en lo social pero hoy en día son más individualistas.



¹⁵ JAECKEL KOVACS, Jorge, *Apuntes sobre competencia desleal*, [consultado 5 de nov. 2005]. Disponible en <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-apuntes-sobre-competencia-desleal-jjk.doc>>. También ver Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 11090, abril 29/03.

El reto entonces es desarrollar un modelo social para la propiedad intelectual que establezca un equilibrio entre los principios de recompensa y recuperación que amparan al creador de la obra o inventor y la necesidad que tiene la humanidad de avanzar en el conocimiento.

CAPÍTULO II

GENERALIDADES SOBRE EL DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor es el conjunto de normas que protegen los derechos subjetivos del creador de una obra literaria o artística, entendida ésta como una manifestación personal y original de la inteligencia, expresada en forma tal que pueda ser perceptible¹.

Las normas internacionales básicas sobre la materia son: el Convenio de Berna, la Convención Universal sobre Derecho de Autor y el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)².

El Convenio de Berna contiene los principios del derecho internacional que se aplican tales como el trato nacional, la protección automática, la independencia de la protección y la protección mínima convencional.

- El principio de trato nacional sostiene que las obras que hayan sido creadas en un país miembro del Convenio de Berna deberán gozar en los otros países miembros del convenio de la misma protección que en ellos se le otorga a sus propios nacionales.
- La protección automática sugiere que el amparo otorgado por el Convenio de Berna no está subordinado al cumplimiento de requisitos formales, entendiendo por tales, aquellos de carácter administrativo que son impuestos por las legislaciones nacionales, como serían los registros o depósitos.
- La independencia de la protección significa que la extensión de la protección así como los medios procesales para la defen-

¹ TOBON y VARELA, op. cit., pág. 21.

² En virtud del Tratado del ADPIC, los principios del trato nacional, protección automática e independencia de la protección obligan también a los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que no son parte en el Convenio de Berna.

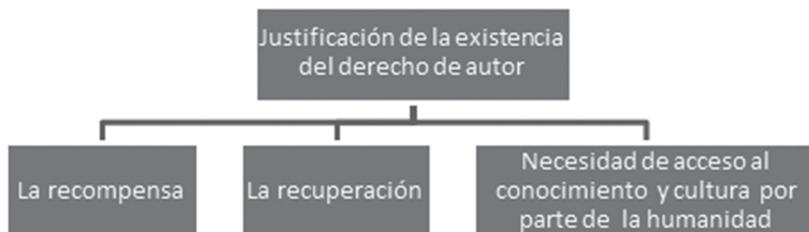
sa de los derechos de los autores se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclame la protección.

- La protección mínima convencional dispone que las leyes de los Estados miembros deben proporcionar a los autores niveles mínimos de protección establecidos por el Convenio.

Además de las normas internacionales citadas arriba, en Colombia rige la Decisión 351 de 1993 que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para los países que forman parte de la Comunidad Andina, la Ley 23 de 1982 y el Código Penal –Ley 599 de 2000–, entre otras.

1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO DE AUTOR

De forma sencilla se puede decir que existen tres argumentos que justifican la existencia del derecho de autor:



Fuente: Elaboración propia

- a) La recompensa: se reconoce la propiedad sobre un intangible para recompensar al autor por el esfuerzo que ha realizado en la creación de su obra e incentivarlo para que continúe tal producción;
- b) La recuperación: busca que el autor recupere lo invertido en tiempo y dinero en el desarrollo de su creación.

- c) El conocimiento público difundido³: al tratarse de una propiedad temporal, se entiende que en algún momento las creaciones llegarán al dominio público para beneficiar a la humanidad⁴.

2. EL DERECHO DE AUTOR ES UN “DERECHO HUMANO”

El derecho de autor es un derecho humano⁵ según la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁶.

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el proceso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

También fue catalogado como un derecho económico, social y cultural por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas desde el 16 de diciembre de 1966, cuando se adoptó el llamado “Pacto Internacional de Nueva York”. El artículo 15 de ese pacto universal dispone que los Estados deben reconocer el derecho de toda persona a “beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las

³ El olvido de este argumento, que es crítico para que exista un equilibrio, es lo que hace que la propiedad intelectual tenga tantos enemigos. El profesor inglés John KAY, al analizar la obsesión actual por convertir toda creación en propiedad privada, sostiene en su página web –www.johnkay.com–, [consultado 5 de nov. 2013], lo siguiente: “Mi mundo ideal no es uno en que no existan derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, si me viera obligado a escoger entre el actual régimen legal de propiedad intelectual y no tener ninguno, me vería tentado a escoger no tener ninguno”. (traducción propia).

⁴ “El dominio público en materia de derechos de autor implica que nadie tiene un derecho de exclusiva para gozar de las facultades patrimoniales sobre la obra, y, en consecuencia, la obra puede ser explotada por cualquier persona, por lo cual no hay en sentido estricto, un dominio como no lo hay sobre el aire o la luz solar. El dominio público en materia de derechos de autor, a diferencia de la noción de bienes de dominio público a que se refiere el art. 674 del Código Civil, no implica que pertenezcan al Estado”. PACHÓN MUÑOZ, Manuel, *Manual de derecho de autor*, Bogotá, Temis, 1988, pág. 75.

⁵ Es un derecho cuya titularidad es universal y sólo se requiere ser persona para ejercerlo.

⁶ La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (“ONU”) en la Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. Por su naturaleza, no requiere de aprobación ni ratificación por parte de los Estados miembros de la ONU.

producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” y adoptar medidas para “asegurar el pleno ejercicio de estos derechos”.

Por lo menos el aspecto moral del derecho de autor tiene en Colombia el rango de derecho fundamental:

[L]os derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza⁷.

3. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL DERECHO DE AUTOR

Los principios generales que rigen el derecho de autor y cuyo conocimiento sirve en la práctica para resolver las situaciones particulares y difíciles son:

3.1. EL DERECHO DE AUTOR PROTEGE LA EXPRESIÓN DE LAS IDEAS, NO LAS IDEAS MISMAS

El derecho de autor solamente protege “el ropaje con que las ideas se visten”⁸ pero no las ideas mismas. En otras palabras, no hay protección de las ideas que aún no han sido expresadas en forma perceptible y reproducible.

En concreto la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia) señala que se protege exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

⁷ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-155/98.

⁸ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, 2007, pág. 45.

Y es que si se protegieran las ideas se crearía una barrera para la circulación y el desarrollo del conocimiento⁹. Don Miguel Antonio CARO explicó que la propiedad nace de la elaboración y no de la simple idea hace más de un siglo, cuando en los debates del Consejo de Delegatarios de Colombia en 1886 señaló:

Supongamos que un profesor expone una doctrina nueva a un auditorio numerosísimo. Si antes de que su lección sea reproducida por taquigrafía, se pide a cada uno de los oyentes que la esponga y desenvuelva, habrá tantas exposiciones distintas, unas claras y luminosas, oscuras y confusas, cuantos oyentes hubo. La doctrina, como semilla esparcida a los vientos, es de todos, su germinación, desenvolvimiento y manifestación literaria es propia de cada uno. Si todos ellos publican un folleto, un libro, sobre la materia, cada cual será dueño del suyo: tendrá mejor acogida aquél que presentó la idea en mejores condiciones literarias; entretanto, la idea cunde y se divulga y a todo el mundo pertenece, como el aire o el agua. La propiedad nace de la elaboración (...) ¹⁰.

Pero aún nos ofendemos cuando nos “roban” una idea, como le sucedió a Luis Alejandro VELASCO, el marinero que demandó a Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ por escribir su historia en la obra *Relato de un naufrago*. Una vez publicada, Velasco solicitó que se le reconociera como coautor de la obra¹¹. De hecho el mismo GARCÍA MÁRQUEZ había escrito en el preámbulo de su libro: “*Los derechos de autor, en consecuencia serán para quien los merece: el compatriota anónimo que debió padecer diez días sin comer ni beber en una balsa (...)*”. Sin embargo, VELASCO perdió el proceso ante las autoridades colombianas pues éstas, luego de analizar los hechos, determinaron que no había coautoría en la obra toda vez que el marinero simplemente le contó su historia al escritor, pero no participó selección y expresión del contenido, más exactamente en la escogencia de las palabras, en el orden de los capítulos y, en general, en la redacción del relato.

De todas formas el tema del robo de las ideas es constante en los estrados judiciales¹². Hace varios años una entidad pública –

⁹ RUBIO TORRES, Felipe, *Conozca y proteja sus derechos de autor: aspectos relativos a la obra audiovisual*, Bogotá, Ministerio de Cultura, 2003, pág. 27.

¹⁰ *Academia Colombiana de Historia. Antecedentes de la Constitución de Colombia de 1886*, Bogotá, Plaza & Janés, 1983, pág. 122.

¹¹ Colombia, Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Sentencia del 27 de enero de 1994. Rad. 11985.

¹² TOBON y VARELA, Op. cit., págs. 203- 204.

Adpostal– encargó a un conocido pintor –el maestro Sergio SIERRA DOVAL– el retrato del profesor Federico LLERAS ACOSTA. El pintor cumplió con el encargo y el retrato adornó las oficinas durante un tiempo. Un día la entidad decidió reproducirlo, sin autorización del pintor, en múltiples estampillas elaboradas en homenaje al distinguido investigador. El pintor, al enterarse, presentó una demanda solicitando indemnización de perjuicios por la utilización que se había dado a su obra sin autorización. La entidad demandada contestó que Sierra no era el único autor de la obra pues el profesor MUÑOZ RIVAS le había colaborado dándole información al pintor sobre los rasgos físicos y psicológicos del profesor LLERAS ACOSTA. Al resolver el caso el Consejo de Estado señaló que la información sobre un personaje, las ideas que se dan sobre su aspecto físico y su talante, no puede ser valorada como coautoría y citó el siguiente ejemplo:

Acceptar esa colaboración como una coautoría, sería tanto como aceptarla cuando alguien contrata unos planos con el arquitecto para la construcción de una casa y le suministra los datos sobre lo que quiere construir y su decoración. Con esto no se desconocen los conocimientos del profesor MUÑOZ RIVAS sobre pintura, pero también es claro que él se ha destacado más en el campo de la investigación científica¹³.

Otro de los argumentos esgrimidos en esa ocasión por Adpostal era que la obra pictórica no estaba registrada, por lo que no merecía ninguna protección legal. El Consejo de Estado fue tajante al advertir que los derechos de autor nacen con la creación de la obra y no con el registro¹⁴, pero esto será objeto de análisis más tarde. El alto tribunal sentenció que existía una falla en el servicio por parte de la entidad y ordenó indemnizar los perjuicios morales y materiales causados al pintor.

El principio de la no protección de las ideas está contemplado internacionalmente. La Sección 102 del *Copyright Act 17* del *United States Code* dice: “en ningún caso la protección que se le otorga a una obra original se extenderá a una idea, procedimiento, proceso, sistema, método de operación, concepto, principio, descubrimiento,

¹³ Colombia, Consejo de Estado. Sentencia 3060, marzo 18/91.

¹⁴ *Ibíd.*

con independencia de la forma en que esté descrito, ilustrado, explicado o englobado en la obra”¹⁵.

En Estados Unidos este principio se lleva aún más lejos: cuando una idea sólo puede ser expresada en un número muy limitado de formas entonces el derecho de autor no protege esa expresión¹⁶. Para el caso de una obra de arquitectura este principio se podría explicar de la siguiente forma: un muro en el que se incluyen los nombres de personas fallecidas puede gozar de protección por parte del derecho de autor si cumple con los requisitos de tal figura, pero “no goza de protección la idea consistente en incluir los nombres de personas fallecidas en un monumento conmemorativo”¹⁷.

De manera consistente con el principio de la no protección de las ideas opera el principio de la libre imitabilidad de las ideas o

¹⁵ La traducción es personal. El texto original del 17 U.S. Code § 102 es el siguiente: “*Subject matter of copyright: In general (a) Copyright protection subsists, in accordance with this title, in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device. Works of authorship include the following categories: (...) (8) architectural works.*

(b) In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work”.

¹⁶ Se trata de un principio denominado el *Merger Doctrine*. “El caso que dio origen a esta doctrina ocurrió a finales del siglo XIX, cuando un autor publicó un libro donde explicaba, mediante gráficos, la forma cómo se debía llevar una contabilidad. Luego, otro autor publicó un libro con gráficos similares sobre el mismo tema y fue demandado por el autor inicial por violar sus derechos de autor. La Corte le dio la razón al segundo autor pues estimó que éste no tenía otra forma de explicar las técnicas para llevar a cabo una contabilidad si no era a través de columnas. En resumen, cuando una idea solo puede ser expresada en un número limitado de formas, el derecho de autor no protege esa expresión porque está mezclada con la idea (“*merged*” *with the idea*) –Baker v. Selden. 101 U.S. 99 (1879)–. La *merger doctrine* es uno de los temas más importantes en el derecho de autor estadounidense. Por ejemplo, gracias a esa teoría, se considera que los formularios y ciertas instrucciones para participar en concursos no pueden protegerse a través de derechos de autor ya que no hay muchas formas para preguntar a las personas su nombre, dirección y otros datos –véase *Morrissey v. Procter & Gamble.*, 379 F. 2d 675 (1 st Cir. 1967)–”. TOBÓN y VARELA, op. cit., págs. 203-204.

¹⁷ RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad*. Colección de Propiedad Intelectual, Editorial Reus, 2012, pág. 22; citando el caso de una sentencia proferida por un tribunal en Frankfurt: OLG Frankfurt Grurg 1992, 699 Friedhofmauer, OLG Dusseldorf GRUR, 1990, 189, 190.

“libre imitabilidad de las prestaciones no protegidas por un derecho de exclusiva”¹⁸.

3.2. LA OBRA INTELECTUAL ES DIFERENTE AL SOPORTE DONDE SE ENCUENTRA

Es capital entender que la protección del derecho de autor cubre la creación intelectual en sí misma y no el material en el cual ésta se encuentra manifestada. En otras palabras, el derecho de autor protege el contenido eminentemente espiritual de las obras y no su forma física.

[L]as obras artísticas tienen dos elementos inseparables:

- a. El contenido (*corpus mysticum*), que se halla en el campo eminentemente espiritual, el reflejo de la personalidad del autor.
- b. La forma (*corpus mechanicum*), que se encuentra en el campo de lo tangible, es la materialización de las ideas y es lo que permite que la obra nazca a la vida jurídica¹⁹.

ALESSANDRI y SOMARRIVA lo explican así

El derecho de autor de un poeta recae sobre sus versos y no sobre los libros o las páginas impresas que los contienen y dan a conocer; el derecho del inventor recae sobre la invención misma y no sobre la máquina fabricada de acuerdo con el nuevo esquema mental. El libro y la máquina serán de las personas que adquieran esas cosas concretas, pero la creación poética y el invento siguen perteneciendo a quienes produjeron tales bienes inmateriales²⁰.

Como corolario de lo anterior podemos decir que el derecho de autor ampara el *corpus mysticum*, es decir, el contenido intangible de la obra, por lo que quien adquiere el soporte físico o *corpus mechanicum*, sólo adquiere una representación²¹.

¹⁸ Ibíd., pág. 21

¹⁹ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 feb. 2016]. Disponible en < http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2014-31622.pdf >

²⁰ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, 6ª. ed., t. I, Bogotá, Temis, 2001, pág. 29-30.

²¹ El artículo 6º de la Decisión 351 de 1993 dispone que los derechos reconocidos por la legislación sobre derecho de autor son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra.

3.3. LA ORIGINALIDAD ES CONDICIÓN NECESARIA PARA EL DERECHO DE AUTOR

Según el Tribunal Andino de Justicia, para que una obra llegue a tener el carácter de creación cobijada por el derecho de autor es necesaria la originalidad, “que no es sinónimo de ‘novedad’, sino de ‘individualidad’, vale decir, ‘que exprese lo propio de su autor, que lleve la impronta de su personalidad’²².”



Para algunos autores la originalidad no sólo se encuentra en la individualidad sino también en la novedad. Es el caso del español BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, quien estima que la originalidad puede existir en términos objetivos –novedad– o en términos subjetivos –reflejo de la personalidad del autor–. “Basta con que la obra sea original desde uno de esos puntos de vista para que se proteja, y ello con independencia de su calidad o mérito artístico”²³.



²² Tribunal Andino de Justicia. Proceso 10–IP–1999.

²³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas. Dictamen presentado a solicitud del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España*. [consultado nov.2015]. Disponible en <http://www.e-coac.org/innoserver/3patent/pi_cscae/Bercovitz%20Propiedad%20intelectual%20Dictamen%20obra%20arquitectnica.html>.

El tema de la originalidad en las obras arquitectónicas es tan importante que lo trataremos en capítulo aparte.

3.4. LA PROTECCIÓN NO DEPENDE DEL MÉRITO NI DEL DESTINO DE LA OBRA

La protección de las obras del ingenio es independiente de su género –si es una novela o un cuadro–, forma de expresión –colores o textos–, destino –si es una obra única o se va a reproducir en masa– o de su mérito –belleza o fealdad–²⁴. Como sentenció una Corte en Estados Unidos hace más de 100 años: los jueces no tienen la capacidad para decidir “qué es artístico y qué no lo es”²⁵.

De hecho, para la protección del derecho de autor ni siquiera es importante la altura intelectual.

[N]o se tendrá en cuenta el mérito o altura intelectual, artística, técnica, tecnológica o científica. Es decir, se puede escribir algo falso, poco sustentado o falto de investigación profunda, pero si es de creación de un ser humano y se puede diferenciar claramente de los otros escritos existentes, estamos ante una obra original. Lo mismo sucede si se hace un dibujo o pintura con falta de técnica plástica; la originalidad no se otorga por la calidad artística o la utilización adecuada de la técnica, se obtiene por ser un reflejo del espíritu de ese ser humano que plasmó los trazos en el lienzo o el papel²⁶.

3.5. EL DERECHO DE AUTOR NO ESTÁ SUJETO AL CUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES

El derecho del autor nace del acto mismo de creación y no del reconocimiento de la autoridad administrativa. No se requiere

²⁴ “Para el derecho de autor es indiferente el estilo del artista, los colores que utiliza, la técnica que prefiere y la belleza o fealdad del resultado. Al fin y al cabo todas estas son categorías subjetivas: lo que puede ser para algunos un ícono del arte, para otros puede ser basura. En otras palabras, ni la legislación ni un juez pueden definir lo que es bello o de “buen gusto” en una obra de arte pues se trata de conceptos relativos, que dependen de muchas circunstancias como el lugar donde ésta es exhibida, la época en que se observa, la moda, el gusto de la persona que las contempla, etc.”. TOBÓN y VARELA, *op. cit.*, pág. 200.

²⁵ *Bleinstein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 23 S. Ct 298, 47 L. Ed. 460, 1903.

²⁶ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121–IP–2013, citando a ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de autor y Derechos afines. Colección de propiedad intelectual*, Madrid, Aisge y Reus, 2007, pág. 51.

ningún tipo de registro para ser titular de una obra del ingenio. La jurisprudencia en Colombia ha explicado que

[e]l mecanismo de la inscripción busca darle publicidad al derecho de los titulares y servir de garantía de autenticidad de los títulos de propiedad, pero no más. Mediante esa inscripción se establece una forma fácil, expedita y adecuada para evitar la piratería y el aprovechamiento ilícito de los demás. Inscrita la obra el usurpador del derecho ni siquiera podrá alegar que no sabía o conocía que pertenecía a otra persona. Pero no podrá sostenerse válidamente que esa inscripción sea constitutiva del derecho de propiedad²⁷.

Ahora bien, una cosa es el registro de la obra literaria o artística, que no es obligatorio para obtener la protección pero sirve de medio de prueba –el registro no es constitutivo sino declarativo de derechos–, y otra, el registro de cualquier acto o contrato vinculado con el derecho de autor o los derechos conexos, contratos éstos que sí deberán ser inscritos como condición de publicidad y oponibilidad ante terceros²⁸.

El registro de una obra ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor en Colombia es gratuito²⁹ y bastante sencillo –incluso se puede hacer en línea con la entidad–. El interesado debe informar el nombre, nacionalidad, documento de identificación y residencia habitual del autor o autores de la obra, así como la fecha de fallecimiento y seudónimo, si es del caso; título de la obra; indicación sobre si es una obra inédita o editada, original o derivada; año de creación; nombre, nacionalidad, documento de identificación y dirección habitual del solicitante; en el evento de inscribirse un titular de los derechos patrimoniales diferente del autor, deberá indicarse su nombre o razón

²⁷ Colombia, Consejo de Estado. Sentencia 3060 del 18 de marzo de 1991. Adicionalmente, “la inscripción de las obras en el Registro Nacional de Derecho de Autor, si bien no es obligatoria como condición de protección, si permite, como se explicó, generar una seguridad jurídica para los autores, como podría ser el caso del autor de una obra inédita (aquella que no ha sido dada a conocer al público), donde una forma de demostrar su autoría, en caso que pretendan desvirtuarla, será a través de la inscripción de su obra”. –Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto 2-2005-12525 del 30 de diciembre de 2005–.

²⁸ “Todo acto en virtud del cual se enajene el Derecho de Autor, o los Derechos Conexos así como cualquier otro acto o contrato vinculado con estos derechos deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor como condición de publicidad y oponibilidad ante terceros” –Colombia, Ley 44/93, artículo 6º–.

²⁹ No ocurre lo mismo en otros países. En Estados Unidos el costo es variable. Ver <<http://copyright.gov/circs/circ04.pdf>>. [consultado 1º dic. 2015]

social, según el caso, acreditando el documento mediante el cual adquirió los derechos y una descripción de las características de la obra. Ello implica por ejemplo, allegar tantas fotografías como sean necesarias para identificar sus elementos esenciales.

Tratándose de obras de arquitectura, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia ha hecho las siguientes precisiones sobre el registro:

- Se puede registrar el plano, boceto, esquema, dibujo, *render*³⁰ o la construcción terminada³¹.
- Una copia electrónica de la obra deberá ser enviada en un formato de imagen estándar para pueda ser visualizada en los equipos de la DNDA³².
- En caso de registrar obras artísticas cuyo ejemplar sea único, se deberá tomar una fotografía clara –o tantas como sean necesarias– y elaborar una descripción escrita que permita identificar y diferenciar la obra de otras de su misma categoría.
- Si desea registrar una obra ya construida deberá allegar tantas fotografías como sean necesarias para identificar sus elementos esenciales (Decreto 460 de 1995, artículo 14)³³.

3.6. LA TITULARIDAD ORIGINARIA ES EXCLUSIVA DE LOS HUMANOS

En los países de tradición jurídica continental (*civil law*) como Colombia, sólo los seres humanos son titulares originarios de los derechos de autor. Las personas jurídicas podrán ser titulares derivados de derechos patrimoniales o económicos cuando ocurre algún acto de transferencia de los mismos.

En el derecho anglosajón (*common law*), en cambio, las personas jurídicas pueden ser titulares originarios del derecho de autor. A manera de ejemplo, la sección §201 de la ley estadounidense no

³⁰ Para más información ver Dirección Nacional de Derecho de Autor: <http://derechodeautor.gov.co/obra-artistica>. [consultado 1 dic. 2015].

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

distingue si el autor es una persona física o jurídica mientras que el artículo 3º de la Decisión 351 de la CAN sí especifica que autor sólo es aquella “persona física que realiza la creación intelectual”.

En otras palabras, en nuestro país, como en la mayoría de los países de Europa, sólo es objeto de protección por parte del derecho de autor la obra que sea el resultado de una actividad humana. “Esto excluye la posibilidad de tutelar por el derecho de autor un plano o diseño arquitectónico realizado íntegramente por un dispositivo informático”³⁴.

Fuera del ámbito de la protección del derecho de autor quedan entonces las obras creadas íntegramente por máquinas, la naturaleza o los animales mismos, como ocurrió recientemente en el caso del mono que le arrebató la cámara fotográfica a un fotógrafo y se tomó un *selfie*³⁵.



Las obras creadas por humanos *con la ayuda* de máquinas, la naturaleza o animales como herramientas para la creación sí están protegidas.

³⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit. El autor explica, sin embargo, que el hecho de que los planos elaborados por un computador no estén protegidos por las leyes de propiedad intelectual no significa que estén desprotegidos toda vez que existen otras alternativas de protección como son la aplicación de las normas de competencia desleal.

³⁵ La fotografía que se publica y un análisis aparecen en: *Public Knowledge Review. No More Monkey Business: Court Rejects Monkey Selfie Copyright Case* [consultado feb.2015]. Disponible en < <https://www.publicknowledge.org/news-blog/blogs/no-more-monkey-business-court-rejects-monkey-selfie-copyright-case>>.

En cambio, sí son susceptibles de beneficiarse de la protección que dispensa la propiedad intelectual las obras creadas o diseñadas por una persona con la ayuda de un programa informático. En este caso, el ordenador es únicamente una herramienta de trabajo (como la regla o el compás) de la que se sirve el autor para desarrollar su actividad creativa³⁶.

Una empresa o persona jurídica podrá ser ‘titular derivado’ del derecho patrimonial de autor cuando los adquiere a través de algún modo de transmisión del dominio³⁷, pero ese tema será ampliado en el capítulo de titularidad de la obra arquitectónica.

3.7. NO ES NECESARIO SER ARQUITECTO PARA CREAR OBRAS ARQUITECTÓNICAS

Podrá ser considerado como autor de una obra arquitectónica cualquier persona que diseñe o lleve a cabo la obra, sea un plano o la construcción de un edificio. No es requisito poseer el título profesional de arquitecto. Otra cosa es que para el cumplimiento de las normas de construcción algunos países o regiones exijan que sea un arquitecto registrado quien elabore los planos, pero esto no tiene que ver con la propiedad intelectual.

3.8. EL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR ES TEMPORAL

La regla general es que el derecho rige por toda la vida del autor, cuando es persona natural, más un número determinado de años a partir de su muerte. Aunque la mayoría de legislaciones ha adoptado un plazo de 50 años *post mortem*, siguiendo los lineamientos del Convenio de Berna, otras han fijado términos menores o mayores.

³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, Rodrigo, “*Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*”, op. cit.

³⁷ La falta de cesión de derechos por parte del autor –persona natural– a una empresa puede significar la pérdida de un proceso, como sucedió en Isla Sol Marine, S.A. contra Proyectos y Capitales, S.A. Sentencia Apelada - Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá del 11 de mayo de 2004. La demandante no pudo probar que estaba legitimada para iniciar acción judicial pues no mostró el contrato de cesión de derechos.

Para las personas jurídicas titulares del derecho patrimonial también existe un plazo temporal de protección que, usualmente, es menor al otorgado a las personas naturales. La razón de ser de esta limitante supone que la persona jurídica es apenas un titular derivado (y no original) de los derechos sobre la obra del ingenio.

En Colombia, si el autor es una persona natural, los derechos de autor le corresponden durante toda su vida. Después de su fallecimiento, sus herederos o quienes legítimamente hayan adquirido los derechos podrán disfrutarlos por el término de 80 años más.

En los casos en que los derechos de autor fueren transferidos por un acto entre vivos, corresponderán a los adquirentes durante la vida del autor y 25 años desde su fallecimiento, y para los herederos el resto del tiempo hasta completar los 80 años, sin perjuicio de aquello que expresamente hubieren estipulado al respecto el autor de la obra y dichos adquirentes.

Cuando la titularidad de los derechos corresponda a una persona jurídica, el plazo de protección no será inferior a 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso.

Si se trata de una obra en colaboración, el término de 80 años se contará desde la muerte del último coautor. Si no hubiere herederos ni causahabientes, la obra será de dominio público desde el fallecimiento del último coautor. La protección para las compilaciones, diccionarios, enciclopedias y otras obras colectivas será de 80 años contados a partir de la publicación y se reconocerá a favor de sus directores.

Las obras anónimas serán protegidas por el plazo de 80 años a partir de la fecha de su publicación y a favor del editor; si el autor revelare su identidad el plazo de protección se contará a favor del autor.

En todos los casos, el plazo de protección se contará a partir del primero (1º) de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de la realización, divulgación o publicación de la obra, según proceda.

Recapitulando: el uso y explotación de una obra requiere autorización expresa del titular del derecho de autor pero una vez expiran los plazos dispuestos en las leyes, la obra entra al dominio público, pudiendo ser explotada por cualquier persona sin autorización y sin contraprestación.

Un caso relacionado con una obra arquitectónica ilustra esta afirmación. Una persona consultó a la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia si requería algún permiso para construir una réplica de la “*casa de habitación del señor Gobernador de los Llanos de Pore*” existente desde 1798. Dicha entidad contestó que

[t]eniendo en cuenta que usted menciona que se trata de una obra arquitectónica creada desde antes del año 1798, dicha creación se encontraría en el dominio público y por lo tanto podría ser utilizada por cualquier persona sin necesidad de autorización, siempre y cuando se respeten los derecho morales del autor³⁸.

4. LAS OBRAS QUE PROTEGE EL DERECHO DE AUTOR



Conforme al artículo 2º del Convenio de Berna el término “obra literaria y artística” comprende todas las producciones en el campo literario, científico³⁹ y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión tales como los libros composiciones musicales con o sin letra; obras de dibujo, pintura, *arquitectura*, escultura, la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y *obras plásticas relativas a la arquitectura*. (*La cursiva es nuestra*).

³⁸ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 1–2011–22981.

³⁹ “Hay quienes critican el título de ‘científicas’ que se les da a algunas obras por cuanto uno de los principios del derecho de autor es que éste protege los intangibles independientemente de su contenido o destinación. Al final de cuentas, si se observa bien, las obras científicas son obras literarias o artísticas, dependiendo de la forma como se presenten”. TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 38.

La redacción de la norma es abierta por lo que en ella caben no sólo las obras descritas expresamente sino cualquier obra que cumpla con la condición de ser una creación humana, original, que se encuentre exteriorizada, “sea en papel, en un soporte de almacenamiento de datos digitales o en la propia construcción”⁴⁰.

5. LAS OBRAS QUE NO PROTEGE EL DERECHO DE AUTOR

Las obras que no están cubiertas por el derecho de autor son las siguientes:

- Las obras que están en el dominio público porque su período de protección está agotado.
- Las obras que carecen de originalidad.
- Las obras cuyos autores hayan renunciado a sus derechos⁴¹.
- Las ideas que no han sido expresadas en un medio que permita su divulgación o reproducción.
- Los procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos⁴².
- Los juegos. “Un juego es una actividad que no constituye una obra jurídicamente hablando, ya que el juego entendido como tal, es una idea no materializada, y por lo tanto no es

⁴⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

⁴¹ El artículo 188 de la Ley 23 de 1982 aplicable en Colombia exige que la renuncia a los derechos patrimoniales de autor se haga por escrito, se publique y no perjudique obligaciones contraídas anteriormente.

⁴² Esta norma está prevista en convenios internacionales y leyes nacionales. Por ejemplo el ADPIC, en el artículo 9.2 dispone que “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”. El Copyright Act en Estados Unidos señala algo similar. “*In no case does copyright protection for an original work of authorship extend to any idea, procedure, process, system, method of operation, concept, principle, or discovery, regardless of the form in which it is described, explained, illustrated, or embodied in such work*”. De hecho, en el evento en que se protegiera la expresión de la idea, método de operación o procedimiento, el derecho de autor le permitiría a su titular impedir la reproducción, comunicación pública, difusión y transformación de tal documento, pero no que alguien lleve a cabo el procedimiento o ejecute el método, como sucede con los juegos.

objeto de protección por vía del derecho de autor. Es simplemente una actividad mas no una obra⁴³.

- El estilo de las obras. En el caso de las obras arquitectónicas se habla de múltiples estilos, por ejemplo, de arquitectura manierista, mudéjar, colonial, victoriana, rococó, neoplasticismo, *jong*, visionaria, Luis XIV, moldavo, Reina Ana, jacobina, art decó y arquitectura moderna⁴⁴.

Si trasladamos estas exclusiones a las obras arquitectónicas concluimos que el derecho de autor las ampara “en cuanto creaciones formales originales. En cambio, no protege ni los métodos arquitectónicos ni los procedimientos puramente técnicos. La originalidad puede radicar en la forma de la construcción, en el diseño o en los ornamentos”⁴⁵.

⁴³ Un rompecabezas, por ejemplo, no está protegido por el derecho de autor. Dirección Nacional de Derecho de Autor, Concepto 2-2005-329, enero 14/05. No obstante, la entidad explicó que los escritos que describen los juegos si pueden estar cubiertos por tales derechos si cumplen los requisitos. La protección de tales documentos servirá para impedir su reproducción pero no evitará que alguien lleve a cabo el procedimiento y ejecute el juego.

⁴⁴ BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pág. 129.

⁴⁵ LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ediciones UNESCO /CERLALC /ZAVALIA, 1993, pág. 79.

CAPÍTULO III

LAS OBRAS DE ARQUITECTURA

El derecho de autor protege los proyectos, diseños, croquis, planos, *renders* y maquetas elaborados para construir una edificación así como la edificación misma, si cumplen con los requisitos tantas veces mencionados¹.

Esta afirmación está sustentada en el artículo segundo del Convenio de Berna que expresamente señala que las “ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas referentes a la geografía, a la arquitectura o las ciencias” están amparados por las normas de propiedad intelectual.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI–, define una obra de arquitectura como

Una creación en el sector del arte relativo a la construcción de edificios. Se entiende normalmente que esas creaciones comprenden los dibujos, croquis, modelos, así como el edificio o estructura arquitectónica completos. Las obras de arquitectura originales están protegidas por derecho de autor en la mayoría de los países, con ciertas limitaciones o disposiciones especiales².

Por su parte el artículo 4 ° de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina dispone que

La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse

¹ “(…) [u]na obra arquitectónica, proyectada o construida, se protegerá cuando constituya una creación humana, exteriorizada y original, requisitos todos ellos que deberá probar quien alegue que se trata de una obra protegible”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, Ibíd.

² OMPI. Glosario de términos de derecho de autor y derechos conexos. WIPO Ginebra, 1980. [consultado el 15 de noviembre de 2015]. Disponible <ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/wipopublications/wipo_pub_816_efs-ocr-sp-image.pdf>

o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes:

(...)

h) Las obras de arquitectura;

(...)

Y la Ley 23 de 1982 en el artículo 2º señala que

Los derechos de autor recaen 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: (...) las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía (...) 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.

De las normas legales que se transcriben queda claro que sólo se amparan aquellas obras *que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer*. En el caso de la obra arquitectónica, esto significa que sólo se protegerán aquellas obras que se exterioricen de alguna manera aunque resulta irrelevante el tipo de soporte, tangible o intangible, a través del cual se expresen³.

Entonces no cabe duda de que las obras arquitectónicas que son una creación humana, exteriorizada y original son objeto del derecho de autor. Pero, ¿qué es una obra arquitectónica? En materia de propiedad intelectual una obra arquitectónica es un plano, un proyecto, un diseño, una maqueta preliminar o una obra ya construida⁴. Existen obras arquitectónicas bidimensionales o tridimensionales⁵:

³ “[D]adas las características propias de este tipo de obras, que constituyen creaciones eminentemente técnicas y de cierta complejidad, es inimaginable la protección de una obra arquitectónica no fijada, ya sea en papel, en un soporte de almacenamiento de datos digitales o en la propia construcción”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

⁵ Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), publicada por la OMPI, Ginebra, 1978, citada en Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-871/10.

- Un dibujo, cuadro, grabado, litografía, croquis, plano⁶, esbozo, muestra, anteproyecto, proyecto, maqueta y modelo relacionado con la construcción de un edificio *es una obra bidimensional* protegida por el derecho de autor si es original y se puede reproducir, independientemente de su género (figurativo o abstracto), de su finalidad (arte “puro”, fines publicitarios, etc.) y de su mérito artístico.
- Un edificio, una escultura o una estatua es una *obra arquitectónica tridimensional* protegida por el derecho de autor si es original y se puede reproducir, independientemente de su género (figurativo o abstracto), de su finalidad (arte “puro”, fines publicitarios, etc.) y de su mérito artístico.

El estilo de las obras arquitectónicas—por ejemplo, la arquitectura manierista, mudéjar, colonial, victoriana, rococó o neoplasticismo—no se protege mediante el derecho de autor⁷. La idea que justifica esta afirmación es que lo protegible por el derecho de autor es “la ejecución concreta no el modo de ejecutar de un artista”⁸.

Los planos o proyectos de una obra arquitectónica se protegen de manera independiente de la obra construida. Al fin y al cabo el autor del plano debe dar su autorización para que éste sea utilizado como soporte técnico en la ejecución de la obra arquitectónica

⁶ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 dic. 2015]. Disponible en http://200.31.21.201/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2013-44888.pdf. En otro concepto la misma entidad señaló: “Así, los planos arquitectónicos pueden ser asimilados a modelos o croquis y gozan en consecuencia, de los derechos morales y patrimoniales que la legislación autoral confiere a los creadores”. Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 dic. 2015]. Disponible en <http://200.31.21.201/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2009-28551.pdf>

⁷ De hecho, los arquitectos más reputados consideran que el “estilo” es una camisa de fuerza. Es el caso del arquitecto *Toyo Ito* quien dijo una vez: “He proyectado arquitectura teniendo en cuenta que ésta será mejor si nos libramos, aunque sea un poco, de cualquier limitación. Sin embargo, cuando termino un edificio, me doy cuenta con dolor de mi propia incapacidad. Esa incapacidad se convierte en energía para abordar el siguiente proyecto. Ese es mi proceso creativo y, seguramente por eso, mi arquitectura nunca tendrá un estilo fijo ni yo quedaré satisfecho con ninguno de mis trabajos”. [consultado el 15 de noviembre de 2015]. Disponible en <<http://www.cosasdearquitectos.com/2014/12/mi-arquitectura-nunca-tendra-un-estilo-fijo-toyo-ito/#sthash.uLpFzbbL.dpuf>>.

⁸ BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997, pág. 129.

y la reproducción de los planos no es la reproducción de la obra arquitectónica en sí misma pues se trata de dos figuras diferentes.

Sin embargo, cuando la obra está construida, hay una discusión entre quienes sostienen que los planos o proyectos se unifican a ella pues no tienen un fin plástico en sí mismos sino que son un lenguaje, medio de transmisión de una idea o concepción⁹ y quienes sostienen que siguen siendo dos cosas diferentes¹⁰.

Sobre lo que no hay duda es sobre la protección de todos ellos –planos, bocetos y obras construidas– a través de las normas de propiedad intelectual.

Aunque en los albores del siglo XX fue una cuestión debatida si las obras arquitectónicas podían ser objeto de propiedad intelectual, hoy es un hecho indiscutible que este tipo de creaciones son susceptibles de protección a través del derecho de autor. Así, desde la revisión de Berlín de 1908, tanto las obras de arquitectura, como las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la arquitectura, están expresamente mencionadas en el artículo 2º del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (...) ¹¹.

La protección autoral de las obras arquitectónicas no tiene un régimen uniforme en el mundo. En Estados Unidos, por ejemplo, el derecho de autor sobre obras arquitectónicas –sean planos, dibujos o la edificación misma– está regulado desde 1990 por el *Architectural Works Copyright Protection Act* (AWCPA)¹².

Lo que ha generado mucha jurisprudencia en el país del norte es el alcance de la expresión “edificación misma” que utiliza la norma¹³. Después de varios fallos se ha concluido que una edificación es una

⁹ Ibid., págs. 95-99. BERCOVITZ considera que los planos y maquetas están integrados a la obra arquitectónica a no ser que la ejecución haya implicado una transformación.

¹⁰ DESBOIS, Henri, *Le droit d'auteur en France*, 3ª ed., Paris, 1978, pág.12.

¹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, Ibid.

¹² Antes de 1990 en ese país no se protegían las obras arquitectónicas pues se consideraba que, por ser obras con un fin utilitario, deberían estar libremente al alcance del público. WINICK, Raphael, *Copyright protection for architecture after the architectural works copyright protection act of 1990*. [consultado nov.2015]. Disponible en: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3195&context=dj>>.

¹³ El 17 U.S. Code § 101 define obra arquitectónica como “(...)the design of a building as embodied in any tangible medium of expression, including a building, architectural plans, or drawings. The work includes the overall form as well as the arrangement

estructura diseñada y/o construida para ser ocupada por el hombre, sea temporal o permanentemente, como hogares, restaurantes, rascacielos, escuelas, hospitales, garajes, iglesias, oficinas, condominios, apartamentos, *walk-ups*, *walk-downs*, centros comerciales, gazebos, pabellones y museos¹⁴.

Inicialmente las casas modulares carecían de reconocimiento en Estados Unidos (*Patriot Homes v. Forest River Housing*) pero luego se consideró que si cumplen con los códigos de construcción y están ancladas en el terreno con fundaciones permanentes pueden estar cobijadas por esta rama del derecho (*Forest River v. Heartland Recreational Vehicles*)¹⁵.

Tal vez lo más importante del AWCPA es que deja sin protección autoral los planos, dibujos o edificaciones que tengan una función estrictamente práctica o útil. En efecto, la legislación estadounidense ordena realizar la siguiente prueba o test para determinar si una obra arquitectónica está protegida o no por el derecho de autor¹⁶.

- ¿La obra tiene elementos originales de diseño?
- ¿Los elementos originales de diseño tienen una función útil?

Si la obra tiene elementos originales de diseño que no tienen ninguna función útil entonces goza de la protección del derecho de autor.

Las siguientes edificaciones están expresamente excluidas de la protección autoral¹⁷: las casetas de campaña y los hogares rodantes o RV's; las carreteras junto con sus intersecciones y cruces, puentes, represas, aceras, botes, ventanas, puertas, equipos de baño y cocinas.

En Europa, en cambio, cualquier obra arquitectónica que sea original puede estar protegida por el derecho de autor, independientemente de su funcionalidad o mérito artístico, aunque los jueces reconocen que el

and composition of spaces and elements in the design, but does not include individual standard features".

¹⁴ TORRES, José L., "Protección de propiedad intelectual a las obras arquitectónicas y de ingeniería en: *Revista jurídica digital UPR*, Vol. 83. [Consultado nov. 30 de 2015]. Disponible en: <<http://www.revistajuridicaupr.org/wp-content/uploads/2014/06/83-REV-JUR-DIG-UPR-157.pdf>>

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*

carácter práctico de las obras de la construcción impone restricciones a la libertad creativa de sus autores y puede repercutir en la falta de originalidad del resultado¹⁸.

Así las cosas, en el viejo continente el derecho de autor recae sobre obras arquitectónicas tan diversas como “diferentes tipos de edificios, piscinas, cubiertas, escaleras de una casa, decorados arquitectónicos realizados para una película, viviendas, comercios, hoteles, colegios, fábricas, plazas, aeropuertos, almacenes y museos, y obras de pura ingeniería como puentes”¹⁹.

Los aspectos interiores de las construcciones como son las escaleras, cubiertas, techos y tejados también están protegidos por el derecho de autor, si cumplen con los requisitos que hemos mencionado.

En Alemania, por ejemplo, las obras de arquitectura son una especie de obras plásticas que se conocen como “obras del arte de la construcción”, expresión que incluye todo tipo de objetos bidimensionales y tridimensionales, creados a partir de elementos propios de la construcción²⁰. Allí la jurisprudencia ha reconocido derecho de autor sobre el interior de una iglesia, el techo del piso inferior de la Estación Central de Berlín y los decorados arquitectónicos que se hacen para la grabación de una película u obra de teatro²¹. En estos últimos se ha discutido si el guion de la obra constituye una limitante para la creatividad y se ha concluido que el mismo “únicamente otorga una idea general que debe ser materializada y desarrollada a partir de las capacidades y la imaginación del autor”²².

¹⁸ RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, op. cit., pág. 167.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, op. cit., pág. 164, citando el §2 Abs1Nr.4UrhG.

²¹ RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, op. cit., pág. 184.

²² *Ibíd.*, pág. 185.

CAPÍTULO IV

ORIGINALIDAD EN LA OBRA ARQUITECTÓNICA

¿Por qué es importante la originalidad para el derecho de autor?, ¿Cómo encontrar la originalidad en la arquitectura? Veamos. La Decisión 351 de 1993 aplicable en los países de la Comunidad Andina (Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia) define a la obra protegible por el derecho de autor de la siguiente manera:

“ Toda creación intelectual *original* de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”¹.

Como se observa, la originalidad es un requisito *sine qua non* para la protección autoral². Se trata de una exigencia tan importante que hay quienes sostienen que derecho de autor es sinónimo de originalidad. El problema es que el término no ha sido definido por ninguna legislación –y es conveniente que así sea pues cualquier definición sería incompleta– por lo que hay que acudir a la doctrina y la jurisprudencia para desentrañar su significado.

Para algunos autores la originalidad es una característica que puede apreciarse tanto en términos objetivos (novedad) como en términos subjetivos (reflejo de la personalidad del autor). “Basta con que la obra sea original desde uno de esos puntos de vista para que se proteja, y

¹ Decisión Andina 351, artículo 3º.

² “El *sine qua non* del derecho de autor es que exista originalidad” –Mannion v. Coors Brewing Co., 2005 U.S. Dist. Memorandum Opinion. Lewis A. Kaplan. District Judge, citando Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 345 (1991)–. Feist es un caso clásico de derechos de autor en el que el propietario de unos directorios telefónicos demandó a otro por plagio. La Corte sentenció que, al menos en lo que toca con el derecho de autor, no había plagio pues lo que este derecho protege es la originalidad y organizar los nombres, direcciones y teléfonos de distintas personas en orden alfabético en un directorio telefónico, si bien es una tarea que exige mucho trabajo –sudor de la frente–, ello no necesariamente conduce a que el resultado sea original. Citado en TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 263.

ello con independencia de su calidad o mérito artístico”³. Entonces, según la doctrina:

Originalidad= Novedad y/o individualidad

Pero el asunto no es tan sencillo y ha generado una enorme jurisprudencia. Al fin y al cabo, si yo copio una obra original protegida por el derecho de autor puedo cometer una infracción al derecho de autor pero si copio una obra que no es original entonces puede haber un hecho ilícito pero no hay infracción al derecho de autor.

1. LA DIFÍCIL DEFINICIÓN DE ORIGINALIDAD

En Estados Unidos la jurisprudencia ha dispuesto algunos parámetros para determinar si una obra es o no original⁴:

- Un trabajo es original cuando no es copiado de otro
- Una obra es original cuando tiene una chispa de creatividad
- La originalidad no tiene que ver con la belleza ni con la estética⁵
- La originalidad no depende de la cantidad de trabajo –sudor de la frente⁶–ni del tiempo invertido en la creación de la obra.

³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

⁴ Estados Unidos, *Atari Games v. Oman*, 888 F.2d 878 (D.C. Cir. 1989).

⁵ Sobre la importancia de la belleza en la arquitectura, un reputado arquitecto, Luis BARRAGÁN, dijo: “Creo en la arquitectura emocional, es muy importante para la humanidad que la arquitectura emocione por su belleza. Si hay muchas soluciones técnicas igualmente buenas, la que trae un mensaje de belleza y de emoción buena para quien vive o admira los espacios... ésa es arte.” [consultado 1º dic. 2015]. Disponible en <<http://www.cosasdearquitectos.com/2014/11/creo-en-la-arquitectura-emocional-es-muy-importante-para-la-humanidad/#sthash.q7fITmjk.dpuf>>.

⁶ En *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, un periodista dedicó 2500 horas de investigación para escribir un libro sobre un secuestro. Universal Studios, por su parte, produjo la película donde recreó la historia pero no le pagó las regalías al periodista. El autor del libro demandó al estudio cinematográfico pero la Corte favoreció a Universal Studios, pues consideró que lo que estaba protegido por los derechos de autor era la obra escrita de Miller pero no los hechos ni la investigación, mucho menos cuando todos ellos habían sido públicos y revelados en los medios de comunicación. La Corte insistió en que “es la originalidad y no el tiempo, el esfuerzo, la dedicación y sudor de la frente que se gasta en la investigación” lo que permitía la protección de los derechos de autor *Miller v. Universal City Studios, Inc.*, 650 F. 2d 1365 (5th Cir. 1981).

El Tribunal Andino de Justicia, por su parte, ha hecho énfasis en la individualidad como requisito de la originalidad. Para él una obra original es aquella que se puede

[d]iferenciar claramente de obras de terceros, lo que lleva implícito que no sea copia o reproducción de otras en cabeza de terceros. Esto es posible, ya que el autor le ha impreso elementos propios de su espíritu. Aunque haya dos obras parecidas, se podrían considerar las originales si: 1) una no es una reproducción de la otra; y 2) tienen elementos que logran diferenciarlas o individualizarlas claramente⁷.

2. ORIGINALIDAD EN OBRA ARQUITECTÓNICA

De manera sencilla puede decirse que la “originalidad aparece en aquellas creaciones del arte de la construcción cuya forma difiere de las obras cotidianas o habituales”⁸. Esto significa que la originalidad aparece cuando el autor imprime su sello personal a la obra, independientemente de limitaciones tales como el presupuesto, las reglamentaciones locales y zonales de construcción, la tecnología y los materiales disponibles en el área.

Un gran porcentaje de arquitectos se dedica a lo que los americanos llaman *bread and butter architecture* para referirse a la elaboración y construcción de casas sencillas y edificios comerciales estándar, que no están protegidos por el derecho de autor pues carecen de originalidad.

Al referirse específicamente a obra arquitectónica, el Tribunal Andino de Justicia ha insistido en que la originalidad debe buscarse fuera de los elementos necesarios para darle funcionalidad al edificio y para cumplir con las normas técnicas y urbanísticas.

Piénsese en una figura de un edificio elaborado con especificaciones técnicas de construcción antisísmica que se basen en elementos externos; todos los edificios que se hagan con esas especificaciones comparten ciertas características

⁷ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121-IP-2013. “(l)o que se protege es la individualidad, originalidad y estilo propio del autor para manifestar sus ideas”.

⁸ RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, op. cit., pág. 168.

comunes. También piénsese en esquemas funcionales de construcción: pasos obligados, espacios para que el aire fluya, techos en forma de V invertida, entre otros; todas las construcciones que se hagan tendrán dichos rasgos característicos de funcionalidad. Por lo tanto, al determinar la originalidad se debe tener en cuenta estos elementos necesarios. Si el arquitecto le imprime ciertos rasgos personales, diferenciadores, que reflejen su espíritu creativo, como sería el caso de una fachada que diferencie totalmente una obra de las otras del mismo género, estaríamos ante una obra arquitectónica⁹.

Básicamente lo que dice el Tribunal se puede ilustrar de la siguiente forma:

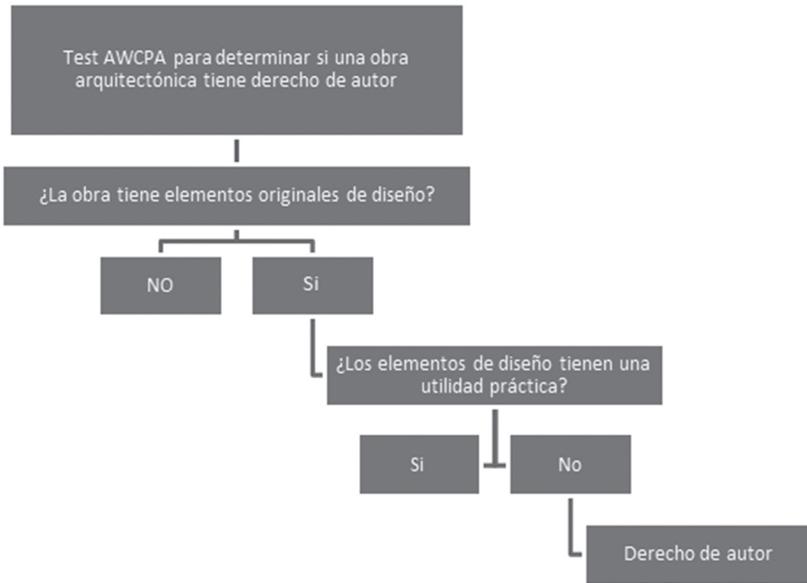
O=I-n1-n2

Originalidad= Individualidad—elementos necesarios para dar funcionalidad a una obra— elementos necesarios para cumplir con normas técnicas y urbanísticas.

Pero mientras en la Comunidad Andina la funcionalidad es sólo un elemento más para analizar el grado de originalidad de una obra arquitectónica, en Estados Unidos es un elemento determinante como se observa en el caso del edificio del *Citicorp Center* en Manhattan, de 1977. Uno de los aspectos más distintivos del edificio es la torre. Inicialmente se pensó que su diseño era caprichoso pero luego se supo que el diseño de los ángulos de la torre estaban relacionados con la intención de instalar paneles solares en una zona con la latitud geográfica de Nueva York. Para que la obra no fuera considerada de naturaleza estrictamente funcional y se pudiera obtener la protección del derecho de autor al final se omitió instalar los paneles¹⁰. Ese caso nos permite observar cómo opera el test del AWCPA para determinar si hay o no derecho de autor sobre una obra arquitectónica.

⁹ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121-IP-2013. El Tribunal cita a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

¹⁰ Estados Unidos, 71 Wash. L. Rev. 177 1996. Gregory B. Hancks. pág. 194



Pero en otras latitudes como Europa y América Latina el carácter práctico de una obra no excluye *a priori* la existencia de la originalidad y “la apreciación de ésta debe estar basada no en la susceptibilidad que pueda tener un edificio para cumplir determinadas funciones prácticas, sino sólo en la aportación creativa y original que el arquitecto o ingeniero haya plasmado en su creación”¹¹.

Sin embargo, no se puede negar que mientras más funcional sea una obra arquitectónica menor será su posibilidad de originalidad¹². “En cambio cuando se trata de obras carentes de funcionalidad práctica (monumentos) o de obras de carácter representativo (sedes institucionales) las posibilidades de una creatividad original aumentan”¹³.

¹¹ RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, op. cit., pág. 169.

¹² “Las obras arquitectónicas protegidas pueden ser de cualquier clase, incluyendo tanto edificios como obras públicas, si bien no puede olvidarse que cuanto más funcionales sean, menores serán sus posibilidades de originalidad y su protección por el derecho de autor. En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1995, que, a la hora de excluir la tutela de unas viviendas en régimen de protección oficial, tiene en cuenta las limitaciones de los proyectos de estas características respecto a dimensiones predeterminadas y con unos elementos básicos para los pisos a levantar, que vinculan a sus creadores y ejecutores”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, op. cit., 177-178.

En resumen, podemos decir que al analizar la originalidad de una obra arquitectónica hay que seguir los siguientes pasos¹⁴:

- Trabajar caso por caso.
- Buscar la individualidad. La originalidad se observa cuando el arquitecto le imprime a su obra “ciertos rasgos personales, diferenciadores, que reflejen su espíritu creativo, como sería el caso de una fachada que diferencie totalmente una obra de las otras del mismo género (...)”¹⁵.
- Separar los elementos esenciales para darle funcionalidad al edificio como son los “pasos obligados, espacios para que el aire fluya, techos en forma de V invertida”¹⁶.
- Separar toda creación que se haga para dar cumplimiento a normas legales. La originalidad no puede estar en los elementos que permiten cumplir con las normas técnicas o de urbanismo¹⁷. “Piénsese en una figura de un edificio elaborado con especificaciones técnicas de construcción antisísmica que se basen en elementos externos; todos los edificios que se hagan con esas especificaciones comparten ciertas características comunes”¹⁸.
- La originalidad no tiene que aparecer aislada sino que puede encontrarse en la combinación de varios elementos. La originalidad “puede derivar tanto de sus concretos elementos individuales (por ejemplo, su fachada) como de la combinación de esos elementos, aun cuando individualmente

¹⁴ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121–IP–2013.

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

¹⁶ En España, al comparar dos proyectos, un Tribunal encontró que ambos compartían el esquema primario que es origen “del 95% de las ideas proyectuales de los Arquitectos...”. SAP de Granada, núm. 510/1997, de 30 de junio de 1997.

¹⁷ En España, una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 30 de junio de 1997 (AC 1997/1399) explica este punto así: “Para determinar si hay plagio también se debe tener en consideración el tipo de obra intelectual, ya que unas se prestan a una mayor originalidad que otras. Precisamente cuando se trata de obras arquitectónicas las similitudes son mayores que las invenciones, teniendo en cuenta los avances técnicos y, sobre todo, el sometimiento de las obras arquitectónicas a las normas y reglamentos urbanísticos”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

¹⁸ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121–IP–2013.

considerados carezcan de originalidad (por ejemplo, de la forma de distribuir los espacios)”¹⁹.

- La totalidad de la obra no tiene que ser original pues tal rasgo puede aparecer tan sólo en una parte.

La falta de originalidad de alguno de sus elementos no impide la protección de aquellas otras partes de la creación arquitectónica que sí sean originales. Lógicamente, aquellas partes carentes de originalidad podrán ser libremente reproducidas por cualquiera; en cambio, la copia no consentida de aquello que sí es original supondrá una lesión de los derechos de autor. En este sentido, puede decirse que cuanto más original sea la obra arquitectónica, mayor será el grado de protección de que disfrute, pues será más fácil que su copia constituya una infracción de los derechos de propiedad intelectual de su autor. Por el contrario, cuanto menos original sea una obra, mayor tendrá que ser la porción copiada, o más exacta la copia, para que se considere infringida la propiedad intelectual de su autor²⁰.

Y es que la originalidad puede encontrarse en aspectos específicos como son “la composición de una fachada a base de ventanas o muros de proporciones dispares, los efectos derivados del juego de luces y sombras, la específica división y estructuración de los elementos de una fachada”²¹.

También “en la especialidad de los elementos constructivos utilizados, en el juego de proporciones y en la impresión que aporta el edificio en su conjunto”²².

Tal vez por ello es que BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO señala que la protección del derecho de autor puede limitarse a determinadas

¹⁹ Ibíd. También lo considera así la jurisprudencia argentina, veamos: “aparece [...] de una dificultad absoluta el pensar siquiera que se pueda prescindir de los principios y leyes físicas en la realización de una obra cualquiera de arquitectura”, pero “existe originalidad en ella a partir de la combinación absolutamente personal que es reflejada en la obra en su conjunto. La originalidad está acentuada en la diferente combinación que de los conocidos presupuestos son realizados por el autor”. Argentina, provincia de Córdoba, Cámara 5ta. Civil y Comercial, Sentencia del 30 diciembre 1996 [en línea] <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=386> [consultada el 3 de dic de 2015].

²⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

²¹ RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, op. cit., pág. 172.

²² RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, op. cit., pág. 175.

partes, tanto interiores como exteriores de las construcciones; escaleras, cubiertas, techos, tejados, ascensores, patios, corredores, salas, salones (...)”²³.

Otro punto importante que veíamos desde el principio de este libro es que la propiedad intelectual no protege las ideas, ni los procedimientos, ni los métodos arquitectónicos, ni los aspectos meramente técnicos o de ingeniería, ni los estilos.

Si ello es así, entonces ¿qué podemos decir de una idea para construir una obra arquitectónica que no es original? Que no tiene ni siquiera esperanza de protección a través del derecho de autor. Un caso muestra esta situación. Una corte resolvió que ni la idea ni el proyecto de construir una marina eran protegibles por el derecho de autor pues carecían de originalidad:

[p]orque no sólo en nuestro país, sino en todas las partes del mundo donde existen costas, existen proyectos de marinas para que atraquen yates, veleros o embarcaciones de placer, recreativas o deportivas, con dependencias para su mantenimiento, abastecimiento y atención a sus tripulantes, invitados y turistas²⁴.

Ello nos permite entender por qué se dice “que las obras arquitectónicas se prestan a una menor originalidad que otros tipos de obras. Es por ello, precisamente, por lo que se tiende a exigir una mayor singularidad en las obras arquitectónicas que en otras categorías de obras, (...)”²⁵.

3. PLAGIO DE OBRA ARQUITECTÓNICA

Se habla de plagio cuando una obra protegida por el derecho de autor es idéntica a otra, de un autor diferente²⁶. El problema es que en

²³ BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pág.178.

²⁴ Isla Sol Marine, S.A. contra Proyectos y Capitales, S.A. Sentencia Apelada – Tercer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá del 11 de mayo de 2004.

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

²⁶ “El concepto de auto plagio no existe en la legislación colombiana en materia de derecho de autor, toda vez que el autor tiene originariamente todos los derechos morales y patrimoniales sobre su obra, y no puede ser sujeto activo y sujeto pasivo de una

la práctica la mayoría de las veces el copista se toma sus libertades para disimular y variar de alguna manera la obra original. ¿Hay plagio cuando una obra no es idéntica a otra pero tiene similitudes sustanciales? Es posible que sí. La jurisprudencia norteamericana, la española y la de la Comunidad Andina han ideado diversos criterios para hacer estos análisis de manera ordenada.

En Estados Unidos se aplican diversas pruebas para determinar cuándo hay plagio: el test Hand, el *Abstraction* test y el test de concepto general y sentimiento que expresan las obras.

El test Hand opera bajo los siguientes parámetros²⁷:

- Cada caso es diferente. El estudio para poder determinar si hay una infracción al derecho de autor debe hacerse caso por caso.
- Hay copia si la expresión de la segunda obra es igual a la primera.
- Si no hay identidad, hay que verificar si hay similitud sustancial (*substantive similarity*).
- Para determinar si hay similitud sustancial, lo primero que hay que hacer es extraer los lugares comunes –los lugares comunes no tienen protección por ser simplemente eso, lugares comunes, temas varias veces tratados–.
- Después de sustraer los lugares comunes, es necesario verificar si hay similitud sustancial en lo que queda del trabajo.
- Se compara lo que queda del trabajo. Mientras más similitudes haya mayores posibilidades hay de que haya plagio.

Agregaríamos, como decíamos arriba, que si se pretende aplicar este test a obras arquitectónicas, no sólo habría que extraer los lugares comunes sino también los elementos esenciales para darle funcionalidad al edificio y toda creación que se haga para dar cumplimiento a normas técnicas y de urbanismo.

conducta infractora al mismo tiempo y por los mismos hechos”. Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1º dic. 2015]. Disponible en <http://200.31.21.201/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/2-2014-16301.pdf>

²⁷ Nichols v. Universal Pictures, 45 F.2d 119 (2d Cir. 1930).

Otra de las pruebas que se utiliza en Estados Unidos es la conocida como el *Abstraction Test* que consiste en que dibujar una línea recta, en cuyo extremo izquierdo se encuentra un resumen sencillo de la obra y, en el extremo derecho, su puesta en escena. Mientras más a la derecha, es decir, mientras más parecidos sean los detalles, más posibilidades habrá de que se configure plagio por similitud sustancial²⁸.

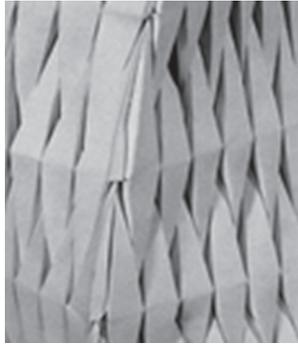


Para obras relacionadas con las bellas artes, incluidas las obras de arquitectura, en Estados Unidos se aplica el test del concepto general y del sentimiento que expresan las obras—*concept and feel, tone and mood*—. Éste fue el que se utilizó en *Shine vs. Childs*²⁹, caso que alcanzó notoriedad porque se trataba del diseño del *Freedom Tower*, el edificio a construir en el sitio donde quedaba el *World Trade Center* (las torres gemelas). El asunto comenzó cuando *Shine* era un estudiante de la maestría de Arquitectura de Yale y en la clase de “Rascacielos” diseñó un edificio al que llamó “*Olympic Tower*”. Uno de los jurados del trabajo fue David *Childs*, socio de una prestante empresa de arquitectos. En el año 2003 *Childs* mostró públicamente su diseño de la “*Freedom Tower*”. *Shine* –el estudiante– encontró muchas similitudes entre los dos diseños por lo que registró su trabajo en la oficina de Derechos de Autor y demandó a *Childs*.

La Corte, al resolver una solicitud de juicio sumario, aplicó el test de *concept, feel, tone and mood* y encontró que ambos diseños –con su superficie ondulada y forma de diamante– generaban el mismo sentimiento ante una persona del común.

²⁸ Citado en TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 192.

²⁹ Thomas Shine v. David M. Childs. 382 F.Supp. 2d 602 2005, United States District Court, S.D. New York.



Detalle de “Olympic Tower” de Shine³⁰.



Detalle de “Freedom Tower” de Childs³¹.

Las dos partes llegaron a un acuerdo por lo que nunca conoceremos el resultado final de esta disputa.

En la Comunidad Andina, aunque no se ha descrito una prueba específica para determinar el plagio entre dos obras arquitectónicas, si

³⁰ BROWN, Jeffrey, *Too close for comfort: A high-profile copyright infringement case shows how courts think about architecture*. Revista *Architect on line. The journal of the american institute of architects*. [consultado 8º ene. 2016]. Disponible en: http://www.architectmagazine.com/practice/too-close-for-comfort_o.

³¹ *Ibíd.*

se ha insistido en hacer las comparaciones caso por caso excluyendo los elementos esenciales para darle funcionalidad a la obra y los elementos necesarios para cumplir con las normas técnicas y urbanísticas³².

La jurisprudencia española ha generado sus propios lineamientos para analizar la similitud entre obras arquitectónicas³³:

- La copia entre dos obras arquitectónicas debe encontrarse en las coincidencias estructurales básicas y fundamentales. No debe buscarse en las coincidencias accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales.
- Las obras que responden a limitaciones oficiales, normas urbanísticas o intereses de un promotor o vendedor específico –hablamos de la volumetría, número de plantas, normas de salubridad– no son originales y por lo tanto, si aparece otra igual o muy parecida no puede decirse que hay plagio.

Precisamente un caso ocurrido en España³⁴ se refiere a la falta de originalidad de algunos proyectos que se encuentran limitados por las normas urbanísticas y el mercado del promotor así:

[e]l planeamiento, la edificabilidad máxima, volumetría, número de plantas, normas de salubridad, juntamente con los intereses del promotor y vendedor respecto al tipo y número de viviendas cuya construcción encarga, teniendo en cuenta la ubicación o zona, los potenciales compradores y la demanda de los adquirentes, respecto a la preferencia por vivienda de dos, tres o cuatro dormitorios, todas estas circunstancias conducen inequívocamente al hecho de que tanto en uno como en otro Proyecto objeto de este juicio, con tantos condicionantes de orden urbanísticos y de exigencias de mercado por el promotor, se desarrollasen conocimientos comunes a los técnicos en esta materia, utilizándose aplicaciones prácticas similares, tratándose en definitiva de proyectos standard o convencionales, al margen pues de un genuino y auténtico proyecto de autor con ideas exclusivas, originalísimas y fuera de lo común.

³² Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121–IP–2013.

³³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

³⁴ Sentencia de 9 de octubre de 2001 del Juzgado de lo Penal nº 12 de Sevilla, reseñada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

Sin embargo, aun en esos eventos de proyectos masivos, la jurisprudencia española ha reconocido que los arquitectos pueden realizar proyectos originales.

Dependiendo del nivel de detalle del planeamiento urbanístico, los arquitectos tendrán un margen de maniobra mayor o menor, dentro del cual podrán hacer creaciones novedosas. Así, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de abril de 2001 consideró plagio la copia de la distribución por plantas de un edificio, porque no venía determinada por ningún condicionamiento urbanístico³⁵.

De cualquier forma hay que tener en cuenta que la originalidad se presume y quien la niegue debe probarlo, “de manera que la prueba de que la obra del actor no tiene ninguna originalidad incumbe a la parte demandada”³⁶.

³⁵ Ibíd.

³⁶ KEREVER, André, “Crónica de jurisprudencia” en: *Revue Internationale du Droit D’Auteur*, n.º. 197, 2003, pág. 206.

CAPÍTULO V

DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

Los derechos de autor son de dos clases: patrimoniales y morales. Los primeros permiten al titular obtener una compensación monetaria por el uso y la explotación de la creación, mientras que los segundos protegen la personalidad de quien plasma su creatividad en una obra¹.

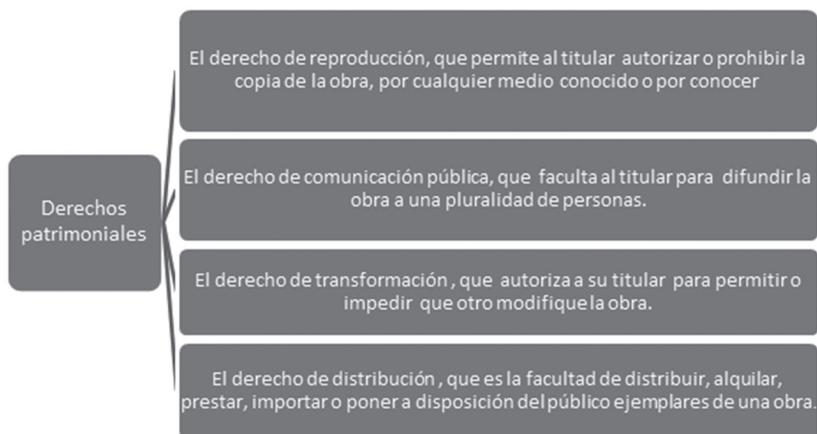
Derecho moral	Derecho patrimonial
Tutela la personalidad misma del autor. Según la Corte Constitucional de Colombia, “los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental (...)” ² .	Permite al autor beneficiarse económicamente de su obra.
Es intransferible, es decir, no puede ser vendido ni cedido.	Es un derecho transferible. El derecho patrimonial sobre una obra puede ser transmitido o cedido a un tercero (persona natural o jurídica), ya sea a título gratuito u oneroso, y de manera total o parcial.
Es irrenunciable. Una vez conocida la autoría de una obra, el respectivo autor o creador no puede renunciar a su derecho moral; cualquier pacto contractual en contrario será nulo por tener objeto ilícito.	Es un derecho renunciabile.
Es imprescriptible	Tiene una duración limitada en el tiempo

Fuente: Elaboración propia

Los derechos patrimoniales que la mayoría de las legislaciones conceden son el derecho de reproducción, transformación, comunicación pública y distribución.

¹ TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 41 y 42.

² Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-155/98.



Fuente: Elaboración propia

Cada uno de estos derechos opera de manera independiente. Por eso³

La autorización para una modalidad no implica consentimiento para ninguna otra forma de utilización y los efectos de toda cesión del derecho pecuniario o de una licencia de uso, se limitan a los modos expresamente previstos en el contrato, principio que surge de disposiciones contenidas en muchas leyes (Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Venezuela).

1. REPRODUCCIÓN DE LAS OBRAS ARQUITECTÓNICAS

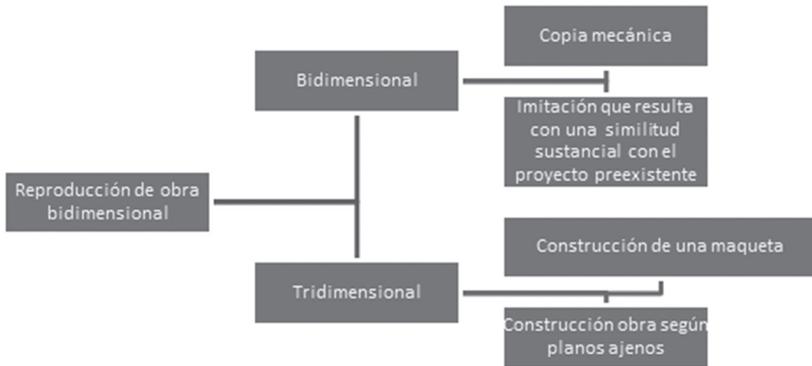
Para reproducir planos, proyectos arquitectónicos y obras acabadas es necesaria la autorización del titular del derecho de autor, a menos que su período de protección haya terminado y se encuentren en el dominio público. De otra forma, tratándose de una obra protegida, si no media la autorización, la reproducción es ilícita.

Los planos o proyectos pueden reproducirse en forma bidimensional, ya sea mediante su copia mecánica (por medios reprográficos) o su imitación (realización de otro proyecto carente de originalidad

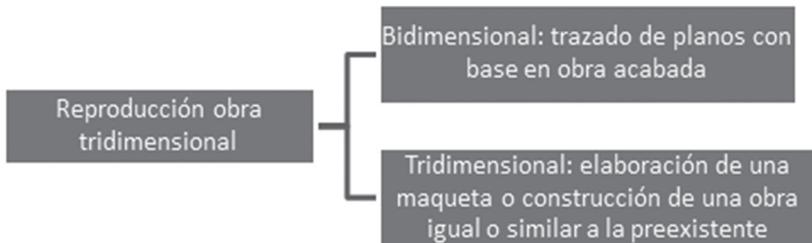
³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual de los derechos de autor y conexos*, Santo Domingo, Escuela Nacional de la Judicatura, 2001, T. I, pág. 157.

que reproduce sustancialmente, en todo o en parte, el proyecto preexistente), o también en forma tridimensional (realización de una maqueta a partir de esos planos, o construcción del edificio proyectado, siempre que en ninguno de los casos el resultado sea original con respecto al proyecto preexistente). Las obras ya construidas, por su parte, también pueden ser reproducidas, normalmente mediante su imitación al construir otro edificio, aunque cabría también su reproducción bidimensional, consistente en el trazado de los planos a partir de la propia obra acabada⁴.

Gráficamente podemos explicar la diferencia entre reproducir un plano y una obra construida de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia



Fuente: Elaboración propia

⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

2. EL DERECHO DE COMUNICACIÓN PÚBLICA

La comunicación pública consiste en hacer accesible la obra a una pluralidad de personas sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.

Así, se comunican públicamente los planos o proyectos arquitectónicos cuando se exponen en un lugar público, o cuando se exhiben por televisión, o se ponen a disposición del público a través de Internet. En el caso de la obra acabada, además de los actos anteriores, es un acto de comunicación pública la propia construcción de la obra en un lugar a la vista del público. Para todos estos actos, por tanto, será precisa la autorización del autor o cesionario, que estará implícita en algunos casos⁵.

Según BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en España, cuando una persona adquiere un inmueble también adquiere la autorización implícita para exponerlo públicamente, a menos que se pacte lo contrario⁶. En Colombia sucede lo mismo pues quien adquiere un inmueble adquiere todos los derechos patrimoniales de autor sobre éste⁷.

Ahora bien, una cosa es exponer públicamente una propiedad que se encuentra de modo permanente en la vía pública y otra reproducir su imagen exterior por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas.

Específicamente en Colombia está permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén puestas de modo permanente en las vías públicas, las calles o las plazas, así como el distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras⁸ si se cumplen las siguientes condiciones⁹:

- Sólo se puede reproducir el aspecto exterior de las obras arquitectónicas.

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-871/10. Este tema se desarrollará más adelante.

⁸ Colombia, Ley 23 de 1982, artículo 39.

⁹ PACHÓN MUÑOZ, Manuel, *Manual de derecho de autor*, Temis, 1988, pág. 85, refiriéndose al artículo 39 de la Ley 23 de 1982.

- La reproducción está referida únicamente a obras colocadas en la vía pública, no a las que se encuentran en otros sitios como galerías o museos, las cuales solamente pueden ser reproducidas con permiso del autor;
- Sólo está permitido reproducir, distribuir y comunicar la obra tal cual. Esto significa que se puede tomar una fotografía de una estatua que se encuentre en la vía pública pero no se puede hacer una copia escultórica.
- Algunos consideran que el copista tiene derecho a reproducir en varios ejemplares su dibujo, pintura, fotografía o película cinematográfica y aprovechar con fines de lucro las copias que haya obtenido, pero otros, tan respetables como la Dirección Nacional de Derecho de Autor en Colombia, opinan lo contrario, pues según esta autoridad lo que está permitido por el artículo 39 de la Ley 23 de 1982 *es la reproducción pero no la distribución de las copias* de las obras así reproducidas¹⁰.

Esta última discusión proviene de la interpretación de la Decisión 351 de 1993 frente a la Ley 23 de 1982, cuyos textos disponen lo siguiente:

Decisión Andina 351 de 1993 (aplicable en Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia) en su artículo 22, literal h), señala:

“Artículo 22. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: (...)

h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público”.

La Ley 23 de 1982, en su artículo 39 dispone lo siguiente:

“Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas,

¹⁰ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Circular 8 del 15 de septiembre de 2003. Esta interpretación fue reiterada en el Concepto 2-2010-18003 de la misma entidad.

y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior”.

Como se observa, las dos normas se refieren a la reproducción de obras arquitectónicas ubicadas de manera permanente en espacios públicos, pero mientras la norma andina habla de la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, la legislación nacional se refiere a la reproducción, la distribución y la comunicación pública de tales obras.

La excepción bajo de Decisión 351 de 1993 permite:	La excepción bajo Ley 23 de 1982 permite:
<ul style="list-style-type: none"> • Reproducción, • Emisión por radiodifusión y • Transmisión pública por cable del aspecto exterior de obras arquitectónicas ubicadas en espacios públicos 	<ul style="list-style-type: none"> • Reproducción, • Distribución y • Comunicación pública del aspecto exterior de obras arquitectónicas ubicadas en espacios públicos

Fuente: Elaboración propia

La Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia considera que ante la diferencia entre la norma nacional y la comunitaria prevalece ésta última pues en nuestro ordenamiento jurídico el derecho comunitario tiene carácter prevalente o preeminente sobre las normas nacionales¹¹.

En consecuencia, en Colombia es válida

la reproducción y algunos actos de comunicación pública pero excluye la posibilidad de distribuir las copias de las obras así reproducidas. Es decir que un transeúnte puede, a la luz de la disposición que viene de transcribirse, por ejemplo, tomar fotografías de la fachada de una obra arquitectónica, pero no está facultado para distribuir a ningún título (venta, alquiler o préstamo) postales, afiches o cualquier copia de dichas reproducciones¹².

¹¹ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto 1–2012–58983.

¹² *Ibíd.*

Esta discusión puede ser muy importante desde el punto de vista económico como se probó en el proceso 044-IP-2013¹³ que se adelantó en el Tribunal Andino de Justicia (TAJ). Los hechos del caso se resumen de la siguiente forma: una importante empresa de telecomunicaciones utilizó la imagen exterior de un edificio como eje central de una campaña publicitaria. El caso llegó al TAJ quien si bien no resolvió de fondo el asunto pues se trataba de emitir una interpretación prejudicial, advirtió lo siguiente:

- El titular de la obra arquitectónica tiene derecho a la normal explotación de la obra por lo que quienes deseen hacer publicidad con ella deben solicitar y obtener autorización para usar su imagen.
- Los titulares de dichos derechos patrimoniales y morales pueden o no autorizar el uso de la imagen de la obra, y si así lo hicieran tendrían derecho a una contraprestación, si así fuera pactado. El uso de dicha imagen, sin la respectiva autorización de sus titulares, en una campaña publicitaria masiva, causa un perjuicio a sus legítimos intereses, ya que están privados de percibir un beneficio al cual tienen pleno derecho.
- La Decisión 351 debe interpretarse de forma integral y sistemática. Esto significa que el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351 debe interpretarse a la luz de los usos honrados establecidos en otras disposiciones de la misma decisión

por lo que este Tribunal considera que es lícito realizar, sin autorización del autor ni el pago de una contraprestación, la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público, siempre y cuando se haga de conformidad con los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.

El fin puede ser de uso personal, educativo, de investigación, informativo o para realizar actuaciones judiciales o administrativas, y que no interfiera con la explotación normal de la obra ni cause perjuicios irrazonables a los intereses legítimos del autor.

¹³ El dueño de un edificio demandó a una empresa de telecomunicaciones por publicar en página completa en diarios de amplia circulación una fotografía en la cual aparece la imagen de su inmueble como eje central de la citada campaña publicitaria.

Sin embargo, si ello implicara fines lucrativos, deberá requerirse la autorización previa del autor y el pago de la remuneración respectiva¹⁴. (*El subrayado es propio de la interpretación prejudicial*).

- El medio utilizado para la reproducción es indiferente.

Se aplica por igual a pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, lo que verdaderamente califica al acto es el *reproducir, distribuir y comunicar públicamente*.

De la misma manera, resulta indiferente el medio –por radiodifusión o transmisión pública por cable–, lo relevante es la acción de *reproducir, transmitir públicamente y emitir*, de conformidad con lo desarrollado en los puntos 6 y 13 de la presente ponencia, sobre el “Derecho patrimonial exclusivo de reproducción de la obra” y “La comunicación pública de la obra¹⁵. (*La mayúscula es propia de la interpretación prejudicial*).

- El uso de la imagen de la fachada de una obra arquitectónica ubicada en la vía pública en una campaña publicitaria masiva desarrollada a nivel nacional con fines lucrativos requiere la autorización previa del titular de los derechos de autor y el pago de una contraprestación.

El aprovecharse gratuitamente de una obra arquitectónica –que posee titulares de derechos morales y patrimoniales–, para realizar una actividad lucrativa y onerosa (...) no se condice con el espíritu de la norma ni con los usos honrados, ya que la campaña publicitaria tiene fines de lucro¹⁶.

- Las cortes nacionales son libres para decidir la sanción a imponer a quien vulnera el derecho de autor en estos casos:

La Decisión 351, en su artículo 57, establece las medidas que podrá ordenar la autoridad nacional competente de los Países Miembros de la Comunidad Andina cuando haya tenido lugar la infracción de derechos conferidos por la ley. Entre estas medidas se encuentran previstas: el pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho; que el infractor asuma el pago de las costas del proceso en que haya

¹⁴ “Los usos honrados son aquellos que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”. Tribunal Andino de Justicia, Proceso 044–IP–2013.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

incurrido el titular del derecho infringido; el retiro definitivo de los canales comerciales, de los ejemplares que constituyan infracción del derecho; o, las sanciones penales equivalentes a aquellas que se aplican a delitos de similar magnitud¹⁷.

Pero cada caso es diferente. Una cosa es una campaña masiva de publicidad y otra una nota para una revista de decoración. Por ejemplo en España el autor de un proyecto arquitectónico demandó al dueño del inmueble por autorizar a una revista de decoración para que publicara fotografías de los espacios internos de un inmueble. La Audiencia Provincial de Barcelona falló a favor del dueño del inmueble así:

El hecho de que el propietario de la edificación (en el caso destinada a vivienda) muestre públicamente (por medio de una revista de interiorismo y decoración), los espacios arquitectónicos internos, o ya sea la configuración externa, no es constitutivo de un acto infractor del contenido de los derechos de explotación que corresponden al autor del proyecto arquitectónico¹⁸.

En Estados Unidos la *Architectural Works Copyright Protection Act of 1990 (AWCPA)*, en la Sección 120, literal a) dispone:

Representaciones pictóricas permitidas. El derecho de autor en una obra arquitectónica que ha sido construida no incluye el derecho a prevenir la creación, distribución, o exhibición pública de imágenes, pinturas, fotos, u otras representaciones pictóricas de la obra, si el edificio está localizado en o es visible ordinariamente desde un lugar público. (Traducción propia).

Esta norma ha dado lugar a varios procesos por lo que hoy la doctrina estadounidense ha señalado los siguientes lineamientos para su interpretación¹⁹:

- En cuanto a las fotos, se entiende que mientras sean generales, como parte de una foto panorámica, y no sean de la estructura en sí, no habrá problemas.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit., refiriéndose a la Sentencia de mayo 4 de 2004.

¹⁹ TORRES, JOSÉ L., *Protección de propiedad intelectual a las obras arquitectónicas y de ingeniería*, op. cit.

- De igual forma, si la foto es para uso personal, turístico o recreacional no habrá violación.
- Serán las fotos comerciales de la estructura las que podrán proveerle una causa de acción al titular del derecho de autor. El demandado tendría que presentar la defensa de uso justo para no ser hallado culpable por violar los derechos de autor.

3. EL DERECHO DE TRANSFORMACIÓN

Es el derecho patrimonial que permite al autor decidir si otorga o no autorización a otro para que transforme su obra. Los ejemplos clásicos de éste tipo de creaciones a un nivel diferente de las obras arquitectónicas son, por ejemplo, las traducciones y las parodias. A la obra transformada se le denomina “obra derivada”. Para que una obra derivada goce de la protección del derecho de autor en la Comunidad Andina se requiere²⁰:

- La existencia de una obra preexistente que sea transformada.
- Que la obra resultante pueda ser reproducida por cualquier medio.
- Que la transformación de la obra sea original. “[P]ara determinar la originalidad en estos casos se debe hacer un análisis muy detallado; si los cambios no son lo suficientemente relevantes para diferenciar en su forma la obra supuestamente derivada de la preexistente, estaríamos en frente de un caso de reproducción y no de una obra diferente”²¹.
- Que la elaboración de la obra derivada sea autorizada por el autor de la obra preexistente²², salvo que la obra preexistente se encuentre en el dominio público. Cuando la autorización para realizar una obra derivada a partir de una obra prexis-

²⁰ Este listado, con algunas variaciones, aparece en: Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121-IP-2013.

²¹ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121-IP-2013. El Tribunal cita a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo y otros, *Manual de Propiedad Intelectual*, Valencia-España, Lo Blanch, 2006, pág.76.

²² Esta autorización debe ser previa y expresa, no tácita. Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 17 ene. 2016]. Disponible en <http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2012-60373.pdf>

tente es negada, el autor de la obra derivada no adquiere ningún derecho²³.

Cuando se trata de una obra arquitectónica derivada

[d]ebe tener los requisitos de la obra derivada que planteamos arriba, pero el de originalidad tiene ciertas connotaciones particulares. Cuando la transformación de la obra originaria sea producto de elementos necesarios que se den por la funcionalidad, la naturaleza o normas técnicas o de urbanismo, no se estaría en frente de una obra derivada. Esto es muy común cuando el constructor es diferente del que hace los planos, ya que en el proceso de construcción se podría transformar la obra inicial con miras a cumplir con los elementos necesarios que se citaron. Por el contrario, si la transformación es caprichosa y, por lo tanto, tiene impresa una actividad creativa, si estaríamos hablando de una obra derivada protegible por el derecho de autor²⁴.

Algunos ejemplos de obras arquitectónicas derivadas son²⁵:

- Proyecto de ejecución que desarrolla un proyecto básico previo.
- Proyecto arquitectónico realizado a partir de un estudio preliminar, suponiendo que tanto el estudio como el proyecto desarrollado a partir del mismo son originales.
- Construcción que se realiza a partir de un proyecto o unos planos incorporando alguna novedad creativa con respecto a aquéllos.

Tanto para poder crear la obra derivada como para poder explotarla lícitamente se requiere la autorización del titular de los derechos sobre la obra preexistente.

²³ “Una obra derivada será protegida por el derecho de autor en tanto y en cuanto sea una creación intelectual original y tenga la autorización del autor de la obra original, siempre que dicha transformación se realice con base en una obra protegida”. Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 dic. 2015]. Disponible en <http://200.31.21.201/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2013-44888.pdf>

²⁴ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121-IP-2013.

²⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

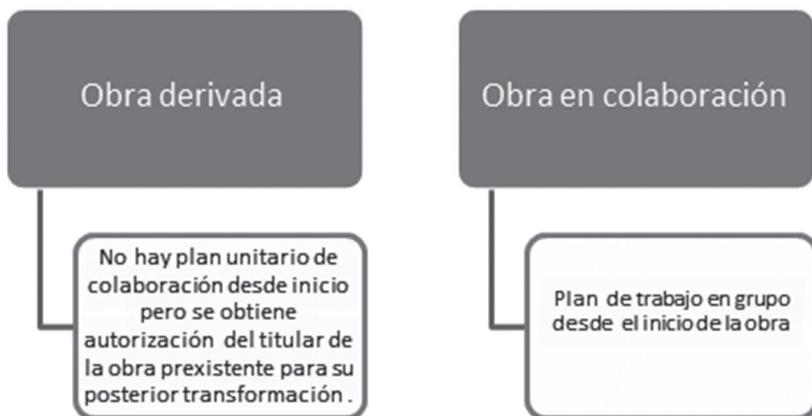
Las obras arquitectónicas derivadas generan varios problemas jurídicos, entre los que podemos mencionar la posible confusión entre obra derivada y obra en colaboración, la dificultad para determinar titularidad de la obra preexistente y el alcance de los derechos del titular de la obra derivada.

El primero de ellos, es decir, la posible confusión entre obra derivada y obra en colaboración, surge de un hecho práctico: la mayoría de las obras arquitectónicas se desarrolla por etapas. En esos eventos es necesario determinar si el resultado constituye una obra derivada o una obra en colaboración²⁶. El mejor criterio para resolver este dilema es verificar si desde el principio ha existido o no voluntad de colaborar entre las partes.

Si los distintos arquitectos han estado de acuerdo en realizar en común una obra arquitectónica y han articulado el trabajo en distintas fases, encargándose cada uno de una de ellas, pero siempre en el ámbito de un plan unitario, estaremos ante una obra en colaboración.

Por el contrario, si no existe ese acuerdo de colaboración, si en la mente del arquitecto de la primera fase no estaba la idea de que la segunda fase la hiciera ese otro arquitecto en particular, se tratará de una obra derivada. La dificultad práctica estriba, lógicamente, en poder probar si existía o no esa voluntad de alcanzar un resultado común²⁷.

Gráficamente esto se ilustra de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia

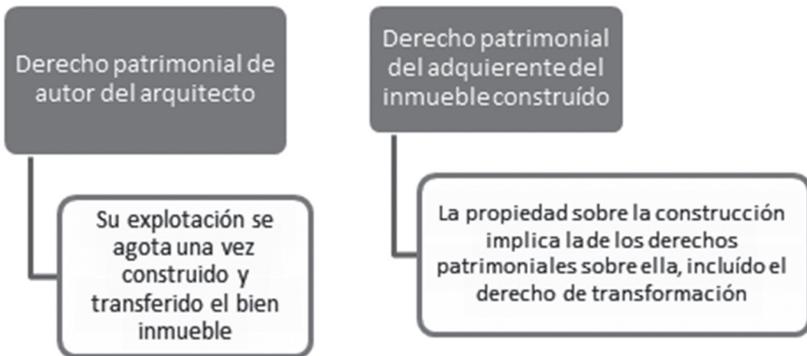
²⁶ Este tema de la obra colectiva o en colaboración se va a desarrollar más en el capítulo de titularidad del derecho de autor.

²⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

Otro de los problemas es la dificultad para determinar la titularidad de la obra preexistente: ¿a quién se le pide permiso para transformar la obra? En Colombia, el titular del derecho patrimonial de transformación sobre las obras construidas y vendidas no es quien las diseña sino quien las adquiere, es decir, el dueño del inmueble. En efecto, para la Corte Constitucional

[d]ada la naturaleza de la creación arquitectónica es corriente que su explotación por parte del autor se agote una vez proyectado, diseñado y construido el bien inmueble. En efecto, la labor de creación del arquitecto no tiene vocación de propiedad sobre la construcción. Por lo tanto, en principio, la explotación normal de la obra arquitectónica se circunscribe por parte del arquitecto al trabajo como creador de una obra bidimensional o tridimensional y por parte del titular, a la explotación de los derechos patrimoniales, incluido el de transformación²⁸.

Gráficamente esto se ilustra de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia

Sin embargo este tema es complejo pues a menudo el derecho de transformación colisiona con el derecho moral a la integridad que veremos más adelante.

Finalmente, suponiendo que la obra derivada es original y ha sido creada con autorización del titular de la obra preexistente,

²⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-871/10.

¿quién es el dueño de la obra derivada y cuál es el alcance de los derechos que tiene?

El artículo 5º de la Ley 23 de 1982 responde esta pregunta con las siguientes afirmaciones:

- El titular de los derechos sobre una obra derivada es quien la realiza, salvo pacto en contrario.
- Las obras derivadas se protegen como obras independientes, sin perjuicio de los derechos de autor sobre las obras originales.
- El autor de una obra derivada puede reproducirla, pero deberá citar el nombre del autor y el título de la obra preexistente.

De cualquier forma se recomienda a quien obtiene la autorización para transformar una obra que sea muy cuidadoso y solicite también la cesión de aquellos derechos patrimoniales imprescindibles para utilizar la obra derivada de acuerdo con su finalidad

[t]anto para poder crear la obra derivada como para poder explotarla lícitamente se precisa la autorización del titular de los derechos sobre la obra preexistente. Ahora bien, incluso si no se cedieran expresamente los derechos necesarios para poder explotar la obra derivada, concedida la autorización para transformar la obra preexistente y crear una obra nueva a partir de ella, deberían entenderse cedidos asimismo aquellos derechos patrimoniales imprescindibles para poder utilizar la obra derivada de acuerdo con la finalidad del contrato de transformación²⁹.

Para terminar solo resta agregar que cuando los derechos patrimoniales de autor se transfieren por causa de muerte o *mortis causa*, serán los herederos los únicos autorizados para realizar transformaciones a las obras, salvo que el creador lo haya prohibido en vida o que la transformación atente contra el decoro del autor o el valor cultural de la obra³⁰.

²⁹ Este tema de la obra colectiva o en colaboración se va a desarrollar más en el capítulo de titularidad del derecho de autor.

³⁰ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 39-IP-99, citado.

4. DERECHO DE DISTRIBUCIÓN

Es el derecho patrimonial que permite a un autor distribuir, vender, alquilar o poner a disposición del público ejemplares de su obra.

Si se trata de obras arquitectónicas entonces este derecho alude a la distribución de planos, proyectos y obras construidas, pero tiene varias particularidades, entre ellas, que el consentimiento para la venta o alquiler de una obra construida protegida por el derecho de autor se considera prestado cuando el autor haya autorizado la construcción de la obra o cuando haya dirigido su construcción.

Las obras construidas también pueden ser objeto de distribución, siempre que el autor así lo haya consentido. Normalmente el consentimiento se considerará prestado cuando haya autorizado la construcción de la obra, o él mismo haya dirigido la construcción para un promotor, pues de poco le serviría a éste la obra construida si no pudiera venderla³¹.

Otra particularidad del derecho de distribución es la posibilidad de que opere el agotamiento del derecho, es decir, que el titular pierda o agote el derecho a intervenir en las nuevas enajenaciones de una obra, después de que se ha vendido la primera vez. Se trata de una figura cuya regulación depende del lugar donde se deba aplicar. Por ejemplo, en la Unión Europea³² opera el agotamiento regional y ello significa que

[l]os proyectos y planos pueden ser vendidos, alquilados o prestados a través de establecimientos abiertos al público. Es lo que sucede, por ejemplo, cuando se reproducen en un libro o un CD que posteriormente se pone a disposición del público para su venta, alquiler o préstamo. Debe tenerse en cuenta que la primera venta en el ámbito de la Comunidad Europea de los planos o proyectos arquitectónicos agota el derecho de distribución respecto de las ventas sucesivas que se realicen de esos mismos ejemplares dentro de la Unión Europea.

En otras palabras, quien vende en el ámbito de la Comunidad Europea un plano o proyecto arquitectónico pierde el derecho de intervenir y lucrarse sobre las nuevas ventas en esa región pero nótese que no pierde

³¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

³² *Ibíd.*

los otros derechos patrimoniales sobre su obra. Recordemos que todos los derechos patrimoniales de autor operan en forma independiente. En consecuencia, el que ocurra el agotamiento del derecho

[n]o significa que los adquirentes puedan reproducir libremente esos planos, ni ejecutar la obra proyectada. Ni siquiera pueden distribuirlos mediante su alquiler o préstamo. El agotamiento del derecho de distribución únicamente afecta a las ulteriores enajenaciones de los mismos ejemplares comprados, pero no a otros derechos de propiedad intelectual³³.

En Colombia el derecho de distribución sobre las obras protegidas por el derecho de autor nunca se agota pues la legislación no ha regulado la materia. En efecto, la Dirección Nacional del Derecho de Autor del país señala que “[l]a figura del agotamiento del derecho extingue la posibilidad del autor o del titular patrimonial de la obra de controlar las posteriores distribuciones de los ejemplares después de efectuada la primera venta”³⁴. Teniendo en cuenta que el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 deja libres a las partes contratantes³⁵ para determinar las condiciones en que se aplicará el agotamiento del derecho y que Colombia resolvió no ejercer esa facultad, entonces en el país el derecho de distribución nunca se agota³⁶.

[p]ero al no ser esta facultad ejercida por Colombia y al no existir disposición aplicable a la Comunidad Andina en los términos de

³³ *Ibíd.*

³⁴ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto 2–2005–6647, julio 14/05.

³⁵ Colombia es parte del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996. El artículo 6º, numeral 2º es la norma que permite a cada país decidir cómo aplicará la figura del agotamiento del derecho.

³⁶ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 dic. 2015]. Disponible en http://200.31.21.201/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2014-18804.pdf. La entidad cita textualmente lo siguiente: “En la Decisión 351 del Pacto Andino (art.13), se ha consagrado el derecho exclusivo del autor o sus derechohabientes para la distribución de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler. Este reconocimiento se efectúa sin que exista la figura del agotamiento del derecho y, en consecuencia, está tratado como una figura de derecho de distribución general, que no está sujeta a limitaciones, en cuya virtud en los países del Pacto Andino el autor o su derechohabiente pueden controlar el destino de los ejemplares con gran amplitud”. SCHUSTER, Santiago, *X Congreso Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales*, Quito, OMPI, República del Ecuador y Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1995, pág. 101.

la Decisión Andina 351 de 1993, puede concluirse que no existe limitación alguna para los autores o titulares patrimoniales de obras, a fin de controlar la distribución del original o de los ejemplares de sus creaciones. En otras palabras, bajo nuestra regulación, su derecho de distribución no se agota.

5. DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR DEL ARQUITECTO VS. DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR DEL DUEÑO DEL INMUEBLE EN COLOMBIA

Mucho se ha hablado de este tema pero en Colombia la Corte Constitucional resolvió este dilema en el año 2010 de la siguiente forma³⁷:

Derecho del arquitecto	Su derecho patrimonial de autor sobre la obra arquitectónica finaliza una vez proyectado, diseñado, construido y transferido el bien inmueble.
Derecho del dueño del inmueble	Una vez adquiere el inmueble obtiene automáticamente todos los derechos patrimoniales de autor sobre éste.

El alto tribunal explicó esto al analizar la constitucionalidad del artículo 43 de la Ley 23 de 1982³⁸, tema en el que profundizaremos al hablar del derecho moral a la integridad. Sin embargo por ahora digamos que la Corte en la sentencia que se cita dispuso que

[I]a labor de creación del arquitecto no tiene vocación de propiedad sobre la construcción. Por lo tanto, en principio, la explotación normal de la obra arquitectónica se circunscribe por parte del arquitecto al trabajo como creador de una obra bidimensional o tridimensional y por parte del titular a la explotación de los derechos patrimoniales, incluido el de transformación.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-871/10.

³⁸ Esta norma dispone que el autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

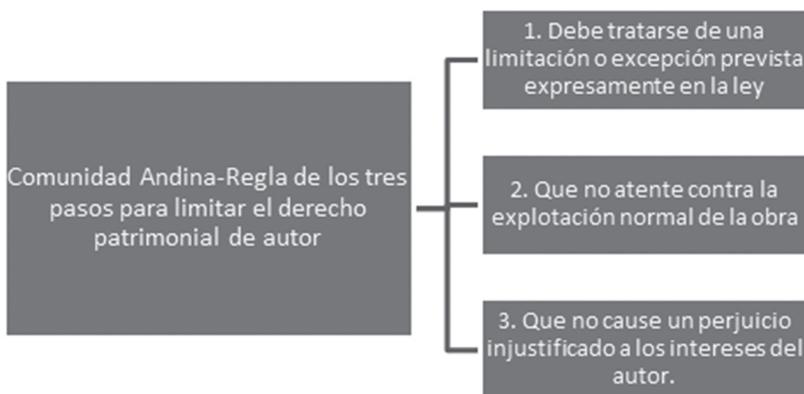
6. LIMITACIONES AL DERECHO PATRIMONIAL DE AUTOR

El derecho de autor no es absoluto. En ocasiones está permitido que un tercero utilice, reproduzca o comunique una obra sin autorización del autor y sin pagar ninguna contraprestación. Se trata de los llamados “usos justos o honrados”.

En la Comunidad Andina, para determinar si una norma establece un uso justo o honrado, se aplica la regla de los tres pasos, que se encuentra consagrada en los artículos 9.2 del Convenio de Berna³⁹, 13 del ADPIC⁴⁰ y el artículo 21 de la Decisión 351 de 1993. Precisamente esta última disposición prevé lo siguiente:

Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Lo anterior se explica gráficamente de la siguiente forma:



Fuente: Elaboración propia

³⁹ El artículo 9.2 del Convenio de Berna establece: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”.

⁴⁰ El ADPIC, en su artículo 13, prevé: “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”.

La Corte Constitucional de Colombia, al referirse a la regla de los tres pasos, explicó lo siguiente⁴¹:

- Toda limitación al derecho de autor debe estar prevista en la ley.
- Toda limitación al derecho de autor se aplica de manera taxativa.
- Ninguna limitación puede atentar contra la normal explotación de una obra.
- El perjuicio que se cause al autor con la limitación debe estar justificado.

En Estados Unidos existe una figura similar a nuestro “uso justo”. Se trata del denominado *fair use*, que está contenido en el *Copyright Act*. La diferencia primordial entre esta figura y la nuestra radica en que mientras la regla de los tres pasos se aplica sobre normas jurídicas –la norma que establece una limitación al derecho de autor es viable si cumple los tres pasos–, el *fair use* del derecho anglosajón se aplica caso por caso para verificar si el uso que se le da a una obra es justo u honrado.

Los factores que se analizan para determinar si en un asunto concreto hay *fair use* en Estados Unidos son:

- El propósito que tiene quien hace uso de la obra. Mientras mayor sea el propósito lucrativo menor será la posibilidad de encontrar uso justo o *fair use*⁴².
- La naturaleza del trabajo protegido por *copyright*. Mientras mayor sea el interés de la comunidad en la obra más sencillo es admitir la existencia del el *fair use*.
- La cantidad y sustancialidad de la porción usada del trabajo sin autorización. Mientras menor sea la cantidad utilizada, mayor probabilidad de encontrar *fair use*.

⁴¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C–871/10.

⁴² En Estados Unidos un candidato político reprodujo 15 segundos de la música de la campaña de su oponente en un anuncio publicitario propio. La Corte determinó que había *fair use* porque solo utilizó una porción corta de la canción y porque se trataba de una reproducción con fines políticos y no económicos. *Keep Thomson Governor Comm. v. Citizens for Gallen Comm.*, 457 F. Supp. 957 (D. N.H. 1978). Citado en TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 240.

- El efecto del uso en el mercado potencial de la obra. Hay mayor probabilidad de encontrar *fair use* cuando la reproducción estimula la venta de la creación. Hay menos posibilidad cuando la reproducción es tal que el público ya no requiere ni le interesa adquirirla.

Hasta aquí hemos hablado de las limitaciones gratuitas al derecho de autor. También existen otro tipo de limitaciones que son las licencias legales, las licencias obligatorias⁴³ y la expropiación. Las licencias legales

[s]on autorizaciones otorgadas por la ley para usar una obra protegida por el derecho de autor, de una manera determinada y en ciertas condiciones, mediante el pago de una retribución al titular del derecho de autor. La retribución es fijada por la norma legal, por la autoridad de aplicación de la ley o por la autoridad judicial según los casos⁴⁴.

Las licencias obligatorias son aquellas que han de “concederse obligatoriamente mediante autoridades competentes o por intermedio de asociaciones de autores en condiciones definidas y para tipos determinados de obras, siempre con una remuneración equitativa al autor o titular. Confiere derecho no exclusivo, intransferible y circunscrito al país en que se concede”⁴⁵.

Además, la Ley 23 de 1982 de Colombia establece la posibilidad de expropiar los derechos patrimoniales –nunca los morales– de autor sobre una obra cuando el Gobierno la considera de gran valor para el país y de interés social o público, siempre y cuando se pague una justa y previa indemnización al titular del derecho⁴⁶.

⁴³ Ibíd.

⁴⁴ Ibíd.

⁴⁵ COLOMBIA, DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR, *Génesis y evolución del derecho de autor*, Bogotá, Ministerio de Gobierno, 1991, pág. 25-26.

⁴⁶ Colombia, Ley 23 de 1982, artículo 80.

CAPÍTULO VI

DERECHO MORAL DE AUTOR SOBRE OBRAS ARQUITECTÓNICAS

El derecho moral es el que otorga al autor las siguientes facultades, todas inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e inembargables:

- Reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra.
- Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por ello.
- Conservar la obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él, cuando así lo ordenase por disposición testamentaria.
- Modificar la obra, antes o después de su publicación, siempre que se indemnice previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.
- Retirar la obra de circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada, a cambio de indemnizar previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere causar.

Claramente el titular del derecho moral de autor es el autor –persona natural– de la obra, pero a su muerte, su cónyuge y sus herederos consanguíneos podrán ejercer dos facultades: la de reivindicar la paternidad de la obra y el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación, cuando tales actos puedan causar perjuicio al honor o reputación del autor, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto.

Si falta del autor, el cónyuge o los herederos consanguíneos, el ejercicio del derecho a la paternidad y a la integridad estará en cabeza de cualquier persona natural o jurídica que acredite la titularidad sobre la obra respectiva.

Si la obra se encuentra en el dominio público y no hay quien pueda ejercer el derecho de paternidad e integridad, entonces será el Instituto Colombiano de Cultura quien deberá proceder de manera correspondiente¹.

1. LEGISLACIÓN

Los derechos morales están descritos en el Convenio de Berna en los numerales 1) y 2) del artículo 6bis así²:

1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, y de la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

“2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor”.

La Corte Constitucional de Colombia afirma que los derechos morales de autor son del mismo rango que los derechos fundamentales³:

[I]a Corte estima pertinente señalar que, los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas

¹ Esta entidad fue liquidada pero sus funciones las asumió el Ministerio de Cultura.

² Tanto la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1953 como el ADPIC carecen de cualquier tipo de disposición sobre derechos morales. Incluso, el mismo ADPIC excluye explícitamente estos derechos (art. 9.1.).

³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-155/98.

o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza.

Por su parte, y dentro del ámbito de los países de la Comunidad Andina de Naciones, el Tribunal Andino de Justicia ha afirmado⁴:

“El artículo 11 de la Decisión 351, se refiere al derecho moral que tiene un autor sobre su obra, cuyas características son su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad”.

Finalmente el artículo 30º de la Ley 23 de 1982 dispone que el autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable para:

- a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley.
- b) Oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;
- c) Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;
- d) Modificarla, antes o después de su publicación;
- e) Retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada⁵.

⁴ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 20-IP-2007.

⁵ La norma incluye varios párrafos referidos a la titularidad del derecho moral de autor cuando éste fallece y a la exigencia de indemnizar previamente a terceros por los perjuicios que se les pudiere ocasionar cuando el autor ejerce el derecho de modificación o el derecho de retiro de circulación de una obra.

2. EL DERECHO DE DIVULGACIÓN

El derecho de divulgación es el que faculta al autor para decidir si el público tendrá o no acceso a una obra y en qué forma. Una obra arquitectónica bidimensional se divulga cuando los planos o proyectos se comunican, se ponen a disposición o se distribuyen entre el público. Una obra arquitectónica tridimensional se divulga cuando se construye en la vía pública.

La obra arquitectónica se divulga, sin ninguna duda, cuando los planos o el proyecto se comunican públicamente (así, si se expone públicamente, o se pone a disposición del público a través de Internet), o cuando se distribuye entre el público (por ejemplo, si se incluyen en un libro que se publica), o cuando se construye la obra arquitectónica en una vía pública, a la vista de todos. En cambio, la mera presentación del proyecto a un concurso, o su entrega al promotor, aunque puede conllevar la decisión de divulgar la obra, no implica que ésta esté ya divulgada. Por consiguiente, el autor está todavía en disposición de echarse atrás y ejercitar su derecho de inédito (vertiente negativa del derecho de divulgación) para impedir que la obra llegue a divulgarse, sin perjuicio de que ello pueda suponer un incumplimiento contractual que le obligue a indemnizar los daños que en su caso haya causado a la otra parte⁶.

Esto se explica gráficamente de la siguiente forma:

Hay divulgación de obra arquitectónica	No hay divulgación de obra arquitectónica
Cuando planos y proyecto se exponen públicamente de manera física o a través de internet	Cuando se presenta un proyecto a un concurso (a menos que se autorice expresamente su divulgación)
Cuando los planos o proyectos se distribuyan, por ejemplo, en un libro.	Cuando simplemente se entrega un proyecto para su valoración a un promotor inmobiliario.
Cuando se construye una obra en la vía pública, a la vista de todos.	

⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

En la mayoría de las legislaciones, sin embargo, se prevé que el autor puede modificar la obra, antes o después de su publicación y retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada, eso sí, a cambio de indemnizar previamente a terceros por los perjuicios que se les pudiere ocasionar⁷.

3. EL DERECHO DE PATERNIDAD

El derecho de paternidad es el que le permite al autor decidir si la obra se divulga bajo su nombre, un seudónimo, un signo que lo represente o anónimamente. “Este derecho se ejerce, por ejemplo, con la puesta de la firma o mención del nombre del autor en los planos y maquetas, o mediante la colocación de una placa en la edificación construida”⁸. Se trata de un derecho que debe procurarse de manera razonable pues no es necesario colocar en las fotografías de los edificios el nombre del arquitecto que los diseñó⁹.

4. EL DERECHO DE INTEGRIDAD

Es el que le permite al autor de una obra oponerse a toda deformación, mutilación o transformación, cuando tales actos atenten contra su honor, reputación o se demerite el valor de la obra¹⁰.

Esto significa que en Colombia, para que se vulnere este derecho, no basta con que se produzca una transformación sino que es necesario que ese hecho perjudique el honor, la reputación del autor o demerite la obra.

⁷ Colombia, Ley 23 de 1982, artículo 30, parágrafo 4°.

⁸ Perú, INDECOPI. *Guía de derecho de autor para arquitectos*. Cartilla en línea. [consultado 16 dic. 2015]. Disponible en < http://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/GDA_arquitectos.pdf>

⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de mayo de 2004 que dice: “Tratándose de edificaciones, resultado de la ejecución de su proyecto, el arquitecto proyectista podrá exigir la mención de la autoría cuando la misma deba constar en atención a las circunstancias del caso concreto (obvio es que no en todo caso en que aparezca el edificio en una imagen o fotografía) y, desde luego, cuando el proyecto arquitectónico se atribuye a otra persona”.

¹⁰ Ver literal B) del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 citado arriba.



Precisamente uno de los principales problemas de esta regla consiste en definir conceptos como el honor y la reputación. Sin embargo, basados en la jurisprudencia colombiana podemos decir que el honor es la autovaloración que una persona tiene sobre sí misma¹¹, la honra es la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto¹² y la reputación, que es muy parecida al buen nombre, es la apreciación que un conglomerado social le da a una persona por sus comportamientos públicos¹³.

El derecho a la integridad ha sido muy estudiado en otros países. En España, por ejemplo, la jurisprudencia ha establecido que existen intereses preponderantes, superiores a la honra y reputación del autor, que justifican, en ocasiones, la modificación o destrucción de una obra.

[e]n el ámbito de las obras arquitectónicas, es más frecuente que en otros casos que la modificación o destrucción de la obra esté justificada por los intereses de terceros, ya sea del promotor que ha encargado el proyecto (para adecuarlo a la normativa urbanística, por ejemplo, o para corregir disfuncionalidades) o del propietario ordinario de la construcción ya realizada (ampliaciones, restauraciones)¹⁴.

¹¹ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia octubre 26/06 (radicado 25.743).

¹² SANTOS CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, 3^o edición, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2008, pág. 488.

¹³ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia, C-489/02

¹⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.



Fuente: Elaboración propia

La jurisprudencia española sugiere en cada caso analizar, entre otras, las siguientes variables para determinar si en la transformación de una obra arquitectónica se presenta o no una violación al derecho moral de integridad del autor¹⁵:

- La naturaleza de la obra arquitectónica: si se trata de una vivienda independiente, un condominio, una obra que será usada por el público o una vivienda de interés social.
- El lugar de ubicación de la obra arquitectónica: si está ubicada en un sitio de gran afluencia de público o fuera del perímetro urbano.
- Cantidad existente de obras arquitectónicas iguales o su carácter único.
- Propietario de la obra: si es una persona pública o privada
- Uso que se le da a la obra: si lo utiliza el público en general, si facilita la vida de personas con alguna discapacidad o si sólo genera beneficio para sus propietarios.
- El dolo o culpa en la actuación de la persona que supuestamente estaría violando la integridad de la obra.

¹⁵ *Ibíd.*, citando a Provincial de Guadalajara de 13 de octubre de 2004. AC 2004/369. Citado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

- Existencia de causas que puedan exonerar de la responsabilidad a quien viola la integridad de una obra.
- Tipo de intereses en conflicto: “[L]a alteración se ha producido, pero el derecho a la integridad de la obra no se violenta porque el autor está obligado a sufrirla en atención al servicio público que su obra atiende”¹⁶.

Un caso ejemplifica esta situación¹⁷. Un arquitecto llamado CALATRAVA diseñó y construyó un puente peatonal en Bilbao. El puente es blanco y en forma de arpa como muchas obras de ese arquitecto. Se le conoce como el *Zubi Zuri*. Luego de su construcción al lado del puente se levantó un complejo urbanístico impulsado por el ayuntamiento de Bilbao y diseñado por otro arquitecto conocido: Isozaki. Como para las personas con problemas de movilidad era difícil desplazarse del complejo al puente y al revés, la municipalidad construyó una pasarela alejada al puente y tuvo que desmontar la barandilla de éste. Todo ello lo hizo sin consultar a CALATRAVA. Este arquitecto demandó al Ayuntamiento de Bilbao y a las dos empresas constructoras que habían intervenido exigiendo que se declarase la violación de su derecho moral a la integridad de la obra y que se destruyera la pasarela, restituyendo el puente al estado original. Además reclamaba una indemnización.

El Juzgado determinó que sí hubo una violación al derecho moral del arquitecto pero falló a favor de la municipalidad basado en el principio según el cual el interés general prevalece sobre el particular. Según su parecer, otra habría sido la decisión si se tratara de una colisión entre simples intereses privados.

Si se ponderan ambos intereses, el público deber prevalecer sobre el privado, aunque este último merezca toda la consideración. El derecho de autor del Sr. CALATRAVA es innegable, y tiene derecho a exigir que su obra sea respetada. De ahí que antes se insistiera en lo incomprensible de la omisión de una invitación a participar en los cambios o, al menos, una petición de aquiescencia a que

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Santiago CALATRAVA c. Ayuntamiento de Bilbao y otros. Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1º de Bilbao, España, de 23 de noviembre de 2007. Citado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*. op. cit.

otro los acometiera. Pero existe también un interés público de que la comunicación entre ambas partes de la ría se haga en cota sin necesidad de continuas subidas y bajadas que hacen más incómodo y dificultoso el tránsito de los peatones¹⁸.

En Francia existe jurisprudencia similar que sostiene que se puede vulnerar el derecho moral a la integridad “(...) por imperativos estéticos, técnicos o de seguridad pública legitimados, por las necesidades del servicio público y, en particular, por el destino de la obra y su adaptación a nuevas necesidades”¹⁹.

5. EL FAMOSO FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA SOBRE OBRA ARQUITECTÓNICA

El artículo 43 de la Ley 23 de 1982 —o ley de derecho de autor colombiana— dispone:

Artículo 43. El autor de un proyecto arquitectónico *no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él*, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

La parte en cursiva fue demandada ante la Corte Constitucional y ésta declaró que era exequible, es decir, compatible con la Carta Política. En sus palabras, el legislador colombiano, al redactar tal norma, estimó que

[d]ada la naturaleza de la creación arquitectónica es corriente que su explotación por parte del autor se agote una vez proyectado, diseñado y construido el bien inmueble. En efecto, la labor de creación del arquitecto no tiene vocación de propiedad sobre la construcción. Por lo tanto, en principio, la explotación normal de la obra arquitectónica se circunscribe por parte del arquitecto al trabajo como creador de una obra bidimensional o tridimensional y por parte del titular a la explotación de los derechos patrimoniales, incluido el de transformación²⁰.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Francia, Resolución del Consejo de Estado, 11 septiembre 2006, RIDA, 211, enero 2007, 300 y ss, t.d.a., citada por CASAS VALLÉS, Ramón, El caso Calatrava o Zubi Zuri: ¿una victoria pírrica en apelación?, [en línea] www.iidautor.org. . . .”, pág. 20.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C–871/10.

Nótese que la norma se refiere expresamente a modificaciones sobre un proyecto arquitectónico pero que la Corte Constitucional asimila tal expresión a obra arquitectónica en general, incluyendo proyectos, planos, renders y la obra construída²¹.

La Procuraduría General de la Nación, al intervenir en el proceso, opinó que la norma se refería únicamente a las obras bidimensionales mientras que el demandante consideraba que la norma se refería a la obra acabada. La Corte analizó la definición de obra arquitectónica de la OMPI y concluyó que la norma se refería a obra arquitectónica en general, “tanto su aspecto bidimensional como el tridimensional, en esa medida debe entenderse el artículo 43 de la Ley 23 de 1982 y no únicamente como lo refiere la vista fiscal a la obra inacabada. En tal sentido, la limitación establecida por el legislador pretende conceder al propietario de la obra arquitectónica la facultad de modificarla sin que sea necesario el consentimiento del arquitecto”. En otro aparte señaló:

Para la Corte, de una lectura integral del artículo 43 de la Ley 23 de 1982, puede concluirse que el legislador pretende hacer alusión a la obra terminada pues pese a referirse en un primer momento al autor del ‘proyecto arquitectónico’, finaliza la norma con la expresión ‘obra alterada’. Lo que interesa a la norma es facultar al arquitecto para impedir que su nombre sea asociado con la alteración de su obra culminada y no a interferir en las modificaciones durante la construcción de la misma²².

Así mismo, observese que el momento de quiebre o momento de transferencia de derechos del arquitecto —o autor de la obra— al propietario de inmueble parece ser la terminación y venta de la obra construída. No de otra forma pueden entenderse las expresiones “dada la naturaleza de la creación arquitectónica es corriente que su explotación por parte del autor se agote una vez proyectado, diseñado y construido el bien inmueble (...). Por lo tanto, en principio, la explotación normal de la obra arquitectónica se circunscribe por parte del arquitecto al trabajo como creador de una obra bidimensional o tridimensional y por parte del titular a la explotación de los derechos patrimoniales, incluido el de transformación”.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

Gráficamente la Corte interpreta la norma de la siguiente forma:

Arquitecto
Crea una obra bidimensional y construye una obra tridimensional
Su derecho de autor sobre la obra bidimensional y tridimensional se agota una vez construido y vendido el inmueble.
Una vez construido y vendido el inmueble el arquitecto no puede impedir que el propietario le introduzca modificaciones porque ya no es el titular del derecho patrimonial de autor aunque tiene la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

Propietario del inmueble
Titular automático del derecho patrimonial de autor sobre la obra construida que adquiere
Puede introducir modificaciones al inmueble construido pero si el autor de la obra no está de acuerdo, puede prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.

Agreguemos a todo lo anterior que la Corte Constitucional, al aplicar la regla de los tres pasos, estimó que el artículo 43 de la Ley 23 de 1982 arriba citado establecía una limitación al derecho de autor compatible con los usos justos u honrados, así²³:

- La regla de los tres pasos exige que toda limitación al derecho de autor sea legal y taxativa: la norma en cuestión fue proferida por la autoridad competente en el marco de la regulación integral del derecho de autor y los derechos conexos, específicamente en el acápite de limitaciones y excepciones.
- La regla de los tres pasos exige que la limitación no atente contra la normal explotación de la obra. La norma colombiana no atenta contra la normal explotación de la obra “por cuanto las modificaciones que pretende introducir el propietario del bien, no son propias de la expectativa económica que generó en el arquitecto la elaboración del proyecto y su correlativa construcción”²⁴.
- La regla de los tres pasos exige que el perjuicio que se cause al autor con la limitación esté justificado. En este caso la justifica-

²³ Ibid.

²⁴ Ibid.

ción se encuentra en la protección del derecho de propiedad del dueño del inmueble (Art. 58 de la C.P.), así como en la garantía del derecho a la vivienda (Art. 51 de la C.P.), entre otros²⁵.

En la sentencia que se reseña, la Corte Constitucional comparó la norma colombiana con la de diversos ordenamientos y concluyó que la legislación chilena, mexicana, peruana y dominicana son similares a la nuestra²⁶:

Chile	México
<p>Ley No. 17336 de 1970, Ley sobre Propiedad Intelectual:</p> <p>Artículo 71 G. En las obras de arquitectura el autor no podrá impedir la introducción de modificaciones que el propietario decida realizar, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor del proyecto.</p>	<p>Ley Federal del Derecho de Autor de 1996:</p> <p>Artículo 92. Salvo pacto en contrario, el autor de una obra de arquitectura no podrá impedir que el propietario de ésta le haga modificaciones, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.</p>
Honduras	República Dominicana
<p>Decreto 4-99-E, Ley del Derecho de Autor y de los derechos conexos de 1999:</p> <p>Artículo 57. Quien tenga los derechos sobre una obra arquitectónica puede alterar los planos y proyectos, así como, disponer en cualquier momento su demolición total o parcial, la ampliación o reducción o cualquier otra modificación. Cuando el autor del plano y proyecto original no haya dado su consentimiento a esas modificaciones, podrá exigir la supresión de su nombre, si éste apareciera consignado a la obra modificada.</p>	<p>Ley 65 de 2000, Ley del Derecho de Autor y Derechos Conexos:</p> <p>Artículo 43. El autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada.</p>

²⁵ Ibíd.

²⁶ Este cuadro es tomado de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-871/10, quien a su vez cita investigación enviada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia.

Perú
<p>Decreto Legislativo 822 de 1996, Ley sobre el derecho de autor:</p> <p>Artículo 80. El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción o con posteridad a ella, o a su demolición.</p> <p>Si las modificaciones se realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original.</p>

La Corte Constitucional de Colombia agregó, además, que las legislaciones panameña, paraguaya, salvadoreña y venezolana también disponen que el dueño del inmueble no requiere contar con la autorización del arquitecto para realizar las modificaciones al inmueble que se consideren “necesarias”²⁷:

Panamá	Venezuela
<p>Ley 15 de 1994, Ley de Derecho de Autor y Derechos conexos:</p> <p>Artículo 19. El autor de la obra de diseño de arquitectura o diseñador no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción de la obra o con posterioridad, pero el autor de la obra de arquitectura debe ser consultado sobre las modificaciones que se hicieren necesarios durante la construcción o con posterioridad a ella y tendrá preferencia para el estudio y realización de ésta.</p> <p>En cualquier caso, si las modificaciones se realizaren sin el consentimiento del diseñador, éste podrá repudiar la paternidad de la obra</p>	<p>Ley sobre el Derecho de Autor de 1993:</p> <p>Artículo 20. El autor tiene, incluso frente al adquirente del objeto material de la obra, el derecho de prohibir toda modificación de la misma que pueda poner en peligro su decoro o reputación.</p> <p>El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieran necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella. Pero si la obra reviste carácter artístico, el autor tendrá preferencia para el estudio y realización de las mismas.</p> <p>En cualquier caso, si las modificaciones de la obra arquitectónica se realizaren sin el consentimiento del autor,</p>

²⁷ Tomado de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-871/10, quien a su vez cita investigación enviada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, al intervenir en el proceso.

<p>modificada y quedará vedado el propietario, para invocar en lo futuro el nombre del autor del proyecto original, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones establecidas en la presente Ley.</p>	<p>éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original.</p>
Paraguay	El Salvador
<p>Ley 1.328 de 1998, Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos:</p> <p>Artículo 75. El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella. Si las modificaciones se realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original.</p>	<p>Decreto 604 de 1993, Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual:</p> <p>Artículo 34: El autor de obras de arquitectura no puede oponerse a las modificaciones que se hicieren necesarias durante la construcción o con posterioridad a ella, pero tendrá preferencia para el estudio y realización de las mismas, salvo pacto en contrario.</p> <p>En cualquier caso, si las modificaciones se realizaren sin el consentimiento del autor, éste podrá repudiar la paternidad de la obra modificada y quedará vedado al propietario invocar para el futuro el nombre del autor del proyecto original, quedando el autor exento de responsabilidad por los desperfectos o fallas que surgieran con motivo de las modificaciones realizadas.</p> <p>Los interesados podrán pactar condiciones diferentes a las establecidas en este artículo.</p>

Pero no se trata sólo de países latinoamericanos. La legislación estadounidense –la *Architectural Works Copyright Protection Act of 1990 (AWCPA)*–, en la Sección 120, literal b), contiene una disposición similar a la colombiana.

Alteraciones a y destrucción de edificios. No obstante las provisiones de la sección 106(2), los dueños de un edificio que encarne una obra arquitectónica podrán, sin el consentimiento del autor o del dueño de los derechos de autor de la obra arquitectónica, hacer o autorizar el que se hagan alteraciones a dicho edificio, y destruir o autorizar la destrucción de dicho edificio²⁸.

²⁸ Traducción es propia.

El único país de los analizados la Corte Constitucional que dispone que el arquitecto puede oponerse a cualquier alteración que modifique estética o funcionalmente su obra, aun tratándose de modificaciones necesarias, es Ecuador²⁹:

Ecuador
<p>Ley 83 de 1998, Ley de Propiedad Intelectual:</p> <p>Artículo 36: El autor de las obras de arquitectura podrá oponerse a las modificaciones que alteren estética o funcionalmente su obra.</p> <p>Para las modificaciones necesarias en el proceso de construcción o con posterioridad a ella, se requiere la simple autorización del arquitecto autor del proyecto, quien no podrá negarse a concederla a no ser que considere que la propuesta modificatoria altere estética o funcionalmente su obra.</p> <p>La adquisición de un proyecto de arquitectura implica el derecho del adquirente para ejecutar la obra proyectada, pero se requiere el consentimiento escrito de su autor en los términos que él señale y de acuerdo con la Ley del ejercicio Profesional de la Arquitectura, para utilizarlo en otras obras.</p>

En suma, Colombia, Chile, México, Honduras, República Dominicana, Estados Unidos y Perú disponen que el autor de obras de arquitectónicas no puede oponerse a que su dueño realice modificaciones a sus creaciones, pero si ello sucediere, puede repudiar la paternidad de la obra modificada. Panamá, Venezuela, Paraguay y el Salvador contienen una disposición similar, pero exigen que la modificación sea “necesaria”. El Ecuador, en cambio, permite que el autor de las obras de arquitectura se oponga a las modificaciones que alteren estética o funcionalmente su obra, incluso, aunque se trate de reformas necesarias.

²⁹ Continuación del cuadro tomado de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-871/10, quien a su vez cita investigación enviada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, al intervenir en el proceso.

CAPÍTULO VII

TITULARIDAD DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA

En los países con régimen jurídico continental sólo los seres humanos que realizan la creación intelectual pueden ser titulares originarios de los derechos de autor porque sólo ellos son capaces, gracias a su imaginación y capacidad creadora, de concebir y desarrollar obras que lleven la impronta de su personalidad.

Las personas jurídicas podrán ser titulares derivados de tales derechos, cuando se produzca una cesión válida de los mismos¹.

El que sólo una persona natural pueda ser la autora de una obra

[e]xcluye la posibilidad de tutelar por el derecho de autor un plano o diseño arquitectónico realizado íntegramente por un dispositivo informático. En cambio, sí son susceptibles de beneficiarse de la protección que dispensa la propiedad intelectual las obras creadas o diseñadas por una persona con la ayuda de un programa informático. En este caso, el ordenador es únicamente una herramienta de trabajo (como la regla o el compás) de la que se sirve el autor para desarrollar su actividad creativa².

En el derecho anglosajón, en cambio, las personas jurídicas sí pueden ser titulares originarios del derecho de autor, pues allí el énfasis se hace en la parte económica de esta figura y no en la personalidad o el “alma” del autor. Por eso se llama el derecho de copia o *copyright*.

¹ Aunque parezca extraño en Colombia hay eventos en los que las personas jurídicas pueden ejercer algunos derechos morales de autor. El artículo 30° de la Ley 23 de 1982 en el Parágrafo 2° dispone que a la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercer el derecho moral de paternidad e integridad y que “[a] falta del autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva”.

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

Derecho Continental - Civil Law	Derecho Anglosajón - Common Law
<i>Droit d'auteur</i> o derecho de autor: énfasis en el autor y su personalidad	<i>Copyright</i> : énfasis en el derecho de copia
Decisión 351 de la CAN, artículo 3° especifica que autor sólo es aquella “persona física que realiza la creación intelectual”.	U.S. Copyright Act, 17 U.S.C. Sección §201 ³ de la ley estadounidense no distingue si el autor es una persona física o jurídica.

Las obras arquitectónicas pueden ser creadas por una sola persona –obra individual–⁴ o por varias. En este último evento nos encontramos ante obras colectivas, obras en colaboración u obras derivadas. Veamos:

1. OBRA COLECTIVA

Las obras colectivas son obras creadas por más de un autor, “pero la iniciativa en la contratación y orientación de la obra está dirigida por una persona natural o jurídica que es la responsable de todo el proceso”⁵. Una obra colectiva tiene las siguientes características:

- Más de un autor interviene en su creación pero la iniciativa para la orientación, publicación y divulgación de la obra está a cargo de una persona natural o jurídica.
- La persona natural o jurídica que coordina la obra es la titular del derecho patrimonial de autor. “Ahora bien no está de más decir que, en materia de derecho de autor, los autores y las empresas pueden contratar como su libre arbitrio lo disponga. Es válido, por ejemplo, un acuerdo de derechos compartidos entre la empresa y los autores”⁶.

La protección del derecho de autor sobre las obras colectivas perdura durante ochenta años contados a partir de la publicación de

³ Estados Unidos: §201.—(a) Initial Ownership.— Copyright in a work protected under this title vests initially in the author or authors of the work. The authors of a joint work are coowners of copyright in the work.

⁴ Colombia, Ley 23 de 1982, artículo 8, lit. b.

⁵ RUBIO TORRES, Felipe, *Propiedad intelectual para la Mipyme*, op. cit., pág. 82.

⁶ *Ibid.*, págs. 82 y 83.

las mismas, si su titular es una persona natural, o de cincuenta años, si su titular es una persona jurídica.

La diferencia entre una obra colectiva y una obra en colaboración en el ámbito de la arquitectura radica en que

[l]as aportaciones creativas de los arquitectos no están hechas en plano de relativa igualdad, sino de subordinación con respecto a un coordinador, que es el que toma la iniciativa de la creación de la obra, asumiendo las responsabilidades derivadas de ello, contrata a los arquitectos, dirige su actividad y coordina las labores de unos y otros, de tal modo que sólo a él pueden adjudicársele los derechos sobre la obra unitaria⁷.

2. OBRA EN COLABORACIÓN

Las obras en colaboración son aquellas que⁸:

- Son producidas, conjuntamente, por dos o más personas naturales en plano de relativa igualdad, sin “jerarquías ni subordinación alguna, aunque la obra de cada uno preexista a la del otro u otros y aunque las cuotas de participación en la obra sean desiguales”⁹.
- Los aportes no pueden ser separados sin alterar la naturaleza de la obra¹⁰.
- Para su explotación “debe contarse con la previa y expresa autorización de todos y cada uno de los autores. El asunto es cómo entienden todos la explotación o utilización que se va a hacer de la obra. Por ejemplo, se pueden generar inconvenientes por falta de consenso”¹¹.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

⁸ Colombia, Ley 23 de 1982, Artículo 8 lit. c).

⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit., menciona la SAP de Madrid, de 18/5/2000 e insiste en “que las aportaciones deben ser creativas, no bastando, para ser considerado coautor, una colaboración mecánica, administrativa o comercial, por útiles que sean estas tareas para la obra y su explotación”.

¹⁰ Colombia, Ley 23 de 1982, artículo. 18.

¹¹ RUBIO TORRES, Felipe, op. cit., pág. 82.

Una obra arquitectónica en colaboración es la que ha sido creada por

[v]arios arquitectos que han contribuido creativamente, en plano de relativa igualdad, a su realización. La colaboración puede consistir tanto en la realización por parte de cada uno de aportaciones distinguibles, que se ponen en común para alcanzar el resultado unitario buscado, como en la creación conjunta de la obra a través de contribuciones inseparables. Sea como fuere, lo importante es que exista un acuerdo de colaboración y una efectiva contribución, original y principal (no meramente accesoria), a la realización de la obra común¹².

En la práctica, una obra arquitectónica en colaboración se presenta cuando por su propia voluntad –sin coordinación de un tercero–, un arquitecto diseña la estructura básica exterior de un inmueble, es decir, el esqueleto, y el otro diseña el revestimiento y las ventanas. “Observamos que las aportaciones en este caso son distinguibles, pero resultan inseparables por carecer de todo sentido y valor las unas sin las otras”¹³.

En Colombia existe una disposición algo confusa según la cual cada uno de “los colaboradores” puede disponer libremente de la parte con que contribuyó a menos que se haya pactado lo contrario¹⁴. La crítica radica precisamente en que en la definición de obra en colaboración el legislador señala que se trata de obras en las cuáles los aportes no pueden ser separados sin alterar su naturaleza. En el caso de la obra de arquitectura, ¿quiere esto decir que quien diseña las ventanas las puede vender de manera independiente de quien hace el diseño de la estructura del edificio, a menos que se haya pactado la indivisión?

Creemos que tratándose de una obra en colaboración la regla debió haber quedado redactada al revés –si los colaboradores no dicen nada se presume la indivisión– pues decíamos que una de las principales características de tales obras es que los aportes no pueden ser separados sin alterar la naturaleza de la obra en colaboración.

¹² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

¹³ BERCOVITZ y otros, *Manual de propiedad intelectual*, op. cit., pág. 76.

¹⁴ “Para que haya colaboración no basta que la obra sea trabajo de varios colaboradores; es preciso además que la titularidad del derecho de autor no pueda dividirse sin alterar la naturaleza de la obra. Ninguno de los colaboradores podrá disponer libremente de la parte con que contribuyó; cuando así se hubiere estipulado expresamente al iniciarse la obra común”. Ley 23 de 1982, artículo 18.

Otro de los problemas que pueden generar las obras arquitectónicas en colaboración consiste en que se pueden confundir con obras derivadas o con obras colectivas cuando se construyen por etapas.

Si los distintos arquitectos han estado de acuerdo en realizar en común una obra arquitectónica, y han articulado el trabajo en distintas fases, encargándose cada uno de una de ellas, pero siempre en el ámbito de un plan unitario, estaremos ante una obra en colaboración. Por el contrario, si no existe ese acuerdo de colaboración, si en la mente del arquitecto de la primera fase no estaba la idea de que la segunda fase la hiciera ese otro arquitecto en particular, se tratará de una obra derivada. La dificultad práctica estriba, lógicamente, en poder probar si existía o no esa voluntad de alcanzar un resultado común¹⁵.

El asunto radica en poder probar, en un evento dado, si entre las partes existía o no esa voluntad desde el principio de alcanzar un resultado común. Para los casos en que no es posible determinar si hay o no acuerdo previo, una corte española optó por considerar que la regla es que se trata de una obra en colaboración¹⁶. En Colombia no conocemos casos que hayan llegado a los estrados judiciales por ese motivo pero es mejor decir desde ya que no se aconseja hacer obras en colaboración a menos que exista confianza total entre las partes, por los problemas de administración que genera.

En la práctica otra gran dificultad se presenta para calificar una obra arquitectónica como colectiva o en colaboración en aquellos casos en los que ha sido creada por varios arquitectos contratados por un tercero. ¿Se trata de una obra colectiva, o de una obra en colaboración hecha por encargo?

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

¹⁶ “La Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de febrero de 2000 parece decantarse por la calificación como obra en coautoría, lo que ciertamente es discutible. Señala, en efecto: Resta por saber quién es el verdadero autor de la obra en el caso que nos ocupa, y ello por cuanto que de una parte ha resultado probado que el querellado señor Antonio Pedro C. G. realizó los esbozos y dibujos de la casa en cuestión, realizando la delineación del proyecto de la estructura, el cual fue aportado al querellante por medio de soporte informático. Mientras que de otra parte, el querellante se encargó, y ello también ha sido probado, de realizar la dirección técnica y el proyecto de ejecución. Lo anterior supone no poder delimitar ahora con exactitud la propiedad estricta de la obra intelectual, y, por ende deberá ser entendido que nos encontramos ante lo que jurídicamente se denomina coautoría de la obra intelectual”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

En España la respuesta

[d]ependerá del grado de subordinación de los arquitectos con respecto al tercero y de quién aparezca en la obra como su autor, tal y como señaló la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2005. Esta resolución calificó como obra en colaboración, y no colectiva, el proyecto arquitectónico realizado por varios arquitectos en un plano de relativa igualdad y firmado por todos ellos, por más que la iniciativa partiera de un estudio de arquitectura fundado en su momento por dos de los arquitectos implicados y que se hubiera realizado a partir de ideas y estudios propios de uno de ellos. Según esta sentencia, para que el proyecto constituyera una obra colectiva habría sido necesario probar la subordinación de los arquitectos al estudio¹⁷.

En Colombia tampoco no se han presentado casos pero por la legislación que hemos reseñado la respuesta podría ser similar. En todo caso por la naturaleza de las obras en colaboración lo mejor es que los derechos y obligaciones de cada uno queden claramente pactados desde el principio para evitar depender de las interpretaciones de la norma.

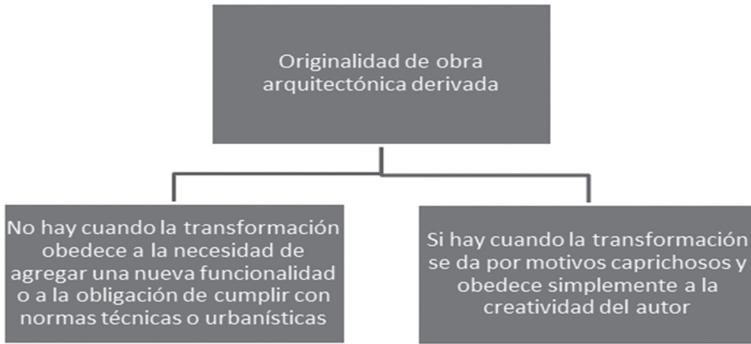
3. OBRA DERIVADA

Una obra derivada no es una copia sino una variación, en mayor o menor medida, de una obra preexistente. De estas obras hablamos cuando nos referimos al derecho patrimonial de transformación pero cuando se trata de una obra arquitectónica derivada hay que notar que el requisito de la originalidad tiene ciertas connotaciones particulares. En efecto, si la transformación no es puramente estética o discrecional sino que obedece a la necesidad de dar una nueva funcionalidad o cumplir con normas técnicas de urbanismo en una construcción entonces no se puede hablar de originalidad en la transformación y por tanto, tampoco de obra derivada.

Quando la transformación de la obra originaria sea producto de elementos necesarios que se den por la funcionalidad, la naturaleza o normas técnicas o de urbanismo, no se estaría en frente de una obra derivada. Esto es muy común cuando el constructor es diferente del que hace los planos, ya que en

¹⁷ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

el proceso de construcción se podría transformar la obra inicial con miras a cumplir con los elementos necesarios que se citaron. Por el contrario, si la transformación es caprichosa y, por lo tanto, tiene impresa una actividad creativa, sí estaríamos hablando de una obra derivada protegible por el derecho de autor¹⁸.



Fuente: Elaboración propia

El derecho de autor sobre la obra derivada de quien obtuvo autorización del creador original para la transformación o que trabajó sobre una obra que estaba en el dominio público corresponde a su autor. Esta persona lo puede explotar libremente –si la obra preexistente estaba en el dominio público– o de acuerdo con los términos del acuerdo donde se le autorizó la transformación. Si quien da la autorización para elaborar una obra derivada a partir de la obra preexistente de la cual es titular no dice nada, se entenderá que se le han cedido los derechos necesarios para poder explotar su obra

[i]ncluso si no se cedieran expresamente los derechos necesarios para poder explotar la obra derivada, concedida la autorización para transformar la obra preexistente y crear una obra nueva a partir de ella, deberían entenderse cedidos asimismo aquellos derechos patrimoniales imprescindibles para poder utilizar la obra derivada de acuerdo con la finalidad del contrato de transformación¹⁹.

¹⁸ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 121-IP-2013.

¹⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit. Personalmente considero que la misma regla opera en Colombia debido a que el artículo 1603 del Código Civil establece que “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que

Este tipo de obras fueron objeto de análisis cuando se trató el derecho patrimonial de transformación.

4. OBRAS REALIZADAS POR FUNCIONARIO PÚBLICO Y OBRAS REALIZADAS CON RECURSOS DEL PRESUPUESTO NACIONAL COLOMBIANO

Cuando un funcionario público ejecuta una obra literaria, científica o artística en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales o legales como funcionario del Estado, los derechos patrimoniales de esa obra son automáticamente de propiedad de la entidad pública correspondiente²⁰. Así está previsto en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982 colombiana, norma de carácter imperativo que, según la Dirección Nacional de Derechos de Autor, establece una presunción de derecho –no admite prueba en contrario–²¹.

En otras palabras, las obras creadas por un servidor público –empleado público o trabajador oficial–²², en el marco de las obligaciones constitucionales o legales a su cargo, tendrán como titular de los derechos morales de autor a la persona natural –servidor público– que las creó y como titular de los derechos patrimoniales de autor, a la entidad estatal para la cual el servidor público, creador de la obra, trabaja.

Ejemplos de obras creadas por servidores públicos en el marco de sus funciones constitucionales o legales son los conceptos, estudios,

en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

²⁰ El artículo 91 de la Ley 23 de 1982 colombiana 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 de autor serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas”.

²¹ Colombia, Dirección Nacional de Derechos de Autor, Concepto Rad. número 1-2007-13593.

²² “Es claro que este artículo se hace efectivo tanto para los empleados públicos como para los trabajadores oficiales pues se considera que las dos figuras hacen parte de los llamados servidores públicos”. Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 feb. 2016]. Disponible en <http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/2-2009-13003.pdf>

informes, mapas, planos, croquis y fotografías que cada entidad está encargada de realizar²³.

Tales obras hacen parte del patrimonio del Estado en la categoría de bienes fiscales y no como bienes de dominio público.

[L]as obras artísticas o literarias, cuyo titular es el Estado (bien sea por que han sido elaboradas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones legales o constituciones, o porque fueron adquiridas por el Estado, a través de un negocio jurídico) no son de dominio público, por el contrario son bienes inmateriales que conforman el patrimonio del Estado bajo la categoría de bienes fiscales. Por tal razón, cualquier uso de estas obras debe contar con la previa y expresa autorización de la entidad estatal correspondiente, so pena de que tal utilización sea calificada civil o penalmente como violatoria del régimen del derecho de autor²⁴.

Además, en el caso de los derechos de propiedad intelectual sobre los proyectos de ciencia, tecnología e innovación financiados con recursos del presupuesto nacional, la ley colombiana prevé que el Estado los deberá ceder a los investigadores salvo que existan motivos de seguridad y defensa nacional que lo desaconsejen²⁵.

5. TESIS DE GRADO

¿Quién tiene el derecho de autor sobre una tesis, monografía o trabajo de grado? En principio el estudiante es el titular de los derechos morales y patrimoniales de autor sobre los trabajos de grado, monografías, tesis e investigaciones que cumplan con los requisitos para estar amparadas por el derecho de autor y que elabore mientras esté inscrito en una institución educativa.

²³ Colombia, Dirección Nacional de Derechos de Autor, Circular 7° de 2002

²⁴ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Circular conjunta de 2006.

²⁵ Ley 1450 de 2011, artículo 31: “Derechos de propiedad intelectual de proyectos de investigación financiados con recursos del presupuesto nacional. En el caso de proyectos de ciencia, tecnología e innovación adelantados con recursos del presupuesto nacional, el Estado, salvo motivos de seguridad y defensa nacional, cederá a las Partes del Proyecto los derechos de propiedad intelectual que le puedan corresponder, según se establezca en el contrato.

Las partes del proyecto definirán entre ellas la titularidad de los derechos de propiedad intelectual derivados de los resultados de la ejecución de los recursos del presupuesto nacional”.

El profesor o director del trabajo carece de derechos de autor sobre tales obras debido a que su misión generalmente es dirigir la investigación del estudiante pero no plasmar los resultados en un documento²⁶. Sin embargo, es preciso analizar cada caso en concreto pues hay ocasiones donde la injerencia de profesor es tal que se puede calificar como coautor y por consiguiente, podríamos estar hablando de una obra en colaboración.

Si el estudiante es el titular del derecho patrimonial y moral de autor entonces es él y no la Universidad, quien está facultado para disponer de ella. “No son válidas las cláusulas de los reglamentos universitarios que establezcan cesiones previas de derechos de autor, o licencias de uso, sobre las obras (trabajos de grado) a favor de la universidad pues no cuentan con la voluntad expresa del autor”.

Esto significa que la “Universidad no podrá utilizar o publicar una tesis de grado sin la respectiva autorización del autor (estudiante) o titular de los derechos, salvo que haya adquirido los derechos patrimoniales de dicha obra por cualquiera de las formas de transferencia existentes en la ley”²⁷, siendo la más común de ellas un documento escrito de cesión expresa por parte del autor.

Por lo demás, el documento de cesión debe ser muy preciso pues recordemos que cada uno de los derechos patrimoniales de autor opera de manera independiente y que la cesión de uno –por ejemplo el del derecho de reproducción en un medio específico– no implica la cesión del derecho de reproducción en general. Un caso ocurrido en Estados Unidos ilustra este punto. El autor cedió a una editorial el derecho de reproducir su obra en papel. Posteriormente el autor cedió a otra editorial el derecho a reproducir su obra en Internet como un *ebook*. La Corte consideró que la segunda transacción era válida

²⁶ “El autor único y exclusivo del trabajo de tesis será el estudiante que organizó, recaudó y plasmó toda la información recopilada, incluidas las directrices e ideas planteadas por el director de tesis. Así, cuando este proporciona y presenta diferentes opciones al estudiante o corrige dicho trabajo, no hace otra cosa que cumplir con una obligación que le ha encomendado el centro educativo al cual pertenece, sin que por este solo hecho pueda ser considerado autor de la obra”. Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 feb. 2016]. Disponible en <http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/2-2009-13003.pdf>

²⁷ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 feb. 2016]. Disponible en <http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2012-61651.pdf>

porque el derecho a imprimir, publicar y vender un trabajo en forma de libro no implica el derecho a publicar la obra como un *ebook*²⁸.

Finalmente no hay que olvidar que cualquier contrato relacionado con el derecho de autor debe registrarse ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

²⁸ Estados Unidos, Random House, Inc, Inc. V. Rosetta Books, LLC, 150F. Supp. 2d 613 (S.D.N.Y. 2001)

CAPÍTULO VIII

TRANSFERENCIA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

Todas las personas son libres de disponer de sus bienes, incluidos los intelectuales, de manera gratuita u onerosa, total o parcial. Los derechos patrimoniales de autor—los morales no se transfieren pues son intransferibles e irrenunciables— se pueden transferir de varias formas:

1. CONTRATO DE CESIÓN

Se trata de un contrato mediante el cual el titular del derecho patrimonial cede sus derechos a otro generalmente a cambio de una contraprestación. La ley colombiana establece las siguientes reglas¹:

- 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.
- Las partes deben fijar las condiciones de tiempo de la cesión pero si no lo hacen la ley presume que la transferencia opera por un lapso de cinco (5) años.
- Las partes deben acordar un límite territorial para la cesión pero si no lo hacen, la ley limita la cesión de derechos al país en el que se realice la transferencia.
- Todo acto por el cual se enajene, transfiera, ceda, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique ceder la exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

¹ Colombia, Ley 1450 de 2011, artículo 30.

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

Esta regulación se encuentra en la Ley 1450 de 2011, norma que constituye un gran avance para la legislación nacional, si se tiene en cuenta que hasta su expedición regía el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, norma que exigía que la cesión debía constar en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario pues de lo contrario era nula. Hoy en día, para que la cesión sea válida, solo se exige que el contrato conste por escrito, pero no se requiere la intervención del Notario Público.

Las reglas sobre la cesión recién mencionadas merecen varios comentarios:

1. Toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable su producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir *es inexistente*, al tenor del inciso 3° del artículo 30 de la Ley 1450 de 2011 que modificó el artículo 183 de la Ley 23 de 1982. La sanción de inexistencia que se prevé aquí es más gravosa jurídicamente que la de nulidad pues lo que es nulo existe y es válido hasta que es anulado—la nulidad se debe declarar— en cambio lo inexistente se presume que nunca existió y no requiere declaración.

Básicamente lo que es inexistente según la norma colombiana es:

- Toda cláusula en la que un autor transfiera de modo general su producción futura.
- Toda cláusula en la que un autor transfiera de modo indeterminado su producción futura.
- Toda cláusula en la que el autor se obligue a restringir su producción intelectual.
- Toda cláusula en la que un autor se obligue a no producir o a no crear.
- Cualquier combinación de las anteriores.

Al respecto hay autores que opinan que sería inexistente una estipulación en la que el autor se comprometiera a no crear obra alguna en el futuro pero sería válida una cláusula en la que el arquitecto asumiera la obligación de no competir con un promotor o con otro arquitecto en un lugar y por un período de tiempo determinados². Esto puede ser cierto si consideramos que una cláusula así no es indeterminada pero puede ser riesgosa, si tenemos en cuenta que esa previsión de alguna manera ‘restringe la producción intelectual’, situación también prohibida por la norma colombiana.

Por otro lado, una disposición en la que una de las partes se obliga a no competir en un lugar y un tiempo determinado, conocida como cláusula accesoria de no competencia, si bien no se considera *prima facie* restrictiva, puede llegar a serlo según el efecto anticompetitivo que tenga en el mercado. Las autoridades analizan tales cláusulas a la luz de los siguientes factores³:

- El tamaño del mercado relevante.
- El número de oferentes.
- El nivel de participación de las partes involucradas en el mercado,
- Si con las estipulaciones pactadas se vulnera o no el interés económico general.

2. La cesión de derechos puede o no ser exclusiva. La cesión exclusiva debe ser expresa y

[a]tribuye al cesionario, dentro del ámbito de aquélla, la facultad de explotar la obra con exclusión de otra persona, comprendido el propio cedente, y, salvo pacto en contrario, las de otorgar autorizaciones no exclusivas a terceros. Asimismo, le confiere legitimación con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan concedido⁴.

² En España existe una disposición similar sólo que allí la sanción es la nulidad y no la inexistencia. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

³ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 46325, agosto 31/10.

⁴ España, Ley de Propiedad Intelectual, artículo 48.1.

La cesión no exclusiva es una mera autorización por la que el cesionario “queda facultado para utilizar la obra de acuerdo con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el propio cedente”⁵.

3. En Colombia los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella (Código Civil, artículo 1603). Es lo que se conoce como el principio de la buena fe. En lo que atañe a contratos relacionados con obras de arquitectura en el país no ha habido desarrollos de esta norma pero en España, que tiene una disposición similar, se ha establecido que en virtud del principio de la buena fe la cesión de una obra arquitectónica implica para el cesionario (el que recibe la cesión) la obligación de actuar con diligencia. Por consiguiente, si el arquitecto cede en exclusiva a un promotor el derecho a construir la obra arquitectónica por él diseñada, éste estaría obligado a promover la ejecución de esa obra, pudiendo el arquitecto resolver el contrato si dentro del plazo estipulado, o en aquel que los tribunales consideraran razonable (art. 1128 del Código Civil), el promotor no iniciara o terminara la construcción⁶.

2. OBRAS EN CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS O DE UN CONTRATO DE TRABAJO

En las obras creadas 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 de autor; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra se ceden al encargante o al empleador. Se trata de una presunción legal –se puede probar lo contrario–, que se encuentra contenida en el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011⁷. Esta norma tiene dos

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

⁶ *Ibíd.*

⁷ El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 quedará así: “En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un

particularidades: exige que los contratos mencionados consten por escrito y sólo se aplica a las obras protegidas por el derecho de autor que hayan sido creadas por el trabajador o mandatario en el marco de las actividades habituales del contrato.

Esta previsión genera varias preguntas: ¿Cómo se determina si una obra se realiza en el marco de las actividades habituales de un contrato?, es más, ¿cómo se establece la época de creación de una obra?. Para la primera pregunta la respuesta es obvia: es necesario acudir al texto del contrato de prestación de servicios o de trabajo donde se estipulan las obligaciones de las partes o incluso, al perfil del cargo que tenga la compañía. En cuanto a la segunda, consideramos que la respuesta puede ser más compleja. En España la doctrina ha dicho que el momento en que se crea la obra es aquél en el cual el autor la entrega terminada a su empleador o contratante

[s]i la empresa contratante es un estudio de arquitectura para el que el arquitecto asalariado realiza proyectos arquitectónicos, podrá aquella utilizar la obra para cualquier actividad que viniera desarrollando en el momento de su entrega (por ejemplo, autorizar a un promotor la ejecución de la obra proyectada, incluir planos extraídos de la obra en folletos publicitarios o en la web promocional de la empresa, derivar nuevos proyectos de ella, etc., siempre que se tratara, insisto, de actividades que ya viniera realizando la empresa en el momento de la entrega de la obra por parte de su autor).

Si el empresario es un promotor, los derechos presuntamente cedidos tendrán probablemente un alcance menor. Serán, como regla general, los necesarios para ejecutar la obra proyectada y, en su caso, promocionar su venta o alquiler total o parcial. Para otras modalidades de explotación, será preciso el consentimiento del autor⁸.

Una norma similar al artículo 28 de la Ley 1450 de 2011 opera en Colombia para la transferencia de la propiedad industrial –marcas,

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”.

⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

patentes, diseños industriales, modelos de utilidad y otros—⁹ que surja durante la ejecución de un contrato de prestación de servicios o de trabajo.

El artículo 29 de la Ley 1450 de 2011 establece que

Salvo pacto en contrario, los derechos de propiedad industrial generados en virtud de un contrato de prestación de servicios o de trabajo se presumen transferidos a favor del contratante o del empleador respectivamente. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato respectivo conste por escrito.

En todo caso el tema de la titularidad del derecho de autor es relevante cuando se analiza la competencia para perseguir violaciones al derecho moral de autor. En efecto, el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011¹⁰ estipula que el empleador o el contratante en el contrato de prestación de servicios que sea el titular del derecho de autor podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales de autor, informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones.

3. ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE AUTOR POR TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA*

Los derechos de autor se transfieren por causa de muerte siguiendo las reglas establecidas en el derecho de sucesiones. Primero hay que verificar si el autor dejó testamento válido o no, si hay herederos forzosos como hijos o no, si hay acuerdo entre los herederos o no. Las características de la transmisión *mortis causa* de derechos patrimoniales de autor han sido expuestas por el Tribunal Andino de Justicia así¹¹:

- La transferencia del derecho a los herederos u sucesores impide que terceros usurpen o mutilen las creaciones.
- Los causahabientes del autor tienen el derecho de divulgación, a menos que la norma legal disponga lo contrario

⁹ Colombia, Código de Comercio, artículo 539.

¹⁰ Colombia, Ley 1450 de 2011, artículo 28. Propiedad intelectual obras en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo.

¹¹ Tribunal Andino de Justicia. Proceso 39IP-99, citado.

o que el autor haya prohibido su conocimiento al público después de la muerte.

- Los únicos que se encuentran autorizados para realizar transformaciones de la obra son los herederos, salvo que el creador lo haya prohibido en vida o que la transformación atente contra el decoro del autor o el valor cultural de la obra.

La legislación colombiana sobre derechos de autor incluye una disposición interesante que no tienen otros países, según la cual, a la muerte del autor, corresponde a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio del derecho moral a la paternidad e integridad de la obra y, a falta de cónyuge o herederos consanguíneos, su ejercicio corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva¹².

4. CONCURSOS

Los concursos permiten a los arquitectos y otros artistas dar a conocer su talento pero limitan las creaciones en dos sentidos: uno, imponiendo reglas sobre el contenido de la obra y dos, obligando a veces a quienes concursan a ceder los derechos de propiedad intelectual por el simple hecho de concursar.

[I]as bases de estos concursos suelen abordar de alguna manera la cesión de derechos de propiedad intelectual al convocante. Dependiendo del tipo de concurso, las bases relativas a la cesión de derechos tendrán uno u otro contenido. Así, es posible que se prevea la cesión no exclusiva del derecho de exposición pública de los planos o proyectos presentados durante un período de tiempo, anterior o posterior a la decisión del jurado. O que se establezca cuáles son los derechos de explotación que se cederán a la entidad en el caso de que el proyecto resulte seleccionado, y qué remuneración recibirá a cambio el autor. En estos casos, se entenderá que los autores que presentan sus proyectos al concurso aceptan sus bases y, por tanto, aceptan la cesión de sus derechos de propiedad intelectual en los términos establecidos por éstas, siempre que antes de presentar sus candidaturas hubieran tenido la oportunidad real de conocer y entender dichas bases¹³.

¹² Colombia, Ley 23 de 1982, artículo 30.

¹³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “*Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*”, op. cit.

Precisamente una de las críticas más importantes a los concursos radica en la ambigüedad en que a menudo son redactadas las bases de participación, lo cual perjudica a todos: a los autores pues no conocen las claramente obligaciones que adquieren –si es que las adquieren– y a los organizadores, pues invierten un dinero en un concurso cuyas bases pueden ser declaradas nulas o inexistentes y perder su inversión.

Y es que si se mira bien las bases de los concursos son típicos contratos de adhesión, los cuales en la mayoría de las legislaciones deben interpretarse a favor del adherente –concurante– por ser la parte débil de la relación, o al menos, la que no puede negociar¹⁴.

Lo que puede resultar un poco difícil es el reclamo judicial. Para el caso de concursos de arquitectura en España la nulidad para las cláusulas abusivas sólo la pueden solicitar los consumidores y es difícil sostener que un concursante es un consumidor:

Aquellas bases del concurso que resulten desproporcionadas en perjuicio de los concursantes deben reputarse abusivas y, por ende, nulas. Entre estas bases se incluiría, por ejemplo, la cesión de derechos de propiedad intelectual por parte de los concursantes que no fueran agraciados sin recibir nada a cambio. Sin embargo, no puede pasarse por alto que el control de contenido de las condiciones generales de la contratación, que permite anular aquellas que sean abusivas, está previsto por nuestra legislación únicamente para proteger a los consumidores y usuarios. Y es evidente que los arquitectos que se presentan a un concurso para la adjudicación de una obra, o para la cesión de derechos de propiedad intelectual, no actúan como consumidores o usuarios, sino como empresarios o profesionales¹⁵.

En Colombia ocurre una situación similar. El Estatuto del Consumidor –Ley 1480 de 2011– define los contratos de adhesión y exige que éstos informen al adherente, de manera suficiente, anticipada y expresa, todas sus condiciones. Es más, la norma ordena que todos los contratos de adhesión que se suscriban en Colombia se redacten en castellano, en caracteres legibles a simple vista, sin incluir

¹⁴ Las condiciones generales de un contrato por adhesión deben interpretarse a favor del adherente debido al principio de buena fe en la celebración de contratos consagrado en el artículo 871 del Código de Comercio. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 11001310301420010148901, dic. 14/11.

¹⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

espacios en blanco. Cualquier condición que no reúna los requisitos mencionados será ineficaz y se tendrá por no escrita.

Como se observa, se trata de una norma tendiente a cobijar a la parte débil de la relación contractual. El problema radica en que sus destinatarios son, de un lado, los productores y proveedores de bienes y servicios, y del otro, los consumidores. No sabríamos como asimilar un participante en un concurso de arquitectura a un consumidor.

En consecuencia, la única opción para un participante en un concurso de arquitectura en el cual se presente una cláusula abusiva sería acudir a la figura de enriquecimiento sin causa, que en la práctica, al menos en Colombia, puede significar un engorroso proceso judicial.

Otra de las discusiones que se presentan en los concursos es la de la posibilidad de la divulgación de la obra por parte de los convocantes, si es que en las bases del concurso no se ha tratado expresamente el asunto. Digamos desde ya que ni en España¹⁶ ni en Colombia la mera presentación de un proyecto a un concurso entraña automáticamente la autorización para la divulgación al público de las obras presentadas¹⁷. Por consiguiente, si llega a suceder que alguien diferente del jurado se refiera a la obra, incluso ejerciendo el derecho de cita o el ejercicio del periodismo, podría haber una infracción al derecho de autor del concursante.

La recomendación es redactar las bases de los concursos de manera completa y clara, y verificar que los concursantes tengan la oportunidad real de conocer y entender dichas bases antes de presentar sus candidaturas.

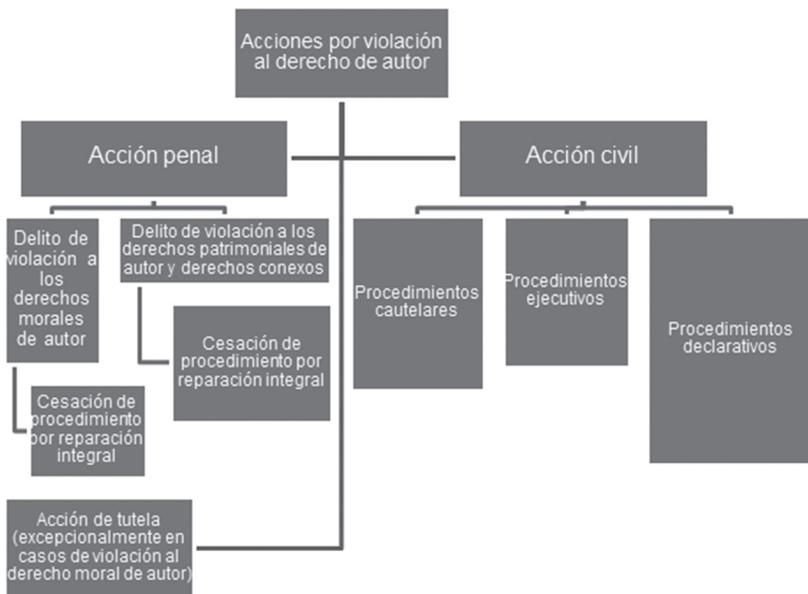
¹⁶ “Esto es así porque sólo hay divulgación, de acuerdo con el art. 4 TRLPI, cuando con el consentimiento del autor la obra se hace por primera vez accesible al público en cualquier forma. Y el jurado de un concurso de este tipo, como regla general, no es el público, sino un número reducido de personas. Como la obra no está divulgada, no está sometida a los límites a los derechos de autor establecidos por los arts. 31 y siguientes del TRLPI, de modo que no podrá ser objeto de cita o copia privada sin el consentimiento de su autor”. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*, op. cit.

¹⁷ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 3. A los efectos de esta Decisión se entiende por: (...) Divulgación: Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

CAPÍTULO IX

ACCIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

La defensa del derecho de autor procede de varias formas: penal, civil y excepcionalmente la acción de tutela. El siguiente cuadro resume las posibilidades¹:



Fuente: Elaboración propia

1. ACCIÓN PENAL

La legislación colombiana contempla tres delitos: *a)* violación a los derechos morales de autor; *b)* violación a los derechos patrimoniales de

¹ TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 379.

autor y derechos conexos; y c) violación a los mecanismos de protección de derecho de autor, derechos conexos y otras defraudaciones, en los artículos 270, 271 y 272 del Código Penal. Todas esas conductas están sancionadas con multas y pena de prisión.

Para iniciar una acción penal se debe acudir ante la Unidad Nacional Especializada en Delitos contra la Propiedad Intelectual y las Telecomunicaciones, de la Fiscalía General de la Nación.

Cualquier persona puede interponer una acción penal. “De conformidad con el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, los delitos por violación de los derechos de autor no requieren querrela de parte, lo que significa que si usted tiene conocimiento de la comisión de un hecho punible, está en el deber de denunciar en los términos del artículo 67 *Ibídem*”².

Las acciones penales por violación al derecho moral de autor prescriben en cinco (5) años y las violaciones a los derechos patrimoniales de autor prescriben a los ocho (8) años³.

2. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La ley colombiana prevé la posibilidad de que la persona culpable de un delito contra los derechos de autor obtenga una cesación del procedimiento si repara a la víctima de manera integral. En efecto, el Código de Procedimiento Penal colombiano, en su artículo 42, dispone:

Artículo 42. Indemnización integral. “(...) en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico *cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes*, la acción penal se extinguirá para todos los sindicatos cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado. (...) La reparación integral se efectuará con base en el avalúo que de los perjuicios haga un perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

² Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 feb. 2016]. Disponible en < http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2011-61025.pdf>

³ Colombia, Código Penal, artículo 83, 270 y 271.

La parte que aparece en cursiva fue declarada contraria a la Constitución por la Corte bajo el entendido de que los jueces penales deben respetar el acuerdo entre los particulares inclusive en el caso en que consideren que con la indemnización ofrecida no se de una reparación plena del daño⁴.

3. ACCIÓN CIVIL

Las acciones civiles, a diferencia de las penales, buscan resarcir económicamente a la víctima de la infracción al derecho de autor. No se trata tanto de que se condene al culpable a una pena de prisión sino que se alivie la pérdida económica del titular afectado⁵.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, con fundamento en el artículo 242 y siguientes de la Ley 23 de 1982, explica que existen tres mecanismos para ejercer las acciones civiles⁶: los procedimientos cautelares –dirigidos al secuestro preventivo o suspensión de la obra–, los procesos ejecutivos –tendientes al cumplimiento de una prestación relacionada con un acto o un hecho vinculados al derecho de autor– y los procesos declarativos –persiguen que se declare judicialmente la existencia de un derecho–. De ellas conoce la jurisdicción ordinaria y eventualmente la contencioso administrativa.

La acción ordinaria prescribe a los diez (10) años de no haber ejercitado la acción; mientras que la acción ejecutiva, que se ejerce cuando hay una obligación clara, expresa y exigible, prescribe a los cinco (5) años⁷.

⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-1062 de 2002. Citada en: TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 380.

⁵ TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 382.

⁶ Colombia, Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto 1-2014-19517.

⁷ “Es una regla general del procedimiento civil que el término de prescripción empieza a correr desde el momento en que se ocasiona la infracción o –en su caso– desde el momento en que el autor o titular del derecho correspondiente tienen conocimiento de la infracción. Tratándose de infracciones que tienen continuidad en el tiempo –como sucede en muchos casos de infracción al derecho de autor y conexas–, el término de la prescripción implica que sólo se pueden reconocer los perjuicios ocasionados dentro de los diez (10) años anteriores a la presentación de la demanda”. Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 feb. 2016]. Disponible en <http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/2-2010-48005.pdf>

4. ACCIÓN DE TUTELA

Por regla general los derechos patrimoniales de autor no pueden ser exigidos mediante el mecanismo de acción de tutela, habida cuenta de que no se trata de derechos de rango fundamental. Solo excepcionalmente procede la tutela para exigir el respeto del derecho moral de autor⁸.

5. LA PRUEBA DE LA INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR

Para demostrar una infracción a los derechos de autor se deben seguir los siguientes pasos⁹:

- Probar la titularidad del derecho de autor¹⁰. La legislación presume que es titular de una obra la persona cuyo nombre, seudónimo u otro signo que la identifique aparezca indicado en ella¹¹. Si no fuere ese el caso, la titularidad también se puede demostrar a partir de un certificado de registro de la obra en la oficina nacional competente de cada país. Otra opción para demostrar la titularidad es hacer uso de una declaración juramentada, un testimonio o cualquier otro medio de prueba consagrado en la ley nacional.
- Identificar los elementos que han sido objeto de reproducción no autorizada por parte del demandado y presentar evidencia del plagio.

⁸ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-409 de 1998.

⁹ TOBÓN y VARELA, op. cit., pág. 382.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ Decisión Andina 351/93, artículo 8°.

CAPÍTULO X

CONTRATOS, MARCAS, PATENTES, DISEÑOS INDUSTRIALES, SECRETOS EMPRESARIALES: UNA ESTRATEGIA INTEGRAL

A veces se cree que para proteger la propiedad intelectual sobre una obra arquitectónica lo fundamental es registrar el derecho de autor –si es que lo hay– y se olvida que las batallas para la defensa de estos intangibles se pueden dar de otras formas, por ejemplo, mediante el diseño de una política coherente de protección de los secretos empresariales en una empresa, la redacción adecuada de los contratos que se suscriben en el marco de la realización de la obra arquitectónica o la obtención de una patente sobre un producto o procedimiento aplicado a la obra que resulte nuevo, novedoso y con aplicación industrial.

Es más, inclusive si no se adopta ninguna de estas estrategias, al final, según las circunstancias del caso, cabe la posibilidad de acudir a una demanda por competencia desleal. En este capítulo vamos a revisar esos temas.

1. CONTRATOS

En el quehacer diario de un arquitecto son múltiples los contratos que se suscriben¹. A continuación vamos a hacer un análisis de algunos de ellos para extraer lo más representativo para el área de la propiedad intelectual.

¹ Tantos, que el *American Institute of Architects (AIA)* publica en Internet más de cien modelos estándar de contratos que suscriben en los arquitectos en Estados Unidos. Para más información ver: www.aia.org.

1.1. CONTRATO DE TRABAJO

Un contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades donde concurren los siguientes elementos²: actividad personal de un trabajador, subordinación o dependencia continúa de ese trabajador y un salario como retribución por el servicio.

En Colombia el contrato de trabajo no tiene que constar por escrito. Basta con que se presenten todos los elementos anteriormente señalados para que el contrato exista y las partes queden sometidas a las regulaciones del Código Sustantivo del Trabajo. De ahí que la doctrina haya llamado al contrato de trabajo “contrato realidad” pues en él prevalece la realidad sobre las formas.

Sin embargo, si se trata de contratar a alguien para que cree, diseñe o desarrolle obras relacionadas con la propiedad intelectual, como obras arquitectónicas, lo más recomendable es redactar un contrato de trabajo donde cada una de las partes especifique sus derechos y obligaciones. Después de todo, un contrato de trabajo por escrito puede servir tanto a empleador como a trabajador como referencia constante de los términos del acuerdo y por qué no, como medio de prueba en caso de presentarse algún conflicto.

En lo que respecta a obras creadas en cumplimiento de un contrato escrito de trabajo la ley colombiana presume, salvo pacto en contrario, que el empleado transfiere automáticamente a su empleador, los derechos patrimoniales de autor sobre la obra que desarrolle en el marco de las actividades habituales que demanda el contrato³.

En lo que atañe a la propiedad industrial opera una norma similar: toda invención o descubrimiento realizado por el trabajador o mandatario contratado para investigar pertenece al empleador o mandante, salvo pacto en contrario⁴.

² Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, artículo 23, subrogado por Ley 50/90, artículo 1º.

³ Colombia, Ley 1450/11. Artículo 28.

⁴ Colombia, Código de Comercio, artículo 539: “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 la realiza mediante datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada. En este caso el trabajador tendrá derecho a una compensación que se fijará de acuerdo al monto del salario, la importancia de

No obstante tal presunción, en la práctica los empleadores incluyen en los contratos de trabajo todo tipo de cláusulas mediante las cuales se reafirma lo que la ley presume.

También agregan al contrato otro tipo de previsiones: la cláusula sobre transferencia de invenciones y descubrimientos, la cláusula de exclusividad y la cláusula de no competencia pos contractual.

La cláusula sobre transferencia de invenciones y descubrimientos es aquella mediante la cual el empleado contratado para investigar o innovar se obliga a transferir a su empleador todo derecho, título e interés sobre la información, innovaciones y creaciones que surjan durante el contrato de trabajo y que tengan relación con el objeto social de la compañía.

Ésta cláusula tiene como fuente el artículo 539 del Código de Comercio que dispone lo siguiente:

- La titularidad de la información, invenciones y creaciones que obtenga y/o desarrolle un empleado en el marco de un contrato de trabajo es negociable y depende de lo que acuerden las partes.
- Si las partes no acuerdan nada se seguirán las siguientes reglas:
 - Toda invención realizada por el trabajador o mandatario contratado para investigar pertenece, en virtud de la ley, al empleador o mandante.
 - Toda invención realizada por trabajador o mandatario que no haya sido contratado para investigar pertenece al empleador o mandante si se logra haciendo uso de datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada. Sin embargo, en este caso el trabajador o mandatario tiene derecho a una compensación que se fijará de acuerdo al monto del salario, la importancia de la invención, el beneficio que reporte al patrono u otros factores similares. Si no hay acuerdo entre las partes el juez fijará el monto de la compensación.

la invención, el beneficio que reporte al patrono u otros factores similares. A falta de acuerdo entre las partes, el juez fijará el monto de la compensación”.

Obsérvese que la ley no dice nada sobre el momento en que el trabajador hace el descubrimiento o invención –si es dentro o fuera del horario de trabajo– y tampoco se refiere al tema de la invención –si es un ingeniero electrónico que trabaja para una empresa de computadores pero inventa un pañal–. En consecuencia, si aplicamos el principio general del derecho según el cual “donde la ley no distingue no le es dable al intérprete distinguir” podemos concluir que para el legislador colombiano esas variables son indiferentes: no importa la hora ni el tema de la invención, si ésta se hace por parte de un trabajador o mandatario contratado para investigar o no contratado para investigar pero haciendo uso de datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada, la invención pertenece al empleador o mandante, salvo pacto en contrario.

Además, cuando la norma –artículo 539 del Código de Comercio– hace mención a datos o medios conocidos o utilizados en razón de la labor desempeñada se debe interpretar que se trata de datos e información difícil de conseguir, que no se encuentra en el dominio público. Palabras más, palabras menos la norma se refiere secretos empresariales del empleador o mandante, estén o no contenidos en documentos⁵, puesto que no tendría ninguna razón la protección de datos o información públicos.

Otra previsión que se acostumbra incluir en los contratos es la *cláusula de exclusividad* mediante la cual los empleados se comprometen a no emplearse, trabajar o llevar a cabo proyectos para compañías que desarrollen actividades en las que su empleador esté o pueda estar eventualmente estar interesado, al menos durante la vigencia del contrato de trabajo.

En Colombia la regla general es que la coexistencia de contratos de trabajo está permitida a menos que las partes pacten la exclusividad de servicios de un trabajador a favor de un empleador⁶.

⁵ La Decisión 486 de 2000 no exige que estén contenidos en documentos. Tal vez a esa intangibilidad de los secretos empresariales se refería un juez norteamericano, cuando, al fallar un caso en el que un empresario había demandado a su antiguo empleado por revelar su información confidencial, señaló que a los ex empleados no se les podía borrar la memoria o “practicar lobotomías”. Si hay secretos industriales y comerciales que el empleado interioriza, no es posible exigirle que los borre. Estados Unidos, *Fleming Sales Company v. Bailey*, 611 F. Supp. 507, 514 (N.D. Ill. 1985).

⁶ Colombia, Código Sustantivo del Trabajo, artículo 26: “Coexistencia de contratos. Un mismo trabajador puede celebrar contratos de trabajo con dos o más patronos, salvo que se haya pactado la exclusividad de servicios en favor de uno sólo”.

La Corte Suprema de Justicia ha dispuesto que las cláusulas de exclusividad en el derecho colombiano tienen respaldo

[e]n el principio de buena fe contractual, vale decir aquel que pregona que los contratos no sólo obligan a lo que en ellos se expresa sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación (CST, art. 55), de forma que a las partes del vínculo laboral les corresponde abstenerse de realizar conductas que sean perjudiciales al otro contratante, como cuando el trabajador se constituye en competencia directa del empleador o en colaborador de la misma. Así en desarrollo de este principio no resulta extraño que los contratantes laborales convengan específicamente el compromiso del trabajador de abstenerse de prestar servicios análogos a aquellos que son objeto del contrato de trabajo mientras este dure, bien sea mediante la modalidad subordinada o independiente⁷.

Sin embargo, la Corte, en la misma sentencia que se comenta, exige que las cláusulas de exclusividad en los contratos de trabajo *sean razonables*:

Pero desde luego el acuerdo de exclusividad debe ser razonable con relación al objeto del respectivo convenio laboral, pues en principio podría ser inadmisibles, dadas las circunstancias de cada caso, si impidiera el desarrollo de actividades ajenas a dicho objeto, que no incidan en el normal cumplimiento de la relación de trabajo, ni en modo alguno la afecten pues en tal caso consultaría ineficaz en los términos del artículo 43 Código Sustantivo del Trabajo en tanto comportaría la vulneración de derechos fundamentales del operario.

En España ocurre una situación similar. Allí el Estatuto de los Trabajadores, en su artículo 21, dispone que un trabajador podrá desempeñar aquellas actividades profesionales que desee, siempre y cuando no compita con la empresa para la que trabaja, o haya pactado plena dedicación a su empleador mediante una compensación económica expresa.

La cláusula de no competencia post contractual es aquella mediante la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su patrono,

⁷ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 11.135, noviembre 18/98.

una vez concluido su contrato de trabajo. El artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo disponía originalmente lo siguiente:

Cláusula de no concurrencia. La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su patrono, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno. *Sin embargo, es válida esta estipulación hasta por un año cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, en cuyo caso debe pactarse, por el período de abstención, una indemnización que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario.* (La cursiva es nuestra).

La Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable la parte de la disposición que aparece en cursiva por dos razones: una, vulnera los artículos de la Constitución que describen el trabajo como un derecho y una obligación social y dos, viola el derecho a la igualdad pues establece diferencias sin fundamento entre trabajadores en general y trabajadores técnicos, industriales y agrícolas⁸.

En la misma sentencia la Corte reconoció que era posible que dicha norma se hubiese dictado para impedir que los trabajadores “divulguen secretos o procedimientos industriales o informaciones en general, de naturaleza reservada, cuyo conocimiento por terceros sea susceptible de causar perjuicios al empleador” pero recalcó que dicha disposición en parte alguna “alude a secretos industriales o a deber de reserva y ni siquiera a la necesidad de que las actividades prohibidas sean similares a las ejercidas por los patronos, como condiciones de aplicación; lo que priva de pertinencia a las razones que se glosan”.

El alto tribunal agregó que

[a]ún si se admite que esa hipótesis de daño es verosímil, su correctivo adecuado no radicaría en desconocer una obligación constitucional. El derecho laboral consagra medidas enderezadas a precaver tales peligros durante el contrato (V. Arts. 55, 56, 58-2°, 62-A6° y 8°, 250 C, etc. C.S.T.) el Código Penal define actos de esa suerte como delitos y los sanciona (Art. 280 y 307), y las legislaciones civil y comercial permiten deducir responsabilidad pecuniaria por tales causas. (V. señaladamente, arts. 75-6° y 9°, 76, etc. C. Com. y Ley 155 de 1959, etc.). La declaración de

⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia julio 18/73.

inconstitucionalidad de la disposición acusada, no deja, pues, en desamparo, como se pretende, estos aspectos—de conveniencia, no de exequibilidad—relativos a la seguridad jurídica de las empresas.

Aunque la Corte Suprema de Justicia dictó la sentencia que se reseña en 1973, lo cierto es que en la práctica, este tipo de cláusulas se sigue incluyendo en los contratos de trabajo en Colombia. Cuando eso sucede, se habla de la presencia de una cláusula ineficaz—que no produce efectos jurídicos y opera sin necesidad de declaración judicial—y no nula⁹.

Las cláusulas de no competencia post contractual son comunes en España. Allí el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores establece la posibilidad de incluir en el contrato de trabajo una cláusula mediante la cual el empleado se obliga, durante un determinado período de tiempo después de terminado el contrato de trabajo, a no trabajar para la competencia de su empleador siempre que exista un efectivo interés comercial o industrial que proteger; se compense al antiguo trabajador de una manera adecuada y se fije un plazo temporal máximo de hasta dos años para los técnicos—incluyéndose todo tipo de empleados cualificados como técnicos y titulados—, y seis meses para los demás empleados.

1.2. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Para que un contrato de trabajo se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en un contrato de prestación de servicios, la actividad puede ser desarrollada por una persona jurídica, con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes para la ejecución de la labor contratada.

A veces se utiliza la figura del contrato de prestación de servicios para encubrir un contrato de trabajo. Al respecto la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado

[e]n caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración

⁹ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 005, abril 3/06.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-056/93.

contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

El siguiente cuadro resume las diferencias entre un contrato de trabajo y uno de prestación de servicios:

Contrato de trabajo	Contrato de prestación de servicios
La actividad debe ser desarrollada por una persona natural.	La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica.
Hay subordinación o dependencia del trabajador (posibilidad de impartir órdenes, horarios de trabajo) ¹¹ .	Contratista independiente ejecuta la labor pactada en el contrato con independencia y autonomía.
Trabajador tiene derecho a prestaciones sociales.	Contratista no tiene derecho a prestaciones sociales.
El salario es la contraprestación por el trabajo realizado.	Se pagan honorarios profesionales.
Obra contratada	Obra por encargo

Fuente: Elaboración propia

En cuanto al derecho de autor, en el contrato de prestación de servicios se aplica la misma norma del contrato de trabajo –Ley 1450 de 2011– y en cuanto a la transferencia de la titularidad de invenciones y descubrimientos también se aplica la misma norma que al contrato de trabajo –Código de Comercio, artículo 539–, en ambos casos con las sugerencias esbozadas en el capítulo correspondiente.

1.3. CONTRATO DE CONFECCIÓN DE OBRA MATERIAL

Los contratos de confección de obra material

¹¹ La ejecución de un contrato de prestación de servicios en las instalaciones de la empresa y dentro de un horario no implica per se subordinación. Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia, mayo 4/2001. Rad. 15.678.

[s]on aquellos por los cuales el contratista directa o indirectamente edifica, fabrica, erige o levanta obras, edificios, construcciones para residencias o negocios, puentes, carreteras, represas, acueductos y edificaciones en general y las obras inherentes a la construcción en sí, no constituyendo contratos de construcción las obras o bienes que pueden removerse o retirarse fácilmente sin detrimento del inmueble como divisiones internas en edificios ya terminados¹².

Estos contratos tienen las siguientes características:

- La transmisión de los derechos patrimoniales sobre los planos de una obra de arquitectura no implica la autorización para la realización de la obra, o mejor, la existencia de un contrato de confección de obra material. Es indispensable que tal autorización figure de manera expresa¹³.
- La cesión de los planos se presume que es una cesión limitada y no exclusiva. Limitada “por cuanto la adquisición de planos o del proyecto arquitectónico se presume realizada para una sola obra proyectada a la vez, salvo que las partes hayan pactado lo contrario”¹⁴. No exclusiva, si se tiene en cuenta que el autor podrá transferir a otras personas tales planos o proyectos arquitectónicos para su desarrollo. Quien desee tener los derechos en exclusiva, deberá acordarlo de manera expresa¹⁵.

2. MARCAS

Al principio de este libro se explicaba que la propiedad intelectual no se reduce al derecho de autor sino que incluye la propiedad industrial, es decir, la propiedad sobre los signos distintivos y las nuevas creaciones. Pues bien, en la práctica, podemos observar cómo

¹² Colombia, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–. Concepto 044201, junio 29/09.

¹³ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 1 dic. 2015]. Disponible en < http://200.31.21.201/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2008-6306.pdf>

¹⁴ INDECOPI. Guía de derecho de autor para arquitectos. Cartilla en línea. [consultado 16 dic. 2015]. Disponible en < http://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/GDA_arquitectos.pdf>

¹⁵ *Ibíd.*

el nombre de una firma de arquitectos se puede registrar como marca para prestar servicios –diseñar y construir obras arquitectónicas– y si la empresa cumple tal labor de manera positiva, ese, más que el derecho de autor, puede llegar a convertirse en el activo inmaterial más importante de la empresa pues constituye una garantía de calidad para los clientes.

De manera gráfica y concreta podemos presentar las marcas de la siguiente forma:

Información básica	<ul style="list-style-type: none"> • Una marca es cualquier signo perceptible por los sentidos que permite a una empresa diferenciar sus productos o servicios de los de la competencia. Las marcas “proporcionan al consumidor información sobre la identidad, procedencia comercial y calidad del producto o servicio al cual se aplican”¹⁶. • En Colombia el derecho sobre una marca se adquiere con el registro que se hace ante la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–, no con su uso. • Quien posee el registro de una marca puede impedir a terceros que ofrezcan o comercialicen productos o servicios que sean idénticos o similares, con marcas idénticas o similares¹⁷.
Legislación aplicable	Decisión 486 de 2000, artículo 134 y siguientes
Duración del registro	10 años renovables
Tipos de marcas	Podrán constituir marcas, entre otros, las palabras o combinación de palabras; las imágenes, los sonidos y los olores; las letras y los números; un color delimitado por una forma, o una combinación de colores; la forma de los productos, sus envases o envolturas.
No pueden registrarse como marcas	Los signos que carezcan de distintividad, que consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en las formas o características impuestas por la naturaleza o la función del producto o servicio que pretenden distinguir.

¹⁶ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005]. Disponible en < http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Manual_Dise%C3%B1o_industrial_FINAL%20IMPRESION.pdf>, pág. 20.

¹⁷ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005]. Disponible en <<http://www.sic.gov.co/drupal/marcas>>

	Tampoco pueden ser marcas los signos que consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican, o que consistan exclusivamente en una indicación que pueda servir para describir la calidad, la cantidad, el destino, el valor o la procedencia geográfica de los productos o de los servicios ¹⁸ .
Marcas especiales	<ul style="list-style-type: none"> • Marca tridimensional: Se trata de marcas con volumen “pues ocupan tres dimensiones en el espacio (alto, ancho y profundo)”¹⁹. “[L]as marcas tridimensionales son cuerpos representados en tres dimensiones, como envases, envoltorios, botellas, cajas, la forma de un producto, siempre y cuando distingan el producto y no correspondan a una forma usual en el mercado”²⁰. • <i>Trade dress</i> o vestido del producto: es la suma de los elementos decorativos que exhibe un producto o establecimiento y que resultan distintivos en la mente del consumidor²¹. La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) sostiene que si bien la figura del <i>trade dress</i> no existe en Colombia, el vestido del producto si se puede proteger mediante la figura de la marca tridimensional, el diseño industrial e incluso, mediante acciones de competencia desleal²². • Marca colectiva: es un tipo de marca que utilizan las asociaciones de productores, fabricantes, prestadores de servicios, organizaciones o cualquier grupo de personas para informar a los consumidores las características comunes de los productos o servicios de los integrantes de ese cuerpo colectivo²³. • Marca de certificación: son las que utiliza un colectivo para certificar la garantía de calidad estándar de un producto o servicio.
¿Se puede registrar un edificio como marca?	En teoría sí, aun cuando resulta difícil, pues se requiere que se cumplan los requisitos arriba mencionados, entre ellos, que la forma no dependa de su naturaleza o función ²⁴ .

¹⁸ Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, artículo 135.

¹⁹ RUBIO TORRES, Felipe, op. cit., pág. 42.

²⁰ Comunidad Andina, Tribunal Andino de Justicia, Proceso 92-IP-2004.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

²³ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005]. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/drupal/marcas>

²⁴ El artículo 135 de la Decisión 486 de 2000 dispone que no podrán registrarse como marcas los signos que: (...) “c) consistan exclusivamente en formas usuales de los productos o de sus envases, o en formas o características impuestas por la naturaleza o

3. PATENTES

Puede suceder que la obra arquitectónica no esté protegida por el derecho de autor pero que al desarrollarla los arquitectos hayan hecho una invención de un producto o de procedimiento única en el mundo. En esos eventos, se debe valorar si procede el trámite de una patente.

Definición	Las patentes son un reconocimiento que hace el Estado a las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en todos los campos de la tecnología, que sean nuevas –se crea algo que no existía en el mundo–, tengan nivel inventivo –que no sea un desarrollo obvio para alguien experto en la materia– y sean susceptibles de aplicación industrial ²⁵ .
Legislación aplicable	<ul style="list-style-type: none"> • Decisión 486 de 2000 • <i>Patent Cooperation Treaty</i>, aplicable desde el 28 de febrero de 2001
Duración	20 años contados a partir de la fecha de la solicitud.
No se consideran invenciones ²⁶	<ul style="list-style-type: none"> a) los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos; b) el todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza; c) las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor; d) los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales; e) los programas de computador
Son invenciones pero no se pueden patentar ²⁷	<ul style="list-style-type: none"> a) las invenciones cuya explotación comercial deba impedirse necesariamente para proteger el orden público, la moral²⁸, la salud o la vida de las personas, los animales, o el medio ambiente. b) los métodos terapéuticos o quirúrgicos para el tratamiento humano o animal, c) los métodos de diagnóstico aplicados a los seres humanos o a animales.

la función de dicho producto o del servicio de que se trate; *d*) consistan exclusivamente en formas u otros elementos que den una ventaja funcional o técnica al producto o al servicio al cual se aplican (...)”.

²⁵ Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, artículo 14.

²⁶ Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, artículo 15.

²⁷ Comunidad Andina, Decisión 486 de 2000, artículo 14.

²⁸ “Un ejemplo de ello son las minas antipersonales que han sido materia de protocolos internacionales para evitar su producción, comercialización y venta”. RUBIO TORRES, Felipe, op. cit., pág. 66.

¿Se puede patentar un edificio?	Ciertos materiales o procedimientos utilizados en su construcción sí, cuando cumplen los requisitos de ley ²⁹ .
Ventajas de la patente	El titular de la patente es “el único que durante 20 años puede explotar el invento. La explotación puede consistir en comercializar exclusiva y directamente el producto patentado, o por intermedio de terceros otorgando licencias, o transfiriendo los derechos obtenidos mediante su venta para que un tercero explore la invención” ³⁰ .

Antes de tomar la decisión de patentar una invención, e incluso antes de invertir tiempo y dinero en investigar, sugerimos consultar la base de datos de patentes y diseños industriales presentados en Colombia, la base de datos de patentes publicadas en Colombia y la base de datos de invenciones que pasan al dominio público. Todas estas fuentes de información reposan en la Superintendencia de Industria y Comercio, entidad que también facilita el acceso a bases de datos internacionales como INVENES, USPTO, *Patentscope*, que funcionan *online* y de forma gratuita. Con esta información se puede conocer en estado de la técnica en una determinada materia y saber si la invención que tenemos entre manos es realmente nueva y novedosa, es decir, es candidata a una patente y se justifica seguir con el trámite legal.

²⁹ “[E]n un principio, la USPTO (de los Estados Unidos) solo concedía patentes a elementos funcionales, materiales de construcción o sistemas y tecnología innovadora de construcción de las obras, de forma que no se concedían patentes a diseños de obras arquitectónicas. Esto fue cambiando gradualmente al comenzarse a ofrecer patentes para fachadas, edificios y un sinnúmero de estructuras de todo tipo bajo la sección 171 del título treinta cinco del United States Code. Es en la clase D25 (Building Units and Construction Elements) de la USPTO donde se encuentran patentes de diseño de diferentes estructuras, como estadios, domos, edificios, pérgolas, estadios, garajes, ventanas, verjas, portones, piscinas, techos y áreas de almacén”. TORRES, José L., “Protección de propiedad intelectual a las obras arquitectónicas y de ingeniería” en: *Revista jurídica digital UPR*, Vol. 83. [en línea] [consultado 15 dic. 2015]. Disponible en <<http://www.revistajuridicaupr.org/wp-content/uploads/2014/06/83-REV-JUR-DIG-UPR-157.pdf>>

³⁰ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005]. Disponible en: <http://www.sic.gov.co/drupal/patente>

4. MODELO DE UTILIDAD

Esta es tal vez la figura menos relevante para obras arquitectónicas porque la ley dispone expresamente que las obras de arquitectura no pueden ampararse en los modelos de utilidad.

Definición	La patente de modelo de utilidad es un privilegio que le otorga el Estado a quien inventa una nueva forma, configuración o disposición de elementos en un artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o parte de él, que permite un mejor o diferente funcionamiento ³¹ .
Ventaja	Obtener este reconocimiento permite “ser el único que durante 10 años puede explotar el invento. La explotación puede consistir en comercializar exclusiva y directamente el producto patentado, o por intermedio de terceros otorgando licencias, transfiriendo los derechos obtenidos mediante su venta para que un tercero explote la invención” ³² .
Desventaja para obras relacionadas con la arquitectura	El artículo 82 de la Decisión 486 de 2000 establece que no se considerarán modelos de utilidad las obras plásticas, <i>las de arquitectura</i> , ni los objetos que tuvieran únicamente carácter estético. Tampoco podrán ser objeto de una patente de modelo de utilidad, los procedimientos y las materias excluidas de la protección por la patente de invención.
Legislación	Decisión 486 de 2000, artículo 81 en adelante.
Requisitos	La creación debe ser novedosa y útil. “Novedosa: una creación cuyo conocimiento no sea público. Útil: que se pueda poner en práctica y que satisfaga una necesidad humana actual o potencial” ³³ .
Duración	10 años no renovables, contados a partir de la fecha de la solicitud

5. DISEÑOS INDUSTRIALES

Definición	El diseño industrial ampara la apariencia estética externa – bidimensional o tridimensional– de un producto, siempre que ésta
------------	---

³¹ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ RUBIO TORRES, Felipe, *op. cit.*, 69.

	<p>sea nueva (diferente de la forma común y usual)³⁴, especial (que no obedezca a la función que cumple) y visible durante su uso normal.</p> <p>“Muchos consumidores adquieren un producto porque su apariencia es más atractiva, de manera que esa ventaja adquirida representa un valor agregado con potencial económico y comercial”³⁵.</p> <p>“Mediante un Registro de Diseño Industrial se protege únicamente la forma de los productos, es decir el aspecto estético de cualquier objeto, ya sea bidimensional, como los impresos que se aplican a productos (grabado o dibujos sobre una servilleta) o el desarrollo para el pliegue de una caja, o tridimensional, es decir, cualquier producto que ocupa un lugar en el espacio en las tres dimensiones: ancho, alto y profundo (x, y, z)”³⁶.</p> <p>La protección conferida a un diseño industrial no se extiende a los elementos dictados enteramente por consideraciones de orden técnico, que no incorporen ningún aporte arbitrario del diseñador³⁷.</p>
Ventajas	El registro de un diseño industrial confiere a su titular el derecho a excluir a terceros de la explotación del correspondiente diseño. En tal virtud, el titular del registro tendrá derecho a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el comercio o utilice comercialmente productos que incorporen o reproduzcan el diseño industrial.
Función	Hacer que los productos ofrezcan un interés estético a la vez que funcional a los consumidores con miras a incrementar el valor comercial de los mismos ³⁸ .
Legislación	Decisión 486 de 2000, artículos 113 y siguientes
Importancia de la novedad	Solo se pueden registrar los diseños nuevos. Un diseño industrial no es nuevo si antes de la fecha de la solicitud o de la fecha de prioridad válidamente invocada, se hubiere hecho accesible al público, en cualquier lugar o momento, mediante su descripción, utilización, comercialización o por cualquier otro medio. Tampoco es nuevo si

³⁴ “La novedad exigida es universal, es decir, que el Diseño Industrial no se haya divulgado en ninguna parte del mundo antes de la fecha de presentación de la solicitud o de la prioridad”. Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005]. Disponible en: http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Manual_Dise%C3%B1o_industrial_FINAL%20IMPRESION.pdf, pág. 28.

³⁵ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005], op. cit.

³⁶ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005], op. cit.

³⁷ Decisión 486 de 2000, artículo 130.

³⁸ OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité permanente sobre el derecho de marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas, op.cit. Novena sesión, Ginebra, 11 a 15 de noviembre de 2002. [consultado 15 ene. 2016]. Disponible en: [ww.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_9/sct_9_6.doc](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/es/sct_9/sct_9_6.doc).

	solo presenta diferencias secundarias con respecto a realizaciones anteriores o si simplemente cubre otra clase de productos.
Titularidad	El derecho al registro de un diseño industrial pertenece al diseñador. Este derecho podrá ser transferido por acto entre vivos o por vía sucesoria. Si varias personas hicieran conjuntamente un diseño industrial, el derecho al registro corresponde en común a todas ellas. Si varias personas hicieran el mismo diseño industrial, independientemente unas de otras, el registro se concederá a aquella o a su causahabiente que primero presente la solicitud correspondiente o que invoque la prioridad de fecha más antigua.
No es diseño industrial	No se puede registrar como diseño industrial aquella forma que no sea susceptible de verse durante el uso normal del producto; aquellos diseños cuya comercialización se deba impedir para proteger la moral y el orden público y “aquellos diseños cuya apariencia sea necesaria para que el producto cumpla con la función para la cual fue creado y que no incorporen ningún diseño adicional de su creador” ³⁹ .
Duración	La protección dada por un registro de diseño industrial es de 10 años no renovables, contados a partir de la fecha de solicitud.

Aunque es poco probable que ocurra, es posible que un producto tenga al mismo tiempo la posibilidad de obtener protección a través de una marca y de un diseño industrial. Al fin y al cabo “[L]as marcas están constituidas por signos denominativos, figurativos o mixtos y, al igual que los diseños industriales, son el resultado de formas bidimensionales o tridimensionales aplicadas a un producto”⁴⁰.

Es posible que el diseño industrial tenga suficiente aptitud distintiva para poder cumplir su función como marca. Si la forma incorporada a un producto logra distinguir el producto indicando su procedencia

³⁹ “Sirva de ejemplo el diseño de un tubo de agua potable: su apariencia cilíndrica y hueca es indispensable para que cumpla la función de ser conducto de agua. Este diseño solo no podría registrarse, salvo que incorporara alguna creación libre del inventor para cumplir otra función. Los diseños industriales cuya forma se necesita para permitir que el producto que incorpora el diseño sea montado o conectado con otro producto del cual forma parte: es el caso de las rosetas de cobre para enroscar los bombillos”. RUBIO TORRES, Felipe, op. cit., pág. 72.

⁴⁰ Colombia. Superintendencia de Industria y Comercio. [Cartillas en línea]. [Consultado 8 dic. 2005]. Disponible en < http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/files/Manual_Dise%C3%B1o_industrial_FINAL%20IMPRESION.pdf>, pág. 20.

comercial, entonces se puede considerar una marca tridimensional y podría ser registrada como tal. Con esto se puede concluir que para que una forma pueda ser registrada como diseño industrial debe ser nueva y cumplir con los requisitos estipulados por la legislación para obtener protección como diseño industrial y ser distintiva para obtener el registro como marca⁴¹.

También es probable que concurran la protección del derecho de autor y la de los diseños industriales, sobretodo, cuando aparecen las obras de arte aplicado, que la legislación define como creaciones artísticas con funciones utilitarias o creaciones artísticas incorporadas a un artículo útil⁴².

El siguiente cuadro muestra las diferencias y similitudes entre una obra de arte aplicado y un diseño industrial:

Diseño industrial	Obra de arte aplicado
Figura de la propiedad industrial que ampara la apariencia exterior –la forma y no el contenido– de un producto	Figura de la propiedad intelectual que ampara la creación artística que tiene funciones utilitarias o se encuentra incorporada a un artículo útil.
La apariencia exterior debe ser nueva y especial	La obra artística debe ser original y reproducible.
Debe ser visible	Debe ser visible
Tiene carácter ornamental o decorativo	Tiene carácter artístico pues plasma un aspecto de la personalidad del autor.
Tiene un destino utilitario	La mayoría de estas creaciones tienen un destino utilitario
Cubre el aspecto estético de cualquier objeto bidimensional o tridimensional.	Diseños de joyería, orfebrería, fabricación de muebles, papeles, cerámica, vidriería, vestidos y decoración son obras de arte aplicado ⁴³ .

Fuente: Elaboración propia

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² El artículo 3º de la Decisión Andina 351 de 1993 define obra de arte aplicado como una “creación artística con funciones utilitarias o incorporadas en un artículo útil, ya sea una obra de artesanía o producida en escala industrial”.

⁴³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2009, pág. 8.

Sin embargo, la obra de arte aplicado que busque “casarse” con un diseño industrial debe cumplir varios requisitos⁴⁴:

Primero, debe estar amparada por el derecho de autor, específicamente, tiene que ser una creación artística -una obra cuya finalidad sea apelar al sentido estético de la persona que la contempla independientemente de calidad o su mérito artístico-, debe ser original y ser susceptible de ser divulgada. Es indiferente si la obra se elabora artesanal o industrialmente.

Segundo, la obra debe tener funciones utilitarias o estar incorporada a un artículo útil.

Si bien, uno de los principios del derecho de autor es la omisión a la evaluación del destino de la obra, en este caso, si requiere que la creación tenga funciones utilitarias o que este incorporada en un artículo útil. La definición del artículo 3º de la Decisión 351 de 1993 plantea dos situaciones, una en que la misma creación tenga una función utilitaria, como por ejemplo una escultura que adicionalmente presta un servicio de iluminación, como lámpara. Y otra relacionada con la incorporación de una obra artística a un objeto utilitario, como un dibujo que es incorporado a un objeto utilitario, como es un reloj.

Si no se cumple cualquiera de esas exigencias “no hay matrimonio”, como ocurrió en Colombia, cuando se solicitó el registro del derecho de autor sobre un automóvil. La Dirección Nacional de Derecho de Autor estimó que el material aportado no constituía una obra artística

Esto es una obra del espíritu donde el autor, al realizar una creación, no pretende solucionar un problema en el campo de la industria ni utilizar signos distintivos para acrecentar y canalizar la clientela.

En efecto, el material que se pretende inscribir, no contiene una forma artística toda vez, que consiste en un diseño de automóvil, donde el creador, partió de un producto de naturaleza industrial, con el objeto de adaptarlo a opciones novedosas de carácter ornamental (...) ⁴⁵.

⁴⁴ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicación: 1991 del 3 de febrero de 2005 y 2924 del 16 de febrero de 2005. Rechazo solicitud de registro del material: “SPARK/MATIZ II”.

⁴⁵ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicación: 1991 del 3 de febrero de 2005 y 2924 del 16 de febrero de 2005. *Ibíd.*

Y tampoco era original,

En segundo lugar, el material presentado tampoco es original, requisito que es necesario para que una creación intelectual sea considerada como obra protegida por el derecho de autor. Este concepto lo explica el autoralista Isidro SATANOWSKI quien considera que la originalidad consiste en lo que el autor pone de sí para combinar notas, colores, palabras, volúmenes o imágenes que en conjunto, llevan su sello y que se distinguen de cualquier combinación anterior y desde luego, de todo aquello que le sirvió de inspiración o de motivo⁴⁶. En el caso particular, el diseño de la creación del material presentado se da por la necesidad de distinguirlo en el mercado automotor y no nace de una referencia inmediata de una expresión de la personalidad del autor⁴⁷.

En resumen, la obra de arte aplicado que pretenda ser reconocida como diseño industrial debe cumplir los requisitos de ambas figuras –diseño industrial y derecho de autor–, aunque no es necesario que el valor artístico pueda ser separado del carácter industrial del objeto.

En efecto, en Colombia, durante la vigencia del artículo 6° de la Ley 23 de 1982 operaba el criterio de la separabilidad en el sentido de que “la protección que brindaba el derecho de autor sobre una obra de arte aplicado dependía de que el valor artístico de la obra pudiera ser separado del carácter industrial del objeto u objetos en las que éstas eran aplicadas”⁴⁸ pero actualmente se encuentra vigente el artículo 3° de la Decisión 351, norma que establece la teoría de la unidad del arte, según la cual para que un diseño industrial esté protegido por el derecho de autor sólo debe cumplir los requisitos propios del derecho de autor⁴⁹.

En Estados Unidos aun opera el criterio de la separabilidad por lo que “la forma o configuración general de los productos utilitarios, los

⁴⁶ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicación: 1991 del 3 de febrero de 2005 y 2924 del 16 de febrero de 2005. *Ibidem*, citando a: SATANOWSKI, Isidro, *Derechos intelectual*, Tomo I, Buenos Aires, Editorial TEA, 1955, pág. 167.

⁴⁷ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicación: 1991 del 3 de febrero de 2005 y 2924 del 16 de febrero de 2005. *Ibidem*.

⁴⁸ ÁLVAREZ AMÉZQUITA, D. F., “Derecho de autor y diseño industrial, ¿cómo dibujar una línea?. La protección en Colombia de las obras de arte aplicado a la industria” en: *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 17(2), 199-232. Doi: dx.doi.org/10.12804/esj17.02.2015.02, 2015, pág. 220.

⁴⁹ Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Radicación: 1991 del 3 de febrero de 2005 y 2924 del 16 de febrero de 2005. Rechazo solicitud de registro del material: “SPARK/MATIZ II”.

productos industriales o productos de consumo no son susceptibles de protección por derecho de autor, independientemente de que dicha forma o configuración ofrezcan valor o interés estético”⁵⁰. Lo que busca con esto la legislación estadounidense es evitar que “las creaciones funcionales (técnicas) eludan las condiciones más estrictas que exigen (en particular) las legislaciones de patentes y de modelos de utilidad para la obtención de protección contra la copia”⁵¹.

Finalmente, recordemos que el derecho de autor ampara el contenido de la obra (*corpus mysticum*), que se halla en el campo eminentemente espiritual y es reflejo de la personalidad del autor y no su forma (*corpus mechanicum*), que se encuentra en el campo de lo tangible. En otras palabras, el derecho de autor sólo cubre la obra incorporada en el elemento utilitario y no a éste en sí mismo considerado.

Causa o consecuencia de ello es que el derecho de autor no protege ni los materiales, ni el proceso de producción, ni el principio técnico que rige el funcionamiento de un producto⁵².

6. SECRETOS EMPRESARIALES⁵³

Es posible que usted como arquitecto o diseñador tenga muchos datos, información o conocimientos que hacen su labor más competitiva. Puede tener una lista de clientes que ha venido perfeccionando hasta el punto de conocer al detalle las preferencias de cada uno de ellos, puede haber desarrollado una lista de proveedores excepcional que le ha costado años conseguir o conoce una o varias formas de hacer unas mezclas que nadie más ha descubierto en el mercado. Ese tipo de datos, información y conocimiento que no está

⁵⁰ OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Comité permanente sobre el derecho de marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas, op. cit.

⁵¹ *Ibíd.* Los requisitos y términos de protección para patentes y modelos de utilidad son más estrictos pues la humanidad tiene la necesidad fundamental de acceder a la tecnología lo antes posible.

⁵² Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto en línea. [consultado 15 ene. 2016]. Disponible en <http://200.31.21.201/desarrollo/CONCEPTOSWEB/arch_conceptos/1-2014-31622.pdf>

⁵³ “Las patentes son solo la punta del iceberg en un mar de secretos comerciales. Más del 90% de toda la tecnología está protegida por secretos comerciales y más del 80% de los contratos de licencia cubren de una u otra forma el know how”. TOBÓN FRANCO, Natalia, *Secretos industriales, comerciales y know how*, Bogotá, Editorial Diké, 2008, pág. 17.

en el dominio público, que tiene valor por ser secreto y que le interesa a la competencia, es lo que se protege mediante secretos empresariales.

Definición	Los secretos empresariales y el <i>know how</i> son una figura de la propiedad intelectual que cubre el conocimiento e información sobre productos, procedimientos y servicios que no sea generalmente conocida, ni fácilmente obtenible, que se pueda usar real o potencialmente en los negocios, que otorgue al empresario una ventaja competitiva sobre sus competidores y que por esa misma razón desee mantener oculta.
Ejemplos de información o conocimiento protegido por el secreto	La información cubierta por un secreto empresarial puede estar relacionada con uno, varios o todos los siguientes temas: <ul style="list-style-type: none"> ○ La naturaleza, características o finalidad de un producto o servicio ○ Los métodos o procesos de producción de un producto o servicio ○ Los medios o formas de distribución, comercialización o prestación de los productos o servicios⁵⁴. <p>En concreto se protegen datos y especificaciones sobre naturaleza, características o finalidades de productos; fórmulas químicas o recetas, información y conocimiento sobre producción, distribución o comercialización de productos; listas con información concreta sobre clientes y políticas y estrategias comerciales.</p>
Legislación	<ul style="list-style-type: none"> • ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el Comercio), Artículo 39. • Decisión 486 de 2000, Artículo 260 y siguientes
Duración	Por siempre, mientras se mantenga el secreto.

Ahora bien, ¿cuántos individuos pueden conocer un secreto antes de que éste pierda tal calidad?. La doctrina sostiene que para poder hablar de información “secreta” debe tratarse de información que sólo se encuentra en poder de un número limitado de personas:

No cabe exigir, en ese sentido, que los conocimientos secretos solo sean accesibles a su titular, pues ello no solo va en contravía de la acepción corriente de secreto, sino que impediría la utilización económica de esos conocimientos⁵⁵.

⁵⁴ Así lo dispone el artículo 260 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina.

⁵⁵ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Régimen Jurídico de los conocimientos técnicos. Know how y secretos comerciales e industriales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1984, pág. 55.

¿Qué sucede cuando se ha formalizado un contrato que tiene por objeto un secreto y ese secreto adquiere publicidad durante la ejecución del mismo?. En teoría, en los países con tradición jurídica continental como Colombia, la obligación de pagar regalías por concepto de un secreto cesa a partir de su divulgación. Sin embargo, si el objeto del contrato no consiste únicamente en la transmisión del secreto, sino que incluye también otras prestaciones, es justo que se sigan pagando regalías por aquéllas de manera proporcional⁵⁶.

En el derecho anglosajón la solución es diferente. En el caso Listerine, el juez sentenció que los secretos empresariales podían ser licenciados por siempre, incluso después de que se conociera su contenido y dejaran de ser secretos, pues todo dependía de la autonomía de la voluntad de las partes al acordar el contrato. Los hechos de ese proceso fueron los siguientes: en 1880 el doctor J. J. LAWRENCE inventó una fórmula para preparar un líquido antiséptico que mejora el aliento de la boca, al que le dio el nombre de 'Listerine'. En 1881 negoció con Jordan LAMBERT un contrato mediante el cual este último se comprometía a pagar a Lawrence o a sus herederos mensualmente la suma de 20 dólares por cada 100 botellas vendidas por él o sus herederos. Durante 75 años el demandante *Warner-Lambert Pharmaceutical Company* pagó esta suma a los herederos de LAWRENCE pero en el año de 1956 solicitó a un juez que ordenara la cesación de los pagos porque la fórmula ya no era secreta. De hecho la fórmula había sido publicada por varios científicos en 1931 en la revista *Journal of the American Medical Association*.

La Corte consideró que la cesación del secreto no tenía nada que ver con el pago de las regalías pues en el texto del contrato no figuraba esa previsión. Expresamente el juez advirtió "la información sujeta a secreto puede ser rápidamente conocida o desconocida indefinidamente pero eso no significa que quien adquiere la fórmula secreta a través de un contrato vinculante puede eximirse de su obligación de pagar regalías simplemente porque el secreto es descubierto por un tercero o por el público en general"⁵⁷.

Tal vez las cosas habrían sido diferentes para *Warner-Lambert* si en 1881 hubiera dejado constancia en el contrato de que se dejarían

⁵⁶ STUMPF, Herbert, *El contrato de know how*, Bogotá, Editorial Temis, 1984, pág. 86 y 87.

⁵⁷ Estados Unidos, *Warner-Lambert Pharmaceutical Co. v. John J. Reynolds, Inc.*, 178 F.Supp. 655 (S.D.N.Y. 1959), aff'd 280 F.2d 197 (2nd Cir. 1960).

de pagar regalías si la fórmula adquiriría publicidad, pero eso más de 100 años después, es muy fácil de decir.

Uno de los principales problemas que enfrenta quien tiene una invención de producto o procedimiento es determinar si lo mejor para proteger su creación es irse por el camino de la patente o del secreto empresarial. Se sugiere realizar el siguiente test para obtener una respuesta⁵⁸:

1. <i>¿Es lo inventado susceptible de ser comercializado o al menos licenciado?</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Muy posiblemente No creo
2. <i>¿Qué tanta ventaja competitiva tendrá la empresa si maximiza su exclusividad?</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Grande Poca
3. <i>¿Qué tanta desventaja competitiva tendría el competidor si el invento, información o desarrollo tuviera exclusividad?</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Mucha Poca
4. <i>¿Es factible que se desarrolle un invento alternativo que produzca resultados similares (design around)?</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Muy posible No creo
5. <i>¿El invento puede desarmarse y volverse a armar fácilmente (reverse engineer)?</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Muy posiblemente No creo
6. <i>La revelación de este invento requiere acceso a información que no puede protegerse</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Muy posiblemente No creo
7. <i>¿Es probable que otros independientemente lleguen al mismo invento?</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Muy posiblemente No creo
8. <i>¿Qué tan segura es la patente que se obtendrá, qué posibilidades tiene de ser declarada nula?</i>	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Alta Baja

⁵⁸ TOBÓN FRANCO, Natalia, *Secretos industriales, comerciales y know how*, op. cit., págs. 82-85. Este test lo ideó el profesor Karl JORDA, quien lo transmitió en clase de *Managing Intellectual Property*, en Franklin Pierce Law Center, New Hampshire-Estados Unidos, en el año 2004.

9. ¿Qué tan difícil es controlar que en la compañía se disemine la información del invento?	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 Muy difícil Fácil
10. ¿Qué tan difícil sería determinar si un competidor está usando el invento?	1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 No es difícil Muy difícil

Cada una de las preguntas se contesta de 1 a 10. Si las respuestas suman menos de 50 puntos se sugiere optar por iniciar el trámite de una patente. Si las respuestas suman más de 50 puntos, se aconseja mantener esa información como secreto empresarial.

Los estadounidenses llaman a los secretos empresariales *trade secrets* y tienen un dicho para subrayar su importancia: las patentes son la punta del iceberg en un mar de secretos empresariales. Por ello han diseñado mil estrategias para protegerlos. Para efectos de esta obra hemos seleccionado algunas⁵⁹:

1. Identifique la información que debe ser protegida como secreto comercial	<p>Para identificar la información que debe ser protegida como secreto comercial debe hacer las siguientes preguntas:</p> <p>¿Qué información importante para su empresa es conocida por fuera de ella?</p> <p>¿Quién tiene información comercial suya que deba permanecer en reserva?</p> <p>¿En el pasado se han adoptado medidas para proteger la información secreta?</p> <p>¿Cuál es el valor potencial que tiene la información para los competidores de su empresa?</p> <p>¿Cuánto esfuerzo y/o dinero gastó su empresa para desarrollar la información?</p> <p>¿Qué tan difícil será para los otros adquirir o duplicar esa información?</p> <p>Una vez haya identificado la información que desea proteger, el siguiente paso es aplicar los mecanismos de defensa que resulten adecuados, según la naturaleza y el valor de la información. Por ejemplo, si se trata de empresas dedicadas a realizar invenciones, es importante diseñar un sistema simple y sencillo para que los investigadores revelen a los directivos sus invenciones. Esto es lo que en inglés se llama un <i>invention disclosure procedure</i> (procedimiento para la revelación de invenciones).</p>
---	---

⁵⁹ HALLIGAN, Mark, *Auditoria a la protección de secretos comerciales. The trade secrets homepage*. [Consultado 1º dic. 2015]. Disponible en <www.rmarkhalligan.com/idoctrine.html>

<p>2. Desarrolle una política de protección de los secretos empresariales (<i>Protection Policy</i>)</p>	<p>La política debe constar por escrito e informar a los empleados y prestadores de servicios el procedimiento que deben seguir para identificar y proteger los secretos empresariales de una compañía, exponer los mecanismos que permitan mantener control sobre la información en aquellas situaciones en las que el personal requiere revelar secretos a terceros y establecer las sanciones que se aplicarán en caso de violación de los secretos.</p> <p>En cualquiera de los casos, la existencia de un documento como éste puede servir para demostrar el compromiso de la compañía con la protección de sus secretos comerciales en un eventual litigio.</p>
<p>3. Eduque, informe y trasmita a sus empleados la Política de Protección y vigile su cumplimiento</p>	<p>Los empleados son la principal amenaza para mantener la confidencialidad de los secretos empresariales de una empresa, no porque todos tengan malas intenciones sino porque a veces actúan descuidadamente o ignoran los riesgos que corren.</p> <p>Al educar a los empleados acerca de la importancia de la protección del secreto comercial e informarlos sobre los riesgos que corren si incumplen su obligación de guardar su confidencialidad, es posible que se minimicen las probabilidades de revelación indebida del secreto.</p> <p>En otras palabras, no basta con diseñar una Política de Protección de los secretos empresariales de la empresa, hay que difundirla entre los empleados desde el día en que se lleva a cabo la primera entrevista de trabajo, luego periódicamente durante la vigencia de la relación laboral con el trabajador y, finalmente, no sobra recordarla a la fecha del retiro.</p>
<p>4. “Controle” la vanidad del grupo</p>	<p>Otro punto que puede resultar vital para proteger los secretos empresariales de una compañía es la vigilancia de las entrevistas, conferencias y las publicaciones cuya autoría corresponda los empleados. Lo anterior, si tenemos en cuenta que muchas veces los científicos o autores inventan o crean obras pensando más en su reconocimiento en el medio académico que en el avance comercial de la empresa.</p> <p>En este sentido, se sugiere redactar una cláusula en todos los contratos donde se señale que, si bien es política de la empresa fomentar las presentaciones y publicaciones que contengan información significativa desde el punto de vista científico y tecnológico, también lo es que, debido a la necesidad de proteger las invenciones y los secretos empresariales de la compañía, el departamento jurídico debe autorizar cualquier publicación o presentación antes de que la misma salga a la luz pública.</p>
<p>5. Restrinja el número de personas que tengan acceso a los secretos empresariales</p>	<p>Es obvio: mientras un mayor número de personas conozca un secreto, más difícil será mantenerlo en reserva. En consecuencia, para reducir el riesgo de divulgación de secretos comerciales, su revelación debe limitarse a los empleados y colaboradores que requieren conocer esa información para el correcto ejercicio de sus funciones.</p> <p>Es más, la cantidad y la naturaleza de la información comercial secreta revelada a un empleado debe depender exclusivamente de su “necesidad de saber” y de la cantidad de información que requiera “pieza del rompecabezas”. La primera expresión se conoce en inglés como el <i>need to know basis</i> y la segunda, como el <i>piece of the puzzle</i>.</p>

<p>6. Restrinja el acceso del público a las instalaciones de la empresa</p>	<p>No todos los secretos empresariales están plasmados en documentos de papel o en dispositivos informáticos. Algunos son visibles o audibles para cualquier persona que transite por la planta y demás instalaciones de la compañía. Nos referimos al tipo de maquinaria utilizada, la forma de manipulación de productos, las conversaciones que mantienen los empleados sobre procedimientos o proyectos de la empresa y el manejo de los residuos de papel que se llevan a la basura. Por lo anterior se aconseja adoptar, según las circunstancias, cualquiera de las siguientes precauciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Controlar el acceso de personas no autorizadas a la empresa. ○ Prohibir la toma de fotografías. ○ Llevar un registro de todos los visitantes que entren a las instalaciones. ○ Los visitantes deben llevar un distintivo que los identifique. ○ Exigir a los visitantes a ciertos sitios la firma de un acuerdo de confidencialidad, si fuere el caso.
<p>7. El uso de cláusulas o acuerdos de confidencialidad.</p>	<p>Una de las principales herramientas para proteger la información es la inclusión de cláusulas de confidencialidad en los contratos o la negociación de acuerdos de confidencialidad anexos a éstos. Tanto las cláusulas como los acuerdos deben ser claros, cortos e incluir de manera detallada la información que será entregada. Específicamente el receptor de la información se debe comprometer a no divulgarla, a menos que medie el consentimiento expreso y escrito de quien la entrega.</p>
<p>8. Tenga cuidado con los clientes o terceros que envían sugerencias y comunicaciones no solicitadas</p>	<p>Las empresas suelen recibir sugerencias o propuestas de los clientes sobre la forma en que ellos consideran que se pueden mejorar algunos productos o procedimientos de la compañía. Para evitar reclamaciones futuras de esos clientes o terceros creativos en el sentido de que el empresario se aprovechó de esa información sin recompensarlos o sin reconocer su autoría sobre una invención, se sugiere redactar por escrito una política general de la compañía sobre la recepción de sugerencias no solicitadas, así como un modelo de respuesta concreta a cada caso, en el que se informe a todas las personas que las sugerencias que envían son agradecidas pero que no existe ninguna obligación relacionada con su confidencialidad, ni generan recompensa u obligación de reconocimiento.</p>
<p>9. Haga regularmente auditorías de sus secretos comerciales</p>	<p>Una auditoría es un proceso de investigación sistemático aplicado en empresas públicas o privadas que permite evaluar, de manera objetiva, la situación de los activos, pasivos, actividades económicas y otras situaciones que tienen relación directa con sus actividades.</p>

Hemos hecho énfasis en la protección de los secretos empresariales porque en la vida real, toda empresa exitosa los tiene. Una empresa dedicada a crear obras de arquitectura probablemente diseñe o cree obras que carezcan de originalidad o invente productos que no sean novedosos comparados con los desarrollados a nivel mundial, por lo que puede resultar difícil obtener una patente. Pero la información que tiene sobre sus clientes o sus planes de desarrollo sí pueden ser cubiertos por el secreto empresarial.

En Colombia no existen cifras consolidadas sobre la importancia económica de los secretos empresariales pero en Estados Unidos se han llevado a cabo estudios comparativos de los montos recibidos por aquellas personas que han demandado judicialmente la protección de su propiedad intelectual (sólo patentes, secretos comerciales y derechos de autor), y los resultados son bastante reveladores: Entre los años 1990-2006, las 3 indemnizaciones más altas en estos procesos se dieron por violación de secretos empresariales o *trade secrets*⁶⁰.

7. OTRAS POSIBILIDADES

7.1. COMPETENCIA DESLEAL

El término competencia desleal está compuesto por dos nociones: competencia y deslealtad. Por consiguiente, debe quedar claro que las normas sobre competencia desleal no castigan la competencia *per se* sino las prácticas competitivas desleales.

La Ley 256 de 1996, que es la ley que sanciona la competencia desleal en Colombia, califica los siguientes actos como prácticas competitivas desleales⁶¹:

- Actos o hechos que resulten contrarios a las sanas costumbres mercantiles.
- Actos o hechos que resulten contrarios al principio de la buena fe comercial.

⁶⁰ FTI: Intellectual Property Statistics. [Consultado 8 dic. 2005]. Disponible en <www.fticonsulting.com/media/3491/Intellectual_Property_Statistics.pdf>

⁶¹ Están previstos en el Art. 7° de la Ley 256 de 1996 y en el Convenio de París, aprobado en Colombia mediante Ley 178 de 1994, artículo 10 bis, numeral 2°.

- Actos o hechos contrarios a los usos honestos en materia industrial o comercial.
- Actos o hechos encaminados a afectar la libre decisión del consumidor.
- Actos o hechos que afecten el funcionamiento concurrencial del mercado.

Lo censurable entonces, según la ley mencionada, no es que un comerciante intente quitarle a otro la clientela pues ése es un fin legítimo en el mercado. Lo que se reprocha es que lo haga utilizando medios indebidos tales como actos de desorganización, actos de confusión, actos de engaño, actos de descrédito, actos de imitación, explotación de reputación ajena, violación de secretos, inducción a la ruptura contractual y violación de normas y pactos de exclusividad, entre otros. Así lo explicó la Superintendencia de Industria y Comercio al fallar un caso de competencia desleal⁶².

En ese pronunciamiento la Superintendencia hizo un recuento de la historia de la figura de la competencia desleal y llegó a la conclusión de que mediante la Ley 256 de 1996 Colombia adoptó el modelo social, que califica el derecho de la competencia como un derecho público, protector del interés general y no como un derecho privado, dirigido a proteger exclusivamente el interés particular del empresario.

Quien desee iniciar un proceso por competencia desleal debe verificar la presencia de las siguientes situaciones:

1. Una conducta que sea desleal	El concepto de lealtad fue definido por la Corte Suprema de Justicia de Colombia de la siguiente manera: Obrar lealmente es actuar de conformidad con la manera corriente de las acciones de quienes obran honestamente en el comercio, vale decir, con un determinado standard de usos sociales y buenas prácticas mercantiles ⁶³ .
---------------------------------	--

⁶² Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

⁶³ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 005, abril 3/06.

	La doctrina ha dispuesto que se compite lealmente cuando existe “claridad y diferenciación de las ofertas; actuación de los oferentes en el mercado basada en su propio esfuerzo; respeto de la legalidad; prohibición de la arbitrariedad, y libertad de decisión de los consumidores” ⁶⁴ .
2. Que la conducta haya sido realizada en el mercado.	La conducta desleal debe haber sido realizada en el mercado con fines concurrenciales. La jurisprudencia ha definido el mercado como el escenario en que tanto oferentes como consumidores buscan satisfacer necesidades propias y ajenas.
3. Que la conducta haya sido realizada por cualquier persona, independientemente de su calidad de comerciante.	En Colombia las normas sobre competencia desleal se aplican a todos los participantes en el mercado sean o no comerciantes, sean o no competidores ⁶⁵ . Según la doctrina, en el mercado <i>participa</i> todo aquél cuya actividad tiene que ver con el intercambio comercial de productos o servicios ⁶⁶ .
4. Que la conducta tenga una finalidad concurrencial.	La expresión “que tenga una finalidad concurrencial” quiere decir que la conducta haya sido realizada con el fin de mantener o incrementar la participación en el mercado del actor o de un tercero ⁶⁷ . Tal finalidad se presume cuando el acto resulta idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero, según el artículo segundo de la Ley 256 de 1996.
5. Que la conducta produzca o esté llamada a producir efectos en el mercado colombiano ⁶⁸ , independientemente del lugar donde haya sido desarrollada ⁶⁹ .	

En materia de obras arquitectónicas se podría hablar de competencia desleal cuando hay violación de secretos por parte de un empleado o mandatario de una empresa de arquitectura que

⁶⁴ BERCOVITZ, Alberto, *Competencia desleal, Código de Comercio, evaluación y perspectivas*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1992.

⁶⁵ De hecho, la Ley 256 de 1996 establece en el artículo 3° que su aplicación no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo en el acto de competencia desleal.

⁶⁶ Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 11090, abril 29/03.

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Colombia, Ley 256 de 1996, artículo 4°: “Esta ley se aplicará a los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano”.

⁶⁹ VELANDIA, Mauricio, *Revista La propiedad inmaterial*, (2001, primer semestre), *Competencia desleal por uso de signos distintivos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

divulga o explota secretos empresariales a los que haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o cuando se presenta una copia *sistemática, progresiva y no autorizada* de unos planos cubiertos o no por el derecho de autor.

En cumplimiento del deber de diferenciación los concurrentes en un mercado deben evitar

[T]oda imitación que sea capaz de: *i)* generar confusión respecto del origen empresarial de los bienes o servicios que colocan en el mercado, así como sobre los establecimientos utilizados para tal fin; *ii)* conllevar que el concurrente imitado no pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado por causa de una imitación sistemática; o, *iii)* significar una explotación indebida de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado⁷⁰.

Ante un acto de competencia desleal existen dos tipos de acciones⁷¹:

- Acción declarativa y de condena. El afectado por actos de competencia desleal tiene acción para que se declare judicialmente la ilegalidad de los actos realizados y en consecuencia se le ordene al infractor remover los efectos producidos por dichos actos e indemnizar los perjuicios causados al demandante.
- Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.

Estas acciones pueden ser ejercidas por cualquier persona que participe o demuestre su intención para participar en el mercado y cuyos intereses económicos resulten perjudicados o amenazados por los actos de competencia desleal; por las asociaciones o corporaciones

⁷⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, pág. 93, citando Perú, INDECOPI, Resolución 030-2005 CCD.

⁷¹ Colombia, Ley 256 de 1996, artículo 20.

profesionales y gremiales cuando resulten gravemente afectados los intereses de sus miembros; por las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor y por el Procurador General de la Nación sobre aquellos actos desleales que afecten gravemente el interés público o la conservación de un orden económico de libre competencia.

Según la Superintendencia de Industria y Comercio⁷² existen dos clases de prescripción para la acción de competencia desleal: una subjetiva, que se configura pasados dos (2) años a partir del momento en que el legitimado para ejercer la acción tiene conocimiento del acto que considera desleal y de la persona que lo ejecuta y una objetiva, que tiene lugar cuando transcurren tres (3) años contados desde el momento de la realización del acto denunciado. Las dos formas de prescripción son independientes y autónomas y adquiere materialización jurídica la primera de ellas que se configure.

7.2. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Otra de las opciones que tiene aquel arquitecto o diseñador que siente que otro se ha aprovechado de su trabajo es acudir a la justicia solicitando la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa. Para el efecto, debe probar que concurren los siguientes elementos⁷³:

- Un enriquecimiento positivo –aumento de un patrimonio– o negativo –se evita el menoscabo– del patrimonio de una persona.
- Un empobrecimiento correlativo de otra persona.
- Que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.

El enriquecimiento sin causa está contemplado en el artículo 831 del Código de Comercio en los siguientes términos: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”. En principio podría pensarse que su inclusión en el Código de Comercio hace que esta figura sólo sea aplicable a comerciantes, es decir a personas que

⁷² Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Sentencia 003, febrero 10/11.

⁷³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-219/95.

profesionalmente se ocupan de una actividad que la ley califique como mercantil, pero existe jurisprudencia consolidada que permite suponer que también se aplica a relaciones civiles, eso sí, siempre que se cumplan los requisitos antes mencionados⁷⁴.

La acción de tutela generalmente no es procedente para tramitar este proceso, ni siquiera cuando la parte demandada ha aceptado su responsabilidad mediante una confesión, porque la mayoría de las veces “el derecho a la propiedad afectado por la no devolución del dinero no exhibe naturaleza fundamental”⁷⁵.

Adicionalmente, es importante precisar que el enriquecimiento sin causa en Colombia solo ocurre, como su nombre lo indica, cuando no hay causa, es decir, una circunstancia que produzca el desplazamiento de un patrimonio a otro: un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito o una disposición expresa de la ley⁷⁶.

Es más, cuando el empobrecimiento se produce por la propia voluntad de la víctima hay enriquecimiento o mejor, empobrecimiento, *con* causa. En efecto, en Colombia, la jurisprudencia administrativa ha señalado que existe un elemento adicional para que se configure el enriquecimiento sin causa que consiste en que “la causa del empobrecimiento, no haya sido provocada por el mismo empobrecido, toda vez que en dicho evento no se estaría ante un ‘enriquecimiento sin justa causa’, sino ante la tentativa del afectado de sacar provecho de su propia culpa”⁷⁷.

La acción para reclamar por el enriquecimiento sin causa es la acción *in rem verso*, que es subsidiaria. Esto quiere decir que sólo se puede acudir a ella cuando no existen otras opciones. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia recientemente, señaló que “[l]a más notable de las características de la acción de enriquecimiento incausado, cual es la de la subsidiariedad. Todo el mundo conoce que dicha acción se abre paso solo en la medida en que no haya otro remedio que venga en

⁷⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Cas. Civil, diciembre 19/12. Ref.: 54001-3103-006-1999-00280-01.

⁷⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-219/95.

⁷⁶ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC10113-2014, julio 31/14 citando a Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 040/40.

⁷⁷ Colombia, Consejo de Estado, Sentencia, marzo 30/06 (radicado 25000-23-26-000-1999-01968-01(25662)).

pos del empobrecido. En otros términos, la vida de esta acción depende por entero de la ausencia de toda otra alternativa⁷⁸.

Para terminar este libro lleno de alusiones a pleitos por derecho de autor, violaciones al secreto empresarial, competencia desleal y enriquecimiento sin causa, sólo me resta decir que lo ideal es que los arquitectos adopten la costumbre de solicitar consejo legal de manera preventiva y trabajen desde el principio, en llave, con los abogados. Al fin y al cabo “buenas rejas hacen buenos vecinos”.

El reto para los arquitectos en el siglo XXI será propiciar un entorno más sostenible con diseños y materiales más amigables con el medio ambiente y el de los abogados será estar actualizados en su *lex artis* y entender mejor el quehacer de sus clientes para convertirse realmente en sus aliados.

⁷⁸ Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia julio 31/14 (radicado SC10113-2014) citando Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia, enero 11/2000. Ref.: Expediente 5208.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, *Tratado de los derechos reales*, t. I, 6ª. ed., Bogotá, Temis, 2001.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho de autor y derechos afines*, Madrid, Reus, 2007.
- ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Temis, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Los derechos de propiedad intelectual sobre las obras arquitectónicas*. Dictamen presentado a solicitud del Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España. [consultado nov.2015]. Disponible en <http://www.e-coac.org/innoserver/3patent/pi_cscae/Bercovitz%20Propiedad%20intelectual%20Dictamen%20obra%20arquitectnica.html>.
- BERCOVITZ, Germán, *Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor*, Madrid, Ed. Tecnos, 1997.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la ley de propiedad intelectual*, Madrid, Ed. Tecnos, 2007.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, *Régimen Jurídico de los conocimientos técnicos. Know how y secretos comerciales e industriales*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1984.
- CASADO, Laura, *Manual de derechos de autor*, Buenos Aires, Valleta, 2005.
- DINWOODIE, Graeme; HENNESSEY, William; PERLMUTTER, Shira, *International intellectual property law and policy*, N.Y., Casebook series, Lexis Nexis, 2001.
- Guía del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Acta de Paris, 1971), publicada por la OMPI, Ginebra, 1978.
- INDECOPI, *Guía de derecho de autor para arquitectos*, Cartilla en línea. [consultado 16 dic. 2015]. Disponible en < http://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/GDA_arquitectos.pdf>

- JAECKEL KOVACS, Jorge, *Apuntes sobre competencia desleal*. [Consultado 5 de nov. 2015] Disponible en <<https://centrocedec.files.wordpress.com/2011/07/1-apuntes-sobre-competencia-desleal-jjk.doc>>.
- KAY, John, *Intellectual property protection: What role in the 20th century history of innovation?*. [Consultado 1º dic. 2008]. Disponible en <www.adb.org/Documents/Conference/Technology_Poverty_AP/adb12.pdf>
- KEREVER, André, “Crónica de jurisprudencia” en: *Revue Internationale du Droit d’Auteur*, nº 197, 2003.
- LIPSYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, Buenos Aires, Ediciones UNESCO /CERLALC /ZAVALLIA, 1993.
- PACHÓN MUÑOZ, Manuel, *Manual de derecho de autor*, Bogotá, Temis, 1988.
- RUBIO TORRES, Felipe, *Conozca y proteja sus derechos de autor: aspectos relativos a la obra audiovisual*, Bogotá, Ministerio de Cultura 2003, Propiedad intelectual para la MIPYME, USAID, 2008.
- RUIPÉREZ DE AZCARÁTE, Clara, *Las obras del espíritu y su originalidad. Colección de propiedad intelectual*, Editorial Reus, 2012.
- STUMPF, Herbert, *El contrato de know how*, Bogotá, Editorial Temis, 1984.
- TOBÓN FRANCO, Natalia, *Secretos industriales, comerciales y know how*, Bogotá, Editorial Diké, 2008,
- TOBÓN FRANCO, Natalia; VARELA PEZZANO, Eduardo, *Derecho de autor para creativos*, Editorial Gustavo Ibáñez, 2010.
- TORRES, José L., “Protección de propiedad intelectual a las obras arquitectónicas y de ingeniería” en: *Revista jurídica digital UPR*, Vol. 83. [Consultado nov.2015].Disponible en: <<http://www.revistajuridicaupr.org/wp-content/uploads/2014/06/83-REV-JUR-DIG-UPR-157.pdf>>
- VELANDIA, Mauricio, *Revista la propiedad inmaterial. Competencia desleal por uso de signos distintivos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, primer semestre.

Este libro de terminó de imprimir
el 04 de marzo de 2016
en los talleres gráficos del
GRUPO EDITORIAL Ibañez
Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur
Teléfonos 2300731 - 2847524
Bogotá, D. C. - Colombia