

EL DERECHO DE AUTOR, LOS DERECHOS CONEXOS Y EL DERECHO DE
IMAGEN DEL MATERIAL PUBLICITARIO EN LA CONTRATACIÓN CON
AGENCIAS DE PUBLICIDAD

ANA CRISTINA JARAMILLO TOBAR
CAMILA MOSQUERA PÉREZ

TRABAJO DE GRADO

ASESORA
PAULA ANDREA RIVERA MONTOYA
ABOGADA

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	3
1. JUSTIFICACIÓN	5
2. OBJETIVOS	6
3. NOCIONES BÁSICAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	7
4. DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	10
4.1 DERECHO DE AUTOR	10
4.2 DERECHOS CONEXOS	13
4.3 DERECHOS MORALES	15
4.4 DERECHOS PATRIMONIALES	18
4.5 CESIÓN DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	24
5. DERECHO A LA IMAGEN	29
5.1 AUTORIZACIÓN DE USO DE IMAGEN	32
6. RELACIÓN ENTRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHO A LA IMAGEN	34
7. AGENCIAS DE PUBLICIDAD	37
7.1 MATERIAL PUBLICITARIO	37
7.2 CONTRATOS DE TRABAJO	40
7.3 CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	41
8. RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS DE PUBLICIDAD Y SUS CLIENTES	44
8.1 CONTRATO MARCO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS	45
9. CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	49
ANEXOS	52

INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual es una disciplina normativa que comprende los derechos que surgen de las creaciones intelectuales producto del talento, el esfuerzo y el trabajo humanos y se elevan a la categoría de bienes inmateriales o intangibles siendo objeto de protección mediante herramientas jurídicas de orden nacional e internacional. Ésta se encuentra referida en el artículo 61 de la Constitución Nacional, bajo el siguiente tenor:

“El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley.”

Asimismo, el Código Civil en su artículo 671 establece que “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.”

De esta forma se consagra la propiedad intelectual en la legislación colombiana, junto con otras normas nacionales, supranacionales e internacionales que regulan la materia de forma concreta buscando su fomento, estímulo y protección.

Así, la propiedad intelectual como género se divide en dos grandes especies denominadas propiedad industrial, y derecho de autor y conexos. La propiedad industrial incluye las invenciones, los diseños orientados a la actividad industrial, los modelos de utilidad, los esquemas de trazado de circuitos integrados, los signos distintivos como: las marcas de fábrica o de comercio, los nombres comerciales, las enseñas comerciales, las indicaciones geográficas; y la protección contra la competencia desleal, mientras que el derecho de autor, se enmarca en las creaciones intelectuales que arrojan la producción de obras artísticas, literarias y científicas. Finalmente, los derechos conexos al derecho de autor, son los que se desarrollan en torno a las obras protegidas por el derecho de autor e incluyen las interpretaciones, las ejecuciones, las producciones de fonogramas y las emisiones de radiodifusión.

En una época de globalización y grandes avances tecnológicos e informativos y aún en países llamados “del tercer mundo” se ha evidenciado el auge e incremento de actividades enmarcadas dentro de las normas de propiedad intelectual. Dichas actividades actualmente se han convertido en una importante fuente de riqueza y por ello, los derechos de sus autores se ven expuestos en la medida en que existe una mayor tendencia a la copia o a la reproducción no autorizada por terceras personas, desmotivando y disminuyendo así el interés de quien dedicó su tiempo e ingenio a la realización de actividades tendientes a la creación de obras susceptibles de ser protegidas, bien sea mediante la aplicación de las disposiciones en materia de propiedad industrial o de las herramientas que otorga la normativa del derecho de autor y derechos conexos.

El presente trabajo está enfocado exclusivamente al derecho de autor y conexos, y al derecho a la imagen, que surgen y se evidencian en la producción masiva de material publicitario, entendido éste como el conjunto de piezas publicitarias como comerciales, fotografías, música, anuncios, entre otros, que gran parte de las compañías requieren a través de la contratación con agencias de publicidad, con el fin de promocionar y dar a conocer sus productos o servicios.

Estas agencias, son organizaciones compuestas por personas creativas y de negocio que desarrollan y preparan para las compañías que los contraten, el material publicitario antes enunciado. En dichas agencias existen personas vinculadas de diferente forma, ya sea por contrato laboral o contrato de prestación de servicios entre otros, por ello, se hace necesario analizar dicha vinculación a la luz de la legislación de derechos de autor y conexos y del derecho a la imagen, con el fin de establecer la correcta adquisición por parte de las agencias de publicidad, de los derechos sobre las obras producidas por sus creativos, con el fin de que ésta detente la titularidad de los derechos patrimoniales y así, poder establecer negociaciones libremente con las compañías que las contraten.

1. JUSTIFICACIÓN

Las agencias de publicidad como personas jurídicas que han desarrollado un modelo de negocio con conocimiento y experiencia en la utilización productiva de las creaciones de la destreza humana, en ocasiones desatienden la importancia de velar por el adecuado cumplimiento de las normas jurídicas que regulan y protegen sus creaciones, perjudicándose a ellas mismas al no contar con la correcta cesión de los derechos de los autores, los derechos conexos y las autorizaciones para el uso de la imagen en las piezas publicitarias, impidiendo con ello, la cesión de los derechos patrimoniales a sus clientes, quienes posteriormente se ven afectados, al no contar con la titularidad de los derechos sobre el material publicitario que requieren para la comercialización y explotación de sus productos o servicios.

Por lo anterior, a lo largo de este proyecto se mencionarán los diferentes tipos de derechos que surgen en cabeza del autor, del artista intérprete o ejecutante, del productor de fonogramas, del organismo de radiodifusión y de los titulares del derecho a la imagen dependiendo del material publicitario que se origine en el desarrollo del objeto social de las agencias de publicidad. Igualmente, se estudiará la regulación existente en materia de derecho a la imagen, que aplica cuando la imagen de una persona es utilizada en una pieza publicitaria. Este estudio, se encuentra delimitado exclusivamente por la producción de obras artísticas y el uso de la imagen de un individuo, dentro del marco de la relación comercial existente entre una compañía y una agencia de publicidad, ambas personas jurídicas que carecen de capacidad legal para tener la calidad de autores.

Finalmente, es importante conocer y estructurar adecuadamente la relación comercial entre la agencia de publicidad y sus clientes, puesto que cada vez que se adquieren esos bienes protegidos, buena parte de lo que se paga por ellos, vuelve al autor o en general al titular de los derechos, como recompensa por el tiempo, el esfuerzo, las ideas y posiblemente el dinero, que invirtió en su creación, con lo cual se hace necesario que exista una conciencia y reconocimiento del derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la imagen, con el fin de evitar su vulneración.

2. OBJETIVOS

La finalidad principal del presente proyecto de grado es la realización de un escrito en el cual se recopile la parte sustancial del derecho de autor, los derechos conexos y el derecho a la imagen, y al mismo tiempo una propuesta de trabajo para regular las relaciones de las agencias de publicidad con sus creativos y clientes.

Así las cosas, se analizarán las diferentes formas en que la agencia de publicidad puede constituir su equipo de trabajo, con el fin de identificar el tratamiento que se le debe dar a cada integrante en materia de derechos de autor, buscando proteger sus intereses, sin descuidar los de la agencia y mucho menos los del cliente como beneficiario final de las piezas publicitarias elaboradas.

Adicionalmente, se pretende analizar la mejor forma de establecer una relación comercial con las agencias de publicidad que les permita a sus clientes tener seguridad jurídica al momento de requerir sus servicios y no verse involucradas en la vulneración del derecho de autor, derechos conexos o derecho a la imagen o, en la imposibilidad de ejercer los derechos patrimoniales radicados en cabeza de los mismos, permitiéndoles la utilización de la obra como una pieza vital para sus estrategias de mercadeo y posicionamiento de marca.

Por último, se presentarán las posibilidades en materia de herramientas y documentos jurídicos, que deberán ser elegidos por cada cliente atendiendo al modelo de relación comercial que ha elegido con su agencia de publicidad, con el fin de materializar el análisis y los conceptos detallados a lo largo del proyecto.

3. NOCIONES BÁSICAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual, como ya se dijo, consiste en una “disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico”¹. Ésta comprende el derecho de autor y los derechos conexos, la propiedad industrial y los derechos de obtentor de variedades vegetales.

Con el fin de construir una definición más inteligible y que permita justificar la denominación que se le ha dado a esta disciplina normativa, se considera importante desglosar el término propiedad intelectual, comenzando por examinar los significados de las palabras propiedad e intelectual.

Según el Pequeño Larousse Ilustrado, *propiedad* es un nombre de género común que significa “el derecho de usar y disponer de un bien de forma exclusiva y absoluta, sin más limitaciones que las contenidas en la Ley”. Asimismo, la Real Academia Española, en su diccionario de la Lengua Española, la define como el “derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales”. Por su parte, el artículo 669 del Código Civil Colombiano indica que “el dominio (denominado también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno” y el artículo 670 del mismo código establece que “sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”. De lo anterior, haciendo un análisis de las normas antes enunciadas, se puede inferir que la definición de dominio recae también sobre una cosa incorporal o inmaterial para gozar y disponer de ella, respetando las disposiciones normativas y al derecho ajeno.

Por otro lado, la palabra *intelectual* según el Pequeño Larousse Ilustrado, se define como un adjetivo “relativo al entendimiento o a los intelectuales”. Así, para el caso particular, el adjetivo intelectual, se entiende como lo que proviene del intelecto, la capacidad e inteligencia de una persona. La legislación civil en el artículo 671 consagra que las creaciones producto del ingenio y talento de una persona, hacen parte de su patrimonio, pues sobre éstas tiene la titularidad.

Se puede observar cómo la expresión propiedad intelectual no tiene una definición formal puesto que se trata de un término bastante amplio. Por esto, es importante mencionar que atendiendo a esto, los Estados suscriptores del Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) decidieron establecer una lista de los derechos que protege en relación con “las obras literarias, artísticas y científicas; las interpretaciones de los artistas intérpretes y las ejecuciones de los artistas ejecutantes, los fonogramas y las

¹ Unidad Administrativa Especial: Dirección Nacional de Derecho de Autor. Preguntas más frecuentes. [en línea]. <<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/preguntas.htm#02>>

emisiones de radiodifusión; las invenciones en todos los campos de la actividad humana; los descubrimientos científicos; los dibujos y modelos industriales; las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como los nombres y denominaciones comerciales; la protección contra la competencia desleal; y “todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico”.²

En suma, la expresión “propiedad intelectual” da cuenta del tipo de propiedad que se ejerce sobre las creaciones e invenciones producto de actividades que requieren el empleo de la inteligencia y la creatividad del hombre. Este tipo de propiedad, contiene dos principios comunes aplicables a todas las esferas que abarca, a saber:

- “Los creadores de la propiedad intelectual pueden adquirir derechos como resultado de su creación”.³
- Los derechos concedidos a esa creación, invención u obra pueden ser objeto de una cesión o de una licencia a terceros.

La importancia de esta disciplina normativa radica en que se considera justo, necesario y apropiado que la persona que dedica su tiempo, intelecto, creatividad y empeño a la producción de una creación, pueda contar con herramientas suficientes para retribuir el esfuerzo invertido y obtener de éste, si así lo desea, un provecho económico mediante su explotación financiera a través de diferentes clases de acuerdos legales y/o comerciales, ya que, el solo hecho de ser titular de derechos de propiedad intelectual por sí mismo, no genera beneficios monetarios.

Adicionalmente, es importante incluir una definición de la esfera de la propiedad intelectual denominada propiedad industrial, a pesar de que el presente trabajo está dedicado a los derechos de autor, conexos y de imagen. De acuerdo con el artículo 1º del Convenio de París, “la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal”, se entiende en su acepción más amplia y debe ser aplicada no solo a la industria y al comercio sino también al dominio de la industria agrícola y extractiva y a los productos fabricados o naturales.⁴

² Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI-. Artículo 2, punto viii del Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. [en línea].

<http://www.wipo.int/treaties/es/convention/trtdocs_wo029.html>

³ OMPI. Curso general de propiedad intelectual (enseñanza a distancia). [en línea].

<http://www.wipo.int/academy/es/courses/distance_learning/catalog/dl101genip.html>

⁴ OMPI. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. [en línea].

<http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html>

Finalmente, debe resaltarse que la existencia de una protección de tipo jurídico en este ámbito se constituye en un incentivo para fomentar la producción de nuevas obras, creaciones e invenciones, permitiendo un mayor progreso e innovación en los diferentes sectores de la economía que pueden encontrar ideas más efectivas y eficientes para el desarrollo de sus actividades.

4. DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

El derecho de autor es un término jurídico que da cuenta de los derechos otorgados a los autores de obras literarias, artísticas y científicas, mediante herramientas conferidas por el Estado desde el momento de la creación de la obra y por un período de tiempo determinado. Los derechos conexos, por su parte, son los derechos que se desarrollan en torno a las obras protegidas por el derecho de autor y se radican en cabeza de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, “en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y emisiones de radiodifusión, respectivamente”⁵.

Debido a la estrecha relación existente entre el derecho de autor y los derechos conexos, siendo el primero un presupuesto necesario para la existencia de los segundos, serán ambos estudiados en el presente capítulo. Sin embargo, para una mejor comprensión de ambos conceptos y una sistemática descripción de cada uno de ellos, serán tratados de forma separada, comenzando por el derecho de autor.

Pero antes de ello, es importante indicar que la Ley 23 de 1982 en su artículo 2 adicionado por el artículo 67 de la Ley 44 de 1993 dispone que “los derechos de autor se reputan de interés social y son preferentes a los de los intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, y en caso de conflicto primarán los derechos del autor.”

4.1 DERECHO DE AUTOR

El derecho de autor como una noción protegida en el ámbito internacional fue consagrado desde 1886 en el Convenio de Berna, también tiene protección en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio –ADPIC- de 1994 y en los diferentes tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI- como el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996. Asimismo, en el ámbito nacional se trata de un concepto que data de tiempo atrás, al haberse consagrado desde el año 1946 en la Ley 86, derogada por la Ley 23 de 1982, y en la Decisión Andina 351 de 1993.

En palabras del profesor Ernesto Rengifo García, en su obra Propiedad Intelectual El Moderno Derecho de Autor, “el derecho de autor es una moderna disciplina jurídica que regula la particular relación del autor con su creación intelectual y de ésta con la sociedad. En virtud de la primera, el derecho de autor otorga al creador un cúmulo de facultades tanto patrimoniales como morales que, de una parte, le permiten explotar en forma exclusiva su

⁵ Centro Colombiano del Derecho de Autor –CECOLDA-. Preguntas frecuentes. [en línea]. <http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=7&Itemid=50>

producción intelectual y, de otra, persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su creador”⁶

De la anterior definición, se evidencia la necesidad de comenzar por definir quién puede ser autor, considerando que, como bien lo indica el profesor Rengifo, se trata de la persona en quien recaen las facultades tanto patrimoniales como morales derivadas de su producción intelectual. Así, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y a la interpretación que de este artículo ha hecho la Dirección Nacional de Derecho de Autor, se entiende que autor es una “persona física (natural) que realiza la creación intelectual de carácter literario o artístico. De esta definición debe colegirse, en primer término, que solo un ser humano puede tener la condición de autor. En segundo lugar, la expresión “que realiza la creación intelectual”, significa que para ser considerado autor o coautor de una obra, tal persona ha debido llevar a cabo, por si mismo, el proceso mental que significa concebir y expresar una obra literaria o artística.”⁷

Ligado a lo anterior, la misma autoridad otorga los supuestos para determinar cuándo es posible atribuir a varias personas la condición de coautores, indicando que “varias personas naturales tendrán la condición de coautores si respecto de cada una de ellas, se puede predicar el haber realizado la creación intelectual” en los términos mencionados para identificar la creación de un autor.

De las definiciones transcritas, queda expresamente delimitada la concepción tanto de autor como de coautor de una obra, pero es importante mencionar que el derecho de autor no protege las ideas que se quedan en la mente de estas personas, sino que pone un límite necesario al proteger solo aquellas ideas que se han plasmado de formas perceptibles por los sentidos. Asimismo, cuando en la definición de autor de la Dirección Nacional de Derecho de Autor se indica que “el mero aporte de ideas que sirven de antecedente para la creación de la obra, o la contribución puramente física o mecánica, no creativa, a la plasmación de la obra, no atribuyen la condición de autor a quien las realiza”, expresamente se consagra la necesidad de originalidad por parte del autor al momento de creación de su obra. Este precepto, encuentra un sustento jurídico en disposiciones de diferente rango, a saber, el artículo 7° de la Decisión Andina 351 de 1993, en el artículo 9° del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) y el artículo 6° de la Ley 23 de 1982.

Una vez analizada la noción de autor en la legislación nacional y supranacional, se abordará el concepto de obra a la luz del derecho de autor, la cual constituye su principal objeto de protección. De las definiciones del Centro Colombiano del Derecho de Autor (CECOLDA) y de la Decisión Andina 351 de

⁶ RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Propiedad Intelectual: El Moderno Derecho de Autor. 1996. p.49

⁷ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Glosario. [en línea]. <<http://www.derechodeautor.gov.co/html/legal/legislacion/Glosario.htm>>

1993, en su artículo 3°, es dable colegir que una obra es toda creación o expresión intelectual que es producto del ingenio o del talento humanos, de naturaleza artística, científica o literaria que se materializa de formas perceptibles por los sentidos y se caracteriza por su originalidad. Ésta se ha entendido como un presupuesto o requisito indispensable para que la obra sea protegida, y consiste en que no se trate de una copia o reproducción de una obra ya existente, de forma total o parcial.

En cuanto al tipo de obras que existen en la legislación colombiana, la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993, contienen un catálogo que a continuación se menciona: obra individual, obra en colaboración, obra colectiva, obra anónima, obra seudónima, obra inédita, obra póstuma, obra originaria, obra derivada, obra audiovisual, obra por encargo. De éstas solo serán definidas aquellas que tienen relevancia para los objetivos y propósitos del presente trabajo.

En la Ley 23 de 1982, se definen:

“Obra individual: la que sea producida por una sola persona natural.

Obra en colaboración: la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales, cuyos aportes no puedan ser separados. “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” –artículo 18 de la Ley 23 de 1982-.

Obra colectiva: la que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre.

Obra anónima: aquella en que no se menciona el nombre del autor, por voluntad del mismo o por ser ignorado.

Obra originaria: aquella que es primitivamente creada.

Obra derivada: aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma.”⁸

[Obra por encargo]: cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, sólo percibirán, en la ejecución de ese plan los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán

⁸ Artículo 8 de la Ley 23 de 1982: Sobre derechos de autor.

las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente ley, en sus literales a) y b).”⁹

Por su parte, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 3° define:

“Obra audiovisual: Toda creación expresada mediante una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, que esté destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y de sonido, independientemente de las características del soporte material que la contiene.”¹⁰

Finalmente, y partiendo de la base de que ya se han aclarado las nociones de autor y de obra, es necesario indicar con base en el principio de no formalidad consagrado en artículo 5.2 del Convenio de Berna de 1886, en el artículo 9 de la Ley 23 de 1982 y en el artículo 52 de la Decisión Andina 351 de 1993, que la protección de una obra se presenta desde el mismo momento de su creación y no requiere registro alguno por parte del autor. Sin embargo, existe un procedimiento de registro¹¹, que se lleva a cabo ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor el cual tiene como finalidad otorgar mayor seguridad jurídica al creador y titular de la obra, así como constituirse en una herramienta de prueba y oponibilidad frente a terceros para evitar la vulneración de los derechos que nacen en cabeza del autor, que se desarrollarán en capítulos posteriores del presente trabajo.

4.2 DERECHOS CONEXOS

Los derechos conexos al derecho de autor se protegen en el ámbito internacional con el Convenio de Berna de 1886 en su artículo 11bis y con la Convención de Roma de 1961¹². Con la Convención se buscaba establecer una legislación que trascendiera las fronteras estatales, pues las legislaciones nacionales se caracterizaban por tener normas precarias en el tema. Dicha Convención pretende otorgar protección a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, sean personas naturales o jurídicas, que si bien no elaboran una obra susceptible de ser protegida por el derecho de autor, sí realizan un trabajo de creatividad, habilidad y esfuerzo que debe ser reconocido.

Siendo diferentes al derecho de autor, los derechos conexos se encuentran estrechamente relacionados con aquel, toda vez que se originan con ocasión de una obra protegida por el derecho de autor. Es por esto, que los titulares de

⁹ Ibíd. Artículo 20.

¹⁰ Artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993: Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.

¹¹ Ibíd. Artículo 53 y Artículos 3, 4 y 6 de la Ley 44 de 1993 “Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944”.

¹² OMPI. Convención de Roma de 1961 “Sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión”.

derechos conexos cuentan con prerrogativas y herramientas jurídicas muy similares a las del autor.

Las definiciones de los conceptos relevantes en materia de derechos conexos, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3° de la Convención de Roma de 1961, son las siguientes:

“Artista intérprete o ejecutante: todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística.

Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos.

Productor de fonogramas: persona natural o jurídica “bajo cuya iniciativa, responsabilidad y coordinación”¹³, se fija por primera vez los sonidos de una ejecución u otros sonidos.

Publicación: el hecho de poner a disposición del público, en cantidad suficiente, ejemplares de un fonograma.

Emisión: la difusión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público.

Reproducción: la realización de uno o más ejemplares de una fijación.

Retransmisión: la emisión simultánea por un organismo de radiodifusión de una emisión de otro organismo de radiodifusión.”

En el glosario de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, se encuentran otras definiciones relevantes para la comprensión de los derechos conexos, éstas son:

“Fijación: incorporación de signos, sonidos o imágenes sobre una base material que permita su percepción, reproducción o comunicación.

Distribución al público: puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma.

Organismo de radiodifusión: empresa de radio o televisión que transmite programas al público.”

Cabe resaltar que la importancia de la protección de los derechos conexos va ligada a la importancia que cada una de las elaboraciones o acciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión tienen respecto de una obra que en la mayoría de los casos se

¹³ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Glosario. [en línea].
<<http://www.derechodeautor.gov.co/html/legal/legislacion/Glosario.htm>>

encuentra protegida por el derecho de autor. Así, estos tres grupos de personas u organizaciones que se protegen, realizan un aporte fundamental para darle vida a las obras y permitir su transmisión al público de una forma agradable y masiva, con lo cual, es claro que realizan un aporte individual o personal que implica su creatividad, esfuerzo, organización, destinación de recursos económicos, entre otros, que hace indispensable que deban contar con instrumentos jurídicos de protección para explotar sus derechos y evitar la vulneración por parte de terceros¹⁴.

Habiendo resaltado la importancia y trascendencia de los derechos conexos al derecho de autor, es necesario aclarar que existen normas expresas que consagran la prevalencia de éstos sobre aquellos, con lo cual, no es posible la aplicación de las disposiciones jurídicas de los beneficiarios de los derechos conexos en detrimento de los derechos de los autores¹⁵.

Existen dos tipos de derechos que se otorgan tanto a los autores y coautores como a las tres categorías de destinatarios de los derechos conexos ya mencionadas. Se trata de los derechos morales y los derechos patrimoniales sobre sus creaciones que serán tratados a los largo de los dos subcapítulos siguientes.

Son dos facultades que buscan proteger situaciones opuestas cuando se tiene la calidad de autor o se es titular de derechos conexos, ya que, por un lado siempre que exista una creación merecedora de protección, su propietario tendrá especial interés en obtener un provecho económico a través de la explotación de la misma, pero por otro lado, esa tendencia capitalista no hace que pierda interés en contar con facultades que permitan su reconocimiento personal y su control sobre la obra o trabajo, frente a los demás, lo cual no tiene una valoración en términos económicos ni es susceptible de negociación para trasladarlo a terceros.

Teniendo en cuenta la anterior introducción, los dos apartes siguientes tienen como finalidad abarcar la noción de derechos morales y derechos patrimoniales, aplicables tanto para quienes tienen la calidad de autor como para quienes tienen la calidad de artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión¹⁶.

4.3 DERECHOS MORALES

Los derechos morales son derechos personalísimos a través de los cuales se busca proteger el vínculo que surge entre el autor y su obra, con un contenido no patrimonial en el sentido de que no reportan un beneficio económico para el autor, pero sí la posibilidad de continuar ejerciendo una vigilancia y control

¹⁴ Para efectos de ampliar las disposiciones en materia de inclusión en fonogramas y de ejecución pública de obras musicales, se recomienda revisar lo establecido en el capítulo X y el capítulo XI de la Ley 23 de 1982, respectivamente.

¹⁵ Artículo 33 de la Decisión Andina 351 de 1993 y Artículo 165 de la Ley 23 de 1982.

¹⁶ Artículo 171 de la Ley 23 de 1982.

sobre su obra, aún cuando se enajenan o trasladan a terceros las facultades otorgadas por los derechos patrimoniales.

Los derechos morales que se radican en cabeza del autor o de los beneficiarios de derechos conexos, consisten en:

Derecho a la paternidad de la obra, en esta prerrogativa el autor encuentra el sustento jurídico para exigir siempre su reconocimiento como titular de la obra, solicitando en cualquier tiempo que sea nombrado como tal cuando se presenta la publicación, distribución o divulgación de la misma, o si así lo prefiere, pidiendo que su nombre sea ocultado totalmente –anónimo- o bajo un nombre que no lo identifique –seudónimo-.¹⁷

Derecho a la integridad de la obra, es una facultad que le otorga al autor la posibilidad de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando esto cause detrimento a su honor o reputación, considerando que solo él, como creador de la misma, conoce el sentido y significado que tiene cada uno de sus detalles, y en consecuencia, las implicaciones de cualquier alteración que desdibujen o trastornen la idea inicial concebida y plasmada en ésta. A pesar de lo anterior, sí es posible que exista una renuncia por parte del autor a ejercer este derecho, cuando se trata de modificaciones que no tienen una relevancia sustancial en la integridad de la obra, es decir, que no generan una transformación importante en su concepción inicial. Además, cuando las modificaciones se hacen necesarias para que la obra pueda tener una utilización adecuada, el autor no podrá oponerse, sino simplemente solicitar que no sea nombrado como creador, o mejor aún, como autor de la obra final.¹⁸

Posibilidad de modificar la obra antes o después de la publicación, se trata de una facultad que si bien hace parte de los derechos personalísimos del autor, encuentra una importante limitación en su ejercicio frente a los derechos económicos o patrimoniales de terceros adquiridos con ocasión de un acuerdo o negocio jurídico celebrado con el autor. Así, la posibilidad de que el autor cambie su obra antes o después de la publicación hace necesario que se analicen los posibles perjuicios que esta decisión implica, y lleva consigo la obligación para el autor, de asumir tales consecuencias económicas, es decir, de reconocerle al tercero afectado el valor de la indemnización a que haya lugar. El ejercicio de esta facultad no necesariamente atiende a que se presente en el autor una modificación en sus tendencias personales, sociales o culturales, sino al simple hecho de que exista un proceso de avance intelectual o creativo o a la existencia de un hecho más favorable que lo haga considerar necesaria la modificación de su obra.¹⁹

¹⁷ OMPI. Artículo 6bis numeral 1 del Convenio de Berna de 1886 “Para la protección de las obras literarias y artísticas”. Artículo 11 literal b) y Artículo 35 literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 30, literal a) de la Ley 23 de 1982.

¹⁸ Artículo 6bis numeral 1 del Convenio de Berna de 1886. Artículo 11 literal c) y Artículo 35 literal b) de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 30 literal b) de la Ley 23 de 1982.

¹⁹ Artículo 30 literal d) de la Ley 23 de 1982.

Derecho al arrepentimiento o retracto, es una potestad con que cuenta el autor, de solicitar el retiro de la obra que se ha puesto a disposición del público o incluso que se suspenda la utilización de la misma. En este caso, a diferencia de las motivaciones para modificar la obra que se nombraron precedentemente, sí es posible encontrarse con un cambio en las convicciones personales, culturales y sociales del autor que lo llevan a tomar esa decisión, considerando que la obra que está siendo distribuida o utilizada, ya no coincide con su idea inicial y no representa su personalidad. Asimismo, la utilización del derecho de retracto por parte del autor, conlleva a que éste asuma las consecuencias económicas derivadas de los derechos de terceros, es decir, el pago de las indemnizaciones de perjuicios a que haya lugar.²⁰

Derecho al inédito y al anonimato, consiste en una prerrogativa que le permite al autor decidir acerca de la divulgación o no de su obra, así como la posibilidad de exigir que no sea nombrado como autor de la misma, sin que por esto pierda la calidad de propietario de la obra ni las demás facultades que otorgan los derechos morales adquiridos.²¹

De otro lado, en el concepto de derechos morales, se encuentran una serie de características inherentes a éstos, consagradas en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, que son:

Perpetuidad, indica que en materia de derechos morales la muerte no es una causal de extinción de las prerrogativas otorgadas al autor, ya que, éstas pueden ser conservadas por sus herederos o cónyuge y en su defecto por el Instituto Colombiano de Cultura. Así, esta característica permite que el autor siga siendo reconocido con posterioridad a su fallecimiento, y que sus sucesores puedan ejercer los derechos morales ya mencionados para proteger la integridad de la obra.

Inalienabilidad, se trata de una característica de los derechos morales que resalta su rasgo personalísimo, al impedir que sean objeto de negociación por parte del autor para transferirlos a terceros. Puede decirse que refleja el carácter imperativo de los derechos morales, al limitar la autonomía de la voluntad del autor, permitiendo que solo en él puedan radicarse las prerrogativas y derechos ya mencionados en párrafos anteriores.

Irrenunciabilidad, es la expresión de una norma de derecho público que limita la facultad de disposición que tiene el propietario/autor de la obra, en el sentido de no poder renunciar a sus derechos morales, y por tanto, tiene como consecuencia que cualquier pacto en contrario esté viciado de nulidad absoluta y no pueda exigirse jurídicamente su validez o aplicación.

²⁰ Artículo 30 literal e) de la Ley 23 de 1982.

²¹ Artículo 11 literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993 y Artículo 30 literal c) de la Ley 23 de 1982.

Imprescriptibilidad, resalta una característica que trasciende la esfera temporal de los morales, en el sentido de permitir que las facultades y prerrogativas otorgadas al autor puedan exigirse en cualquier tiempo, por no ser susceptibles de negociación ni enajenación.

Inembargabilidad, es un término que, en cierto sentido, recoge las características anteriores al impedir que los derechos morales propiedad del autor, que se encuentran dentro de su patrimonio personal, puedan ser objeto de persecución por parte de terceros a través de medidas cautelares que persigan su apropiación.

4.4 DERECHOS PATRIMONIALES

Son “derechos pecuniarios o monopolios de explotación”²² que se encuentran en el ámbito mercantil y nacen en cabeza del autor o del titular de derechos conexos, desde el momento en que su creación es divulgada por cualquier medio de expresión²³, y por ende, es protegida. Éstos, pueden ser objeto de disposición debido a que permiten al autor y al beneficiario de derechos conexos, negociarlos y enajenarlos, con el fin de obtener un provecho económico directamente o a través de terceros.

Los derechos patrimoniales tienen un carácter exclusivo en el sentido de que cualquier acto de utilización de la obra o creación, debe encontrarse expresamente autorizada por su titular. Asimismo, se dice que son derechos temporales, renunciables y transmisibles, porque a diferencia de los derechos morales, son otorgados por un tiempo determinado legalmente, después del cual no es posible reclamar su exigibilidad, y son facultades en las cuales prevalece la autonomía de la voluntad de su titular, permitiéndole decidir si los utiliza como objeto de cualquier negocio jurídico.

Es importante resaltar que si bien en principio se piensa siempre en la obtención de un provecho económico como consecuencia de la aplicación o ejecución de los derechos patrimoniales, nada obsta para que su titular pueda celebrar un negocio jurídico a título gratuito mediante el cual transfiere a un tercero, persona natural o jurídica, las prerrogativas concedidas por estos derechos. El nuevo titular que no se ha visto obligado a cancelar una suma de dinero para ostentar dicha calidad, podrá válidamente ejercer los derechos patrimoniales adquiridos obteniendo beneficios económicos.

Se ha mencionado la facultad que tiene el titular de derechos patrimoniales de suscribir un negocio jurídico, a título gratuito u oneroso, mediante el cual transfiere dichos derechos a un tercero, persona natural o jurídica. Sin embargo, es preciso mencionar que cuando no se realiza dicho acto entre vivos, los derechos patrimoniales en cabeza de un titular que fallece, pasan a

²² RENGIFO GARCÍA, Op. cit., p. 157.

²³ Artículo 72 de la Ley 23 de 1982.

ser parte de la masa sucesoral, y podrán ser recibidos por sus herederos vía testamentaria o de asignación en un proceso de sucesión.²⁴

En cuanto a las potestades que se adquieren en virtud de los derechos patrimoniales, a continuación se explica cada una de ellas:

Derecho de disposición, es aquel que le permite al propietario trasladar a otros las facultades otorgadas con ocasión de su titularidad de derechos patrimoniales. Dicha transferencia podrá realizarse a título gratuito u oneroso, por acto entre vivos o por causa de muerte y de forma total o parcial, dependiendo de que el autor no se reserve ninguna de las prerrogativas otorgadas, o que efectivamente lo haga²⁵.

Derecho de reproducción, se entiende como la posibilidad que tiene el propietario de prohibir o autorizar la realización de copias de su obra, a través medios y procedimientos conocidos o que resulten posteriormente. El artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993, define la reproducción como “la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”. Así las cosas, se trata de un derecho que tiene por finalidad permitirle al autor controlar la utilización y realización de copias o réplicas tanto de su obra originalmente concebida, como de aquellas versiones en que se han realizado modificaciones o alteraciones a la misma²⁶.

Derecho de comunicación pública, atiende a la facultad que tiene el autor y el beneficiario de derechos conexos de controlar la transmisión de su creación. El artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, define la comunicación pública como “todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas”. De lo anterior, se deduce la diferencia que existe entre la comunicación pública y privada, entiendo que en esta última solo se transmite o ejecuta la obra para un número más reducido de personas que no requiere la utilización de un organismo de radiodifusión²⁷.

Derecho de transformación, esta prerrogativa le permite al titular de una creación privada, decidir si autoriza o no a terceros, la realización de modificaciones a la misma. En palabras del profesor Rengifo, dichas modificaciones pueden consistir en “traducciones, adaptaciones, arreglos musicales, revisiones, actualizaciones, compendios, resúmenes, extractos, colecciones y antologías”²⁸. Para el caso de modificaciones o transformaciones a obras de dominio público, quien las realiza no requiere solicitar autorización

²⁴ Artículo 29 de la Decisión Andina 351 de 1993.

²⁵ Artículo 3 literal a) de la Ley 23 de 1982.

²⁶ Artículo 9 del Convenio de Berna de 1886. Artículo 13 literal a) de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 12 literal a) de la Ley 23 de 1982.

²⁷ Artículo 11bis del Convenio de Berna de 1886. Artículo 13 literal b) de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 12 literal c) de la Ley 23 de 1982.

²⁸ RENGIFO GARCÍA, Op. cit., p. 172.

alguna, y por el contrario, será el nuevo titular exclusivo de la propiedad de dicha creación modificada que se encontrará protegida por el derecho de autor. En el caso de creaciones privadas, a pesar de que se requiere autorización del titular, el transformador autorizado, obtiene la propiedad exclusiva de su nueva creación, denominada obra derivada²⁹.

Derecho de distribución pública, es la facultad que tiene el autor y el titular de derechos conexos, de poner a disposición del público los originales y copias de sus creaciones, mediante la utilización de figuras jurídicas como el arrendamiento, la venta o el préstamo³⁰.

Derecho de importación de copias, es la facultad que le permite al autor o titular de una creación protegida por derechos conexos, oponerse a la importación de copias de su obra dentro del territorio de cualquier país, sin que exista su autorización y consentimiento expreso. Se trata de una prerrogativa que le permite al propietario de una creación, exigir el cumplimiento del principio de territorialidad, que consiste en la posibilidad de decidir los lugares geográficos en los cuales tiene interés en que ingrese su obra o copias de la misma.³¹

Derecho de seguimiento o “el droit de suite”, este derecho no está consagrado expresamente en la Ley 23 de 1982, pero está incorporado en el ordenamiento jurídico con su consagración en el artículo 16 de la Decisión Andina 351 de 1993 que consagra lo siguiente: “los autores de obras de arte y, a su muerte sus derechohabientes, tienen el derecho inalienable de obtener una participación en las sucesivas ventas que se realicen sobre la obra, en subasta pública o por intermedio de un negociante profesional en obras de arte. Los Países Miembros reglamentarán este derecho”.

Si bien se han mencionado los principales derechos patrimoniales que se encuentran en la doctrina y en la legislación nacional y supranacional, es necesario mencionar que no se trata de una lista taxativa de facultades concedidas al autor en el ámbito patrimonial, si no, que se podrán encontrar otras formas de explotación de una obra o creación, a las cuales se aplicarán los conceptos sobre derechos patrimoniales.

En este sentido, se encuentran los siguientes derechos patrimoniales de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión:

El derecho de impedir la fijación, radiodifusión y transmisión de sus interpretaciones o ejecuciones, prerrogativa con que cuentan los artistas

²⁹ Artículo 12 Convenio de Berna de 1886 y Artículo 13 literal e) de la Decisión Andina 351 de 1993.

³⁰ Artículo 13 literal c) de la Decisión Andina 351 de 1993.

³¹ Artículo 13 literal d) de la Decisión Andina 351 de 1993.

intérpretes o ejecutantes³²; el derecho a percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales³³, el derecho de alquiler y el derecho de autorizar prohibir la reproducción directa o indirecta del fonograma³⁴ se consagran para los productores de fonogramas; y el derecho de autorizar o prohibir la reemisión, fijación y reproducción de sus emisiones de radiodifusión es una facultad otorgada a los organismos de radiodifusión³⁵.

Es importante mencionar el denominado principio de independencia aplicable en materia de derechos patrimoniales, con el cual el titular de dichos derechos se encuentra protegido, en el sentido de que no se considera que la cesión de una de sus facultades en este campo, conlleve necesariamente a la cesión de las demás, pues todas y cada de las prerrogativas otorgadas al autor y al beneficiario de derechos conexos son independientes entre sí y deben ser expresamente transferidas a terceros de forma individual. Por lo anterior, cuando se presenta la cesión o transferencia de los derechos patrimoniales, a título gratuito u oneroso, las partes deberán tener especial cuidado al mencionar en el documento de cesión, cuáles son las formas de utilización de los derechos patrimoniales que se cederán y cuáles se reservará el autor, so pena de suscribir un documento que podría no tener efectos jurídicos, debido a que los artículos 77 y 78 de la Ley 23 de 1982, consagran la necesidad de que expresamente se indiquen estos aspectos, pues establecen una interpretación restrictiva de los acuerdos sobre derechos de autor.

Se debe mencionar, como ya se advirtió al comenzar este subcapítulo, que la protección otorgada en el campo de los derechos patrimoniales de autor y de los beneficiarios de derechos conexos, es por un período de tiempo determinado, establecido legalmente. Así, si bien en el artículo 7 del Convenio de Berna y en el artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993, se establece que la protección de los derechos patrimoniales de autor tendrá una duración equivalente a la vida del autor más cincuenta años después de su muerte, esas mismas disposiciones facultan a los países para que en sus legislaciones internas extiendan tal período, con lo cual, el artículo 21 de la Ley 23 de 1982, dispone que en Colombia la protección conferida por los derechos patrimoniales de autor tendrá una duración determinada por la vida del autor más ochenta años después de su fallecimiento. De la anterior disposición es necesario aclarar que el cómputo de dicho plazo de protección se debe realizar atendiendo a que una vez fallece el autor, los ochenta años adicionales de

³² Artículo 7 de la Convención de Roma de 1961. Artículo 14 numeral 1 del Acuerdo sobre los "Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio" –ADPIC–. 1994. Artículo 34 de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 166 de la Ley 23 de 1982.

³³ Artículo 37 de la Decisión Andina 351 de 1993.

³⁴ Artículo 10 de la Convención de Roma de 1961. Artículo 14 numeral 2 del Acuerdo sobre los ADPIC. Artículo 37 de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 172 de la Ley 23 de 1982.

³⁵ Artículo 13 de la Convención de Roma de 1961. Artículo 14 numeral 3 del Acuerdo sobre los ADPIC. Artículo 39 de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 177 de la Ley 23 de 1982.

protección se cuentan a partir del primer día del año inmediatamente siguiente a su fallecimiento³⁶.

En el caso de la duración de la protección de los derechos conexos, el artículo 14 de la Convención de Roma de 1961 consagra que la protección concedida no puede ser inferior a veinte años contados a partir del final del año en que se haya realizada la actuación, la fijación o la emisión, en cada caso. El Acuerdo sobre los ADPIC en su artículo 14 establece que para los artistas intérpretes o ejecutantes y los productos de fonogramas el periodo de protección es de cincuenta años, mientras para los organismos de radiodifusión será de veinte años, a partir del final del año civil en que se haya realizado la interpretación o ejecución, la fijación o la emisión, respectivamente. Por su parte, la Decisión Andina de 1993 en sus artículos 36, 38 y 41 unifica la duración de la protección para los beneficiarios de derechos conexos estableciendo que no podrá ser inferior a cincuenta años contados a partir del 1ero de enero del año siguiente al que tuvo lugar la interpretación o ejecución, fijación o emisión, según corresponda. Y, finalmente, el artículo 2 de la Ley 44 de 1993, modificadorio del artículo 29 de Ley 23 de 1982 dispone:

“Los derechos consagrados a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión tendrán la siguiente duración:

Cuando el titular sea persona natural, la protección se dispensará durante su vida y ochenta años más a partir de su muerte.

Cuando el titular sea persona jurídica, el término de protección será de cincuenta años, contados a partir del último día del año en que tuvo lugar la interpretación o ejecución, la primera publicación del fonograma o, de no ser publicado, de su primera fijación o la emisión de su radiodifusión.”

De todas las disposiciones anteriores, prevalece lo establecido por la Ley 44 de 1993 debido a que todas las demás disposiciones de carácter supranacional, ya mencionadas, le confieren a los Estados la potestad de que internamente reglamenten estos períodos.³⁷

En cuanto a la duración de la protección de los derechos patrimoniales cuando se trata de personas jurídicas, el artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993 establece que la duración de la protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso, mientras que el artículo 27 de la Ley 23 de 1982 establece que la duración de la protección será de treinta años contados a partir de la publicación de la obra. Es claro que existe un conflicto entre estas dos disposiciones, puesto que una otorga un término mayor que la otra.

³⁶ Artículo 7 numeral 5 del Convenio de Berna de 1886. Artículo 20 de la Decisión Andina 351 de 1993.

³⁷ Artículo 22 de la Convención de Roma de 1961.

Para determinar cuál de las dos disposiciones se aplica, debe tenerse en cuenta que la Decisión Andina 351 fue expedida en el año 1993 mientras que la Ley 23 fue expedida en el año 1982, lo que significa que la Decisión es posterior a la Ley y por tanto debe acogerse el término de cincuenta años para la duración de la protección de derechos patrimoniales en el caso de que la titularidad pertenezca a una persona jurídica. Además, hay que recordar que la Decisión hace parte de la normativa de la Comunidad Andina de Naciones – CAN-, órgano supranacional al que pertenecen Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú -países andinos-, y que por su parte la Ley tiene un rango nacional y de derecho interno, razón por la cual prevalece la normativa andina. Finalmente se entiende que la Decisión Andina 351 de 1993 fue pensada para establecer un régimen común sobre el derecho de autor y los derechos conexos que contiene los lineamientos básicos y mínimos que deben aplicar los Países Miembros de la CAN, y que sus legislaciones internas no pueden limitar o restringir los derechos de los autores y de los titulares de derechos conexos. Al respecto el artículo 59 de la Decisión establece que:

“Los plazos de protección menores que estuviesen corriendo, de conformidad con las legislaciones internas de los Países Miembros, quedarán automáticamente prorrogados hasta el vencimiento de los plazos dispuestos en la presente Decisión.

No obstante, se aplicarán los plazos de protección contemplados en las legislaciones internas de los Países Miembros, si éstos fueran mayores que los previstos en la presente Decisión.”

Por todo lo anterior, se concluye que el artículo 27 de la Ley 23 de 1982 se encuentra actualmente suspendido en Colombia, y debe aplicarse el artículo 18 de la Decisión Andina 351 de 1993, en lo que tiene que ver con la protección de las obras cuyos titulares son personas jurídicas.

Para el caso de los derechos patrimoniales de autor que surgen como consecuencia de la realización de una obra en colaboración, ya definida en el capítulo 4.1 del presente trabajo, se debe hacer una aclaración de gran trascendencia en el tema de la duración de la protección, puesto que en dichas obras el período de protección es la vida de los autores más ochenta años, pero el cómputo de ese tiempo posterior al fallecimiento de los autores, se realiza a partir del primer día del año siguiente de la muerte del colaborador que sobreviva de último³⁸.

Finalmente, se hace necesario abordar el tema acerca de las limitaciones y excepciones existentes en materia de derechos patrimoniales. De acuerdo con el libro Propiedad Intelectual: El Moderno Derecho de Autor del Profesor Ernesto Rengifo, “las limitaciones y excepciones al monopolio de explotación exclusivo significan que la obra puede ser utilizada lícitamente, sin autorización

³⁸ Artículo 7bis de la Convención de Berna de 1886 y Artículo 21 de la Ley 23 de 1982.

del autor y sin el pago de remuneración alguna, en casos expresamente señalados en la Ley”.

De lo anterior, se puede concluir que se trata de los casos en los cuales la posibilidad de explotación de las obras o creaciones se entiende de dominio público, y son disposiciones normativas aplicables exclusivamente en el campo de los derechos patrimoniales de autor y de titulares de derechos conexos, sin que puedan extenderse a los derechos morales conferidos a éstos. Así, atendiendo a lo dispuesto en el Acuerdo sobre los ADPIC, los Estados tienen la facultad de reglamentar internamente este régimen de limitaciones y excepciones, siempre que no atente contra la posibilidad de explotación de las obras o creaciones que otorgan derechos patrimoniales, ni perjudiquen los intereses legítimos de sus titulares.

En el campo del derecho de autor, las disposiciones que consagran las limitaciones y excepciones aplicables se encuentran en el artículo 22 de la Decisión 351 de 1993 y en los artículos 31- 44 de la Ley 23 de 1982, y son las siguientes: derecho de cita, reproducción para enseñanza conforme a los usos honrados y sin fines de lucro, reproducción para bibliotecas o archivos, reproducción para actuaciones judiciales o administrativas, reproducción o comunicación pública de artículos de actualidad, siempre y cuando no exista reserva, reproducción y difusión de acontecimiento de actualidad por razones de información, reproducción o comunicación pública de obras orales con fines de información sobre hechos de actualidad, reproducción o comunicación pública de obras artísticas situadas en forma permanente en lugar abierto al público, grabaciones efímeras por parte de los organismos de radiodifusión, realizar la representación o ejecución de obras por razones de enseñanza, transmisión o retransmisión de una obra, siempre y cuando sea simultánea con la radiodifusión original, publicación del retrato con fines de interés público, copia para uso personal y sin fines de lucro, anotación y recolección de las lecciones o conferencias de los profesores, reproducción de normas jurídicas y utilización de las obras en el domicilio privado sin ánimo de lucro.

En materia de derechos conexos, estas limitaciones y excepciones se encuentran en el artículo 15 de la Convención de Roma de 1961 y el artículo 178 de la Ley 23 de 1982, y son: utilización para uso privado, usar breves fragmentos para informar sucesos de actualidad, fijaciones efímeras realizadas por un organismo de radiodifusión por sus propios medios y para sus propias emisiones y utilización con fines docentes o de investigación científica.

4.5 CESIÓN DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Como se ha mencionado en los subcapítulos precedentes, los derechos morales son inalienables e intransferibles, por ende, a lo largo del presente título se hará mención únicamente a la transferencia de los derechos patrimoniales de autor y conexos.

Las principales formas de cesión de derechos que se explicarán, son las determinadas por acto entre vivos, a saber, la cesión de derechos patrimoniales por escritura pública o escrito privado reconocido ante notario, el contrato de prestación de servicios para la realización de la denominada obra por encargo, el contrato de trabajo, y aquellas en que la transmisión se realiza por ministerio de la ley. Es importante recordar que existe la transferencia de derechos patrimoniales por causa de muerte, aspecto que ya fue mencionado al abordar el concepto de derechos patrimoniales y no será explicado posteriormente.

El contrato de cesión de derechos patrimoniales, es una figura jurídica producto de la autonomía de la voluntad de las partes, en la cual intervienen el titular de los derechos patrimoniales, denominado cedente, y un tercero, persona natural o jurídica, llamado cesionario, a quien le serán transferidos dichos derechos. Se trata de un contrato en el cual el propietario de la obra o creación, manifiesta su intención de ceder en favor de un tercero, unos, algunos o todos los derechos patrimoniales que le fueron otorgados, estableciendo claramente cuáles de ellos serán transmitidos y cuáles se reservará -por eso se dice que la cesión puede ser parcial o total-³⁹, adquiriendo el cesionario todas las facultades de propietario exclusivamente de los derechos patrimoniales transferidos, incluso aquellas que atienden a la posibilidad de iniciar acciones judiciales en contra de quienes vulneren sus prerrogativas adquiridas.

La cesión de derechos patrimoniales como acuerdo entre dos partes, puede realizarse mediante escritura pública o a través de escrito privado -debidamente firmado por cedente y cesionario, y con la diligencia de reconocimiento de firmas en notaría-, como solemnidades legales, so pena de suscribirse un documento que se considerará inexistente. Una vez realizada la cesión de derechos patrimoniales por cualquiera de las dos formas ya mencionadas, las partes podrán acudir al trámite de registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor⁴⁰, con el fin de que su acuerdo o negocio jurídico pueda ser oponible a terceros. Todo lo anterior conforme a lo dispuesto en el artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

En el caso de un contrato de prestación de servicios para la realización de una obra por encargo, la ley consagra los supuestos que debe contener dicho acuerdo entre las partes, para que el contratante o encargante pueda gozar de la presunción legal establecida. Así las cosas, el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, establece:

"Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según un plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las

³⁹ Artículo 31 de la Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 182 de la Ley 23 de 1982.

⁴⁰ Artículo 6 de la Ley 44 de 1993.

prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b)⁴¹.

Del anterior artículo transcrito, se puede concluir que para que exista una obra por encargo y se presuma que los derechos patrimoniales se radicarán en cabeza del contratante sin necesidad de la realización de una cesión de derechos, es necesario que se presenten tres elementos: la existencia de un contrato de servicios; un plan para la elaboración de la obra encargada, el cual debe ser entregado y elaborado por el encargante, persona natural o jurídica; y la realización de la obra por cuenta y riesgo del contratante, es decir, que éste asuma los costos y las consecuencias de la elaboración de la misma. En cuanto al primero de estos elementos, ni la legislación civil ni la comercial lo enmarcan dentro de la categoría de contratos solemnes, con lo cual es perfectamente viable su existencia por un acuerdo verbal entre las partes que no tiene que estar plasmado en documento escrito, y como las normas en materia del derecho de autor, tampoco consagran dicha exigencia, el contrato de servicios para la realización de una obra por encargo pueda celebrarse verbalmente por las partes; igual razonamiento merece el segundo de los elementos establecidos, a saber, la existencia de un plan señalado por el contratante, puesto que no necesariamente deberá tratarse de un documento escrito con las indicaciones para la elaboración de la obra encargada, sino que se exige que el encargante indique exactamente cómo debe realizar dicha obra. De lo anterior, debe aclararse que la no exigencia de formalidades en tales requisitos, hace que sea más difícil que opere la presunción establecida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, toda vez que se torna en una discusión probatoria.⁴²

El contrato de trabajo, como otra de las formas de cesión de los derechos patrimoniales por acto entre vivos, tiene la particularidad de que si bien es necesaria su existencia como requisito para que opere dicha cesión, es una de las formas en que la ley establece que los derechos patrimoniales producto de las obras o creaciones del trabajador se radican en cabeza del empleador, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 539 del Código de Comercio. Ahora bien, en este punto se encuentra una discusión similar a la ya planteada en el caso del contrato de prestación de servicios, pues es claro que en la legislación laboral no es necesaria la existencia del contrato de trabajo de forma escrita, ya que puede operar la presunción de la existencia de una relación laboral a término indefinido entre las partes, si éste fue celebrado verbalmente y si se cumplieron los requisitos establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo.

Así las cosas, y partiendo de la ausencia de exigencia de formalidades en materia laboral, para que el empleador pueda alegar la propiedad de los derechos patrimoniales de las creaciones de sus trabajadores, debe acreditar

⁴¹ El artículo 30 de la Ley 23 de 1982 establece los derechos morales de los autores.

⁴² Artículo 184 de la Ley 23 de 1982: "cuando el contrato se refiera a la ejecución de una fotografía, pintura, dibujo, retrato, grabado u otra similar, la obra realizada será de propiedad de quien ordena la ejecución".

no solo la existencia de la relación laboral sino también, que el trabajador fue contratado específicamente para la creación o realización de obras literarias, científicas y/o artísticas, para la interpretación o ejecución de ciertas obras, la fijación de fonogramas y/o la difusión al público de sonidos o imágenes, y en este sentido, el contrato de trabajo debidamente documentado por escrito, se constituye en el instrumento jurídico más adecuado para acreditar la existencia de los anteriores supuestos.

A pesar de lo anterior, es necesario mencionar que existe una discusión en la doctrina con respecto a la cesión de derechos patrimoniales mediante contrato de trabajo. Para algunos, la existencia de dicho contrato de forma escrita, es suficiente para que el empleador se acredite como titular de los derechos patrimoniales derivados de las obras y creaciones de sus trabajadores; mientras que para otros, este instrumento es insuficiente y lo que debe hacerse en los contratos de trabajo, es la inclusión de una cláusula que impone la obligación al trabajador, de suscribir todos los documentos necesarios para transferir a su empleador los derechos patrimoniales derivados de sus creaciones u obras.

De otro lado, en cuanto a la transmisión de los derechos patrimoniales por ministerio de la ley, debe afirmarse que se trata de dos casos puntuales que a continuación se mencionan, profundizando solo en aquel que es relevante para el presente trabajo. Éstos son: las obras creadas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales cuyos derechos patrimoniales se radican en cabeza de la entidad pública correspondiente, conforme al artículo 91 de la Ley 23 de 1982, y la obra colectiva, artículo 92 de la ley 23 de 1982, que como ya se dijo, será el único caso que se explicará por ser el relevante para el caso que nos ocupa.

La obra colectiva fue definida en el capítulo 4.1, como aquella en la que intervienen un grupo de autores bajo la iniciativa, coordinación y dirección de una persona natural o jurídica que se encarga de su publicación y/o divulgación. Atendiendo a lo que consagran los artículos 19, 83 y 92 de la Ley 23 de 1982, la ley presume que los derechos patrimoniales de la creación realizada por esa pluralidad de autores, pertenecen a la persona natural o jurídica que coordinó su realización, bajo su propia cuenta y riesgo, esto es, teniendo la iniciativa, poniendo a disposición sus recursos y asumiendo las consecuencias, favorables o no, de la elaboración, de lo cual se puede concluir la necesidad de que el beneficiario de dicha presunción, deba acreditar la existencia de su iniciativa y coordinación en la realización de la obra colectiva.

Finalmente, debe aclararse que con respecto a ciertas obras y creaciones que hacen parte del material publicitario, existen disposiciones especiales para algunas de ellas y disposiciones que regulan la forma de transferencia de los derechos patrimoniales de otras, estas disposiciones serán tratadas en el subcapítulo 7.1. Por ahora, se aclara su prevalencia sobre las disposiciones generales tratadas en los párrafos precedentes para otros tipos de obras, en

virtud del principio que establece la primacía de las normas especiales sobre las generales.

Teniendo claridad sobre los conceptos anteriormente descritos, es decir, las distintas formas de transferencia de los derechos patrimoniales con el fin de que su propietario sea una persona distinta del titular original, y para finalizar el presente capítulo, se hará referencia a lo que se conoce como la “cadena de cesiones”. Este concepto constituye una de las principales preocupaciones de los clientes de las agencias de publicidad que contratan la elaboración de piezas publicitarias. La cadena de cesiones es la figura que recoge la(s) forma(s) bajo la(s) cual(es) el titular final de los derechos patrimoniales, sea persona natural o jurídica, ha adquirido dichos derechos de su propietario inicial –autor o beneficiario de derechos conexos- o de un tercero, y se constituye en la vigilancia de la adecuada celebración de los negocios jurídicos para la transferencia de esos derechos.

Así las cosas, para revisar la existencia de una cadena de cesiones, es necesario partir de la base de que la calidad de autor solo se radica en personas naturales, y jamás en personas jurídicas, contrario a lo que ocurre con los beneficiarios de derechos conexos. De lo anterior se afirma, que la importancia de tener claridad sobre la forma de transferir los derechos patrimoniales, se evidencia al observar qué ocurre con la relación entre la agencia de publicidad y su cliente, cuando este último solicita la propiedad de los derechos patrimoniales del material publicitario contratado. Esta problemática será abordada en el capítulo 7 del presente trabajo.

5. DERECHO A LA IMAGEN

El derecho a la imagen ha tenido poco desarrollo en Colombia, por eso es necesario acudir a las legislaciones de España y de Estados Unidos con el fin de conocer y extraer las nociones de tales países e integrarlas al derecho colombiano.

De acuerdo con el texto “Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen” del magistrado español Xavier O’Callaghan, la imagen es “la representación gráfica de la figura humana”; de otro lado, para la jurisprudencia española, el derecho a la imagen es “la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y por ende su derecho a evitar su reproducción”.

En España se ha considerado que el derecho a la imagen no está dividido en un aspecto patrimonial y uno moral, es decir, no se concibe que exista un derecho de la personalidad independiente de prerrogativas en términos de explotación económica. Sin embargo, aceptan que el derecho a la imagen tiene una acepción positiva que se define como “el derecho a obtener, reproducir y publicar la propia imagen”⁴³, y una acepción en sentido negativo entendida como “el derecho a excluir la mera obtención, reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular para ello”⁴⁴.

Por el contrario, en Estados Unidos se entiende que en este derecho sí existe una clara diferencia entre un derecho de la personalidad o derecho moral (*personal right*) y un derecho patrimonial o económico (*property right*), puesto que su violación puede dar lugar a resarcimientos e indemnizaciones en un ámbito civil y no constitucional.

En la Constitución Política de Colombia, el artículo 14 consagra el reconocimiento al derecho de la personalidad jurídica de cada individuo, de lo cual, la Corte Constitucional ha extraído la conceptualización del derecho a la imagen de la siguiente forma:

“... esta Corporación tiene establecido que el derecho fundamental a la propia imagen se encuentra implícito en las disposiciones del artículo 14 de la Constitución Política, el cual, al reconocer el derecho de todas las personas a la personalidad jurídica se constituye en una “cláusula general de protección de todos los atributos y derechos que emanan directamente de la persona y sin los cuáles ésta no podría jurídicamente estructurarse”⁴⁵.

⁴³ O’CALLAGHAM, Xavier. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. 1991. p. 117.

⁴⁴ Ibid. p. 117.

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-408 de 1998. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Asimismo, la Corte considera que “los aspectos dinámicos del derecho a la imagen, es decir, aquellas acciones de la persona dirigidas a disponer del mismo, constituyen una forma de autodeterminación del sujeto y, por ende, se enmarcan dentro del ámbito de protección que depara el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.N. artículo 16). Adicionalmente, si la imagen reproduce actos o sucesos propios de la intimidad de una persona, su difusión, en contra de su voluntad vulnera, en principio, el derecho fundamental a la intimidad (C.N. artículo 15)”.⁴⁶

Ahora bien, en cuanto a los aspectos que integran el derecho a la imagen, en la normativa española se consagran la captación u obtención de la imagen, la reproducción y la publicación de la misma. Si bien en dicho país, como ya se dijo, no se reconoce la diferencia entre un aspecto personal y otro patrimonial, se considera que el reconocimiento de los anteriores aspectos integrantes del derecho a la imagen abre la puerta para enmarcarlos dentro de las prerrogativas de carácter pecuniario que tendrá el propietario de dicho derecho.

Así, al enmarcar estos aspectos en la legislación colombiana, podrá decirse que corresponden a las prerrogativas patrimoniales que tiene el titular del derecho a la imagen, a través de las cuales logra obtener un provecho económico. Lo anterior encuentra sustento en la sentencia T-471 de 1999 de la Corte Constitucional que dice:

"Cuando en virtud de un contrato se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional (modelos, actores y locutores, por ejemplo), la utilización que se haga de aquellas es lícita. Pero, una vez concluido el término del contrato y agotado el cometido del mismo, el dueño de la imagen o de la voz recupera su derecho a plenitud y, por tanto, quien la venía difundiendo queda impedido absolutamente para seguir haciéndolo, si no cuenta con el consentimiento expreso del afectado o renueva los términos de la convención pactada. Cualquier acto que desconozca este principio constituye ostensible abuso, contrario a los derechos fundamentales del titular de la imagen, que está, obviamente, sometido a la jurisdicción y competencia del juez constitucional. Este, que tiene a su cargo velar por aquellos, goza de competencia para impartir las órdenes necesarias, con miras a impedir que la violación de tales derechos se prolongue en el tiempo, mediante la explotación no consentida de la imagen del solicitante."

De todo lo anterior, se puede concluir que el derecho a la imagen en Colombia, si bien no se encuentra expresamente consagrado, se entiende como un derecho fundamental ligado al reconocimiento de la personalidad de los individuos y de rango constitucional. La jurisprudencia de la Corte Constitucional recoge el concepto de este derecho tanto en su acepción positiva como negativa en el sentido que reconoce la diferencia entre un derecho moral como el aspecto ligado al derecho personalísimo a la intimidad que limita la libertad de disposición de los demás individuos, y un derecho

⁴⁶ Ibid.

patrimonial entendido como las prerrogativas que surgen del aspecto dinámico del derecho a la imagen, esto es, la posibilidad de explotación económica de tal derecho.

Sin embargo, no puede decirse que la posición que emana de la jurisprudencia constitucional colombiana se asimila a la concepción consagrada en Estados Unidos, toda vez que al permitir que los conflictos por los abusos del derecho a la imagen provenientes de la vulneración o exceso de las prerrogativas otorgadas a terceros, sean dirimidos por la jurisdicción constitucional, implica concluir que no comparten la división tajante entre *personal right* y *property right*, establecida en el derecho anglosajón.

En cuanto a las prerrogativas del uso del derecho a la imagen que su titular le ha concedido a terceros, el aparte de la sentencia T-471 de 1999, ya transcrito, en concordancia con el artículo 87 de la Ley 23 de 1982, permiten afirmar que éstas están limitadas, pues dicho tercero solo podrá utilizarlas en la forma y por el tiempo que le han sido concedidas, porque de lo contrario incurriría en una vulneración del derecho a la imagen de la persona, que puede llegar a atentar contra otros derechos de rango constitucional como el derecho a la intimidad, a la honra y al buen nombre. A pesar de lo anterior, en el artículo 36 de la Ley 23 de 1982, se establece una excepción al derecho a la imagen por parte de su titular cuando se trata de fines científicos, didácticos, culturales o históricos:

“La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público”

Por otro lado, debe resaltarse que en virtud del carácter de derecho fundamental que tiene el derecho a la imagen, no opera el principio que en su momento se mencionó para el concepto de obra colectiva en el sentido de que cuando se presenta la concurrencia de varias personas titulares del derecho a la imagen en una misma obra, su disposición y decisión es individual e independiente y será necesario acudir a la jurisdicción competente en caso de conflicto. En este sentido, expresamente consagra el artículo 88 de la Ley 23 de 1982, lo siguiente:

“Cuando sean varias las personas cuyo consentimiento sea necesario para poner en el comercio o exhibir el busto o retrato de un individuo y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad competente.”

En cuanto a la posible transmisión por causa de muerte del derecho a la imagen, si bien se trata de un derecho fundamental inherente a la persona que no es transmisible, la posibilidad de velar por su integridad y de impedir los abusos de terceros en cuanto a la utilización de la imagen de la persona fallecida sí se encuentra expresamente consagrada en el artículo 87 de la Ley 23 de 1982, en concordancia con el artículo 85⁴⁷ de la misma norma.

⁴⁷ Artículo 85 de la Ley 23 de 1982: “...no podrán publicarse dentro de los ochenta años siguientes a su fallecimiento sin el permiso expreso del cónyuge supérstite y de los hijos o

“Artículo 87.- Toda persona tiene derecho a impedir, con las limitaciones que se establecen en el artículo 36 de la presente ley, que su busto o retrato se exhiba o exponga en el comercio sin su consentimiento expreso, o habiendo fallecido ella, de las personas mencionadas en el artículo 85 de esta ley. La persona que haya dado su consentimiento podrá revocarlo con la correspondiente indemnización de perjuicios” (subrayado fuera de texto)

Finalmente, del aparte subrayado en el artículo transcrito surge otro concepto importante que debe resaltarse, a saber, la posibilidad de retracto o arrepentimiento por parte del titular del derecho a la imagen. Este concepto se consagra en una forma muy similar a lo dispuesto en materia de derecho de autor, ya que, se permite que el titular que autoriza o consiente la utilización de su imagen, pueda después cambiar de opinión y modificar su decisión para impedirlo, pero deberá hacerse cargo de las consecuencias económicas que esto conlleva cancelando al tercero autorizado la posible indemnización de perjuicios a que haya lugar.

5.1 AUTORIZACIÓN DE USO DE IMAGEN

Atendiendo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente a la sentencia T-090 de 1996, es posible extraer las prerrogativas que nacen en cabeza del titular del derecho a la imagen en el sentido que le permiten su explotación u optimación para la obtención de un beneficio económico. Así, se puede decir que dichas facultades consisten en decidir y consentir acerca de la captación, apropiación, reproducción, publicación, exposición, y/o comercialización de su imagen por parte de terceros.

Se debe estudiar y analizar la forma en que el propietario del derecho a la imagen transfiere en cabeza de terceros las prerrogativas ya mencionadas, de la misma forma como se ceden los derechos patrimoniales de autor. Así, se plantea la utilización de un instrumento jurídico para lograr con éxito y claridad entre las partes, la posibilidad de que una persona distinta de su titular, pueda obtener provecho económico mediante la explotación de la imagen de ese titular.

La autorización de uso de imagen, es un documento que debe constar por escrito y en el cual se conceden de forma expresa, a título oneroso o gratuito, las facultades que el titular del derecho a la imagen desea transferir a terceros.

En dicho documento, debe quedar claramente establecido si se trata de una autorización de carácter general –que incluiría la obtención, reproducción y publicación de la imagen- o si por el contrario tendrá un alcance específico y limitado, lo cual permitirá conocer y definir las restricciones de los terceros para evitar la vulneración tanto del derecho a la personalidad entendido como el aspecto íntimo del titular del derecho a la imagen, como la violación de las

descendiente de éste, o, en su defecto, del padre o de la madre del autor de la correspondencia. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre, la madre o los descendientes de los hijos, la publicación de las cartas será libre”.

prerrogativas que en términos de explotación económica se tienen, las cuales, como ya se dijo, son también susceptibles de protección en el ámbito constitucional. Debe recordarse además que el consentimiento que otorga el titular del derecho a la imagen en la autorización de uso de imagen, puede limitarse en el tiempo, en cuyo caso, una vez éste transcurra, la autorización se extinguirá.

En definitiva, se trata de la forma como se transfieren los derechos patrimoniales derivados del derecho a la imagen, que deben ser expresas y establecer las concesiones al tercero y las limitaciones de medios, de tiempo y demás que el propietario desee reservarse.

Al abordar el tema de la autorización de uso de imagen por parte de menores e incapaces, de la doctrina y normativa española se deriva que “el consentimiento para la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen lo dé el mismo menor o incapacitado si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”.⁴⁸

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana en sentencia T-471 de 1999, expresó:

“En el presente caso, probado como está que la imagen de la menor apareció impresa en las etiquetas y la propaganda de los productos de la empresa demandada, sin autorización manifiesta de aquella ni de sus representantes legales, en el entendido de que las fotografías a las que accedió eran apenas pruebas, y de ninguna manera tomas susceptibles de comercialización efectiva, se concederá la tutela solicitada y se ordenará que, salvo el consentimiento expreso de la menor, a través de sus padres, las etiquetas y avisos en las que su imagen aparece salgan de circulación” (subrayado fuera de texto)

Del aparte transcrito es posible afirmar cómo la Corte diferencia el consentimiento para la utilización de uso de imagen, de la autorización expresa y escrita para su efectiva explotación, de la misma forma como lo hace la legislación española. Así las cosas, cuando se trata de un menor o incapaz, es claro que debe contarse con su aceptación o consentimiento si en él existe la posibilidad de discernimiento y madurez suficientes, pero con la participación de sus representantes legales⁴⁹ al momento de la suscripción de un documento con validez jurídica, para la explotación de las prerrogativas que concede el derecho a la imagen del menor o incapaz.

⁴⁸ O'CALLAGHAM, Op. cit., p. 142.

⁴⁹ De acuerdo con el Decreto 2820 de 1974 “Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordado con las modificaciones introducidas por el Decreto 772 de 1975”, para las actuaciones extrajudiciales del menor, se requiere el consentimiento del padre y de la madre conjuntamente, sin embargo, uno de los padres puede delegar en el otro la representación del menor, siempre y cuando conste por escrito.

6. RELACIÓN ENTRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHO A LA IMAGEN

Para abordar el tema de la relación existente entre el derecho de autor y el derecho a la imagen, no se considera necesario retomar las definiciones de ambos conceptos, sin embargo sí se mencionará la caracterización de cada uno para identificar primero sus posibles diferencias y posteriormente aquellos aspectos en que pueden coincidir.

En ese orden, debe comenzar por resaltarse el carácter de derecho fundamental que la Corte Constitucional Colombiana le ha otorgado al derecho a la imagen, el cual se radica en cabeza de su titular por el solo hecho de ser persona, mientras que el derecho de autor requiere la realización de un esfuerzo de carácter intelectual y creativo del individuo –creación de una obra– con el fin de que se radiquen en cabeza suya las prerrogativas que éste le concede.

Ahora bien, como se ha explicado a lo largo de este trabajo, el derecho de autor, se divide en, derechos patrimoniales concebidos como el conjunto de prerrogativas de tipo económico con que cuenta el propietario de la obra que no son considerados derechos fundamentales; y derechos morales entendidos como el cúmulo de facultades intransferibles que tiene el autor como consecuencia de su obra, reflejo de su personalidad, los cuales la Corte Constitucional en varias oportunidades ha elevado a la categoría de fundamentales y al respecto ha sostenido: “... los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto a 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 de su espíritu... 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 crea, y que expresa su racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre”⁵⁰.

Asimismo, se dijo al definir el derecho a la imagen que éste comprende un aspecto positivo y otro negativo. El primero, se entiende como la facultad del titular del derecho a la imagen de obtener, reproducir y publicar la propia imagen, y el segundo, como la facultad de excluir la obtención, reproducción y publicación de la imagen por parte de un tercero que no cuenta con el consentimiento del titular, lo cual en el sentido contrario sería la posibilidad de permitir que terceros obtengan un provecho económico mediante la explotación de la imagen de un sujeto distinto.

En ese sentido, se considera que la acepción positiva del derecho a la imagen puede asimilarse a los derechos morales que se otorgan al autor, ya que, en

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 1998. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

ambos casos se trata de las prerrogativas legalmente establecidas para que el titular disponga de ellas de forma perpetua e inalienable; en cambio, en el caso de la acepción negativa del derecho a la imagen, se encuentra cierta coincidencia con los derechos patrimoniales de autor, en el sentido que se concibe la idea o la posibilidad de que terceros obtengan un provecho económico o de tipo patrimonial mediante la utilización de un derecho ajeno, cuando han sido previamente autorizados para ello.

Para cada derecho –de autor y a la imagen- se exige que los terceros que pretenden adquirir los derechos patrimoniales derivados de los mismos, cuenten con el consentimiento de su titular. En el derecho de autor, existen diferentes formas de hacerlo, ya mencionadas anteriormente, donde la más común de ellas es la cesión de derechos patrimoniales de autor, y en el caso del derecho a la imagen, la transferencia se hace, por medio de la también mencionada figura, autorización de uso de imagen.

Una vez se celebra un contrato de cesión de derecho de autor, el tercero cesionario, contará con las prerrogativas patrimoniales a él otorgadas por un largo período de tiempo puesto que si el tercero es persona natural la duración de la protección será la misma que tiene el autor, esto es, toda su vida y 80 años más, y si es persona jurídica la protección durará 50 años contados a partir de la realización, divulgación o publicación de la obra, según el caso. En la autorización de uso de imagen el término de duración de la misma dependerá de lo que las partes acuerden, y una vez este término se cumpla, se extinguirá la posibilidad de seguir explotando la imagen de la persona, y se requerirá de una prórroga o renovación expresa, si el titular del derecho autoriza la extensión del tiempo de explotación por parte del tercero.

Otro aspecto importante relacionado con la forma de transferir los derechos patrimoniales de autor y las prerrogativas que concede el derecho a la imagen, atiende a que en la cesión de los primeros es necesario que se diga claramente cuáles de las facultades que la ley otorga al autor en un ámbito patrimonial van a ser cedidas al tercero adquirente, ya que cada una es independiente entre sí, so pena de suscribir un documento que no tenga efectos jurídicos, conforme se explicó en el subcapítulo 4.4; mientras que en el caso de la autorización de uso de imagen, ésta puede ser otorgada de forma general o específica, y en ambos casos será un documento con plenos efectos jurídicos, de acuerdo con el subcapítulo 5.1.

El derecho de retracto o al arrepentimiento es común al derecho de autor y al derecho a la imagen, en virtud de que su titular en cualquier momento puede modificar la decisión en cuanto a la transferencia de sus derechos a terceros -a título gratuito u oneroso-, con el fin de radicarlos nuevamente en cabeza suya, siempre y cuando cumpla con el pago de las indemnizaciones de perjuicios a que haya lugar.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de disponer de los derechos de autor y de imagen después de la muerte de su titular, es preciso recordar que en el

derecho de autor, la muerte no es causal de extinción de los derechos y prerrogativas, ya que éstas pueden ser conservadas por los herederos y/o cónyuge supérstite del autor fallecido, por medio de la transmisión por causa de muerte; y que en el derecho a la imagen, a pesar de ser éste personal y por ende no transmisible, una vez fallece su titular, el cónyuge supérstite, los hijos o descendientes de éste, o en su defecto su padre o madre, pueden impedir o permitir que su imagen se exhiba en el comercio, con el fin de proteger el derecho a la imagen del fallecido, conforme lo establecen los artículos 85 y 87 de la Ley 23 de 1982.

7. AGENCIAS DE PUBLICIDAD

Las agencias de publicidad son organizaciones con personalidad jurídica compuestas por personas creativas y de negocios, que se dedican a crear y desarrollar material publicitario, con el fin de posicionar los bienes y/o servicios de sus clientes.

Los creativos y publicistas que conforman el equipo de trabajo de las agencias de publicidad son contratados por éstas para la creación de piezas publicitarias, existiendo dos formas en que pueden estructurar la prestación de sus servicios, a saber, el contrato de trabajo o el contrato de prestación de servicios, figuras que se ampliarán más adelante.

Es necesario entonces comenzar por definir qué es la publicidad. Ésta es entendida como la forma de comunicación y divulgación de anuncios de carácter comercial para dar a conocer bienes y/o servicios con el objetivo de estimular, motivar y persuadir al público y así lograr acciones de compra y consumo.

En este orden de ideas, las agencias de publicidad se constituyen en el aliado estratégico de las compañías que requieren de la publicidad para la comercialización de sus productos, ya que, las agencias cuentan con el conocimiento y el equipo humano especializado y capacitado para persuadir a los consumidores y lograr que éstos elijan sus bienes y/o servicios en el mercado, por encima de los que pueden ofrecer sus competidores. Así, se crea una relación comercial entre la agencia de publicidad y su cliente, con el fin de que éste último quede satisfecho con la elaboración del material publicitario que refleje la imagen de sus productos y se adapte a la estrategia corporativa concebida para la comercialización de los mismos. El capítulo siguiente estará orientado a la presentación de dos propuestas específicas de estructuración de la relación comercial ya mencionada.

7.1 MATERIAL PUBLICITARIO

Por material publicitario se entiende el conjunto de piezas audiovisuales y gráficas, que conforman una campaña publicitaria, la cual es difundida a través de los diferentes medios de comunicación -v. gr. televisión, radio, prensa, revistas o publicidad exterior- y hace parte de la estrategia de publicidad de las compañías.

Una pieza publicitaria es la composición visual o auditiva, elaborada en distintos formatos y diseños que conforman el material publicitario. Así, existen una importante variedad de piezas publicitarias, las cuales se enuncian y definen a continuación:

- a) Afiche: cartel o “anuncio temporal impreso sobre cualquier material que se adhiere sobre una superficie para su apreciación visual en lugares exteriores.”⁵¹
- b) Aviso: “elemento que se utiliza como anuncio, identificación, señal, advertencia o propaganda que con fines profesionales, culturales, comerciales, turísticos o informativos se instala adosado a las fachadas de edificaciones.”⁵²
- c) Catálogo: soporte publicitario ilustrado, en forma de revista, carpeta, plegable o folleto, que contiene los precios y descripción de los productos ofertados.
- d) Comercial de televisión, cuña o anuncio: soporte audiovisual de corta duración utilizado para transmitir mensajes a una audiencia a través de la televisión.
- e) Cuña de radio o radiofónica: soporte de audio de corta duración utilizado para transmitir mensajes a través de la radio.
- f) Dibujo: representación gráfica de objetos reales o que provienen de la imaginación, en la que la imagen es trazada sobre una superficie que constituye el fondo.
- g) Fotografía: proceso y arte de capturar y reproducir por medio de reacciones químicas, en superficies convenientemente preparadas, las imágenes recogidas en el fondo de una cámara oscura.
- h) Pendón o pasacalle: “forma de publicidad exterior visual que tiene como finalidad anunciar de manera eventual o temporal una actividad o evento”⁵³
- i) Valla: “anuncio permanente o temporal utilizado como medio masivo de comunicación, que permite difundir mensajes publicitarios, comerciales, turísticos, culturales, artísticos, informativos o similares; que se coloca para su apreciación visual en lugares exteriores”⁵⁴
- j) Volante: hoja impresa de carácter político o publicitario que se reparte en lugares públicos y con el que se informa rápidamente algo puntual.

Debe aclararse que la lista anterior no tiene un carácter taxativo ni exhaustivo, sino ejemplificativo, pues siempre podrán ser consideradas otras piezas publicitarias, susceptibles de protección si cumplen con los requisitos exigidos ya mencionados. Ahora, es preciso anotar que cada una de las piezas

⁵¹ Parágrafo 2 del artículo 1º de la Resolución 197 de 2003 “Por la cual se señalan las condiciones y características de los elementos de publicidad exterior visual que contengan propaganda electoral” de Bogotá.

⁵² Artículo 6 del Acuerdo No. 01 de 1998 “Por el cual se reglamenta la publicidad exterior visual en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”.

⁵³ Artículo 17 del Acuerdo No. 01 de 1998 y Artículo 153 de la Resolución 197 de 2003.

⁵⁴ Artículo 10 del Acuerdo No. 01 de 1998.

publicitarias existentes puede contener una única obra o creación merecedora de la protección por parte del derecho de autor o derechos conexos, según el caso, o también pueden concurrir varias obras o creaciones, con lo cual, es necesario tener especial cuidado en la protección de cada una de ellas, aún cuando el resultado sea una única pieza publicitaria también protegida por el derecho de autor o conexos.

La Ley 23 de 1982 ha establecido un tratamiento especial para la obra fotográfica puesto que dispone en su artículo 89 lo siguiente:

“El autor de una obra fotográfica que tenga mérito artístico para ser protegida por la presente Ley, tiene derecho a reproducirla, distribuirla, exponerla y ponerla en venta, respetando las limitaciones de los artículos anteriores y sin perjuicio de los derechos de autor, cuando se trate de fotografía de otras obras de las artes figurativas. Toda copia o reproducción de la fotografía llevará impresos de modo visible el nombre de su autor, y el año de su realización”.

Del artículo citado, se debe resaltar que la disposición que se le impone observar al autor de una fotografía para que pueda ejercer sus derechos, hace mención al concepto de derecho a la imagen ya explicado, con lo cual se evidencia que, por un lado, en el caso de una fotografía en la que interviene una persona titular del derecho a la imagen, se debe velar por el respeto de sus prerrogativas como titular de ese derecho, y por otro, están las facultades concedidas al autor de la fotografía. Adicionalmente, se entiende de la disposición de la Ley 23 de 1982, que también se puede presentar el caso de fotografías de obras que ya se encuentran protegidas por el derecho de autor, caso en el cual esa persona tendrá también el deber de observar las prerrogativas del titular de la obra que pretende fijar en su fotografía.

Además de lo anterior, en cuanto a una obra fotográfica, la legislación ha establecido una presunción acerca de la transferencia a terceros de los derechos patrimoniales de autor que de ésta se derivan. El artículo 186 de la Ley 23 de 1982, expresamente indica que “la tradición del negativo presume la cesión de la fotografía a favor del adquirente, quien tendrá también el derecho de reproducción”. Lo anterior significa que la forma de transferir las facultades del titular de una obra fotográfica pueden materializarse mediante la suscripción de un contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor, o a través de la entrega del negativo de la misma a ese tercero, con el fin de que opere la presunción mencionada.

Sin embargo, ya no es usual la utilización del negativo puesto que la tecnología ha avanzado y se ha incursionado en la fotografía digital, lo que hace necesario plantear el análisis de la aplicación de la disposición anteriormente trascrita, a la luz de esta nueva forma de captación de imágenes, en la que el negativo se ha reemplazado por el denominado archivo digital que se define como “un contenedor que permite el almacenamiento de información de diferentes tipos

de archivos de manera digital”⁵⁵, que se almacenan en los computadores con distintas codificaciones.

De acuerdo con el texto “Formatos digitales y extensiones” los diferentes formatos digitales se identifican de acuerdo a la extensión del archivo que se determina atendiendo a su denominación, la cual generalmente se encuentra en la parte final del nombre del archivo, con un punto adelante. Así, en materia de fotografías existen diferentes formatos a saber: .tif, .jpg, .bmp, .png, .gif. Por lo anterior, se entiende que la tradición del archivo digital en cualquiera de sus formatos, implica la cesión de la foto y el derecho de reproducción de la misma, a favor de quien lo adquiere.

Ahora bien, es necesario mencionar la disposición contenida en el artículo 184 de la Ley 23 de 1982 que establece que:

“Cuando el contrato se refiera a la ejecución de una fotografía, pintura, dibujo retrato, grabado u otra similar, la obra realizada será de propiedad de quien ordena la ejecución.”

Esta norma permite retomar el concepto de obra por encargo ya mencionado, en el sentido de que expresamente establece que la titularidad de los derechos patrimoniales de autor de las obras relacionadas – fotografía, pintura, retrato, grabado u otros- se radican en cabeza de quien las encarga mediante un contrato. A pesar de lo anterior, es importante aclarar que en la disposición transcrita no se presenta la exigencia de un contrato que cumpla con los requisitos ya mencionados para el caso de una obra por encargo, y simplemente se retoma el concepto en cuanto a la existencia de una herramienta jurídica mediante la cual un tercero le solicita a una persona - autor- la elaboración de una obra, que por disposición legal pasará a ser propiedad de dicho tercero.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede concluir el presente aparte indicando que para los demás tipos de obras que se constituyan en piezas publicitarias, opera la forma de transferencia o cesión de derechos patrimoniales de autor y conexos ya explicadas en el subcapítulo 4.5, así como también la forma de autorización de uso de imagen que se abordó en el subcapítulo 5.1. Todas estas herramientas jurídicas deben ser atendidas por el tercero adquirente con el fin de que pueda disponer de las prerrogativas de los titulares, sin que haya lugar a posteriores reclamaciones judiciales por parte de éstos.

7.2 CONTRATOS DE TRABAJO

Una de las formas en que las personas pertenecientes al equipo de trabajo de una agencia de publicidad, pueden vincularse a la misma, es el denominado

⁵⁵ UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: APRENDE EN LÍNEA. Formatos digitales y extensiones. [en línea]. <http://aprendeonline.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/469/Modulo-1/Formatos_digitales_y_extensiones.pdf>

contrato de trabajo, mediante el establecimiento de una relación laboral entre la agencia como empleadora y el creativo o publicista como trabajador.

Así las cosas y para un mejor entendimiento de la figura, se considera pertinente enunciar los elementos básicos que en materia laboral permitirán identificar cuándo se está en presencia de una relación laboral, y son los siguientes: 1) subordinación –“potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada”-⁵⁶, 2) prestación personal de un servicio y 3) remuneración.

Es claro que atendiendo a lo dispuesto por el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, la concurrencia de los tres elementos mencionados da lugar a la existencia de una relación laboral entre las partes, sin embargo, se retoma la conclusión en este tema ya planteada en el subcapítulo 4.5, en el sentido de que para efectos de acreditar la existencia de la relación laboral entre las partes con el fin de que los derechos patrimoniales del trabajador se radiquen en cabeza del empleador, se recomienda la existencia del contrato de trabajo en documento escrito y además, que de dicho contrato se entienda que el creativo es contratado para desarrollar piezas publicitarias.

Además, se recuerda la existencia de la discusión doctrinaria acerca de las dos posiciones en cuanto a la cesión de los derechos patrimoniales en virtud del contrato de trabajo, con lo cual es relevante asumir una posición en el tema, y recomendar que en dicho contrato de trabajo también se debe establecer la obligación expresa del trabajador de suscribir todos los documentos necesarios para que los derechos patrimoniales sobre sus obras queden radicados en cabeza del empleador, con el fin de tener mayor seguridad, tanto para la agencia como para el cliente.

Todo lo anterior, tiene especial relevancia al momento de acreditar la cadena de cesiones entre la agencia de publicidad y su cliente, ante la autoridad competente, ya que probablemente se exigirá tanto el contrato de trabajo celebrado entre el creativo y la agencia como documento escrito y medio probatorio, así como también el contrato de cesión de derechos patrimoniales celebrado entre la agencia y su cliente.

7.3 CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

En la conformación del equipo de trabajo de la agencia de publicidad, como ya se dijo, es posible encontrar trabajadores independientes, denominados en el medio como *freelance*, quienes son personas naturales que no se encuentran vinculadas bajo una relación laboral sino que prestan sus servicios de forma independiente con autonomía técnica y profesional en la elaboración de las piezas publicitarias que les son encargadas.

⁵⁶ Sentencia C-154 de 1997. Magistrado ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara.

De acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, se establecen las siguientes características para el contrato de prestación de servicios:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y es indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.”

Así las cosas, en la relación que se estructura entre la agencia y un trabajador independiente, no existe el elemento de subordinación y dependencia presente en las relaciones de trabajo, y en ese orden de ideas, no operan las disposiciones mencionadas en el subcapítulo anterior, sino que deberá revisarse el contenido del contrato de prestación de servicios existente entre las partes, con el fin de determinar si hay lugar a la denominada obra por encargo o si hay lugar a una relación de carácter civil que requiere la suscripción de un contrato de cesión de derechos patrimoniales entre el *freelance* y la agencia, para que ésta u otro tercero, puedan adquirir válidamente dichos derechos.

En desarrollo de lo anterior, es importante retomar la discusión planteada en cuanto a la ausencia de requisitos formales o solemnidades en la celebración del contrato de prestación de servicios, toda vez que al tratar de enmarcar la relación del *freelance* con la agencia bajo el esquema de una obra por encargo, es recomendable que dicho contrato se encuentre plasmado en documento escrito, atendiendo a los requisitos que dispone el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, a saber: la existencia de un contrato de servicios; un plan para la elaboración de la obra encargada, debidamente entregado y elaborado por el encargante, -en este caso la agencia-; y la realización de la obra por cuenta y riesgo de la agencia, es decir, que ésta asuma los costos y las consecuencias de la elaboración de la misma. De esta forma, al momento en que la agencia decida disponer de los derechos patrimoniales derivados de la obra por encargo, la autoridad competente solicitará que la cadena de cesiones para el tercero adquirente se encuentre conformada no solo por el contrato de cesión de derechos patrimoniales con la agencia, sino también por el contrato de prestación de servicios que cumpla los supuestos ya mencionados, para configurar la existencia de una obra por encargo.

Ahora bien, cuando no existe contrato de prestación de servicios por escrito con el trabajador independiente, en cumplimiento de los requisitos para una obra por encargo, se debe acudir a la suscripción del ya mencionado contrato de cesión de derechos patrimoniales, con el fin de que dicho autor/trabajador independiente le transfiera a un tercero -la agencia o su cliente-, las prerrogativas de tipo económico que la legislación le otorga como creador de

su obra. En estos casos, la no existencia de este documento hace que se configure la ruptura de la cadena de cesiones, toda vez que la agencia como persona jurídica no puede tener la calidad de autor, y no puede entrar a disponer de los derechos patrimoniales de una obra que no le pertenece y mucho menos transferirlos a su cliente.

8. RELACIÓN ENTRE LAS AGENCIAS DE PUBLICIDAD Y SUS CLIENTES

Como se mencionó precedentemente, entre la agencia de publicidad y sus clientes se estructura una relación comercial cuyo fin es la realización de material publicitario encargado por estos últimos. En dicha relación, se deben tener en cuenta todos los conceptos acerca del derecho de autor, los derechos conexos al derecho de autor y el derecho a la imagen, que se han resaltado y analizado a lo largo del presente trabajo, para así, encontrar el instrumento jurídico adecuado que plasme los derechos y obligaciones de cada una de las partes –agencia y cliente- que más satisfaga sus necesidades y expectativas, y que les permita a las compañías contratantes tener mayor seguridad y tranquilidad en cuanto a la ausencia de vulneración de derechos de propiedad intelectual que pueden generar conflictos de tipo legal y económico.

Partiendo de lo anterior, en el presente capítulo se desarrollarán dos propuestas de acuerdo entre la agencia y su cliente, las cuales parten de un instrumento jurídico común, a saber, un contrato marco de prestación de servicios publicitarios, y varía dependiendo de las cargas y obligaciones que al cliente le interese asumir de forma directa o indirecta delegándolas a la agencia como contratista. Así las cosas, en el subcapítulo siguiente se abordarán ambas propuestas en cuanto a la obligaciones en materia de derechos de autor, conexos y/o a la imagen, con el fin de asegurar la cadena de cesiones, y a continuación se mencionarán los aspectos generales del contrato marco que se deben tener en cuenta en cualquiera de los dos esquemas elegidos por parte del cliente.

Un contrato marco de prestación de servicios publicitarios entre la agencia y su cliente, es un acuerdo de voluntades que debe constar por escrito, y atender a la normativa comercial aplicable. En ese orden de ideas, el contrato debe empezar con la identificación de las partes, como personas jurídicas válidamente representadas por quien tenga las facultades para hacerlo, so pena de encontrarse viciado por ausencia de capacidad de los contratantes. Además, es importante hacer mención a su domicilio y al lugar en que se llevará a cabo la ejecución del contrato.

Adicionalmente, se debe fijar un objeto, que particularmente debe consistir en la realización de un material publicitario que el cliente solicita a la agencia de publicidad a lo largo de la relación comercial, lo cual no es más que el desarrollo de la prestación del servicio publicitario. Debido a que se trata de un contrato marco, es bueno aclarar, que su objeto no debe limitarse a la realización de una pieza publicitaria determinada sino que es necesario consagrarlo de forma amplia con el fin de que regule la prestación de servicios durante toda la vigencia del mismo. Ahora, debido a la amplitud del objeto ya mencionada, es recomendable que en la parte inicial del documento se incluya un aparte de definición de conceptos, principalmente en lo referente a las posibles piezas publicitarias que el cliente vaya a solicitar a la agencia.

Dentro del contrato se debe indicar el procedimiento para solicitar cada una de las diferentes piezas publicitarias que vayan a requerir los clientes en el futuro; se recomienda que dicho procedimiento sea la elaboración de órdenes de compra o la solicitud de pedido, por parte del cliente a la agencia, con la posterior aceptación por parte de ésta, en la cual se debe fijar el costo de cada una de las piezas publicitarias a realizar y acordar la forma de pago. Lo anterior con el fin de evitar posteriores desacuerdos entre las partes al pretender el pago global de varias piezas realizadas.

Asimismo, en la aceptación por parte de la agencia de la solicitud de pedido, es necesario que se indiquen los derechos patrimoniales de autor y/o conexos que la agencia ha negociado previamente con el autor y/o el artista intérprete o ejecutante, para la forma de utilización de cada pieza publicitaria, en virtud del principio de independencia de las obras, ya explicado en subcapítulo 4.4.

Por último, y con respecto al acuerdo económico anterior, se debe especificar la presentación de la respectiva factura por parte de la agencia, en cumplimiento de todos los requisitos legales, y el posterior pago por parte del cliente dentro del plazo que se acuerde.

Es recomendable también, la inclusión de ciertas disposiciones en materia de confidencialidad de la información a la que ambas partes tienen o tendrán acceso en virtud de la celebración y ejecución del contrato, así como también la posibilidad de incluir una eventual exclusividad entre ellas, teniendo en cuenta que un acuerdo de este estilo puede llevar a un mayor costo en la negociación, toda vez que para la agencia se restringe su ámbito de negociación con otros clientes que puedan constituir competencia directa de su actual cliente.

Finalmente, se deberán incluir las obligaciones y deberes especiales tanto por parte de la agencia como parte del cliente, especialmente en cuanto a los derechos de autor, conexos y/o a la imagen -según el caso- con ocasión de las piezas publicitarias elaboradas, lo cual dependerá del esquema elegido, conforme a las opciones que a continuación se plantean.

8.1 CONTRATO MARCO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El contrato marco de prestación de servicios es el instrumento jurídico de carácter general que regula la relación comercial entre la agencia y el cliente, puesto que establece el marco que las partes fijan para el desarrollo de la misma, pactando expresamente que en cada caso particular se deben establecer las condiciones individuales de cada trabajo solicitado.

Partiendo de la base de la existencia del contrato marco, se presentarán las dos propuestas para estructurar las obligaciones de las partes en cuanto a los derechos de autor, conexos y a la imagen, que involucran la elaboración de las piezas publicitarias.

La primera opción, se efectuará cuando el cliente tenga interés en que se radiquen en cabeza suya todos los derechos patrimoniales de autor y conexos, desde el mismo momento en que se elabora la pieza publicitaria. En este caso, la agencia adquiere la obligación de negociar con cada uno de los creativos que hacen parte de su equipo de trabajo y con las demás personas que participen en la realización del material publicitario (v. gr. modelos) con el fin de que suscriban los acuerdos de cesión de derechos directamente con el cliente.

Asimismo, se debe tener en cuenta la forma de vinculación del equipo de trabajo a la agencia. Si se trata de personas que tienen un contrato de trabajo con ésta, es claro que hacen parte de la cadena de cesiones y, se considera que no es necesario que realicen la suscripción de un contrato de cesión de derechos a favor del cliente –como el que se acabó de mencionar-, sino simplemente que la agencia haga dicha cesión con su cliente y le adjunte el contrato de trabajo mencionado en aras de acreditar la cadena de cesiones. Mientras que cuando se trata de un trabajador independiente, existe la posibilidad de firmar el contrato de cesión de derechos patrimoniales de su creación u obra, directamente con el cliente, o también se puede considerar la posibilidad de que entre éstos exista un contrato de prestación de servicios celebrado para la realización de una obra por encargo -cumpliendo con los requisitos para este tipo de contrato ya explicados en capítulos anteriores-, esta opción si bien es viable, se considera un poco compleja para las partes, especialmente para el cliente, quien debe involucrarse de forma directa con ese trabajador independiente porque la agencia no podría adquirir una obligación distinta a la de poner en contacto a las partes.

La segunda y última opción que se plantea, es útil en aquellos casos en los que el cliente no desea adquirir de forma inmediata los derechos patrimoniales derivados de las piezas publicitarias elaboradas. Aquí, la agencia no realiza una labor de “intermediación” entre sus creativos y el cliente, sino que adquiere la obligación de velar por que al momento en que su cliente le solicite la transferencia de los derechos patrimoniales de cualquiera de las obras o creaciones realizadas, ésta tenga las herramientas jurídicas que la acreditan como propietaria de los mismos y le permitan transferirlos a terceros -sin descuidar la cadena de cesiones- para que el tercero adquirente –cliente- pueda hacerse dueño de tales derechos y proceda a su explotación.

En este caso, nuevamente se impone a la agencia la obligación de verificar el tipo de contrato con el que vincula a su equipo de trabajo, ya que, en el caso de los trabajadores con contrato laboral, ésta debe estar en capacidad de garantizarle al cliente que dicho contrato cuenta con los elementos necesarios para acreditar la relación laboral entre la misma y su creativo, y que por ende puede proceder a la aplicación de las normas que regulan la materia, y permiten que la agencia sea propietaria de los derechos patrimoniales de autor o conexos de tales obras y creaciones. Por otro lado, cuando se trata de un *freelance*, la agencia está en la obligación de suscribir con dicha persona el contrato de cesión de derechos patrimoniales de autor o conexos a su favor, con el fin de que cuando el cliente le solicite la transferencia de los mismos, la

agencia pueda suscribir ese mismo documento a favor del cliente, aportando la cesión que le fue realizada por el trabajador independiente para acreditar la existencia de la cadena de cesiones.

Igualmente, se debe recordar que cuando la agencia contrata a un *freelance* no solo puede optar por solicitarle la cesión de los derechos patrimoniales por su obra o creación sino que también puede elaborar un contrato de servicios con dicha persona para la elaboración de una obra por encargo, en cumplimiento de los requisitos que se exigen para la misma, y dicho contrato será la forma de acreditar la cadena de cesión, para que el cliente pueda adquirir posteriormente los derechos patrimoniales por parte de la agencia.

Finalmente, se debe aclarar que en el caso del derecho a la imagen, se recomienda que la autorización de uso de imagen por parte de quien es titular de tal derecho, sea siempre realizada de forma directa a favor del cliente, sin importar que éste pueda otorgarle todas las prerrogativas a la agencia de publicidad para que negocie en su nombre.

9. CONCLUSIONES

En materia del derecho de autor y derechos conexos, la regulación a nivel nacional, supranacional e internacional ha logrado abarcar de forma completa y suficiente los derechos y obligaciones que surgen para sus titulares, sin embargo, es concurrente el desconocimiento de dichas disposiciones por ignorancia o renuencia a acogerse a las mismas.

De la poca regulación y desarrollo legislativo que existe a nivel interno en materia de derecho a la imagen, no puede derivarse su desconocimiento o violación, puesto que en el ámbito supranacional e internacional, existen diferentes y amplias disposiciones vinculantes, y además organizaciones dedicadas única y exclusivamente a su estudio, desarrollo y reglamentación.

Una misma obra entendida como pieza publicitaria protegida en su conjunto por el derecho de autor, puede comprender a su vez varias piezas publicitarias, y cada una de ellas debe ser protegida, cedida y/o explotada de manera independiente con base en las disposiciones que le correspondan, bien sea de derecho de autor, derechos conexos y derecho a la imagen.

Las agencias de publicidad no disponen de una única forma para la vinculación de su equipo de trabajo, ya que pueden hacerlo bajo el contrato laboral o el contrato de prestación de servicios, creándose así una relación empleador/trabajador o contratante/*freelance* respectivamente.

Si bien la contratación entre compañías y agencias de publicidad se enmarca en una relación de tipo comercial, debe conocerse y respetarse toda una regulación en materia de propiedad intelectual específicamente de derecho de autor, derechos conexos y derecho a la imagen.

Para una mejor estructura de relación comercial entre la agencia de publicidad y su cliente –compañía-, el contrato marco de prestación de servicios escrito, es la herramienta más adecuada y segura jurídicamente.

Dependiendo de la interferencia o participación que la compañía quiera tener en la cesión de los derechos patrimoniales derivados del material publicitario, ésta tiene la posibilidad de decidir cuál será el esquema que mejor se ajusta a sus intereses, esto es, la cesión de los derechos patrimoniales de forma inmediata a la elaboración de la pieza –del creativo al cliente de manera directa-, o la cesión de dichos derechos por parte de la agencia de publicidad, en cumplimiento de la cadena de cesiones –del creativo a la agencia y posteriormente de la agencia al cliente-.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. ALCALDE MAYOR DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ, DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO TÉCNICO ADMINISTRATIVO DE MEDIO AMBIENTE Y REGISTRADORES DISTRITALES DEL ESTADO CIVIL. Resolución 197 de 2003 “Por la cual se señalan las condiciones y características de los elementos de publicidad exterior visual que contengan propaganda electoral”. Bogotá: 20 de agosto de 2003.

COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia 1991. Gaceta constitucional No. 116 del 20 de julio de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 23 de 1982: Sobre derechos de autor. Diario oficial No. 35.949 del 19 de febrero de 1982.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 44 de 1993 “Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944”. Diario oficial No. 40.740 del 5 de febrero de 1993.

COLOMBIA. CONSEJO DEL DISTRITO CAPITAL DE BOGOTÁ. Acuerdo No. 01 de 1998 “Por el cual se reglamenta la publicidad exterior visual en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”. Bogotá: 20 de febrero de 1998.

COLOMBIA. CONSEJO NACIONAL LEGISLATIVO. Código Civil: Ley 57 de 1887 “Sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional”. Diario Oficial No. 7019 del 20 de abril de 1887.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154 de 1997. Referencia: Expediente No. D-1430. Magistrado ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Bogotá: 19 de marzo de 1997.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155 de 1998. Referencia: Expediente No. D-1797, D-1809, D-1813 y D-1818. Magistrado ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: 28 de abril de 1998.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 1996. Referencia: Expediente No. T-84112. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 6 de marzo de 1996.

COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. Sentencia T-408 de 1998. Referencia: Expediente No. T- 156083. Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Bogotá: 11 de agosto de 1998.

COLOMBIA. CORTE CONSITUCIONAL. Sentencia T-471 de 1999. Referencia: Expediente No. T-203164. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá: 6 de julio de 1999.

COLOMBIA. MINISTERIO DE JUSTICIA. Decreto 2820 de 1974 “Por el cual se otorgan iguales derechos y obligaciones a las mujeres y a los varones, acordado con las modificaciones introducidas por el Decreto 772 de 1975”. Diario Oficial No 34.327 del 2 de junio de 1975.

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES. COMISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA. Decisión Andina 351 de 1993: Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos. Lima: 17 de diciembre de 1993.

LAROUSSE S.A. El Pequeño Larousse Ilustrado. 6 ed. Bogotá: Ediciones Larousse de Colombia Ltda., 2000. p. 344, 563 y 827.

MUÑIZ GONZÁLEZ, Rafael. Marketing en el Siglo XXI. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2008. 424 p.

O'CALLAGHAM, Xavier. Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen. 1 ed. Madrid: Editorial Revista de derecho privado – Editoriales de derecho reunidas S.A., 1991. p. 115 – 156.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –OMPI-. Convención de Roma “Sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión”. Roma: 26 de octubre de 1961.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –OMPI-. Convenio de Berna “Para la protección de las obras literarias y artísticas”. Berna: 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Propiedad Intelectual: El Moderno Derecho de Autor. 2 ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996. 441p.

RONDA DE URUGUAY DEL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO –GATT-. ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Anexo 1C: Acuerdo sobre los “Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio” –ADPIC-. Marruecos: 15 de abril de 1994.

CENTRO COLOMBIANO DEL DERECHO DE AUTOR –CECOLDA-. Preguntas frecuentes. [en línea].

<http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=7&Itemid=50> [Citado el 22 de marzo de 2010]

DICCIONARIO BABYLON. Diccionario de Marketing español – español. [en línea]. <http://diccionario.babylon.com/Material_Publicitario> [Citado el 5 de marzo de 2010]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –OMPI-. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. [en línea]. <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/paris/trtdocs_wo020.html> [Citado el 5 de marzo de 2010]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –OMPI-. Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. [en línea]. <http://www.wipo.int/treaties/es/convention/trtdocs_wo029.html> [Citado el 5 de marzo de 2010]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –OMPI-. Curso general de propiedad intelectual (enseñanza a distancia) DL-101. [en línea]. <http://www.wipo.int/academy/es/courses/distance_learning/catalog/dl101genip.html> [Citado el 5 de marzo de 2010]

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL –OMPI-. Nociones básicas sobre derecho de autor y derechos conexos. [en línea]. <<http://www.wipo.int/copyright/es/general/>> [Citado el 22 de marzo de 2010]

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [en línea]. <[http:// www.rae.es/rae.html](http://www.rae.es/rae.html)> [Citado el 22 de marzo de 2010]

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL: DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. Glosario. [en línea]. <<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/legislacion/Glosario.htm>> [Citado el 22 de marzo de 2010]

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL: DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. Preguntas más frecuentes. [en línea]. <<http://www.derechodeautor.gov.co/htm/preguntas.htm#02>> [Citado el 22 de marzo de 2010]

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA: APRENDE EN LÍNEA. Formatos digitales y extensiones. [en línea]. <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/lms/moodle/file.php/469/Modulo-1/Formatos_digitales_y_extensiones.pdf> [Citado el 20 de abril de 2010]

ANEXOS

Anexo A. Minuta de cesión de obra que se puede elevar a escritura pública o hacerse por escrito privado con reconocimiento de contenido y firma ante notario.

CESIÓN DE OBRA

Señores:

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR
MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA
E.S.D.

[NOMBRE Y APELLIDOS DEL AUTOR], mayor de edad, identificado(a) como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre propio, manifiesto que he desarrollado a solicitud de [NOMBRE DE LA AGENCIA O DEL CLIENTE], la obra correspondiente a [nombre de la obra] tal como se describe a continuación:

[Breve descripción de la obra]

A [NOMBRE DE LA AGENCIA O DEL CLIENTE] le corresponden todos los derechos patrimoniales de la obra, sin limitación alguna.

[NOMBRE Y APELLIDOS DEL AUTOR]
C.C. [número de cédula de ciudadanía]

[NOMBRE Y APELLIDOS DEL REPRESENTANTE LEGAL DE LA AGENCIA O DEL CLIENTE]
C.C. [número de cédula de ciudadanía]
Representante Legal
[NOMBRE DE LA AGENCIA O DEL CLIENTE]

Anexo B. Minuta de autorización de uso de imagen

[NOMBRE DEL CLIENTE]

Formato de autorización para uso de imagen de un(a) modelo

[Fecha de suscripción de la autorización]

1. Mediante la firma del presente documento, concedo a [NOMBRE DEL CLIENTE] autorización para hacer uso de mi imagen contenida en la(s) obra(s) fotográfica(s) de que se trata, en [medios en que se autoriza la utilización de la imagen v. gr. material gráfico], incluyendo pero sin limitarse a [publicidad, promoción, comercialización] de los productos de la marcas de [NOMBRE DEL CLIENTE], de manera irrevocable.
2. Reconozco y acepto que las imágenes puedan combinarse con otras imágenes, texto y gráficos, siempre y cuando no resulten difamatorias.
3. Expresamente autorizo la publicación de mi imagen entendida como mi aspecto, apariencia, forma y demás rasgos característicos que me identifiquen, en los medios digitales, electrónicos, prensa, televisión, así como todos los otros medios conocidos y por conocerse.
4. Los derechos de [NOMBRE DEL CLIENTE] se conceden por [número de años (X)] años para ser utilizados en [ciudad(es) y/o país(es)].
5. Reconozco y acepto el carácter vinculante de la presente autorización como parte de la contraprestación que he recibido.

I. Información del(a) modelo:

Declaro ser mayor de edad y tener plena capacidad legal para otorgar la presente autorización.

Nombre y apellidos:

Documento de identificación:

Dirección:

Teléfono:

Ciudad(es) donde se autoriza(n) el uso de imagen:

País(es) donde se autoriza(n) el uso de imagen:

Firma:

II. Padres del(a) modelo menor de edad:

El padre y/o la madre garantizan ser los titulares legales de la patria potestad del menor, y de contar con la capacidad legal para otorgar la autorización de todos los derechos sobre la imagen del modelo.

Nombres y apellidos del padre y/o la madre:

Documentos de identificación:

Dirección:

Teléfono:

Ciudad(es) donde se autoriza(n) el uso de imagen:

País(es) donde se autoriza(n) el uso de imagen:

Firmas:

III. Información del fotógrafo o productor:

Autor de las obras fotográficas o audiovisuales en las cuales ha participado voluntariamente el modelo que mediante este documento autoriza el uso de su imagen.

Nombre y apellidos:

Documento de identificación:

Dirección:

Teléfono:

Breve descripción de la obra:

Firma

Anexo C. Minuta de contrato marco para la prestación de servicios publicitarios.

CONTRATO MARCO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS
PUBLICITARIOS

Entre los suscritos, a saber:

i) La sociedad XXX, con domicilio en la ciudad de _____, legalmente constituida conforme consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de _____, representada en este acto por el(la) Sr(a). _____, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. _____, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de _____, obrando en su calidad de Representante Legal, quien en adelante y para los efectos del presente contrato se denominará EL CONTRATANTE, de una parte, y

ii) La sociedad YYY, con domicilio en la ciudad de _____, legalmente constituida conforme consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de _____, representada en esta acto por el(la) Sr(a). _____, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. _____, mayor de edad, con domicilio en la ciudad de _____, obrando en su calidad de Representante Legal, quien en adelante y para los efectos del presente contrato se denominará EL CONTRATISTA, de otra parte,

Previas las siguientes CONSIDERACIONES:

Que las partes convienen libremente en la celebración de un CONTRATO MARCO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS para la regulación de su relación y expresan que es su voluntad manifiesta y libre y que éste es el tipo de acuerdo que desean celebrar, incorporando los elementos esenciales del mismo y aceptando en todo, los derechos y obligaciones derivados de él.

Que para la creación, producción y desarrollo del material publicitario, EL CONTRATISTA utiliza de acuerdo a su necesidad, tanto los recursos humanos y técnicos propios, como recursos humanos y técnicos que contrata con terceras personas, bajo su dirección y responsabilidad.

Que el material publicitario solicitado, genera una serie de derechos morales y patrimoniales de autor, los cuales pertenecen a los autores personas naturales o en ocasiones a las personas jurídicas en los casos en que expresamente la Ley así lo determina.

CLÁUSULAS:

PRIMERA - OBJETO. Regular la relación comercial para la prestación de servicios publicitarios entre las partes que se llevará a cabo en la ciudad de

_____, la cual se ejecutará mediante el procedimiento de órdenes de compra o solicitudes de pedido.

SEGUNDA - DEFINICIONES. Para efectos del presente contrato, así como sus anexos y demás documentos que lo adicionan o modifican, se entenderá por:

Agencia de publicidad: compañía que se dedica profesionalmente y por cuenta de terceros a crear, producir, planificar, negociar y/o comprar espacios publicitarios en los medios de comunicación.

Artista intérprete o ejecutante: persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra.

Autor: persona física que realiza la creación intelectual.

Campaña publicitaria: esfuerzo publicitario compuesto por más de una pieza o más de un medio. Por lo general, las piezas que componen una campaña tienen cierta relación entre sí. Ver "Unidad de Campaña".

Copia o ejemplar: soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Material publicitario: conjunto de herramientas o piezas audiovisuales y gráficas que constituyen los mensajes de las campañas difundidas a través de cualquier medio –televisión, radio, prensa, revistas o publicidad exterior- y son necesarias para el desempeño de la publicidad.

Medios: canales de comunicación a través de los cuales se envían mensajes al público en forma masiva.

Pieza: composición visual en diseño, la cual puede variar en soporte y formato según sus necesidades. Se relaciona con la publicidad, que es usada tanto en vía pública como en revistas o prensa escrita.

Propaganda comercial: todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus cualidades, características o uso, a través de cualquier medio de divulgación, como la radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad.

Publicidad: es la comunicación comercial impersonal que a través de la utilización de medios de difusión pretende dar a conocer a sus destinatarios la marca, el producto o un servicio que ofrece un anunciante, con el fin de informar acerca de su existencia, persuadir o influir en su compra, o generar su aceptación o recordación. Para que la información comercial sea considerada como publicidad, no se requiere que ésta sea difundida a través de medios masivos, pues existen otras formas de publicidad, como los volantes y afiches, que no se difunden a través de medios masivos. Lo importante entonces, es que el medio o vehículo se emplee para difundir un mensaje.

Unidad de campaña: es el(los) común(es) denominador(es) mínimo(s) que permite(n) reconocer las piezas publicitarias como pertenecientes a una misma campaña, ya sea que esta similitud esté dada por razones ideológicas y/o formales.

Obra: la obra creada por el autor y/o un tercero contratado por el autor, consistente en creaciones intelectuales de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

Obra originaria: obra primitivamente creada.

Obra derivada: aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma.

Obra audiovisual: parte o totalidad de la obra constituida por una serie de imágenes asociadas, con o sin sonorización incorporada, sus respectivos libretos, animaciones y obras musicales.

Obra musical: con su respectivo fonograma e interpretación incluida dentro de la obra audiovisual.

Obra por encargo: cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboran una obra según plan señalado por una persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta.

Obra colectiva: la producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que coordine, divulgue y publique bajo su nombre.

Inclusión, incluir o cualquier variación del término: la incorporación total o parcial, modificada o inmodificada, de obras musicales y en general de cualquier obra dentro de la obra audiovisual, sobre cualquier base material que permita su percepción, reproducción o divulgación.

Divulgación, divulgar, o cualquier variación del término: el hacer accesible a terceros en cualquier momento y lugar, parte o todas las obras, por cualquier medio o procedimiento, tales como y no de forma exclusiva, emisión, retransmisión, radiodifusión, publicación, y en general cualquier medio conocido o por conocerse.

Derechos patrimoniales: la totalidad de derechos patrimoniales de autor que recaigan o puedan recaer sobre las obras, entre ellos pero no limitados el derecho de edición, adaptación, distribución, comercialización, traducción, divulgación, comunicación pública, interpretación pública, retribución, radiodifusión, alquiler, arreglo, mercadeo, parodia, puesta a disposición, publicación y reproducción en medios escritos, análogos, digitales o en cualquier medio o tecnología conocida o por conocerse.

Derechos morales: derechos que el autor tiene sobre la obra y son perpetuos, inalienables e irrenunciables.

Derechos conexos: derechos en cabeza exclusiva de los artistas intérpretes o ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, sobre los productores de fonogramas sobre sus producciones y sobre los organismos de radiodifusión sobre sus emisiones, para autorizar o prohibir ciertos actos sobre las obras.

Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una representación o ejecución o de otros sonidos. Las grabaciones gramofónicas y magnetofónicas se consideran copias de fonograma.

Interpretación: ejecución que el autor o uno o más terceros contratados por el autor, hagan de la obra para su fijación en fonogramas.

TERCERA - PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DE PEDIDO. Para efectos del presente contrato, las partes acuerdan que la solicitud de material publicitario por parte del CONTRATANTE al CONTRATISTA, se realizará conforme a lo siguiente:

Solicitud de pedido: documento comercial utilizado para solicitar bienes o servicios a cambio de un pago. Para efectos del presente acuerdo, el proceso para ejecutar una solicitud de pedido será:

1. EL CONTRATANTE presenta una solicitud de elaboración de determinado material publicitario, indicando las piezas que lo conforman.

2. EL CONTRATISTA dará respuesta a dicha solicitud, especificando el valor de la totalidad del material publicitario, así como también:

- a. Tipo de material publicitario.
- b. Término para obtener derechos de uso de las obras involucradas en el material publicitario.
- c. Territorio en el cual se usará el material publicitario.
- d. Medios para obtener derechos del material publicitario.
- e. Especificar el tipo de derechos que se deben obtener (derecho de autor, derechos conexos, derecho a la imagen).
- f. Precio, discriminado por pieza.

3. EL CONTRATISTA procede a facturar el trabajo solicitado a EL CONTRATANTE, el cual cancelará dicho pago conforme a lo establecido en el presente acuerdo.

CUARTA - DURACIÓN. El presente contrato tendrá una vigencia indefinida contada a partir de la fecha de firma por ambas partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula de terminación anticipada que se plasma en el presente documento.

QUINTA - PRECIO Y FORMA DE PAGO. Dado el carácter indeterminado del valor total de los servicios, el valor de este contrato se entenderá como indeterminado pero determinable, ya que corresponderá a la cantidad de material publicitario efectivamente elaborado a satisfacción de EL

CONTRATANTE, de allí que, el valor del presente contrato se podrá establecer atendiendo a las solicitudes de pedido emitidas por EL CONTRATANTE o con las facturas que para caso presenta el CONTRATISTA.

Para el respectivo pago por parte del CONTRATANTE, EL CONTRATISTA deberá presentar la correspondiente factura por el material publicitario solicitado y especificado en la correspondiente solicitud de pedido. EL CONTRATANTE efectuará el pago de los servicios a los treinta (30) días calendario, siguientes a la presentación de dicha factura.

SEXTA - TERMINACIÓN. Cualquiera de las partes podrá dar por terminado, en cualquier tiempo y por cualquier causa el presente contrato, dando preaviso por escrito a la otra parte con treinta (30) días de anticipación a la fecha deseada para su terminación, sin lugar al reconocimiento de indemnización alguna y sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones adquiridas con anterioridad a la fecha de terminación.

El contrato también podrá ser terminado inmediatamente en los siguientes casos:

1. Por mutuo acuerdo entre las partes que deberá constar por escrito.
2. Incumplimiento parcial o total de las obligaciones que impone este contrato a las partes.
3. Disolución o incapacidad financiera de cualquiera de las partes.

Salvo la primera causal relacionada, las demás causales de terminación darán lugar a que EL CONTRATANTE persiga la indemnización de perjuicios que se le ocasionaren.

En el evento de presentarse la terminación anticipada del contrato, EL CONTRATISTA no tendrá derecho a indemnización alguna y solamente se le reconocerá el valor de los servicios prestados y debidamente recibidos de acuerdo a lo estipulado en este contrato.

SEPTIMA - DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS. Con respecto al derecho de autor y derechos conexos que surgen en cabeza de los autores y creadores del material publicitario objeto del presente contrato, las partes adquieren las obligaciones que a continuación se relacionan:

- EL CONTRATISTA, en razón de este acuerdo, se obliga a adquirir y transferir a EL CONTRATANTE los derechos patrimoniales derivados del material publicitario desarrollado por sus empleados y o proveedores, atendiendo a las disposiciones aplicables en materia de derecho de autor y derechos conexos. En caso de que EL CONTRATANTE lo solicite, EL CONTRATISTA deberá negociar con cada una de estas personas con el fin de que los derechos patrimoniales de autor y conexos de las obras o creaciones, le sean transferidos de forma directa e inmediata por parte de su titular.
- EL CONTRATISTA garantizará a EL CONTRATANTE que quien ceda los derechos patrimoniales sea legítimo titular del derecho y no tenga ninguna restricción legal para realizar la cesión.

- EL CONTRATISTA adquirirá los derechos patrimoniales, o los negociará en nombre del CONTRATANTE, según el caso, conforme las siguientes condiciones, atendiendo siempre al principio de independencia de las diferentes formas de utilización de las obras: a) Obteniendo una negociación ajustada en tiempo, territorialidad y medios, de acuerdo a las necesidades publicitarias para cada caso. En todo caso, EL CONTRATISTA le informará por escrito a EL CONTRATANTE previa la adquisición de los derechos patrimoniales necesarios o la negociación de los mismos, sobre las posibles limitaciones que se presenten al adquirir éstos, por voluntad de los titulares, y EL CONTRATANTE en cada caso le dará su aceptación a las condiciones negociadas.
- Una vez EL CONTRATISTA adquiera la titularidad de los derechos patrimoniales de que trata el presente acuerdo, ésta se obliga a garantizarle a EL CONTRATANTE que se los podrá transferir o ceder en cualquier momento, en los mismos términos de medios, territorialidad y temporalidad bajo los cuales los adquirió.
- EL CONTRATANTE se hace responsable por las utilidades que haga de las piezas publicitarias de que trata este acuerdo que excedan los derechos patrimoniales adquiridos por él, de forma directa, y deberá mantener indemne a EL CONTRATISTA cuando se presenten diferencias, litigios y reclamaciones de orden autoral, siempre que estas reclamaciones atiendan a los excesos en las utilidades descritas.
- EL CONTRATISTA se hace responsable por las utilidades que haga de las piezas publicitarias de que trata este acuerdo que excedan los derechos patrimoniales adquiridos por él, de forma directa, y deberá mantener indemne a EL CONTRATANTE cuando se presenten diferencias, litigios y reclamaciones de orden autoral, siempre que estas reclamaciones atiendan a los excesos en las utilidades descritas.

OCTAVA - DERECHO A LA IMAGEN. EL CONTRATISTA se obliga a negociar con cada una de las personas que participen en la realización de las piezas publicitarias requeridas por EL CONTRATANTE, con el fin de que como titulares del derecho a la imagen, accedan a suscribir la respectiva autorización de uso de imagen a favor de éste.

Será responsabilidad de EL CONTRATISTA que en la autorización de uso de imagen se incluyan las condiciones de medios, limitaciones, territorio y demás a que haya lugar por solicitud del titular del derecho a la imagen. Sin embargo, EL CONTRATISTA siempre deberá buscar la negociación de condiciones más favorables para el CONTRATANTE.

MISCELANÉOS:

INDEPENDENCIA.

Entre EL CONTRATANTE y las personas que EL CONTRATISTA designe para realizar el material publicitario, así como respecto de las demás personas que

intervengan en el desarrollo de este contrato, no existe ningún vínculo laboral. En consecuencia, EL CONTRATISTA asume toda la responsabilidad que le corresponda como único empleador del personal que llegare a utilizar, siendo de su cargo los salarios, prestaciones sociales, riesgos profesionales y de cualquier otra índole, indemnizaciones, horarios, seguros, dotaciones, herramientas adecuadas, cumplimiento de normas de seguridad especialmente en materia de seguridad industrial y laboral y demás obligaciones, lo mismo que cualquier reclamación que de esa relación llegue a surgir, por parte de sus dependientes.

CESIÓN.

Ninguna de las partes podrá ceder el presente contrato total ni parcialmente, sin el consentimiento previo, expreso y por escrito de la otra parte.

EXCLUSIVIDAD.

EL CONTRATISTA no podrá contratar con otra u otras personas naturales o jurídicas los servicios o trabajos aquí convenidos, siempre que se trate de competidores directos del CONTRATANTE y solo por el tiempo de duración del presente contrato.

En caso de duda acerca de quiénes son competencia directa de EL CONTRATANTE, el CONTRATISTA deberá solicitar a EL CONTRATANTE la autorización para contratar con esa persona.

CONFIDENCIALIDAD.

Las partes se obligan a mantener en reserva y bajo custodia toda la información que conozcan o a la que tengan acceso en virtud del presente contrato y de la relación comercial que surge con la firma del mismo, por tanto, no podrán divulgarla a terceros sin el consentimiento previo y por escrito de la otra parte.

Si existe duda sobre la confidencialidad o no de alguna información, ésta será tratada como tal hasta que una de las partes por escrito manifieste lo contrario. Esta obligación de confidencialidad no se aplicará a la información que sea de dominio público, o que haya sido conocida por las partes con anterioridad al presente contrato, o la que haya sido suministrada por un tercero que no tuviere la obligación de confidencialidad.

CLÁUSULA COMPROMISORIA.

Toda diferencia que surja entre EL CONTRATANTE y EL CONTRATISTA por la interpretación del presente contrato, su ejecución, su cumplimiento, su terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes en un término de treinta (30) días calendario posteriores a su presentación, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento en la Cámara de Comercio de _____, integrado por un (1) árbitro, que sea designado por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la respectiva Cámara de Comercio, quién fallará en derecho.

En constancia de lo anterior, firman las partes en dos ejemplares del mismo contenido, en la ciudad de _____, a los ____ días del mes de _____ del año _____.

EL CONTRATISTA,

EL CONTRATANTE,

[Nombre del contratista]
[NIT]
[Nombre del representante legal]
[Cédula de ciudadanía]
Representante Legal

[Nombre del contratante]
[NIT]
[Nombre del representante legal]
[Cédula de ciudadanía]
Representante Legal