



Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, Bogotá D.C.
Sentencia del 23 de noviembre de 2022

Rad: 1-2018-41125
Ref.: Proceso Verbal
Demandante: Carlos David Fonseca Puerto
Demandado: Banco Caja Social S.A.

Por medio de la presente providencia procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 373 del Código General del Proceso (en adelante CGP).

CONSIDERACIONES

1. Síntesis de la demanda y contestación

El señor Carlos David Fonseca Puerto presentó una demanda en contra de la sociedad Banco Caja Social S.A. señalando que suscribió con esta un contrato laboral el 15 de marzo de 2010. En el marco de este contrato, por su propia iniciativa creó una macro de Excel denominada “*modelo entrevista bitácora*” para el aprovechamiento de las funciones de recaudo, que afirma es una obra protegida por la legislación autoral; sin embargo, alega el demandante que la sociedad utilizó la creación, la modificó y eliminó su nombre sin su autorización.

La sociedad Banco Caja Social S.A. contestó la demanda y presentó demanda de reconvencción. En estos escritos defiende la legalidad de sus actos señalando que una macro de Excel no es una obra protegida pues Microsoft Office genera un código de manera automática y por ello carece de originalidad, y que sin importar si se trata o no de una obra protegida, en virtud del contrato laboral y de la Ley, el propietario de la macro es el banco y no el señor Carlos Fonseca, y que existió una aceptación tácita para el uso y la modificación de la macro.

2. De la fijación del Litigio

Iniciemos mencionando que durante la etapa oral del presente proceso se fijó el litigio señalando que dentro de los hechos reconocidos como ciertos se encuentran que el señor Carlos David Fonseca Puerto suscribió un contrato de trabajo con el Banco Caja Social S.A. el 15 de marzo de 2010, el cual no fue reconocido en firma y contenido ante notario y en su cláusula décima señalaba que el banco tiene la licencia de los programas que utiliza, dentro de los que se encuentra Microsoft Office. En el término de duración del contrato Carlos Fonseca ostentó los cargos de Asesor Front, Asesor de Negociación Telefónica y fue encargado por un mes como Supervisor de Labores de Cobro Externas, sin embargo, no se contrató como ingeniero desarrollador. El mencionado vínculo laboral finalizó sin justa causa el 11 de mayo de 2016.

También se reconoce como cierto que, dentro de los requisitos de los cargos que ocupó David Fonseca se encontraba tener conocimientos en Excel y para el cumplimiento de las labores de cobranza, que realizaba el señor Fonseca Puerto, se usaba un documento de Excel denominado “*bitácora*” en el cual se registraba manualmente la información de los clientes, la cual posteriormente se ingresaba en el aplicativo de cobro “*ICS*”.

Adicionalmente, está relevado de prueba que Carlos David Fonseca modificó el Excel denominado “*bitácora*” y así creó una macro de Excel denominada “*modelo entrevista bitácora*” que contenía la información de los clientes y la gestión puntual

de atención, la cual se utilizaba para el aprovechamiento en las funciones de recaudo y tenía como finalidad mejorar los procesos del Banco Caja Social S.A.

Aunado a lo anterior, también se tiene por cierto que la macro fue presentada por el señor Fonseca Puerto a la Gerente de Soporte Interno y a sus compañeros, quienes solicitaron realizar algunas modificaciones para que se pudiera utilizar dicha herramienta en las áreas de cobranza, y en razón a su funcionalidad la Gerencia de Soporte Interno impartió la orden de utilizarla por parte de los funcionarios de dicha área.

Existe acuerdo entre las partes que el Banco Caja Social S.A. utilizó de manera continua la macro creada por Carlos Fonseca y en el marco de dicho uso la Gerente de Soporte le solicitó a este las contraseñas para la modificación de la herramienta, sin embargo, el señor Fonseca Puerto no se las entregó.

Asimismo, se reconoce como cierto por ambas partes que el 13 de agosto de 2013 el señor Carlos Fonseca envió una nueva versión de la macro a la Gerente de Soporte Interno y a otros trabajadores, en la que agregó diferentes cambios, entre ellos *“elaborado por: David Fonseca Puerto”*. También, que la macro fue modificada por empleados del banco, se retiró el nombre del señor Fonseca Puerto y en octubre de 2014 el señor Ramiro Hamburguer remitió un correo a la gerente de Soporte Interno y a los Coordinadores en el que adjuntó la macro modificada, indicando que era esta la que debían usar y solicitó comentarios sobre su funcionamiento.

Se reconoce como cierto que el señor Edward Oviedo respondió al referido correo electrónico señalando que la macro modificada no funcionaba correctamente mientras que la desarrollada por Carlos Fonseca si lo hacía.

Existe acuerdo entre las partes que el 11 de mayo de 2016 el señor Carlos Fonseca radicó una carta de reclamación que incluía, entre otros aspectos la solicitud de remuneración por la violación de los derechos morales y patrimoniales; y que a esta carta el banco le dio respuesta el 14 de junio de 2016.

Finalmente, se reconoce como cierta la existencia del certificado de registro de soporte lógico con número Libro 13, Tomo 53, Partida 2.

En conclusión, en el presente caso es objeto de discusión si la macro realizada por Carlos David Fonseca Puerto es una obra protegida por el derecho de autor, en caso de serlo, a quién corresponde la titularidad de los derechos, si existió alguna infracción a estos, y si la hubiere, quién es el responsable de resarcir los daños si estos se causaron.

3. Sobre el objeto de protección.

Iniciemos mencionando que, la obra es definida en el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993 como *“toda creación intelectual original de naturaleza artística científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*.

Si desglosamos la definición podemos identificar que el objeto protegido debe ser una creación intelectual, es decir que sea el producto del ingenio y de la capacidad humana; ser original, que es el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única; ser de carácter literario o artístico, que se refiere a que la protección recae sobre la forma de expresión.

Ahora, de acuerdo con el artículo 52 *ejusdem* la protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En este sentido, las prerrogativas que otorga la legislación autoral nacen con la creación de la obra.

En lo relacionado con el software o programa de computador, nuestra norma

comunitaria, en su artículo 3º, lo define como la *“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador, un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”*.

Así, mientras la *expresión* se refiere a la forma en que plasma y programa cada autor las instrucciones del soporte lógico, las *instrucciones* son el contenido en sí mismo del software que logra que este cumpla una tarea determinada.

Por su parte, la doctrina ha definido al software, como un conjunto de herramientas creadas por una persona o un grupo con el fin de resolver necesidades puntuales. Estos desarrollos pueden ir desde una aplicación sencilla compuesta por un número pequeño de instrucciones hasta la conformación de un complejo sistema de información.

Ahora bien, diversas legislaciones comenzaron a darle tutela al software como obra protegida por el derecho de autor, equiparándolo con una obra literaria. En el orden internacional, el artículo 4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996, se consagra que *“Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador cualquiera que sea su modo o forma de expresión”*.

Dicha fórmula también fue adoptada por el artículo 23 de la Decisión Andina 351 de 1993, la cual establece que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En el caso de marras, desde la perspectiva probatoria, obra en el expediente a folio 4 del cuaderno 1, la copia de un certificado de registro de soporte lógico con número 13-53-281, expedido por la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, sin embargo, antes de estudiar el contenido del documento es necesario realizar algunas precisiones sobre este.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley 44 de 1993 las funciones del Registro Nacional de Derecho de Autor son básicamente: **(i)** dar publicidad al derecho de los titulares de derecho de autor y derechos conexos, así como a los actos y contratos que transfieren o cambian el dominio sobre las creaciones o prestaciones protegidas, y **(ii)** dar garantía de autenticidad y seguridad a los actos, documentos y títulos sobre derecho de autor y derechos conexos.

Adicionalmente, el artículo 2.6.1.1.2 del Decreto 1066 de 2015 dispone que el objeto del registro es *“brindarle a los titulares de derecho de autor y derechos conexos un medio de prueba y de publicidad a sus derechos así como a los actos y contratos que transfieran o cambien ese dominio amparado por la ley, y garantía de autenticidad y seguridad a los títulos de derecho de autor y de derechos conexos y a los actos y documentos que a ellos se refiere”*.

Por su parte, el artículo 53 de nuestra norma comunitaria señala que *“(...) la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario”*.

En este sentido, las inscripciones efectuadas en el Registro Nacional de Derecho de Autor permiten demostrar la titularidad sobre una obra e incorporan las condiciones jurídicas actuales de la creación intelectual. Asimismo, los datos consignados en el Registro Nacional de Derecho de Autor se presumen ciertos hasta tanto se pruebe en contrario.

Con lo mencionado de presente, se observa que el Banco Caja Social S.A. aportó un dictamen pericial elaborado en diciembre de 2018 por el Ingeniero Roberto Bernal Quiroga¹, el cual tiene por objeto probar en contrario a lo consignado en el registro 13-53-281 y acreditar que la macro objeto de debate no es obra protegida por el derecho de autor.

Para realizar la valoración de este es necesario tener en cuenta los requisitos mínimos que exige el artículo 226 del Código General del Proceso, los cuales se pueden separar en dos grupos, 1) los relacionados con las calidades e idoneidad del perito y 2) los que analizan la forma en que se realizó el dictamen y sus resultados.

Empecemos con el primer grupo de requisitos, estos son la identidad del perito, sus datos de contacto, su profesión u oficio con los anexos que lo acrediten, la lista de publicaciones realizadas, la lista de casos en los que haya sido designado como perito, si ha sido designado en otros procesos por la misma parte y si se encuentra incurso en las causales contenidas en el artículo 50 del CGP², echándose de menos en la pericia de marras la declaración sobre las causales del artículo referido de nuestro estatuto procesal.

Respecto el segundo grupo de requisitos, nuestro estatuto procesal señala que el experto deberá declarar sobre los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuados, de lo que se colige que fue intención del legislador propender porque el juez analice y valore no solo quien es el perito, sino también lo que dice en su dictamen.

Sobre dicho estudio, los doctrinantes Carmen Vázquez Rojas³ y Jordi Ferrer Beltrán⁴, señalan que los dictámenes periciales no deben aceptarse como verdad absoluta sobre un hecho o materia; para sustentar ello acuden al pronunciamiento estadounidense de marzo de 1993 en el caso *Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals Inc.* que constituye un hito en el análisis de las pruebas periciales, dado que muestra la relevancia que el juez aprecie su fiabilidad probatoria y sugiere factores para realizar dicha valoración, y que para el caso que nos ocupa son el método utilizado por el experto y su aplicación.

Lo primero que debe resaltar el Despacho es que el experto afirma que “*los requisitos para considerar que una obra, se entienda original, siendo un software están compendiados en Normas Técnicas Colombianas*” y enumera algunas de estas, sin embargo, dicho concepto dista de lo consagrado en la mencionada Decisión Andina 351 de 1993, la cual señala que los requisitos necesarios para que una obra sea considerada como tal es que sea una creación intelectual, original, que se exprese de una forma literaria o artística.

¹ Folio 61 del cuaderno 4.

² **Artículo 50 del Código General del Proceso:** “*El Consejo Superior de la Judicatura excluirá de las listas de auxiliares de la justicia: 1. A quienes por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por la comisión de delitos contra la administración de justicia o la Administración Pública o sancionados por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o sus Seccionales. 2. A quienes se les haya suspendido o cancelado la matrícula o licencia. 3. A quienes hayan entrado a ejercer un cargo oficial. 4. A quienes hayan fallecido o se incapaciten física o mentalmente. 5. A quienes se ausenten definitivamente del respectivo distrito judicial. 6. A las personas jurídicas que se disuelvan. 7. A quienes como secuestres, liquidadores o administradores de bienes, no hayan rendido oportunamente cuenta de su gestión, o depositado los dineros habidos a órdenes del despacho judicial, o cubierto el saldo a su cargo, o reintegrado los bienes que se le confiaron, o los hayan utilizado en provecho propio o de terceros, o se les halle responsables de administración negligente. 8. A quienes no hayan realizado a cabalidad la actividad encomendada o no hayan cumplido con el encargo en el término otorgado. 9. A quienes sin causa justificada rehusaren la aceptación del cargo o no asistieren a la diligencia para la que fueron designados. 10. A quienes hayan convenido, solicitado o recibido indebidamente retribución de alguna de las partes. 11. A los secuestres cuya garantía de cumplimiento hubiere vencido y no la hubieren renovado oportunamente.*”

³ Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pág 98.

⁴ Jordi Nieva-Fenoll. (23 de marzo de 2022). *Proceso civil: prueba documental y prueba pericial* [Archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=0DL8oht0K6E>

En este sentido, si bien dichas normas técnicas contienen un estándar de calidad que pueden tener en cuenta quienes crean software, el no cumplirlas no tiene como consecuencia que un soporte lógico no esté protegido por la legislación autoral, la cual, como se ha reiterado, consagra otros requisitos de protección.

También afirma el perito que *“el software para ser considerado original, debe tener componentes de creatividad del autor, entendida la creatividad como innovación en la solución de un problema con aporte real del autor”*.

Al respecto debemos poner de presente que, de acuerdo con la doctrinante Delia Lipszyc la originalidad reside en la expresión creativa e individualizada de la obra, es decir, que lleve la impronta de la personalidad de su autor. También señala que *“no se requiere que la obra sea novedosa, a diferencia de lo que ocurre en el instituto de las invenciones”*⁵.

Así, encuentra el Despacho que el experto parte de un concepto erróneo de originalidad, pues la confunde con el de innovación que es un requisito para acceder a la protección que otorga la propiedad industrial y no para el derecho de autor. Aunado a lo anterior, señala el ingeniero que en un software se debe identificar su nivel inventivo y que sea susceptible de aplicación industrial, sin embargo, estos tampoco son requisitos que exija la legislación autoral.

De lo mencionado es claro que el método del perito tiene como punto de partida de su estudio una definición equivocada del concepto de originalidad, así como requisitos erróneos de protección, lo que lleva a la inevitable conclusión que los resultados de su pericia también están errados.

Con todo lo mencionado y en razón a las falencias enunciadas, encuentra el Despacho que no puede tener por ciertas las conclusiones que contiene el dictamen pericial realizado por el Ingeniero Roberto Bernal Quiroga.

De otra parte, Carlos David Fonseca Puerto aportó un dictamen pericial elaborado el 7 de octubre de 2019 por el Ingeniero Oscar Ricardo Sánchez Cortés⁶, que tiene por objeto demostrar, en consonancia con el registro aportado, que la macro de Excel *“modelo entrevista bitácora”* es una obra.

En este sentido procederá este juzgador a analizar la pericia, utilizando los mismos criterios antes mencionados.

Iniciemos indicando que si bien se echa de menos la declaración sobre las causales del artículo 50 de nuestro estatuto procesal, sobre dicho dictamen pericial no se ejerció contradicción alguna por el Banco Caja Social S.A., lo que cobra especial relevancia pues entiende el Despacho que dicho extremo no tiene reparos con lo allí concluido.

Sobre el contenido del informe pericial, debemos señalar que el experto define el software como *“un conjunto de instrucciones que permiten que el computador realice una variedad de operaciones y funciones para obtener un resultado”*⁷, lo que coincide con lo dispuesto en el ya mencionado artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993.

Posteriormente analiza la macro objeto de debate y encuentra que para que se habiliten botones, planillas y campos que pueda diligenciar el usuario, se debieron realizar cálculos, ingresar datos previamente y lograr una combinación determinada de opciones que son establecidas por un programador y no están predeterminadas por Excel.

⁵ Lipszyc, D. (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO. Pág 65.

⁶ Folio 73 del cuaderno 5.

⁷ Folio 76 del cuaderno 5.

También señala que la labor creativa reside en programar unas instrucciones lógicas que permitan realizar procedimientos y funciones, incluso cuando no se escriba un código, y finalmente, concluye que la macro analizada cumple con requisitos establecidos por la definición de software, por lo que debe entenderse como tal, lo cual, valga resaltar es concordante con el certificado de registro aportado en esta causa.

Con lo mencionado de presente, encuentra el Despacho que el certificado de registro con número 13-53-281 y el dictamen pericial realizado por el Ingeniero Oscar Ricardo Sánchez Cortés acreditan la existencia del software denominado "*Modelo entrevista bitácora*".

Ahora, reprocha la demandada sobre el certificado de registro, que el demandado no acredita que la macro registrada sea la misma que se creó en el banco, sin embargo, no existe prueba que acredite que se trata de una obra diferente a la que aquí se analiza.

En este sentido, la consecuencia lógica es que las excepciones de la contestación de la demanda inicial numeradas como 5.1, 5.1.1., 5.1.2. y 5.7. y las pretensiones de la demanda de reconvenición 2.1. y 2.2., están llamadas a fracasar; mientras que la excepción de mérito propuesta en la contestación a la demanda de reconvenición denominada "*El MODELO ENTREVISTA BITACORA cuenta con protección mediante derechos de autor*" debe entenderse por probada.

4. Legitimación

En relación con la legitimación para reclamar un uso no autorizado frente la obra descrita, es preciso mencionar que la misma se encuentra en cabeza del titular de derechos. Ahora, en relación con el derecho de autor es preciso identificar dos clases de titulares. Por un lado, se encuentran los autores, también conocidos como titulares originarios, y por otro los titulares derivados, siendo esta distinción importante, precisamente porque para satisfacer el requisito de legitimación cuando se estudia una infracción se debe acreditar la calidad correspondiente.

a. Sobre la titularidad originaria

Debido a que la creación intelectual implica actividades como pensar, sentir, estudiar, reflexionar entre otras, nuestras normas aplicables le reconocen el carácter de autor solo a la persona física que crea⁸, descartando que las personas morales o jurídicas ejerzan tal calidad.

Descendiendo al caso en concreto, este Despacho observa que en los acuerdos probatorios realizados por las partes se encuentra que el señor Carlos David Fonseca creó la macro de Excel denominada "*modelo entrevista bitácora*". Esto además es concordante con lo consignado en el certificado de registro 13-53-281, que señala que el autor del mencionado software es Carlos Fonseca.

Lo anterior, permite concluir que al ser el accionante inicial el autor del programa de ordenador mencionado, es titular originario de los derechos morales de la obra. En relación con estos derechos, la Decisión Andina 351 de 1993 señala que son inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, y por esa razón no podrán salir de la esfera del creador de la obra.

En tal sentido, se puede inferir que el autor, en el caso que nos ocupa Carlos Fonseca, será el único legitimado en la causa para alegar posibles infracciones de sus derechos morales, puesto que es él quien ostenta tal condición de titular

⁸ Artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993 "(...) se entiende por: Autor: Persona física que realiza la creación intelectual."

originario y estas prerrogativas nunca saldrán de su dominio.

En este punto es importante mencionar que el artículo 2.6.1.1.8. del Decreto Único Reglamentario 1066 de 2015, consagra los requisitos para realizar inscripciones en el Registro Nacional del Derecho de Autor, y señala que este podrá solicitarse por un interesado. Así, teniendo en cuenta que, como se analizó, Carlos Fonseca es el autor y titular de los derechos morales de la obra “*modelo entrevista bitácora*”, este Despacho concluye que tenía un interés legítimo para solicitar el registro de esta, por lo que se negará la pretensión 2.6 propuesta en la demanda en reconvención.

b. Sobre la titularidad derivada

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que la titularidad derivada “*Es aquella que surge por razones distintas a la de la creación de la obra, como pudiera ser los casos de cesión de derechos, mandato o presunción legal. El titular derivado siempre será una persona distinta al autor, es decir, será la persona natural o jurídica a quien se le transfiera todos o una parte de los derechos patrimoniales de una obra protegida por el derecho de autor.*”⁹

Ahora bien, en relación con los derechos patrimoniales estos “*protegen la explotación económica a la cual tiene derecho el autor, en relación con sus obras*”¹⁰. Adicionalmente, tienen como característica ser expropiables, renunciables, embargables y temporales. De acuerdo con el artículo 9° de la Decisión Andina 351 una persona natural o jurídica, diferente del autor, puede ser titular de los derechos patrimoniales sobre una obra, caso en el cual estaremos frente a un titular derivado.

Descendiendo al expediente, recordemos que las partes refieren que Carlos David Fonseca Puerto estuvo vinculado mediante contrato laboral al Banco Caja Social S.A. desde el 15 de marzo de 2010 hasta el 11 de mayo de 2016. Dicho contrato no fue reconocido en firma y contenido ante notario y en el término de su duración el señor Fonseca Puerto debió realizar labores de recaudo, para lo que ostentó cargos que exigían tener conocimientos en Excel, sin embargo, no fue contratado como ingeniero desarrollador. Las partes también entienden probado que, durante la vigencia del contrato referido se creó la obra denominada “*modelo entrevista bitácora*” la cual se utilizaba para el aprovechamiento en las funciones de recaudo y tenía como finalidad mejorar los procesos del Banco Caja Social S.A.

No obstante lo anterior, el extremo activo inicial señala que, elaborar macros no estaba dentro de sus funciones y el contrato no cumplía con las exigencias legales para entender que existió una cesión de los derechos patrimoniales de la obra. Por su parte, el extremo pasivo inicial señala que en virtud de la cláusula octava del contrato¹¹ y de la Ley, los derechos patrimoniales de la macro corresponden al Banco Caja Social S.A.

En este sentido, considera necesario esta Subdirección analizar si en la presente causa se presentó o no una transferencia de los derechos patrimoniales de la obra y por lo tanto determinar quién es el titular de estos.

i. Sobre la transferencia de los derechos patrimoniales

La legislación vigente contempla tres supuestos a través de los cuales se puede dar la transferencia de derechos patrimoniales: **a)** por ministerio de la Ley, **b)** mediante contratos, y **c)** por el modo sucesión mortis causa. Por considerarlo pertinente en la

⁹ Interpretación prejudicial Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 108-IP-2020 del 7 de octubre de 2020.

¹⁰ Interpretación prejudicial Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina 117-IP-2020 del 7 de octubre de 2020.

¹¹ Folio 19 del cuaderno 1. “*CLÁUSULA OCTAVA: DESCUBRIMIENTOS, INVENCIONES O MEJORAS: Los descubrimientos o invenciones y las mejoras en los procedimientos, lo mismo que todos los trabajos y consiguientes resultados de las actividades de EL TRABAJADOR mientras preste sus servicios a EL EMPLEADOR, incluso aquellos de que trata el artículo 539 del Código de Comercio, quedarán de la propiedad exclusiva de éste. (...)*”

presente controversia se realizará el análisis del primer caso.

1. Transferencia por ministerio de la Ley

En la Ley colombiana es posible identificar dos supuestos: **a)** la transferencia automática de derechos y **b)** las presunciones sobre transferencia de derechos. Respecto del primero, se presenta cuando la Ley autoriza que los derechos de autor emanados de la creación de una obra pasen del autor a un tercero determinado de manera automática e indiscutible.

Un ejemplo de la transferencia automática de derechos de autor es aquella de las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, la cual se encuentra contemplada en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982.¹² En el supuesto mencionado, la transferencia de derechos patrimoniales de autor se da de forma automática, sin que para ello medie más que el cumplimiento de las condiciones señaladas en el artículo transcrito, a saber: que la obra sea creada por un empleado o servidor público, y que el acto de creación se dé en el marco de las funciones de esta persona.

Ahora bien, para referirnos al segundo supuesto, el de las presunciones sobre transferencia de derechos, es menester señalar que dentro de la normatividad vigente sobre derecho de autor es posible encontrar supuestos en los cuales la ley ha establecido una presunción de transferencia de derechos patrimoniales como consecuencia a ciertas situaciones, actos o negocios jurídicos. Siendo el caso de la presunción de transferencia de derechos patrimoniales de derecho de autor a través del contrato de trabajo, que se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011.

No obstante, antes de adentrarnos en el análisis de la disposición referida, es pertinente realizar un recuento normativo en relación con este precepto. En consecuencia, es preciso señalar que con anterioridad a su modificación el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 establecía lo siguiente:

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

Por su parte, antes de ser modificado, el artículo 183 de la misma Ley consagraba que todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debía constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, debían ser inscritos en la oficina de registro de derechos de autor.

Posteriormente, fue proferida la Ley 1450 de 2011 que mediante su artículo 28, modificó el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, que ahora señala:

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

¹² Artículo 91 de la Ley 23 de 1982 “Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente. Se exceptúan de esta disposición las lecciones o conferencias de los profesores. Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas.”

derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones".

Primariamente podemos afirmar que con esta modificación se pasó de un sistema de transferencia automática a uno de presunción de transferencia y se incluyen expresamente los contratos de trabajo. Ahora bien, antes de referirnos a los requisitos que deben ser acreditados para que se configure la misma, es necesario indicar primero que las presunciones pueden diferenciarse entre: i) presunciones *iuris tantum*, que admiten prueba en contrario y ii) presunciones *iuris et de iure*, las cuales no admiten prueba en contrario.

En relación con este tema la Corte Constitucional ha referido lo siguiente:

"(...) Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. En el caso de las presunciones iuris tantum, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción.

Cuando se trata de una presunción iuris et de iure o presunción de derecho, por el contrario, no existe la posibilidad de desvirtuar el hecho indicador a partir del cual se construye la presunción. La presunción de derecho sencillamente no admite prueba en contrario."¹³

Respecto de lo anterior y teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011, hace alusión a que se presume que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, "**salvo pacto en contrario**", es posible afirmar que esta presunción no permite ser desvirtuada sino únicamente cuando exista un acuerdo que claramente mencione que será el autor el que conserve los derechos. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, quien pretenda hacer valer esta presunción con el fin de argumentar su titularidad derivada, deberá acreditar: **i)** que el resultado sea una obra; **ii)** que la transferencia de la obra sea necesaria para el desarrollo del giro ordinario de los negocios del empleador al momento de creación de la obra; **iii)** que dicha obra fuera creada en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el cual debe constar por escrito; y **iv)** que se pueda evidenciar que no se pactó en contrario sobre la transferencia de derechos patrimoniales.

En el caso en particular, se observa que los argumentos de la demandante inicial van dirigidos a evidenciar que los derechos patrimoniales del programa de ordenador "*modelo entrevista bitácora*", no se encuentran en cabeza del Banco Caja Social S.A., dado que el contrato laboral se suscribió antes de que fuera expedida la Ley 1450 de 2011 y la creación de macros no se encontraba dentro de las funciones del señor Fonseca Puerto. Razón por la cual, este Despacho procederá a estudiar si en la presente causa aplica la presunción legal de transferencia a favor del empleador consagrada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 con su respectiva modificación, y de ser así si se da cumplimiento a la totalidad de sus requisitos.

i) Sobre la aplicación de la presunción de la Ley 1450 de 2011

Considera esta Subdirección que es necesario recordar que antes de la reforma del artículo 20 de la Ley 23 de 1982, la presunción allí contemplada era aplicable a los contratos de prestación de servicios y estos no debían cumplir con las formalidades previstas para ese momento en el artículo 183 de la misma Ley¹⁴, el cual consagraba:

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-731 del 12 de julio de 2005, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1538 del 23 de octubre de 2003. Consejera Ponente: Susana Montes Echeverri.

“Todo acto de enajenación del derecho de autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley.”

Ahora bien, es pertinente señalar que el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 también fue modificado por la Ley 1450 de 2011 en su artículo 30, cambiando la solemnidad descrita al mencionar en su párrafo segundo que: *“Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez”*. Manteniendo incólume este cambio la modificación realizada por el artículo 181 de la Ley 1955 de 2019.

Nótese que el legislador eliminó como requisito alternativo de validez del acto, elevar a escritura pública el acuerdo o realizar el reconocimiento ante notario, degradando la formalidad a que el negocio jurídico debe constar por escrito. También es importante resaltar que en los tres plexos normativos se mantuvo la obligación de registrar para efectos de publicidad, consagrando como sanción ante la desatención de dicha obligación la ineficacia por inoponibilidad ante terceros.

No obstante, debemos mencionar que el no contemplar el antiguo artículo 20 de la Ley 23 el contrato de trabajo, implicaba que para que hubiera una cesión de las obras que se crearon antes de la entrada en vigencia de la Ley 1450 de 2011 en este tipo de relaciones, debía realizarse normalmente un acuerdo expreso de cesión para que el empleador pudiera ser el titular de los derechos patrimoniales a través de un contrato de trabajo, y por su puesto este debía cumplir con las solemnidades de las normas citadas dependiendo de los tiempos de vigencia de las mismas.

De entrada advierte este Despacho que con la modificación que se dio en el marco de la Ley 1450 ya mencionada, dicha actividad quedó en desuso por innecesaria para las obras que se crearan con posterioridad al 16 de junio de 2011. Es decir, que la presunción incluida en la reforma de la disposición ampara las obras que se creen con posterioridad a la fecha referida, aún cuando sea en el marco de un contrato suscrito antes del 16 de junio de 2011.

En definitiva, en la actualidad tal como se ha referido en esta sentencia la modificación efectuada por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011 al artículo 20 de la Ley 23 de 1982, incluyó expresamente los contratos de trabajo en la presunción legal allí prevista, por lo que las obras que se creen con posterioridad a la entrada en vigor de la disposición referida deberán acreditar los requisitos a que se refiere el artículo 28 *ejusdem*, sin ser necesario que el contrato laboral cumpla con alguna formalidad adicional para transferir los derechos patrimoniales al empleador.

Sin embargo, es preciso referir que la disposición normativa reflejada en el artículo 20 de la Ley 23, señala que el autor sigue conservando, además de los derechos morales, los de explotación que no tengan que ver con las formas inherentes a las actividades del empleador al momento de creación de la obra.

Ya en el caso que nos ocupa, es claro que aún cuando el contrato se firmó el 15 de marzo de 2010, la obra fue creada en el año 2013, por lo que, la norma aplicable al caso es la Ley 1450 de 2011. En virtud de ello, procederá este Despacho a analizar si se cumplen los requisitos para que aplique la presunción legal de transferencia a favor del empleador de los derechos sobre la obra *“modelo entrevista bitácora”*, a la que se refiere la disposición mencionada.

ii) Que el resultado sea una obra

Lo primero que debemos señalar es que la presunción de transferencia recae únicamente sobre obras. Así las cosas, esta Subdirección en la presente causa encuentra acreditado este requisito en tanto que la macro *“modelo entrevista*

bitácora”, corresponde a un programa de ordenador, como se analizó en el primer acápite.

iii) Que la transferencia de la obra sea necesaria para el ejercicio de las actividades habituales del Banco Caja Social S.A., durante la época en que fue creado el “Modelo entrevista bitácora”

Antes de analizar este requisito es pertinente señalar que de acuerdo con el diccionario de la lengua española este ha definido la palabra “*necesaria*” como “*que es menester indispensablemente, o hace falta para un fin*”¹⁵. Asimismo, se ha indicado que “*habitual*”, hace alusión a “*que ocurre, se hace o se repite con frecuencia o por hábito*”.

Ahora bien, de acuerdo con lo transcrito en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1450 de 2011 en su artículo 30, es preciso señalar que cuando este hace alusión a “*en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra*”, la norma da el alcance a la presunción legal de transferencia que allí se plasma.

Lo anterior, dado que en caso de que esta prospere y el encargante o empleador pasen a ser titulares derivados, estos solo podrán utilizar la obra en el ejercicio de las actividades habituales que se encontraban desarrollando para la época en que fuera creada, es decir, que si con posterioridad a la creación de la obra hay un cambio de ellas, el encargante o empleador ya no podrá hacer uso de la misma para el ejercicio de estas nuevas actividades. Una vez queda claro el alcance de la presunción legal que aquí se estudia, es posible afirmar que las demás formas de explotación seguirían en cabeza del autor.

Descendiendo al caso en concreto, es pertinente recordar que durante la fijación del litigio las partes acordaron tener por cierto que la obra se creó para el aprovechamiento en las funciones de recaudo y tenía como finalidad mejorar los procesos del Banco Caja Social S.A.

Además, durante el interrogatorio de parte, el señor Carlos Fonseca afirmó: “*yo diseñé una aplicación en el que era en ese entonces mi trabajo para poder facilitar el trabajo o las tareas operativas que tenía en ese entonces, me ayudó bastante y en algún momento la aplicación terminó siendo compartida para varios funcionarios del banco*”¹⁶; así también aseveró que: “*Cuando yo entré al banco empecé a ver que los elementos que se utilizaban eran formatos muy dispendiosos (...) entonces yo empecé a implementar algunas herramientas que trae el Excel para hacer un poco más fácil mi trabajo, relacionadas con realizar cálculos automáticos o tareas operativas muy repetitivas y intenté optimizarlas, la aplicación básicamente me sirvió porque pude tener mayor control en mi bitácora que era un elemento que utilizaba el banco para poder registrar la cantidad de clientes que se presentaban y la aplicación yo la utilicé para llenar esa bitácora (...) inclusive la aplicación hacía los formatos que se requerían para que las negociaciones que se presentaban al área de negociación fueran aprobadas*”.

De lo anterior es diáfano que la obra “*modelo entrevista bitácora*” fue creada con el fin de facilitar el desarrollo de una de las actividades habituales que ejercía el Banco Caja Social S.A., lo cual permite que se dé por satisfecho este requisito.

iv) Que la obra hubiera sido creada en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo y este conste por escrito

¹⁵Recuperado de: <https://www.rae.es/drae2001/necesario> el 8 de noviembre de 2022.

¹⁶ Minuto 06:17 de la “*Audiencia inicial Art. 372 del CGP 1-2018-41125 Parte 2*”, dentro de la carpeta identificada como “*Cuaderno 6 folio 177 Audiencia art 372 CGP*”, del Cuaderno 6.

Iniciemos mencionando que la frase en “*cumplimiento de un contrato*”, hace alusión a que este se ejecute con acatamiento de este. Igualmente hay que señalar, tal como se había advertido antes, con la modificación al artículo 20 de la Ley 23 de 1982, queda claro ahora que la presunción de transferencia allí contenida se aplica a los dos tipos de contratos, de prestación de servicios y laboral.

Ahora, teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa se suscribió un contrato de trabajo, solo se analizará este.

De acuerdo con el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo, el contrato de trabajo “*es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”.

Ahora bien, en las relaciones laborales, si bien es conocido que prima la realidad sobre las formas y que el acuerdo entre empleadores y trabajadores puede ser verbal o escrito, es pertinente advertir que para efectos relativos a la transferencia del derecho de autor, debe constar por escrito, esto quiere decir que la presunción legal prevista en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, como forma de protección de los trabajadores que desarrollan labores creativas, no se erige en favor del contratante cuando la existencia de la relación de trabajo es declarada, ni cuando el contrato sea verbal.

En el caso en concreto, esta Subdirección observa que se aportó con la demanda un contrato individual de trabajo a término indefinido, el cual fue suscrito por el Banco Caja Social S.A., en calidad de empleador y por el señor Carlos David Fonseca Puerto, como trabajador, el 15 de marzo de 2010.¹⁷ El contrato laboral especifica que el señor Fonseca Puerto, ejercerá el cargo de Asesor Front y que recibirá una remuneración de UN MILLÓN DIECISÉIS MIL CINCUENTA PESOS M/CTE (\$1'016.050).

Es pertinente reiterar que, de acuerdo con las estipulaciones probatorias realizadas por las partes, el accionante inicial ejerció los cargos de Asesor Front, Asesor De Negociación Telefónica y fue encargado por un mes como Supervisor De Labores De Cobro Externas, desde el día 15 de marzo de 2010 hasta el 11 de mayo de 2016.

De acuerdo con lo anterior, esta Subdirección evidencia que en la presente causa se da cumplimiento a los elementos esenciales del contrato de trabajo, en tanto que se observa una subordinación, fue pactado un salario como retribución del servicio y las funciones debían ser desarrolladas personalmente por el accionante. Asimismo, tal como lo dispone el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, el contrato laboral constaba por escrito, no obstante, se procederá a estudiar el requisito de si la obra “*modelo entrevista bitácora*” fue creada en el cumplimiento de dicho contrato de trabajo.

a) Sobre si el software “Modelo entrevista bitácora” fue creado en el cumplimiento del Contrato de Trabajo

En relación con el horario y las instalaciones en donde fue desarrollado el programa de ordenador “*modelo entrevista bitácora*”, el demandante refirió en el interrogatorio de parte que fue creado tanto en el horario laboral como fuera de este. Igualmente, dentro de las pruebas aportadas al proceso por las partes se encuentran diferentes mensajes de datos en los que se observa que Carlos David Fonseca remitió diferentes versiones del software a través del correo que le fue asignado por el Banco Caja Social S.A.

No podemos pasar por alto que, en lo acordado por las partes también se encontró que la Gerente de Soporte Interno y otros funcionarios del banco realizaron

¹⁷ Folio 18 del cuaderno 1

sugerencias sobre el funcionamiento de la aplicación y solicitaron modificaciones a esta. También debemos mencionar que el programa de ordenador facilitaba el ejercicio de las funciones del señor Carlos Fonseca y en general de quienes se encargaban del recaudo en el banco.

Recordemos que las partes acordaron tener por cierto que el software era usado para el aprovechamiento en las funciones de recaudo y tenía como finalidad mejorar los procesos del Banco Caja Social S.A. Además, el uso y las mejoras del programa de ordenador surgieron fruto de un acuerdo entre el accionante inicial y la Gerente de Soporte Interno del banco. Puntualmente, en los hechos 11, 12 y 13 de la demanda inicial se refirió que Carlos Fonseca presentó el software a la gerente mencionada y ella validó su funcionamiento, solicitó modificaciones a este e impartió la orden de que lo utilizaran todos los funcionarios que realizaban labores de cobro.

Adicionalmente, en la cláusula primera del contrato individual de trabajo, se indica que el objeto del contrato era el siguiente: *“EL TRABAJADOR se obliga a laborar en forma personal, subordinada y exclusiva para EL EMPLEADOR, desempeñando las labores inherentes al cargo de ASESOR FRONT (JORNADA ADICIONAL – C.A.P. ISERRA 100), así como aquellas anexas y complementarias a dicho cargo, de acuerdo con los manuales, reglamentos e instrucciones que determinan sus funciones, incorporando en el cumplimiento de éstas toda su capacidad de trabajo, obedeciendo estrictamente las directrices que para este efecto reciba de los representantes de EL EMPLEADOR (...)”*. (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, dentro de la descripción de los cargos de Asesor Front y Asesor de Negociación Telefónica se puede leer que dentro de las funciones se encontraba *“retroalimentar y proponer mejoras en los procesos de atención de clientes y de presentación de negociaciones”* y ambos exigían conocimientos específicos en Excel.

Es decir, que Carlos David Fonseca se encontraba obligado a poner al servicio del Banco Caja Social S.A., su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias de los cargos de Asesor Front y Asesor de Negociación Telefónica, que exigían como conocimientos específicos el manejo de Excel, pero adicionalmente, debía cumplir con las labores anexas y complementarias a los mismos. Lo anterior, en atención a las ordenes e instrucciones que le fueran impartidas por el empleador o sus representantes.

Frente a lo anterior, esta Subdirección considera necesario primero dilucidar que se entiende por *anexa* y *complementaria*, de acuerdo con el diccionario de la lengua española la primera palabra quiere decir *“unido o agregado”*¹⁸ y la segunda hace alusión a que *“sirve para completar o perfeccionar algo”*.¹⁹ Dicho esto y en tanto que se logró evidenciar que el accionante se encontraba ejerciendo funciones de recaudo, para el momento en que creó la obra en 2013 y recibió instrucciones de la Gerente de Soporte Interno del banco sobre el uso y modificación del software, se da cumplimiento a lo referido en la cláusula primera del contrato individual de trabajo, dado que la creación del software era compatible con las labores anexas y complementarias que pudiera tener este cargo, y además, el manejo de Excel se encontraba dentro de los conocimientos específicos que exigían los cargos que desempeñó el demandante inicial.

Por otra parte, no puede dejarse de lado el hecho de que el contrato individual de trabajo suscrito contempla en su cláusula octava la transferencia al empleador de toda propiedad intelectual que fuera concebida o realizada por el empleado mientras prestara sus servicios para el banco. Disposición que deja ver que los extremos contratantes, anticipan que dentro del desarrollo de las funciones pueden surgir creaciones intelectuales protegidas por el derecho de autor.

¹⁸ Recuperado de: <https://www.rae.es/dpd/anexa> el 10 de noviembre de 2022

¹⁹ Recuperado de: <https://dle.rae.es/complementario> el 10 de noviembre de 2022

En definitiva podemos concluir que el programa de “*modelo entrevista bitácora*” fue desarrollado dentro del horario laboral; que para esta labor el señor Carlos Fonseca contó con ayuda de personal de la accionada; que el programa facilitaba el ejercicio de las funciones del accionante y; que el desarrollo se dio fruto de un acuerdo entre el empleador y demandante; lo que forzosamente lleva a concluir a esta Subdirección que la obra mencionada fue creada en el cumplimiento del Contrato de Trabajo.

v) Que no se evidencie pacto en contrario

En relación con el pacto en contrario, este Despacho no observa dentro del contrato laboral suscrito por Carlos David Fonseca Puerto y Banco Caja Social S.A., el 15 de marzo de 2010, ni a través de ningún otro medio de convicción, que se hubiere pactado que los derechos patrimoniales de las obras creadas en cumplimiento del contrato laboral no fueran transferidos al empleador.

Todo lo contrario, en el contrato de trabajo se estipuló en la cláusula octava que “*Los descubrimientos o invenciones y las mejoras en los procedimientos, lo mismo que todos los trabajos y consiguientes resultados de las actividades de EL TRABAJADOR mientras preste sus servicios a EL EMPLEADOR, incluso aquellos de que trata el artículo 539 del Código de Comercio, quedarán de la propiedad exclusiva de éste. (...)*”.

Esta cláusula lo que permite reafirmar es el interés que tiene el empleador en que le sean transferidos los derechos patrimoniales de las obras que fueran creadas por sus empleados en el marco del contrato laboral y no lo inverso. Así las cosas, de conformidad con lo expuesto y en tanto que no se evidencia pacto en contrario en relación con la transferencia de los derechos patrimoniales, se darán por cumplidos los presupuestos requeridos de la presunción legal que aquí se estudia.

En ese sentido, es posible concluir que el Banco Caja Social S.A., es quien ostenta en este caso la titularidad derivada de los derechos patrimoniales de la obra “*modelo entrevista bitácora*”, dado que cumplió con los requisitos previstos para la presunción legal contenida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, por lo que se entiende que hay una transferencia por ministerio de la ley.

En conclusión, se declararán fundadas las pretensiones 2.4. y 2.5 de la demanda de reconvencción y, en consecuencia, se acogerán las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda inicial denominadas “*La MACRO realizada por el demandante es propiedad del BANCO CAJA SOCIAL en virtud del contrato laboral*” y “*Procedencia de la cesión de EL TRABAJADOR a EL EMPLEADOR y aplicabilidad de las leyes relevantes*”, y se negará la excepción de mérito C. de la contestación a la demanda de reconvencción.

5. Sobre el registro ante la DNDA

Banco Caja Social S.A. solicita, como demandante en reconvencción, en su pretensión con número 2.7 que se le inscriba en el registro 13-53-281 como titular de derechos patrimoniales de la obra “*modelo entrevista bitácora*”.

Debemos reiterar que una de las funciones del Registro Nacional de Derecho de Autor es dar publicidad al derecho de los titulares de derecho de autor y derechos conexos, así como a los actos y contratos que transfieren estos. Por lo señalado, es de vital importancia que lo consignado en el registro responda a lo acontecido en la realidad.

En el caso de marras se observa que en el certificado de registro con número 13-53-281 se inscribió un soporte lógico con título “*modelo entrevista bitácora*”, creada

en el año 2013, cuyo autor y productor es el señor Carlos David Fonseca Puerto, identificado con la cédula de ciudadanía 80845436, y sin titulares derivados.

Ahora, como se mencionó en acápites anteriores, los derechos patrimoniales de esta obra son de titularidad del Banco Caja Social S.A., por lo que es necesario modificar el registro para que su información corresponda con lo acaecido y en consecuencia se ordenará a la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor que incluya en el registro 13-53-281 al mencionado titular derivado.

6. Sobre la infracción alegada

Recordemos que en la presente causa fue probado que el señor Fonseca Puerto es quien ostenta la titularidad de los derechos morales de la obra "*modelo entrevista bitácora*". Asimismo, fue posible establecer que el Banco Caja Social S.A., en virtud de la presunción legal de transferencia de derechos contenida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1450 de 2011 en su artículo 30, es titular derivada de los derechos patrimoniales.

En ese sentido, en todo lo relacionado con los derechos patrimoniales, en tanto que la demandada utilizó la obra en el marco de sus actividades habituales, tal como lo prevé el alcance de la presunción legal contenida en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, tenemos que llegar a la conclusión que no existe infracción alguna.

En relación con los derechos morales, por su naturaleza, estos son inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, con vocación de perpetuidad y corresponden en exclusiva a los autores, de lo que se colige que la titularidad de estas prerrogativas, en la obra objeto de debate, siempre serán del señor Carlos David Fonseca, por lo que tiene la facultad para ejercer las acciones legales que considere pertinentes para su defensa ante una posible vulneración.

Teniendo claro lo anterior, señala el demandante inicial que el Banco Caja Social S.A. infringió los derechos de integridad, modificación, y paternidad, por lo que se analizarán de manera separada.

a. Sobre el derecho moral de integridad

Frente al derecho moral de integridad, prescribe el literal *b)* del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 que el creador de una obra puede "*oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos*".

Del mandato enunciado se colige que, para que exista efectivamente una vulneración al derecho moral de integridad, además de la deformación, mutilación o modificación, se requiere demostrar que dicha alteración implicó un atentado contra el decoro de la obra o la reputación del autor.

El Glosario de la OMPI sobre derecho de autor nos da unas definiciones, en la página 81 de este documento se define a la deformación de una obra como "*una distorsión del verdadero significado o forma de expresión de una obra*". Por su parte, en la página 166 se aclara que la modificación es "*toda transformación de una obra; si es perjudicial para el honor o la reputación del autor*". Finalmente, en la página 170 se precisa que por mutilación debe entenderse como "*cualesquiera cambios introducidos en una obra por supresión o destrucción de una parte de ella*".

Hechas las anteriores reflexiones sobre este derecho, en el caso particular las partes acordaron que es cierto que diferentes empleados modificaron el software "*modelo entrevista bitácora*"; no obstante, si bien se puede concluir que en efecto hubo una alteración de la obra, no se probó cómo las modificaciones atentan contra

el honor o respeto de la obra o la reputación del autor, supuesto de hecho al que debe adecuarse lo afirmado y probado, y sin el cual no es posible la prosperidad de la pretensión.

b. Sobre el derecho moral de modificación

En lo relacionado con esta prerrogativa, señala el literal *d)* del artículo 30 de la Ley 23 de 1982 que el autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para modificarla, antes o después de su publicación, siempre que indemnice previamente a terceros los perjuicios que se les pudiere ocasionar.

Es decir, el autor de una obra podrá introducir cambios a su creación, en cualquier momento y aún cuando esta ha sido divulgada. Al respecto señala el doctrinante Alfredo Vega Jaramillo en su obra *Manual de Derecho de Autor* que este derecho “encuentra fundamento en el derecho mismo de crear que tiene el autor; por ejemplo, *el autor de una obra literaria puede sentir la necesidad de corregirla, aclarar o adicionar conceptos, mejorar el estilo, etc, con el objeto de perfeccionar la obra*”.

Ahora, la ley 23 de 1982, entendiendo que esta facultad puede afectar a terceros, sujeta su ejercicio a que se reconozcan los perjuicios que se puedan causar. Así, es claro que el derecho que se estudia en concreto hace referencia a la facultad del autor de modificar sus propias obras y no a la de oponerse a la que terceros lo hagan.

Descendiendo sobre la reforma de la demanda se puede observar que si bien la pretensión tercera hace referencia a este derecho, no hay hechos enunciados que sustenten esta, toda vez que todos los afirmados están relacionados es con la infracción de los derechos morales de paternidad e integridad.

c. Sobre el derecho moral de paternidad

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 bis del Convenio de Berna²⁰ y el literal *b)* del artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, esta prerrogativa consiste en la facultad del autor de reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento. A su vez, el artículo 30 de la Ley 23 de 1982 en su literal *a)* añade a la mención de las normas citadas “(...) *y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley*”.

Menciona Ricardo Antequera Parilli en la página 376 de su libro de Derecho de Autor que el derecho a la paternidad presenta un doble aspecto, el primero en un sentido positivo, es el atributo del autor a reclamar que el nombre del creador se asocie a cualquier utilización de la obra, y el segundo en sentido contrario, es la facultad del autor de exigir que su identidad no se vincule con el acceso de la obra al público.

Ahora, como bien lo señala el artículo 30 de la ley 23 de 1982, el derecho de paternidad se puede reivindicar respecto de los actos que impliquen la utilización de su obra, especialmente cuando se explote la misma por alguien diferente al creador en el marco de los derechos patrimoniales.

En el caso concreto, las partes tuvieron por cierto en la fijación del litigio que Carlos Fonseca envió una versión de la macro, a la Gerente de Soporte Interno y a otros trabajadores, en la que agregó en la primera pestaña “*elaborado por: David Fonseca Puerto*”, siendo posible concluir que la forma usual en la que el demandante eligió indicar su calidad de autor en creaciones de esta naturaleza es indicando su nombre dentro del Excel.

²⁰ **Artículo 6 bis del Convenio de Berna:** “*Derechos morales: 1. Derecho de reivindicar la paternidad de la obra; derecho de oponerse a algunas modificaciones de la obra y a otros atentados a la misma; 2. Después de la muerte del autor; 3. Medios procesales*”.

También existe consenso entre las partes en que la macro fue modificada por empleados del banco, y que se retiró el nombre del señor Fonseca Puerto, siendo diáfano que el Banco Caja Social S.A., usó la obra "*modelo entrevista bitácora*", retirando la atribución y en tal sentido omitiendo mencionar el nombre de su autor Carlos David Fonseca Puerto, y en consecuencia, se declarará fundada la segunda pretensión de la demanda inicial.

7. Sobre la responsabilidad

Iniciemos mencionando que, el demandante inicial liga sus pretensiones de daños materiales a la ocurrencia de la infracción de los derechos patrimoniales de la obra, y teniendo de presente que, se concluyó que no existe infracción a estas prerrogativas esta Subdirección negará dichas pretensiones y analizará lo relacionado con los daños derivados de la infracción al derecho moral de paternidad.

Para el caso de los derechos morales, que es el que resta, siguiendo a Pascual Martínez Espín, en su obra titulada el daño moral contractual en la ley de propiedad intelectual, podemos afirmar que "*el daño que puede derivar de la lesión de un derecho moral puede ser de carácter patrimonial o moral, (...) existirá un daño moral cuando la lesión de un derecho moral no tenga repercusiones sobre el patrimonio del autor*".

Es decir, la infracción a un derecho moral supone un daño extrapatrimonial, pues esto es lo que busca proteger el legislador con la consagración de tales prerrogativas, adicionalmente, una infracción a un derecho moral también puede generar daños materiales, cuando dicha infracción tenga repercusión sobre el patrimonio del autor, sin embargo, como la finalidad de estos derechos no es la protección económica del creador, mientras el primero debe ser alegado, el segundo debe ser probado de manera independiente.

Frente a posibles daños materiales derivados de la infracción al derecho moral, no existe alegación en la pretensión ni prueba en la demanda inicial, razón por la cual no se realizará pronunciamiento al respecto.

En relación con el juicio sobre la conducta del infractor, en derecho de autor, también debe responder a los criterios del Código Civil, así las cosas, debe evaluarse si el Banco Caja Social S.A. conociendo los daños que podía ocasionar confió imprudentemente en evitarlos, o nos encontramos ante una falta de previsión del daño que podía causarse con un acto suyo, cuando el mismo era predecible, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos.

En el caso que nos ocupa, es claro que quien utilice una obra protegida por el derecho de autor tiene el deber de mencionar a su autor, y eliminar el nombre del autor de la obra constituye una acción consciente de incumplir dicho deber.

Ahora, teniendo en cuenta que la eliminación del nombre del señor Carlos Fonseca la realizó la Gerente de Soporte Interno del banco, es necesario mencionar que en sentencia de 30 de junio de 1962, la Corte Suprema revaluó la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, al punto de considerarla directa y no indirecta, por la conducta de sus agentes causantes de daños a terceros, cualquiera que sea la posición jerárquica de aquellos dentro de la entidad jurídica.

En dicha sentencia se menciona que la persona natural obra por sí y en razón de sí misma, goza no solo de entendimiento y voluntad, sino también de los medios u órganos físicos para ejecutar sus decisiones. La persona moral, no; su personalidad no decide ni actúa por sí misma, sino a través del vehículo forzoso de sus agentes sin los cuales no pasaría de ser una abstracción. Por eso se ha dicho que su

voluntad es la voluntad de sus agentes. Entonces, la coexistencia de la entidad creada y de sus agentes, constituye un todo indivisible y no admite discriminación.

En concordancia con la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia, una persona jurídica podrá ser responsable directamente por los daños que cause a un tercero en ejercicio de sus actividades, funciones u objetivos, sin importar o hacer discriminación respecto del rango o condición de los agentes que lo causan y sin la necesidad de demostrar la relación de dependencia o subordinación del autor del daño respecto del ente moral ni el deber de vigilancia de este frente a aquél.

En este orden de ideas, el demandado en este tipo de acción no se exime de culpa si demuestra que el agente causante del daño no estaba bajo su vigilancia y cuidado o si a pesar de la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere no habría podido impedir el hecho dañoso, pues estas situaciones son irrelevantes tratándose de la responsabilidad directa de los entes morales. De ahí que *“la entidad moral se redime de la carga de resarcir el daño, solamente probando el caso fortuito, el hecho de tercero o la culpa exclusiva de la víctima”* tal como lo dice en sentencia de casación, la Sala Civil, el 07 de octubre de 2015.

Por todo lo anterior, es claro que el acto de eliminar de la obra el nombre del señor Carlos David Fonseca Puerto, que llevó a cabo la Gerente de Soporte Interno del banco, fue una acción directa y voluntaria de la sociedad Banco Caja Social S.A.

De la relación causa efecto que debe existir entre los actos y el daño ocasionado, en el presente caso resulta claro, conforme lo analizado en esta providencia, que la demandada inicial fue la causante de los daños extrapatrimoniales y por lo tanto es la obligada a reparar.

Frente a este tópico, es necesario mencionar que dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano, no existen parámetros normativos que permitan determinar objetivamente el monto para restaurar el daño extrapatrimonial. Sin embargo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado reiteradamente la postura, que es el juez el encargado de tasar el valor de estos perjuicios, tal como se menciona en la sentencia del 18 de septiembre de 2009 con Magistrado Ponente William Namén Vargas:

“(...) la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.”

Como se observa, es deber del juzgador determinar el mencionado monto de acuerdo a su arbitrio. Sin embargo, no puede interpretarse como un mero capricho, sino como una facultad fundada en unos criterios razonables, tal como lo expresó la Corte en la misma sentencia antes referida:

“Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad, conforme al marco concreto de circunstancias fácticas, a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables a la valoración del juez.”

De esta manera, es posible decir que la reparación de este tipo de daños debe hacerse de forma equilibrada, fundada en motivos probados, teniendo en cuenta la magnitud del impacto, la incidencia en la persona, así como las circunstancias particulares que lo rodearon, las cuales son las que distinguen cada caso de otros similares.

En el caso de marras, debemos resaltar que las partes fijaron el litigio señalando que es cierto que la Gerente de Soporte Interno ordenó que se utilizara la obra "*modelo entrevista bitácora*" por parte de todos los funcionarios encargados de cobranza del banco.

Al respecto, este Despacho decretó la práctica de una exhibición de documentos para que el Banco Caja Social S.A. señalara el número de funcionarios que utilizaron la herramienta "*modelo entrevista bitácora*", a lo que este aseveró que "*no es posible certificar esta información dado que la mencionada Bitácora era usada por decisión de los asesores y al no ser un aplicativo formal que instale el área de tecnología no se cuenta con log de entrada que puede confirmar esta solicitud*"²¹.

Así, si bien no se tiene certeza del número exacto de empleados del banco que utilizaron la obra, de lo señalado es claro que su uso en las áreas de cobranza era obligatorio en virtud de la orden de la Gerente de Soporte Interno, lo que permite concluir que una cantidad considerable de empleados del área mencionada ubicados en todo el país la utilizaron y desconocen que el señor Carlos David Fonseca Puerto es el creador de dicho soporte lógico.

Por las razones expresadas, se llega a la conclusión inevitable de que el daño fue de magnitud importante.

Aunado a lo anterior, se evidencia que, una vez el banco empezó a utilizar un aplicativo que no funcionaba correctamente, Carlos David Fonseca remitió una nueva versión del software en la que incluyó "*elaborado por: David Fonseca Puerto*". De ello, se concluye que el interés del autor era incluir su nombre en su soporte lógico para que quienes lo usaran supieran que su creación era más funcional que el nuevo aplicativo, sin embargo, Banco Caja Social S.A. lo privó de que se conociera dicha circunstancia al eliminar su nombre.

También se evidencia que es cierto, en virtud de la fijación del litigio, que el señor Fonseca Puerto radicó ante el banco una comunicación en la que manifestaba su molestia por la violación de sus derechos autorales y la solicitud de una indemnización, lo que demuestra que la infracción llevada a cabo por Banco Caja Social S.A. incidió negativamente en el autor.

Ahora, recordemos en este momento, que como se mencionó en acápites anteriores, el banco como titular derivado de derechos patrimoniales está facultado para utilizar la obra objeto de debate, sin embargo, siempre que lo haga deberá incluir en el software el nombre del autor, en la forma que este lo previó.

Por lo anterior, por considerarlo resarcitorio, se ordenará al banco que **(i)** reinstaure el nombre de Carlos David Fonseca Puerto en el software denominado "*modelo entrevista bitácora*", y que **(ii)** emita una comunicación al interior de la sociedad dirigida al área de cobranzas en la que señale que el autor del soporte lógico denominado "*modelo entrevista bitácora*" es el señor Carlos David Fonseca Puerto.

Debemos señalar que las medidas antes relacionadas, si bien son importantes, no son suficientes para reparar, precisamente porque la infracción al derecho moral del señor Fonseca Puerto ocurrió en el pasado, y la rotación típica del personal en las empresas hace imposible que las personas que debían conocer de la autoría del soporte lógico tengan ese conocimiento meramente de las acciones ordenadas.

Ante la imposibilidad referida, se hace necesario acudir al dinero como medio sustitutivo que le ayude al demandante inicial a soportar el daño referido y en tal sentido se condenará a la sociedad Banco Caja Social S.A. a pagarle al demandante inicial, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por

²¹ Folio 187 a 189 del cuaderno 6.

concepto de perjuicio extrapatrimonial, la cual, al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

8. De las costas

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida, las cuales están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, teniendo en cuenta que se acogieron pretensiones y excepciones propuestas por los dos extremos procesales, este Despacho no condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Carlos Andrés Corredor Blanco, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que el “*modelo entrevista bitácora*” es una obra protegida por la legislación autoral. Que esta se creó en el marco de un contrato de trabajo, y que tiene por autor al señor CARLOS DAVID FONSECA PUERTO, identificado con cédula de ciudadanía número 80.845.436, siendo su titular derivado de derechos patrimoniales el BANCO CAJA SOCIAL S.A., identificado con el NIT: 860.007.335-4.

SEGUNDO: Acoger la excepción de mérito propuesta en la contestación a la demanda de reconvenición denominada “*El MODELO ENTREVISTA BITACORA cuenta con protección mediante derechos de autor*”, y **negar** las demás excepciones de dicho escrito.

TERCERO: Acoger las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda inicial denominadas “*La MACRO realizada por el demandante es propiedad del BANCO CAJA SOCIAL en virtud del contrato laboral*”, “*Procedencia de la cesión de EL TRABAJADOR a EL EMPLEADOR y aplicabilidad de las leyes relevantes*”, y **negar** las demás excepciones de dicho escrito.

CUARTO: Ordenar a la Oficina de Registro de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, una vez se encuentre en firme la presente providencia, modifique el registro con número 13-53-281, para incluir en este a la sociedad BANCO CAJA SOCIAL S.A. como titular derivado de derechos patrimoniales.

QUINTO: Declarar que la sociedad BANCO CAJA SOCIAL S.A., infringió el derecho moral de paternidad del señor CARLOS DAVID FONSECA PUERTO, como autor de la obra denominada “*modelo entrevista bitácora*”.

SEXTO: Como reparación del daño derivado de la infracción del derecho moral de paternidad condenar a la sociedad BANCO CAJA SOCIAL S.A., a:

- **Reinstaurar** dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, el nombre de Carlos David Fonseca Puerto en el soporte lógico denominado “*modelo entrevista bitácora*”.
- **Emitir** dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, una comunicación al interior de la sociedad dirigida al área de cobranzas en la que señale que el autor del soporte lógico denominado “*modelo entrevista bitácora*” es el señor Carlos David Fonseca Puerto.

- **Pagar** a Carlos David Fonseca Puerto, dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la fecha de esta providencia, correspondientes a QUINCE MILLONES DE PESOS MCTE. (\$15.000.000), el cual, al vencimiento de dicho plazo, devengará un interés legal civil moratorio del 6% anual, hasta el momento en que se satisfaga la obligación.

SÉPTIMO: Negar las pretensiones de la demanda inicial numeradas como primera, tercera, cuarta, quinta y séptima.

OCTAVO: Negar las pretensiones de la demanda de reconvencción numeradas 2.1., 2.2. y 2.6.

NOVENO: Sin condena en costas dentro de la presente causa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CACB

CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales