

Responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia por violación al derecho moral de paternidad

Patrimonial liability of the State in Colombia for violation of the moral right of attribution

— Germán Darío Flórez Acero* —

Resumen

Este trabajo analiza la responsabilidad del Estado colombiano por la violación del derecho moral de autor, específicamente el derecho de paternidad, cuando funcionarios públicos cometen plagio. Se explica la distinción entre derechos morales y patrimoniales en la legislación colombiana, con énfasis en el derecho de paternidad según la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993. También se examina la responsabilidad de los funcionarios y la jurisprudencia relevante, además de un ejercicio práctico sobre el cálculo de los perjuicios ocasionados por estas infracciones. Este estudio es resultado del grupo de investigación en Derecho Privado de la Universidad Sergio Arboleda.

Palabras clave

Derecho de autor, responsabilidad estatal, propiedad intelectual.

Abstract

This paper examines the responsibility of the Colombian State for violating moral rights in copyright, specifically the right of attribution when public officials commit plagiarism. It explains the distinction between moral and economic rights in Colombian law, focusing on the right of attribution as regulated by Law 23 of 1982 and Andean Decision 351 of 1993. The paper also explores the liability of public officials and relevant case law, along with a practical exercise on how to calculate damages for such infringements. This research is a product of the Private Law Research Group at the Universidad Sergio Arboleda.

Keywords

Copyright, liability and intellectual property.

* Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. LLM. Intellectual property Queen Mary University of London. Aspirante a Doctorado. Universidad Sergio Arboleda. Director de la Maestría en Innovación en derecho digital y legal tech de la Universidad Sergio Arboleda Presidente de la Asociación Colombiana de Legal Tech. Este artículo es producto de investigación del grupo de investigación en derecho privado de la universidad Sergio Arboleda.

Introducción

El presente trabajo está enfocado en realizar una serie de reflexiones sobre la responsabilidad del Estado en Colombia por la violación del derecho moral de autor de paternidad de la obra, en aquellos casos en que esta infracción sea cometida por funcionarios públicos. Este trabajo se inspira en el caso de un funcionario del Estado colombiano que fue acusado de plagiar, en varias ocasiones, obras de colegas suyos (Uprinmy, 2022), en el sector académico (Pérez, 2023) y en el sector judicial.

Así las cosas, este trabajo parte del significado del reconocimiento del derecho de autor en la legislación colombiana, diferenciando entre derechos morales y patrimoniales, para luego llegar al tema referente al derecho moral de paternidad. Aquí se definirán sus características, naturaleza jurídica y el contenido de dicho derecho en la Ley 23 de 1982 y la Decisión Andina 351 de 1993¹. Estos instrumentos jurídicos regulan las normas de derechos de autor de Colombia.

Seguidamente, se realizará un análisis de responsabilidad por infracción al derecho moral de paternidad de un autor, estableciendo un paralelo entre el derecho público y el derecho privado cuando el que comete la infracción es un funcionario público en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales, analizando que se debe tener en cuenta para que se produzca la responsabilidad en dichos casos, incluyendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia².

Por último, se realizará un ejercicio práctico sobre cómo calcular los perjuicios derivados de la infracción de los derechos morales de autor, teniendo en cuenta la jurisprudencia al respecto, ya que es uno de los elementos más relevantes en los casos de responsabilidad. Precisamente la indemnización de los perjuicios es un elemento clave, ya que este es el mecanismo mediante el cual se repara efectivamente el daño ocasionado por un hecho generador de responsabilidad. Veremos como en materia de derechos morales de autor, este elemento indemnizatorio presenta algunas complejidades en la doctrina colombiana.

Igualmente, este trabajo mostrará algunos de los elementos sobre la responsabilidad patrimonial de

la administración, que sin duda es un referente de obligatoria referencia en el derecho colombiano, ya que compartimos varios elementos en nuestra tradición de derecho continental. Este trabajo es el resultado de investigación del grupo de investigación en derecho privado de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

1. La Protección del Derecho de Autor en los derechos de autor en Colombia, Principios de protección y originalidad

El derecho de Autor protege todas las obras literarias y artísticas que se puedan reproducir por cualquier medio o forma conocida o por conocerse. En dicha clasificación están incluidas, entre otras, las obras expresadas por escrito, las conferencias, sermones, composiciones musicales con o sin letra, obras dramáticas musicales, obras coreográficas, obras cinematográficas y demás obras audiovisuales expresadas por cualquier procedimiento, obras de bellas artes, pinturas, esculturas, obras arquitectónicas, obras fotográficas, obras de arte aplicado, ilustraciones, mapas, croquis, programas de ordenador, antologías de composiciones diversas, bases de datos que puedan constituirse como una creación, etc.³ “Esto significa que pueden existir otras obras protegidas, a pesar de no estar mencionadas en la ley, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos para ser obras, según su definición” (Dirección Nacional de Derecho de Autor, s.f.).

Así, esta clasificación resalta la gran responsabilidad que tienen los funcionarios públicos, ya que, en un estado digital como el que vivimos hoy en día, es muy común que las entidades públicas produzcan obras sujetas a derechos de autor en función de sus objetivos institucionales. Según cifras de la Dirección Nacional de Derechos de Autor (s.f), en 2021 se registraron en total 91.594 obras en el país. Lastimosamente, dichas cifras no muestran el porcentaje de obras que registran las entidades públicas, pero es notorio que un porcentaje importante corresponde a dichos registros, ya que las entidades públicas deben generalmente valorar sus activos intangibles.

Ello conlleva un riesgo importante de responsabilidad patrimonial del Estado cuando los funcio-

1 Art. 1 Ley 23 de 1982 y Art. 1 Decisión Andina 351 de 1993.

2 Inclusive esta conducta podría llegar a tener consecuencias de tipo penal, pero este no será el enfoque dado al presente artículo que se centrará en la responsabilidad administrativa por este tipo de conductas atentatorias del sistema jurídico colombiano.

3 Artículo 2 Ley 23 de 1982.



narios, en ejercicio de sus funciones, transgreden los derechos de autor. Sin embargo, es importante aclarar que, en Colombia, el derecho de autor protege las obras en sí mismas, es decir, el fruto del trabajo creativo del autor de una obra artística, científica o literaria susceptible de ser percibida. El Derecho de autor NO protege las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos⁴.

El derecho de autor **no protege las ideas**. La protección del derecho de autor **recae** sobre las obras en sí mismas, es decir, el fruto del trabajo creativo del autor de una obra artística, científica o literaria susceptible de ser percibida por cualquier medio conocido o por conocer.

La protección de obras artísticas o literarias se realiza a través del derecho de autor, independiente de su mérito artístico o literario. De la misma manera, el derecho de autor protege la obra sin importar cuál es su destinación. Esto quiere decir que no importa que tan importante o que tan buena crítica reciba la obra, esta se protege por el simple hecho de ser creada y de cumplir con el requisito de originalidad.

De igual forma, el criterio fundamental establecido por la Ley para la protección del derecho de autor es la originalidad. La originalidad consiste en que la obra no sea una copia de otra obra preexistente y, que en algunos casos, tenga un mínimo de creatividad. Por ejemplo, un directorio telefónico puede que no sea copia de otro, pero, para el derecho de autor, no goza de protección, ya que le falta el carácter de originalidad (Sterling, 2009, p. 354)⁵. Este criterio corresponde a un caso dilucidado en la Corte Suprema de los Estados Unidos (1991), en el cual se hace énfasis en el carácter creativo que debe tener una obra para ser protegida. En Colombia no se tiene en cuenta este criterio de un mínimo de creatividad, sino que se considera que la obra sea un reflejo de la impronta del autor.

En este sentido, señala la Corte Suprema de Justicia que:

El artículo 3° de la Decisión Andina 351 de 1993, define “obra” como “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”, definición de

la cual surge otra característica afín al derecho de autor, a saber, el concepto de “originalidad”, que hace referencia a la “individualidad” que el autor imprime en la obra y que permite distinguirla de cualquier otra del mismo género, tal como lo ha entendido el Tribunal Andino de Justicia al expresar que la originalidad “no es sinónimo de ‘novedad’, sino de ‘individualidad’; vale decir, ‘que exprese lo propio de su autor; que lleve la impronta de su personalidad. (Tobón Franco & Varela Pezzano, 2010, como se cita en Proceso 10-IP-1999)”

Esto no puede confundirse con el mérito de la obra, ya que el derecho de autor protege las obras independientemente de su mérito artístico o literario. La originalidad es la capacidad de poder ver la impronta personal que el autor construye a través de su obra. Por esta razón podemos concluir que simples enumeraciones de normas o reglas, no tienen el carácter de original.

Las obras protegidas por el derecho de autor se protegen desde el momento mismo de la creación (Suthersanen, 2010, p. 98), es decir, el derecho le otorga una protección automática sin tener en cuenta ningún tipo de formalidad como el registro de la obra.

Para el derecho de autor, el autor es el titular primigenio de los derechos tanto morales como patrimoniales. Posteriormente los derechos patrimoniales pueden cederse, razón por la cual el cesionario adquiere la calidad de titular derivado (Woolcott & Flórez, 2015, p. 123).

Aterrizando este análisis a nuestro objeto de estudio, tenemos que las obras producidas por los servidores públicos tienen una doble función. Por un lado, gozan de total protección bajo el derecho de autor, ya que tanto las obras realizadas por los autores como la manera en que son concebidas contienen el elemento de originalidad. Como advertimos anteriormente, la originalidad hace referencia a la individualidad que el autor le imprime a la obra, distinguiéndose de otras del mismo género y expresando la impronta de su personalidad y, por ende, haciéndola protegible de ser copiada, distribuida, reproducida, comunicada al público o transformada sin autorización de su titular. Por otro lado, estas obras deben respetar a su vez los derechos de autor de otras obras que también se caracterizan por su originalidad.

4 ADPIC, Art 9, Decisión Andina 351 de 1993 Art. 7, y TODA Art. 2

5 Sterling Adam. World Copyright Law. Pg. 354. Londres. 2009.

2. El plagio y el Derecho de cita

El derecho de autor dentro de su sistema legal permite que las obras de otros autores sean utilizadas en sus justas proporciones a través del denominado derecho de cita. Esto quiere decir que las personas pueden utilizar extractos de las obras de otros autores siempre y cuando se reivindique su titularidad sobre la obra. Esto se encuentra reglamentado en la decisión Andina 351 de 1993:

La Decisión 351 de 1993 consagra como limitaciones al derecho de autor las siguientes: “Artículo 22.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos: a. Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persigue. (Mora, 2013)

Asimismo, el artículo 31 de la Ley 23 de 1982 establece que:

Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra. Cuando la inclusión de obras ajenas constituya la parte principal de la nueva obra, a petición de parte interesada, los tribunales fijarán equitativamente y en juicio verbal la cantidad proporcional que corresponda a cada uno de los titulares de las obras incluidas.⁶

En conclusión, podemos citar y utilizar obras de otros autores siempre que se haga de manera razonable y se realicen las respectivas referencias al autor y a la obra como tal. Sin embargo, en el caso en que un funcionario en ejercicio de sus funciones no realice las citaciones de una manera adecuada, puede llegar a generar, como conclusión, que estemos ante una reproducción indebida de una obra perteneciente a otro autor. De la misma manera, utilizar de manera reiterada las citas de un mismo autor, desnaturaliza el derecho de cita, ya que puede llegar a disfrazarse la verdadera intención de apropiarse de las obras de otro autor, razón por la cual no podría

pensarse que en dicho caso fuera aplicable la excepción de cita contenida en nuestra normatividad de derecho de autor (Vicente Domingo, 2016).

3. Concepto de Plagio

La Dirección Nacional de Derecho de Autor (Varela Algarra, 2016, pp. 13-14), citando el glosario de términos de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI, define el plagio de la siguiente forma:

En efecto Gyorgy Boytha, en el Glosario de la OMPI de derecho de autor y derechos conexos, define plagio como <el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, la obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterados.

Así el plagio se configura con la concurrencia de dos elementos:

- 1-) La utilización no autorizada de la obra ajena, en todo o en parte., reproduciéndola de manera literal (caso en el cual se denomina “plagio servil”), o simulada (en cuyo caso la doctrina le denomina “plagio inteligente”), es decir, introduciéndole a la obra algunas modificaciones que buscan disimular la copia realizada; y
- 2-) La suplantación del autor, al presentar la obra o nombre de persona a nombre de persona distinta del autor verdadero. Importa resaltar que el plagio implica la vulneración simultánea de diferentes derechos morales y patrimoniales de autor.

En efecto, la infracción al derecho moral del autor plagiado se hace ostensible en el ámbito de su derecho de paternidad, pues el plagiario se hace pasar como autor de la obra de otra persona. Asimismo, en la mayoría de los casos también se lesiona el derecho moral de integridad, pues lo común es que el plagiario trate de “disfrazar” su acción modificando a partes sustanciales de la obra para hacerla pasar como una diferente de la originaria.

En el caso del llamado “plagio inteligente”, la utilización no autorizada de la obra ajena se evidencia por la similitud o coincidencia con una parte sustancial de los elementos originales de la obra plagiada, por ejemplo, la melodía de una obra musical, el guión de una obra audiovisual, la estructura interna o narrativa de una obra literaria, el algoritmo de un programa de computador, etc.

⁶ Artículo 31 de la Ley 23 de 1982.



La lesión a los derechos patrimoniales, por su parte, deriva de la transformación o modificación no autorizada de la obra y de su posterior utilización a través de la reproducción, o comunicación pública. (Olarte Collazos & Rojas Chavarro, 2010, pp. 100-101)

En consecuencia, el plagio tiene diferentes tipos de categorías y formas, que van desde las más evidentes, cuando literalmente se copia y pega un texto ajeno, hasta formas mucho más sofisticadas de realizarlo. Sin embargo, independientemente de la forma en que se lleve a cabo, estos son hechos generadores de responsabilidad (Flórez-Acero et al., 2017, pp. 67-91).

4. Infracción al derecho de autor de paternidad

El régimen de protección al derecho de autor en Colombia está integrado por disposiciones nacionales e internacionales, dentro de las cuales se encuentran: La Constitución Política de 1991; la Ley 23 de 1982; la Decisión Andina 351 de 1993; el Convenio de Berna de 1886, ratificado mediante Ley 33 de 1987.

La protección al derecho de autor, como especie de la propiedad intelectual, es de vital importancia para el ordenamiento jurídico colombiano, tal es su relevancia que ha sido elevada a nivel constitucional, estableciendo que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley ⁷.”

En este sentido, el artículo 9 de la Ley 23 de 1982 señala que la protección otorgada al autor “*tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno(...)*”.

Ahora bien, tal como lo señala la Dirección Nacional de Derecho de Autor:

Cuando un tercero pretenda adelantar un acto de utilización de una obra artística o literaria, mediante la reproducción, comunicación pública, distribución, transformación, o cualquier otra forma de explotación, debe obtener necesariamente la previa y expresa autorización del titular de derechos patrimoniales; quien en ejercicio de sus derechos tienen la facultad exclusiva, en los términos del artículo 13 de la Decisión Andina 351 de 1993, para “realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; ⁸
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las **palabras**, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra. (subrayado fuera del texto). (Mora, 2014)

En este orden de ideas, la reproducción no consentida de las obras literarias, como se evidencia en el presente caso, constituye una vulneración a los derechos que le asisten a su autor, especialmente los contenidos en los artículos 3, 8, 9, 11, 12, 30, y 76, entre otros de la Ley 23 de 1982. Así como lo dispuesto por Régimen Común de Derecho de Autor y Derechos Conexos, específicamente, lo contemplado en los artículos 4, 11, 13, 18, 52, 53 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993.

De conformidad con el marco normativo señalado, sólo el titular de la obra está facultado para explotarla o permitir su explotación. Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial 20-IP-2007 indicó que, cuando se desconocen esta serie de prerrogativas, el infractor debe proceder con el pago al titular del derecho infringido, de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho (Tribunal Andino de Justicia, 2007).

Igualmente, debe ponerse de presente que ante una violación de los derechos morales de autor de paternidad e integridad la normativa de derecho de autor en Colombia establece en el artículo 30 de la ley 23 de 1982 que:

- El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para:
- a. Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley.

⁷ Artículo 61 de la Constitución Nacional de Colombia.

⁸ Artículo 12 de la Decisión Andina 351 de 1993.

- b. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto.⁹

Así las cosas, es evidente que al no mencionarse la titularidad de la obra, ya sea de una persona natural o jurídica o de un funcionario público, y al haberse modificado la misma en un género que él autor no autorizó, se están violando los derechos morales de paternidad e integridad de la misma.

En consonancia con lo anterior, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en proceso 139-IP-2003, refiriéndose a las consecuencias de una reproducción no autorizada de obras artísticas, precisó que:

El titular de la obra intelectual está facultado por la ley para ejercer ciertos derechos sobre la creación intelectual, y solamente él puede autorizar la utilización de la obra, en caso contrario, sin autorización de éste, se estará frente a un ilícito, que acarreará la posibilidad de iniciar las acciones legales pertinentes en cada caso según lo establezca la legislación interna del país. (subrayado propio) (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2003)

En conclusión, observamos que en el caso de plagio pueden coexistir infracciones tanto a los derechos patrimoniales de reproducción, distribución y comunicación al público de la obra, como al derecho moral de paternidad, susceptibles de responsabilidad de los funcionarios públicos.

5. Responsabilidad Patrimonial del estado por violaciones del derecho moral de autor de paternidad de los funcionarios públicos

Uno de los elementos iniciales a determinar cuando estamos hablando de responsabilidad patrimonial del Estado por la violación de un derecho de autor es el análisis del incumplimiento de un deber, tal como se exploró en el curso y la investigación doctoral de derecho y responsabilidad del Estado de la Universidad Sergio Arboleda impartido por el profesor Germán Fernández Ferrer (2022).

En el presente caso en que se analiza la violación del derecho moral de paternidad por parte de los

funcionarios públicos, se observa que, evidentemente, esta violación al deber genera una responsabilidad ética por la infracción a un deber moral, ya que, desde cualquier punto de vista, apropiarse de las ideas expresadas en obras de otra persona es un despropósito inmoral.

De hecho, el Consejo de Estado de Colombia ha señalado alrededor de este tipo de infracciones lo siguiente:

La administración no tiene frente a los derechos de los autores ningún privilegio exorbitante y se encuentra frente a ellos en situación similar a la de los particulares. Puede afirmarse que es la propia administración la que tiene que dar ejemplo en este campo, porque no puede olvidarse que las autoridades están instituidas primordialmente para salvaguardar la vida, honra y bienes de los asociados (artículo 16 de la constitución). Norma esta que constituye uno de los pilares constitucionales de la responsabilidad estatal por hechos u omisiones. (Consejo de Estado, 1991)

Sin embargo, este ensayo está analizando el tema desde la responsabilidad jurídica, entendida como la infracción al deber jurídico que se explicó en los anteriores párrafos. Ahora bien, para acotar a este análisis es importante, en primer lugar, determinar cuando la administración podría ser un sujeto pasivo de una acción por responsabilidad derivada de la infracción del derecho moral de paternidad de derechos de autor contenida en las normas de propiedad intelectual de Colombia que se analizaron en las anteriores líneas.

Así las cosas, para determinar la responsabilidad administrativa del Estado por violaciones al derecho moral de paternidad, esta se configura cuando el agente que lo ocasiona es la administración pública. Esta figura se establece desde la misma Constitución, la cual en su artículo 90 señala que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En este punto coincide con la legislación española, en el sentido en que el daño antijurídico producido por la administración es un hecho generador de responsabilidad.¹⁰

En ese mismo sentido, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrati-

9. Artículo 30 de la ley 23 de 1982.

10. Artículos 106.2 CE y 32 ss. LRJSP.



vo de Colombia, en adelante CPACA, establece en su artículo 140 que:

En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño.¹¹ (Subrayado propio)

Así, es completamente claro que el Estado es responsable en aquellos casos en que por acción o por omisión genere un daño que sea imputable a una entidad pública, o inclusive a un particular que actúe siguiendo instrucciones expresas por parte de la administración. Para ello la jurisdicción competente es la Contencioso Administrativa, ya que a pesar de que las controversias de propiedad intelectual son generalmente conocidas y llevadas a cabo por la jurisdicción civil o comercial, cuando es la administración la que actúa a través de sus hechos u omisiones generando un daño a un autor o un titular de derechos de propiedad intelectual, es la justicia administrativa la encargada de dirimir dichas controversias. El Consejo de Estado lo estableció en la siguiente sentencia así:

En otros términos, como se dijo en pasada oportunidad por esta misma Sala (sentencia de enero 31 de 1989, Proceso 5284 Luis Eduardo Cuartas G.), las acciones que se susciten con motivo de la ley de propiedad intelectual, ya

sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos vinculados con dicha propiedad, serán del conocimiento de la justicia ordinaria. Pero, agrega la Sala, siempre y cuando el litigio o la controversia sea entre particulares, porque cuando ese perjuicio es causado por hechos u omisiones de la administración, su conocimiento estará a cargo de la jurisdicción administrativa, por ser ésta la competente. (Consejo de Estado, 1991)

Ahora bien, para el presente caso de investigación, en primer lugar debemos tener claro en qué casos podemos concluir que la administración está actuando en materia de los derechos de autor. Para ello, podemos partir de las normas del ordenamiento colombiano que presumen la titularidad de una obra por parte de la administración, esto permitirá determinar la capacidad de infringir el derecho de paternidad de otra persona por parte de la administración. En este sentido la Ley 23 de 1982 en su artículo 183 establece lo siguiente:

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 afectadas¹². (Subrayado propio)

Consecuentemente, la norma a disposición es clara en establecer que cuando los empleados o funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones legales o constitucionales realicen obras protegidas por los derechos de autor, se entiende que estas son propiedad de la administración (Vega Jaramillo, 2010, p. 29), por ende, propiedad del Estado (Consejo de Estado, 2003). Esto a su vez nos lleva a la conclusión de que, en aquellos casos en los que se configure la presunción legal de titularidad de una obra, se será lógico pensar que el Estado actúa como titular de la obra (Ríos, 2009). Ello aplica tanto si la obra es publicada como si no lo es, ya que la ley contempla la protección de obras creadas. Por ende, si estas obras vulneran los derechos de paternidad de algún otro autor, ya sea porque se presen-

11 Artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia.

12 Artículo 183 de la Ley 23 de 1982.

ta cualquiera de las figuras del plagio, estaríamos ante un caso de responsabilidad patrimonial de la administración por el daño causado a un legítimo titular del derecho de autor.

Una vez analizado este aspecto relativo al derecho de autor y las entidades públicas, es necesario que entremos a determinar la estructura de la responsabilidad administrativa del Estado en el caso de infracción a los derechos de autor de paternidad del autor.

Para el ordenamiento jurídico colombiano la responsabilidad administrativa se presenta cuando se prueban: i) el daño antijurídico ocasionado al demandante que en el caso de estudio consistiría en la vulneración de sus derechos morales de autor por el plagio de la obra, ii) la acreditación de una falla en el servicio en que incurrió la administración, en aquellos casos, por ejemplo, en que se presente la reproducción no autorizada de la obra y la omisión del nombre del autor en el cuerpo de la misma, así como iii) el nexo de causalidad entre el daño antijurídico y la omisión en la que incurre la administración por la apropiación indebida de la obra del autor. A estas conclusiones se llega del análisis del artículo 140 del CPACA, que fue analizado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en una sentencia de reparación directa por infracción a los derechos de autor en marzo de 2021 (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2021).

En dicho caso, se analizó la responsabilidad del Estado por la publicación de un Manual de Registro Civil publicado por la Registraduría Nacional del Estado Civil de Colombia titulado “200 preguntas frecuentes sobre el Estado Civil de la Registraduría General de la Nación”. Dicho manual, mediante un plagio inteligente en algunas partes y otro evidente en otras, plagió alrededor del 87% de la obra del autor Luis Alfonso Lozano González, titulada “Inquietudes sobre Registro Civil, 191 respuestas”. En dicho caso, se determinó que el Estado, a través de la publicación realizada por la Registraduría, tomó 171 de las 191 respuestas del libro de Lozano González sin que hubiese contado con su autorización o que este hubiese transferido los derechos a la administración (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2021).

El caso estableció que el daño se presenta siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: i) Que el daño sea antijurídico, esto es, que

se trate de un daño en que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que sea cierto, es decir, que se aprecie material y jurídicamente y no se limite a una mera conjetura (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2021).

Estos requisitos están muy en consonancia con el ordenamiento jurídico Español que en los artículos 106.2 CE y 32 LRJSP señalan que la administración pública responde por los daños que sufren los ciudadanos siempre que:

i) no exista el deber jurídico de soportarlo (daño antijurídico o lesión); ii) se trate de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente; iii) sea imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, pudiendo proceder tanto de un hecho como de un acto administrativo o de una omisión y sin necesidad de que concorra culpa o negligencia en su producción, con la única excepción de los daños producidos por fuerza mayor y de los daños imprevisibles o inevitables según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica en el momento de producirse; y iv) medie una relación de causalidad entre el hecho o el acto u omisión y el daño producido.¹³

Ambas jurisdicciones coinciden en que el daño debe ser causado de una manera efectiva y real, que la persona no tenga el deber jurídico de soportar el daño y, como habíamos señalado anteriormente, que haya una relación de causalidad entre el hecho dañoso, ya sea por acto u omisión, y el daño producido. Igualmente, hay que tener en cuenta la exención de responsabilidad por fuerza mayor o por daño imprevisible o inevitable. Con esto vemos, una vez más, la influencia del derecho español en nuestras normas de responsabilidad administrativa.

Una vez probado el daño, se debe analizar la acción u omisión generada por la administración que originó el hecho dañoso, para lo cual, se analiza que haya un retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión o ausencia del servicio del Estado. En los casos de infracción a los derechos morales de autor, es claro que el servicio se presta de manera irregular (Consejo de Estado, 2011), ya que contraviene normas de derechos de autor, que son normas además de orden público en materia de derechos morales, ya que no se pueden renunciar o pactar en contrario.

13 Artículos 106.2 CE y 32 LRJSP



Finalmente, encontramos el nexo de causalidad que se refiere a esa relación entre el hecho dañoso y la acción u omisión por parte de la administración, para realizar una imputación jurídica por parte del juez. En ese sentido, la sentencia señalada anteriormente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, citando doctrina especializada reitera este criterio y además establece que es el actor el que debe probar esta circunstancia, así:

La jurisprudencia ha sido pacífica al establecer que el nexo de causalidad debe ser probado en todos los casos por el actor, independientemente de si el régimen de responsabilidad aplicable está fundamentado en la culpa, en la falla, o en alguno de los regímenes de responsabilidad objetiva. (Patiño, 2011)

Ahora bien, es claro entonces que la responsabilidad de la administración se da cuando sus servidores públicos actúan en nombre, por orden o con las funciones legales o constitucionales de sus contratos. Sin embargo, en Colombia, desde hace ya casi dos décadas, es muy común la figura de los contratos de prestación de servicios que prestan los particulares para el Estado. Estas personas no son consideradas estrictamente servidores públicos, pero cumplen funciones del Estado.

Sobre este particular debemos nuevamente remitirnos a las normas de derechos de autor de Colombia, específicamente la Ley 23 de 1982, que en dichos contratos de prestación de servicios señala la presunción¹⁴ de transferencia de titularidad de los derechos de autor por parte del autor al contratante de la obra salvo pacto en contrario (Navarro Arzuza & González Roa, 2020, p. 11). Así, cuando es el Estado el que mediante algún contrato de prestación de servicios encarga una obra, es este el responsable por la violación de derechos de autor que se pudiera ocasionar.

Sin embargo, ese Estado podrá recurrir contra este contratista. La Corte Constitucional de Colombia ha señalado que:

La acción de repetición, ha sido definida por la Ley 678 de 2001, como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o exservidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra

forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial. (Subrayado propio) (Corte Constitucional, 2014)

En este sentido, es común en este tipo de contratos estatales establecer cláusulas de indemnidad, en las cuales los contratistas se comprometen a responder por las violaciones a los derechos de terceros y particularmente los derechos de propiedad intelectual. A continuación, haremos alusión a la indemnización de perjuicios por este tipo de daños.

6. Indemnización de perjuicios

Una vez concluido el análisis sobre la responsabilidad de la administración sobre la violación del derecho moral de paternidad, se procede a hacer la evaluación de la indemnización de perjuicios, tanto morales como patrimoniales. Tal como lo ha expresado la Dirección Nacional de Derecho de Autor, frente a la forma de reparar, es necesario mencionar que, dentro del ordenamiento jurídico civil colombiano, no existen parámetros normativos que permitan su determinación de manera objetiva. 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, no como un mero capricho, sino como una facultad fundada en unos criterios razonables:

Según la singularidad, especificación, individualización 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, tal como lo expresó este máximo Tribunal en Sentencia del 18 de septiembre de 2009 con el Magistrado Ponente William Namén Vargas. (Corte Suprema de Justicia, 2009)

En consecuencia, ese daño extrapatrimonial ocasionado por la infracción de los daños morales, aunque no está estipulado específicamente en la ley, ha desarrollado por la corte Suprema de Justicia y en recientes fallos de la Dirección Nacional de Derecho de Autor en su ejercicio de funciones jurisdiccionales y teniendo en cuenta las calidades del autor de la obra original, el nivel de ventas, las expectativas de comercialización y la reputación del autor. Estos elementos son muy importantes,

¹⁴ Artículo 20 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 28 de la ley 1450 de 2011.

ya que tienen una incidencia directa en la oportunidad que tiene el autor de aumentar su fama y prestigio.

Precisamente el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁵, citando al Consejo de Estado, señala alrededor de un caso de propiedad intelectual en el sector público que:

En dicha oportunidad, la máxima Corporación contencioso-administrativa reconoció que se causa un daño moral al autor cuando se omite su reconocimiento en la obra, pues “no puede olvidarse que la omisión del nombre del autor en una emisión postal le resta oportunidades futuras a éste, no sólo desde el punto de vista comercial sino de prestigio. (Consejo de Estado, 1989)

En cuanto a las infracciones a los derechos patrimoniales, hay que tener en cuenta lo que nos señala la normativa colombiana en torno a este tipo de infracciones, es decir el artículo 57 de La Ley 44 de 1993, que prescribe:

Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta:

1. El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización.
2. El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación.
3. El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita.

Consecuentemente, las partes afectadas deberán hacer un ejercicio juicioso de los elementos que el artículo 57 de la Ley 44 de 1993 establece, para que el juez tenga claridad sobre cómo determinar los perjuicios y que estos sean reales y comprobables.

Conclusiones

La responsabilidad de la administración, ya sea por sus acciones u omisiones, se extiende a un sinnúmero de temas que necesariamente obligan al derecho administrativo a dialogar con otro tipo de derechos como en este caso, los derechos de propiedad intelectual.

En materia de derechos de autor la afectación al derecho moral de paternidad de autor corresponde

a uno de los derechos más importantes que tiene el autor, correspondiente al derecho que este tiene a que siempre se le reivindique como el creador de una obra.

Cuando la administración infringe este tipo de derechos estamos no solamente ante un daño de tipo moral, dada la importancia de esta materia en la sociedad, sino un daño de tipo jurídico en el que el derecho administrativo debe intervenir a través de su régimen de responsabilidad.

Lo primero que debe analizarse en la responsabilidad administrativa es que se haya producido un daño efectivo al reclamante, para lo cual, en materia de derechos de autor, se debe comprobar la titularidad del autor y si la obra cumple con los estándares de protección que establecen las normas de derechos de autor. Por ejemplo, en materia de derechos de autor hoy existen programas de computador muy avanzados como Turnitin que permiten controlar cuándo estamos ante un plagio o no. Esta herramienta es utilizada por más de 30 millones de estudiantes en 15,000 instituciones y 140 países.¹⁶

Posteriormente se debe analizar el nexo de causalidad entre el daño y el hecho generador de la conducta antijurídica, que debe ser en términos generales probada por el actor que pretende que se le indemnicen los perjuicios por la infracción al derecho moral de paternidad.

Referencias bibliográficas

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1991). *Sentencia del 18 de marzo de 1991. Rad. No. 3060.*
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1991). *Sentencia del 28 de marzo de 1991.* Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. (2011). *Sentencia de 7 de abril de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00518-01 (20750).* Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

15 Cfr. Sentencia SC3-21032857. Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

16 Información recaudada en la página oficial del software Turnitin Ver. <https://www.turnitin.com/es/acerca-de>. Consultado el 12 de agosto de 2022.



- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (1989). *Sentencia del 31 de enero de 1989, Rad. No. 5.284*. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.
- Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. (2003). *Concepto del 23 de octubre de 2003*.
- Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-338 de 2014*. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. (1991). *Feist Publications, Inc., v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340.
- Corte Suprema de Justicia. (2009). *Sentencia del 18 de septiembre de 2009*. Magistrado Ponente: William Namén Vargas.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (n.d.). Preguntas frecuentes. <http://www.derecho-deautor.gov.co/htm/preguntas.htm>
- Fernández Ferreréz, G. (2022). *Seminario doctoral: Responsabilidad de las administraciones públicas*. Universidad Sergio Arboleda.
- Flórez-Acero, G. D., Salazar, S., Durán, M. A., Rodríguez-Flórez, J. C., & Sierra-Marulanda, Ó. R. (2017). *Propiedad intelectual, nuevas tecnologías y derecho del consumo. Reflexiones desde el moderno derecho privado. El concepto de plagio en la industria musical* (pp. 67-91). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/pdf/propiedad-intelectual.pdf>
- Mora, M. A. (2013). *Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto 1-2013-31778*.
- Mora, M. A. (2014). *Concepto 2-2014-16301*. Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Navarro Arzuza, C., & González Roa, L. (2020). *Manual universitario de derecho de autor* (p. 11). Universidad del Norte.
- Olarte Collazos, J. M., & Rojas Chavarro, M. Á. (2010). *La protección del derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal*. Cámara de Comercio Colombo Americana, Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Patiño, H. (2011). La causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. *Revista de Derecho Privado*, (20), Universidad Externado de Colombia.
- Pérez, J. (2023). Los plagios de Guillermo Reyes. *Semana*. <https://www.semana.com/articulo-sobre-plagio>
- Ríos, W. R. (2009). *El concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado frente a la obra futura y por encargo creada en virtud de una relación laboral y de un contrato de prestación de servicios*. Universidad Externado de Colombia. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/download/458/3625?inline=1>
- Sterling, A. (2009). *World copyright law* (p. 354). Londres.
- Suthersanen, U. (2010). *Copyright law in cyberspace* (p. 98). Edward Elgar.
- Tobón Franco, N., & Varela Pezzano, E. (2010). *Derecho de autor para creativos*. Editorial Ibáñez. (Originalmente publicado como Proceso 10-IP-1999).
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. (2003). *Proceso 139-IP-2003*.
- Tribunal Andino de Justicia. (2007). *Proceso 20-IP-2007*.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C. (2021). *Sentencia SC3-21032857 de 3 de marzo de 2021*. Magistrado Ponente: José Élvor Muñoz Barrera.
- Uprinmy, R. (2022). Ministro Reyes. Reconozca sus plagios y asuma sus responsabilidades. *La Silla Vacía*. <https://www.lasillavacia.com/lasilla-vacia/opinion/articulos-columna/ministro-reyes-reconozca-sus-plagios-y-asuma-sus-responsabilidades/>
- Vega Jaramillo, A. (2010). *Manual de derecho de autor* (p. 29). Dirección Nacional de Derecho de Autor.
- Woolcott, O., & Flórez, G. (2015). *El derecho de autor y los TLC* (p. 123). Astrea-Ed Universidad Católica.