UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE BOGOTÁ

MAESTRÍA EN DERECHO CONTRACTUAL PÚBLICO Y PRIVADO

ESTUDIANTE: ANA DEL ROSARIO CORREDOR MONTERROSA

**TÍTULO DE LA TESIS: “DERECHOS DE AUTOR DE OBRAS
IMPRESAS, CONTROL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y ABUSO DEL
DERECHO”**

TUTOR: FABIÁN LÓPEZ GUZMÁN

2017

Título de la tesis: “Derechos de autor de obras impresas, control de cláusulas abusivas y abuso del derecho”

Autor: Ana del Rosario Corredor Monterrosa

Universidad Santo Tomás. Facultad de Derecho. Maestría en Derecho Contractual Público y Privado.

Descripción: Esta tesis presenta dos artículos de investigación de los cuales se estudian relaciones particulares entre el derecho universal de autor, el control jurídico de cláusulas abusivas y la teoría del abuso del derecho.

Los artículos tienen relación porque manejan los derechos de autor queriendo investigar en el primero la legislación y en el segundo el punto de vista de autores y editoriales universitarias.

El primer artículo de investigación –titulado: “Estudio de derecho comparado de cláusulas abusivas y derechos de autor en obras impresas” – compila, revisa y analiza descriptiva y comparativamente la normatividad existente en cuatro naciones: Colombia, España, México y Argentina respecto al derecho de autor en obras impresas y respecto al control de cláusulas abusivas. Este estudio de derecho comparado analiza la normatividad siguiendo una división teórica entre una legislación orientada a la protección de la obra y del autor de la obra en sus derechos creativos y espirituales, y una línea de protección a los contratos entre autores e industrias culturales frente a terceros. De igual manera indaga sobre la existencia o no de protecciones frente a cláusulas abusivas en la industria editorial. El resultado es que la legislación mexicana sigue la primera línea de protección de obras y autores, la colombiana y española no siguen ninguna línea y dejan todo en manos del mercado, mientras la legislación argentina se orienta a la protección de la industria cultural, de igual forma se ha encontrado que solo la legislación Argentina ha legislado respecto a la protección frente a cláusulas abusivas en la industria editorial. Después de analizar las posturas en los demás países se va a realizar una investigación de manera práctica para mirar las posiciones de los realmente afectados con la regulación en los contratos de edición que son las editoriales universitarias y los autores

En el segundo, titulado: “La cláusula contractual de cesión de derechos patrimoniales en obra literaria –de carácter exclusivo a la editorial universitaria– como abusiva en Colombia”, se hace un estudio de caso sobre la situación de editoriales universitarias colombianas y autores universitarios colombianos regidos por contratos civiles para la publicación de obras literarias en los que existen cláusulas de cesión de derechos patrimoniales. Dicho estudio se orienta a establecer la existencia o no de cláusulas abusivas. La discusión se guía desde la perspectiva de si una cláusula de cesión de derechos patrimoniales configura o no una posición dominante de la editorial frente al autor de una obra que firma el contrato con el fin de dar a conocer su obra; de una parte discute si dicha situación se da por una necesidad editorial definida por el mercado en la que realmente se

compran derechos –con lo que el contrato de cesión por parte del derechohabiente es válida en régimen general permisivo–, o si, por el contrario, hay una posición dominante de la editorial y por ello se podría presentar abuso del derecho.

En conjunto, estos dos trabajos presentan una visión renovada de los estudios contractuales en derecho de autor de obras impresas –sin agotarlos–, tanto por la perspectiva de estudio como por los abordajes metodológicos investigativos.

“ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y DERECHOS DE AUTOR EN OBRAS IMPRESAS”

Resumen

En este artículo se hace una extensa revisión de la normatividad colombiana, española, mexicana y argentina respecto a la incorporación del derecho de autor para obras impresas en la legislación interna y el tratamiento específico que hace de las cláusulas abusivas. En la introducción se discute sobre la investigación en derecho comparado, posteriormente se presenta lo encontrado en cuanto a derechos de autor, y luego aborda el estudio de las cláusulas abusivas en los cuatro sistemas jurídicos, para finalmente contrastar y discutir los hallazgos.

Particularmente se revisa en cada sistema si frente a los derechos de autor para obras impresas predomina un desarrollo normativo destinado a la protección de la obra y del autor de la obra en sus derechos creativos y espirituales, o una línea de protección a los contratos entre autores e industrias culturales frente a terceros. En el caso de la cláusulas abusivas si existe o no un desarrollo particular de protección frente a este tipo de cláusulas en la industria editorial.

El resultado de la investigación es que las legislaciones colombiana y española dejan en manos del mercado la solución de las posiciones dominantes contractuales de autores “exitosos” (quienes imponen condiciones a las editoriales) o de editoriales (quienes imponen condiciones a los autores) a partir de lo que serían realidades del mercado editorial. En el caso mexicano se encuentra una legislación fuertemente protectora de obras y autores bajo la égida de un patrocinio público al libro mediante una editorial pública (Fondo de Cultura Económica) que otorga garantías a los autores y busca promover el libro a bajos precios para el consumidor. Argentina, por su parte, tiene una legislación que promueve la industria cultural con condiciones –inclusive proteccionistas– que fomentan la producción nacional editorial sin descuidar la protección al autor y la obra.

En cuanto al resultado de investigación sobre cláusulas abusivas en la industria editorial se encontró que solamente la legislación Argentina establece un tratamiento específico al respecto, lo que se explica por las generosas condiciones de protección legislativa que tienen las editoriales reforzando una posición dominante de las mismas, ante lo que el legislador entiende la necesidad de proteger a los autores de posibles abusos.

Palabras clave: derechos de autor – Colombia, España, México, Argentina, cláusulas abusivas – Colombia, España, México, Argentina, Derecho comparado

“ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y DERECHOS DE AUTOR EN OBRAS IMPRESAS”

Ana del Rosario Corredor Monterrosa

Maestría en derecho contractual público y privado

Universidad Santo Tomás de Aquino

Facultad de derecho

Centro de investigaciones sociojurídicas Francisco de Vitoria

1. Introducción

El derecho comparado es una ciencia auxiliar de las ciencias jurídicas (Macera, 2006, p. 496)¹ que consiste, en el fondo, en un ejercicio de “cultura comparada” (Häberle, 1993, p. 22) con el que se busca comprender los sistemas jurídicos en su especificidad, en su funcionamiento y no meramente en su estructura normativa. Su empleo principal es el de observar cómo diversas legislaciones buscan resolver un problema común, dado que los ordenamientos jurídicos difieren de un país a otro y se hace necesario estudiar tanto diferencias como semejanzas, pero no se limita a esto. Para el presente artículo observamos cómo un conjunto de normas generales de derecho internacional (los derechos de autor)

¹ El doctor Sixto Sánchez minimiza cualquier debate sobre la naturaleza del derecho comparado al señalar: “Es el derecho comparado una ciencia, una orientación o un método —que tanto da (...)” (2008, p. 1099), e indicar que su utilidad rebaza la necesidad del debate. De igual forma, en otra de sus obras (2002, p.299-304), destaca su importancia central en la configuración del derecho europeo contemporáneo en virtud a la institución de la Unión Europea.

es entendida y adoptada al interior de cuatro cuerpos doctrinales: el colombiano, el español, el mexicano y el argentino, y cruzamos dicha comparación en específico con la forma como aborda un problema general de las ciencias jurídicas: las cláusulas abusivas. De forma que se establece si existe o no un tratamiento especial de las cláusulas abusivas en la industria editorial, como existe para el sector financiero o el de servicios públicos en Colombia. Este ejercicio enriquece la visión y comprensión de los cuerpos doctrinales pero, principalmente, avanza desde un ejercicio académico hacia la propuesta de lectura de la legislación propia con el objetivo de mejorar nuestra capacidad de aplicar la ley, o de enseñarla.

A este respecto, en otro artículo destacábamos que es justamente el carácter vivo del derecho de autor el que nos motiva a indagar por sus aplicaciones y sus fundamentos² definiendo dos líneas de desarrollos normativos: una legislación destinada a la protección de la obra y del autor de la obra en sus derechos creativos y espirituales, y una que busca la protección a los contratos entre autores e industrias culturales frente a terceros. En los ejercicios de análisis comparado debemos leer cómo cada una de las legislaciones estudiadas se orienta a un mayor o menor énfasis en cada corriente. Complementando la idea del párrafo anterior, este artículo realiza efectivamente un ejercicio de cultura comparada al establecer cómo se ha incorporado, bajo cuál corriente se ha interiorizado el derecho internacional de autor, en lo que se denomina “derecho nacional de fuente internacional” (Fix-Samudio, 2005, p. 39).

Los estudios extensos en derecho comparado se ocupan de revisar tanto las instituciones como los actores y los procesos jurídicos, de forma que permiten una lectura amplia de los sistemas jurídicos. En este artículo solo abordamos una comparación legislativa (microcomparación externa) de un conjunto específico de normas, dado que se hace una lectura específica de cómo han sido adoptadas las

² “La cláusula contractual de cesión de derechos patrimoniales en obra literaria –de carácter exclusivo a la editorial universitaria– como abusiva en Colombia”, segundo artículo de este documento de tesis.

normas internacionales de derecho de autor a los sistemas nacionales, y cómo se concibe un problema jurídico específico: las cláusulas abusivas (*tertium comparationis* – (Solá, 1954)). Dicha comparación es doctrinal-teórica. No hay la pretensión y no se desarrolla un ejercicio de comparación entre sistemas jurídicos, sin embargo sigue la idea de Häberle (1993) de que el trabajo en derecho comparado no es suficiente con la sola lectura y comparación normativa, sino que para su comprensión debe abarcar la idea de cultura (con factores sociales, políticos y económicos), con lo que la lectura normativa es complementada con observaciones específicas respecto a las tradiciones editoriales, las situaciones sociales o políticas y las condiciones de producción intelectual en el país estudiado, evitando engaños o “resultados desconcertantes” (Serna de la Garza, 2005, p. xii).

Respecto a la metodología empleada, Héctor Fix-Samudio (2005) nos recuerda que la comparación jurídica es un instrumento que proviene de antiguo,³ pero sus metodologías son recientes.⁴ Entre los problemas que particularmente enfrenta se encuentra la lectura cruzada entre “familias legales”, los problemas lingüísticos⁵ y el acceso a la información legal (De la Sierra, 2004). Para el caso que nos ocupa ninguno de los tres problemas mencionados han sido obstáculos, dado que las fuentes están en la misma lengua, se encuentran disponibles ampliamente en internet y corresponden a derivaciones del derecho romano, o, si se prefiere, son de la misma familia legal: neorromanista. De otra parte un desarrollo que impulsa el trabajo en derecho comparado es el querer –en una época de globalización– armonizar “los diversos ordenamientos nacionales” (Fix-Samudio, 2005, p. 24), en este artículo proponemos que su lectura y análisis académico es una herramienta a disposición de los legisladores y del juez mismo en sus decisiones para mejorar

³ Desde el estudio de Solón, en Atenas, y Licurgo, en Esparta, del derecho para elaborar dichos sistemas jurídicos (Cascajo & García, 1991, p.13).

⁴ El doctor Fix-Samudio (2005) se remonta a la antigua Grecia y a Roma, haciendo un barrido histórico general al estudio comparativo en derecho. Dado que no es el sentido de este artículo, remitimos a su obra para quien esté interesado.

⁵ A este respecto véase el problema de la traducción jurídica en Holl (2011); De la Sierra (2004).

la comprensión del sentido del legislador pero, también, busca ampliar la posibilidad de aplicación del derecho internacional sobre derecho de autor incorporado legislativamente al comprender otras formas de lectura sobre el mismo.⁶

A continuación, en la primera parte, se hará una breve disertación teórica sobre el marco en el que se ubican tanto el derecho de autor referido a las obras impresas como lo que debe entenderse por cláusulas abusivas en contratos de edición, haciendo especial énfasis en las dos posiciones comúnmente esgrimidas respecto al fundamento teórico de dichas cláusulas: la buena fe o el abuso del derecho (Posada, 2015). En la segunda parte del artículo, mediante el ejercicio de análisis legislativo comparado, se busca establecer el balance que existe entre la protección al autor y la obra y la protección al contrato de explotación de la misma revisando las diferencias legislativas entre las cuatro naciones que han sido seleccionadas para hacer una revisión comparada del derecho de autor: España, Colombia, México y Argentina. De igual forma se busca establecer el sentido jurídico del concepto “cláusula abusiva” tanto para Colombia como para España, México y Argentina, siguiendo la idea de que el ideal de todo contrato es que cada parte pueda obtener lo que, proporcionalmente, le corresponde favorablemente. En este sentido se hará el análisis legislativo en Colombia como en los tres países seleccionados respecto a lo que es una cláusula abusiva y si existe o no un desarrollo legislativo específico para la industria editorial.

Este ejercicio de análisis descriptivo –dado que si algo no es conocido es imposible compararlo– y comparativo en paralelo entre el estudio de los derechos de autor en obras impresas y los clausulados abusivos en contratos de edición, en estos cuatro países, se adelanta porque uno de los problemas que limitan y desestimulan la producción editorial es la firma de contratos de edición en los que

⁶ Inclusive, como señalan Arminjon et al. (1950), como un elemento para la enseñanza del derecho; o de transformación “subversiva” de la tradición y las instituciones locales, como señalan Markesinis (1997), Fletcher (1998) o Muir-Watt (2000), entre otros.

los autores deben ceder derechos patrimoniales (Boretto, 2010), con lo que se pueden estar dando lugar a una violación a la buena fe contractual o abusos en el derecho. Con este trabajo se aspira a dar luces sobre posibilidades legislativas e interpretativas del derecho que ayuden a abordar dicho problema.

2. El derecho de autor referido a obras impresas

El estudio del derecho de autor (como parte de los derechos de propiedad intelectual) no se agota jurídicamente en la revisión de normas y su aplicación, sino que se moldea mediante el estudio de aspectos específicos de su aplicación (Goldstein, 2005). Para el caso particular tenemos que en la protección de las obras literarias se protege la creación intelectual y los posibles beneficios económicos derivados de dicha actividad, es por ello que se establece un aspecto moral (perpetuo, intransferible e irrenunciable) y un aspecto patrimonial (transferibles con limitaciones). En los derechos de propiedad industrial (grupo que complementa los derechos de propiedad intelectual) se persigue estimular la innovación o proteger la originalidad

con fines comerciales, esto ha generado una fuerte protección del aspecto patrimonial de la propiedad sobre la creación; mientras en los derechos de autor se ha enfatizado la protección moral de la creación, siendo debatible si se ha descuidado o no la protección patrimonial.

El presente artículo aporta a esta discusión centrándose en los aspectos patrimoniales transferibles y posibles abusos en la forma como se contrata dicha transferencia en un grupo de derechos de autor, como son los de obra literaria (no ahondando en otras formas de creación artística). Específicamente adelanta una revisión respecto a cuáles son las similitudes y diferencias en los requisitos legales exigidos en Colombia, España, México y Argentina para la transferencia de dichos derechos patrimoniales. Esto se hace porque la transferencia de los derechos patrimoniales de cualquier creación literaria debe estar soportada en un contrato

que llene los requisitos legales del respectivo país donde se efectúa la transferencia (incluyendo los alcances de dicha transferencia sin ir más allá de las limitaciones impuestas por la ley), y los mismos difieren acorde a los objetivos del legislador.

El marco para hacer el análisis y la revisión normativa comparativa entre estos países se basa en el trabajo desarrollado en el año 2010 por la doctora en derecho Fanny Patricia Niño Hernández, quien adelanta como tesis doctoral una comparación entre el derecho de autor en España y en Colombia, encontrando una tensión en los desarrollos normativos entre la “necesidad de información” y los incentivos a crear siempre que se vea “seriamente afectada la contraprestación patrimonial” (2010, p. 21). Es decir, en concepto de la doctora Niño, el desarrollo normativo sobre derechos de autor responde hoy en día a una realidad económica en el que las industrias culturales han incorporado a los autores permitiéndoles un medio de subsistencia en el que proteger a la industria es proteger al autor y, por ende, proteger a la obra en sí misma. Este interesante debate enfrenta dos derechos: el derecho al consumo⁷ de información (el cual buscaría promover legislativamente el desarrollo de una industria cultural), y el derecho de autor⁸ (el cual buscaría promover legislativamente la protección moral y patrimonial de autores y obras).

De forma que el análisis comparativo sobre derechos de autor se adelantará describiendo las condiciones normativas internas de cada país y luego clasificando dicho sistema jurídico acorde a la tensión descrita por la doctora Niño (2010), para

⁷ Dice Villalba (2009) que un consumidor es el: “adquirente de un bien o servicio en calidad de destinatario final para un uso personal, familiar o doméstico (no profesional)” (p. 306), y que también existe una tensión contractual entre el derecho del consumo (liberar la oferta) y la protección al consumidor (proteger la demanda).

⁸ Otra línea de argumentación es considerar al autor como un consumidor de servicios editoriales, en lo que Llamas (2005) ha visto como una tendencia creciente a una necesidad mayor de protección a sujetos que se definen como consumidores.

finalmente discutir el aporte que dicha revisión hace a la normatividad colombiana y al tema de investigación de este artículo.

3. Cláusulas abusivas en contratos de edición

Es un hecho que la protección jurídica otorgada por los derechos de autor se enfrenta a la realidad de las relaciones contractuales individuales de los autores en un mercado editorial. La construcción o el desarrollo de una industria cultural debe balancear las necesidades de los autores, los consumidores culturales y los empresarios. Un punto esencial consiste en establecer los límites de lo que es y no es aceptable en la contratación para la puesta en el mercado de un bien cultural protegido por derechos de autor.

Es por ello que en este artículo se hace necesario revisar lo que cada legislación establece como cláusula abusiva y si se puede la misma limitar a contratos de adhesión (Kessler, 1943; Korobkin, 2006) o se hace extensiva a cualquier tipo de contrato civil. Con este análisis dogmático⁹ **no** se está afirmando que los contratos de edición sean contratos de consumo, lo que se propone es que primero es necesario establecer si las cláusulas abusivas solo existen en contratos de consumo, o pueden ser extensivas a otro tipo de contratos civiles.

En general podemos decir que una cláusula es abusiva si rompe el equilibrio contractual (Eguaras, 2013). Siguiendo a Vásquez (2014), podemos ver los tipos más comunes de cláusulas abusivas en cualquier contrato:

⁹ Se considera dogmático dado que se orienta expresamente al análisis de las normas para identificar elementos comunes. Mirar qué nos pueden decir las normas comparadas en los distintos sistemas jurídicos sobre el tema de interés.

1. Cláusulas que son interpretadas unilateral y desfavorablemente por quien predispone el contrato.
2. Aquéllas que limitan o prohíben el accionar legal del adherente.
3. Aquéllas que limitan el accionar probatorio del adherente o invierten la carga de la prueba.
4. Cláusulas que exoneran de- o reducen la responsabilidad contractual del predisponente.
5. Aquéllas que manipulan las condiciones objetivas de realización o cumplimiento del contrato en detrimento del adherente.

Todas ellas, sin duda, excediendo lo contenido por la legislación local aplicable al contrato y coartando la negociación individual de cualquier clausulado.

Un problema jurídico consiste en establecer cuándo se da o no un equilibrio contractual entre las partes contratantes, particularmente porque cualquiera de los contratantes puede ser una parte débil o fuerte o estar en una posición dominante o dominada. Es decir –siguiendo a Posada, 2015–: para que una cláusula se interprete como abusiva debe considerarse si se es la parte contractual fuerte (aquella que puede establecer las condiciones del contrato) u ostenta la posición dominante (aquella que puede controlar el entorno en el que se desarrolla el contrato).

Sin embargo, la sola existencia de la cláusula, o de la parte fuerte o la posición dominante, no define si la misma es abusiva o no; el elemento definitorio de si una cláusula es abusiva está en la legislación y el papel que el juez tenga en la interpretación tanto de la norma como del contrato.

Esto se da porque la posición dominante o la parte fuerte contractual es una realidad jurídica natural que da sentido a la norma y al sistema jurídico. Sin ellas no habría necesidad de ley o justicia alguna. El abuso –de otra parte– puede,

igualmente, sobrepasar a la ley y la justicia en sí mismas al impedir su accionar. Es decir: Aún con la existencia de la ley y los sistemas jurídicos es posible que exista un abuso del derecho al incorporar un clausulado específico sin que sea posible perseguirlo. Este postura ha sido defendida por el jurista Ernesto Rengifo García, director del departamento de Propiedad intelectual y nuevas tecnologías de la Universidad Externado de Colombia, en su libro: “Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante” (2003). Esta posición es clara en afirmar que en el derecho a contratar la inclusión de una cláusula a partir de la posición dominante puede conllevar a un abuso en el derecho y a nominar dicha cláusula como abusiva, por cuanto hay un “ejercicio abusivo de la libertad contractual” (Posada, 2015, p.152). Ahora bien, de otra parte es posible establecer que una cláusula abusiva no es consecuencia del abuso del derecho sino que estamos ante una violación a la buena fe (Posada, 2015, p.153) de las partes contratantes. Si bien el doctor Posada desecha la postura del abuso del derecho y se decanta por una falta a la buena fe entre las partes contratantes, en este texto es importante mantener un balance indagativo sobre la posibilidad de ejercerse un uso abusivo de la norma para la creación de la cláusula dentro de un contrato, viendo en su accionar que la misma demuestra no solo el poder de la parte fuerte contractual sino que lo hace de forma abusiva, lo cual solo puede ser interpretado como abusiva jurídicamente por la autoridad judicial (a la luz de las normas), con lo que no se excluye la intencionalidad de abusar del derecho a contratar. Es por ello que la palabra posible califica esta opción.

Es por ello que en el siguiente análisis solo se puede hablar de “tipos comunes” de clausulados abusivos, sin que esto agote su discusión, y sin que represente su tipificación legislativa. Para ello es necesario leer y describir la legislación de cada país en particular y luego establecer elementos de comparación entre los mismos.

Para el caso estudiado de los contratos de edición podemos decir que los mismos **no** son contratos de consumo pero pueden ser susceptibles de incluir cláusulas abusivas, porque el carácter abusivo de una cláusula se define acorde a los

contextos normativos en los cuales se concierta y no a los tipos contractuales. Es por ello que en los siguientes dos apartados se presenta el estudio de derecho comparado en los dos temas objeto del artículo, para, finalmente, generar un conjunto de conclusiones que aporten a este debate.

4. Estudio comparativo de la legislación colombiana sobre derechos de autor en obras impresas con la legislación española, mexicana y argentina

Este apartado enfrenta dos derechos: el derecho al consumo (en este caso de información), y el derecho de autor que es entendido como un derecho de protección moral y patrimonial (siguiendo la clasificación de (Niño, 2010)). En la siguiente revisión normativa se buscará descubrir rastros legislativos de dicha tensión, entendiendo la primera como la promoción de la industria cultural y la segunda la protección a autores y obras, así como hacer la comparación doctrinal que permita el análisis dogmático necesario para establecer los criterios comunes.

4.1 Legislación sobre derechos de autor en obras impresas en Colombia

En general podemos decir que los temas que han hecho y hacen parte de las distintas normas de diferente naturaleza que articulan la propiedad intelectual en Colombia y en el mundo (algunas de las cuales han sido incorporadas legislativamente por Colombia) se resumen en: derechos de autor y derechos conexos, por un lado, y registros de autor y depósito legal, por otro; entendiendo estos últimos como mecanismos para garantizar los primeros.¹⁰

En Colombia la norma que rige los derechos de autor es la Ley 23 de 1982.¹¹ La

¹⁰ Una buena introducción para seguir la evolución histórica del derecho de autor es la obra de Rodríguez Pardo (2003).

¹¹ La pirámide normativa inicia en la Constitución, con su artículo 61: “El Estado protegerá la propiedad intelectual y mediante las formalidades que la ley establezca”, sin embargo no se busca

misma determina en sus capítulos primero y segundo que los autores de obras tienen la protección de sus obras por medio de la ley misma y del derecho común, y que sobre las mismas recaen los derechos de autor. Dicha ley establece, además, que los derechos de autor pertenecen originalmente al autor o creador de una obra, y que esa calidad de “propiedad” le da absoluta, invariable e intransferible posesión de los derechos morales de la misma, aun cuando haya cedido parcial o totalmente los derechos patrimoniales. En efecto, el artículo 119 reza: “(...) en el contrato de edición no se transfieren en ningún caso los derechos de autor” (Ley 23, 1982).

Dado que sí es posible ceder los derechos patrimoniales, más no los morales, de una obra en favor de un tercero, es inherente reconocer los escenarios legales que lo permiten: uno es la muerte del titular y, el otro, la celebración de un contrato de edición. En este último caso, el autor debe recibir una regalía correspondiente al número de copias vendidas, según lo establece el artículo 132 de la misma ley. Es decir, la ley incorpora en este articulado el concepto que ha propuesto la doctora Fanny Niño (2010) de una articulación de protección de la industria cultural protegiendo la obra, el autor y el comercializador.

Es evidente que en las relaciones de tipo contractual se pueden presentar diferencias entre las partes, es por ello que la ley determina mecanismos de resolución de conflictos y penalidades; el artículo 137 de dicha Ley 23 de 1982 establece que las “diferencias se resuelven por medio del código de procedimiento civil” y que “si las partes no [lo] acordaron en el contrato, el hecho deberá ser sometido a arbitramento” (Ley 23 de 1982, artículo 137). En cuanto a las penalidades a las cuales podría estar sujeta alguna de las partes por casos de daño o perjuicio, indica:

hacer un tratado sobre el tema sino extraer los elementos esenciales de la argumentación, de ahí el carácter selectivo de la información abordada. El compendio jurídico de los cuatro países se encuentra y discute al final del artículo.

Si el autor ha celebrado con anterioridad un contrato de edición sobre la misma obra, o si ésta ha sido publicada con su autorización o conocimiento, deberá dar a conocer esta circunstancia al editor antes de la celebración del nuevo contrato. La ocultación de tales hechos ocasionará el pago de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al editor. (Ley 23 de 1982, artículo 112).

Como un punto fundamental en nuestra argumentación, debemos señalar que la Ley 23 de 1982 no contempla ningún acercamiento concreto ni hay algún concepto aplicado a los contratos de edición acerca de las cláusulas abusivas, ni artículos que traten el tema de una regulación al respecto.

En cuanto a los mecanismos jurídicos para la protección del derecho de autor,¹² en la legislación Colombiana se han establecido tres tipos diferentes de acciones judiciales: civil, administrativo y penal. En lo civil es posible adelantar procesos declarativos y ejecutivos (artículo 242 de la Ley 23 de 1982 para procesos declarativos; y los ejecutivos sobre el contrato en sí mismo). En lo administrativo opera el artículo 104 del Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011). En lo penal el título VIII, Capítulo Único artículos 270 a 272 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

En cuanto a las faltas en sí mismas contra la propiedad intelectual, las mismas aparecen en la Ley 44 de 1993, donde se establece la defensa de los intereses de los autores en cuanto a los derechos que tienen por la propiedad intelectual que les es propia estableciendo un precedente legal en cuanto a las sanciones que deben ser impuestas para quienes infrinjan de manera alguna los derechos de autor.

¹² En lo institucional la Dirección Nacional de Derechos de Autor (organismo del Estado que posee la estructura jurídica de una unidad administrativa adscrita al Ministerio del Interior) administra el Registro Nacional de Derechos de Autor, con efectos declarativos y probatorios.

4.2 Legislación sobre derechos de autor en obras impresas en España

La protección normativa esencial en España,¹³ a los derechos de autor, es el Real decreto legislativo 1/1996 del 12 de abril, el cual es un documento que establece un único texto de disposiciones vigentes sobre propiedad intelectual.¹⁴ Se:

(...) divide el texto en cuatro libros, el primero enclaustra los derechos de autor, el segundo los derechos de propiedad intelectual, por consiguiente el libro tercero brinda la protección de los derechos reconocidos y el último libro finaliza con el ámbito de aplicación de la ley (Niño, 2010, p. 75).

Para el tema que nos interesa está el artículo 14 en el que se otorga:

(...) al autor la libertad de divulgar su obra de la forma y bajo el nombre que disponga, exigiendo respeto por la integridad de la misma, para así impedir cualquier deformación, modificación o alteración, hasta el punto de retirar la obra del comercio por cambio de su pensamiento o convicciones morales, asumiendo, claro está, la indemnización correspondiente a los titulares del derecho de explotación (Niño, 2010, pp. 75-76).

Articulado que determina una condición particular en cualquier tipo de contrato de edición, definiendo que la relación especial entre autor y obra es superior a los

¹³ España es la principal cuna de producción literaria en lengua española, tanto en editores como en autores y traductores, y sin duda la más importante en cuanto a editoriales universitarias en lengua hispánica (agrupadas en UNE –antes AEUE–, Unión de Editoriales Universitarias Españolas), por número y producción.

¹⁴ En la Constitución española se establece de manera explícita el reconocimiento y la protección de derechos, en el artículo 20: “a la producción y creatividad literaria, artística, científica y técnica”.

clausulados mismos entre autor y comercializador. No existe, sin embargo, ningún otro articulado que refiera a posiciones dominantes, abuso del derecho o condiciones especiales de la relación contractual entre autores y editores o comercializadores de creaciones.

Este Real decreto fue modificado por la Ley 23 de 2006, del 7 de julio, ajustando la norma a los avances tecnológicos y “(...) matices derivados del nuevo entorno en el que se crean y explotan las obras y las prestaciones” (Preámbulo capítulo II inciso 2). En general esta ley no hace una modificación de fondo pero sí precisa y limita los posibles derechos de reproducción y comercialización de obras por parte de distribuidores y comercializadores, con lo que todos los contratos de explotación comercial de obras quedarían complementados, enmendados o aclarados respecto a estos aspectos.

El Código civil español no incluye nada novedoso al respecto y solamente se limita a observar las normativas específicas internas e internacionales, estableciendo la voluntad y obligación del estado español de hacerlas cumplir. En el artículo 429 establece: “en casos no previstos por la ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este código sobre la propiedad”. Con lo cual se declara que los conflictos contractuales entre autores y editores deben dirimirse a la luz del concepto de propiedad privada.

Por su parte el Código penal español establece algunas penas específicas relacionadas en los artículos 270, 271 y 272, las cuales no aportan nada específico a contratos lícitos entre autores y editores, distribuidores o comercializadores.

4.3 Legislación sobre derechos de autor en obras impresas en México

La Ley Federal del Derecho de Autor se remonta a 1947 –donde se suma lo estipulado en el *Código Civil* de 1928 y el *Reglamento para el Reconocimiento de Derechos Exclusivos de Autor, Traductor o Editor* de 1939 (López, 2007, apartado 3.4).¹⁵ Dicha Ley Federal ha sufrido múltiples reformas pero se mantiene su espíritu general de protección al autor y la obra. La última versión es la expedida en 1996, la cual reemplaza a la misma ley de 1956, reformada y adicionada en 1963 y siguientes.

Este espíritu de la Ley se refleja en el articulado con la protección a “la forma” como un autor crea su obra, su expresión concreta real y “la originalidad”, protegiendo derechos sobre segundas creaciones y copias. En el artículo 5 establece la protección cuando las obras son “fijadas en un soporte material”, y le da el reconocimiento al derecho de autor solo con el carácter de existente al no demandar registro: “[no] requiere registro ni documento de ninguna especie, ni quedará subordinado al cumplimiento de formalidad alguna”. En el artículo 10 establece que es el Código Civil y la Ley Federal de Procedimiento Administrativo las encargadas de dirimir lo que no esté previsto, determinando que la competencia específica y general en esta materia recae en el Instituto Nacional del Derecho de Autor.

El Código Penal Federal contempla en los artículos 424, 424bis, 424ter, 425, 426, 427, 428 y 429 multas y penas generales a la copia o venta ilegal de bienes culturales. El único artículo que trata sobre la especial relación contractual entre autores y editores es el numeral II del artículo 424 que dice: “Se impondrá prisión de seis meses a seis años y de trescientos a tres mil días multa” (...) “al editor, productor o grabador que a sabiendas produzca más números de ejemplares de

¹⁵ La Constitución mexicana establece en el artículo 28 que el Estado tiene la obligación de proteger y promover el acceso a bienes y servicios, particularmente, para este caso, los culturales (consagrados en el artículo 3), previniendo los monopolios de cualquier índole. De esta forma la Ley Federal del Derecho del Autor se erige a partir de la idea de salvaguardar a la nación, su cultura, los autores, las obras, los comercializadores y a los consumidores.

una obra protegida por la Ley Federal del Derecho de Autor, que los autorizados por el titular de los derechos”.

4.4 Legislación sobre derechos de autor en obras impresas en Argentina

La principal norma que regula el derecho de autor en Argentina es la Ley 11.723 sobre Propiedad intelectual, emitida el 28 de septiembre de 1933, y modificada por última vez por la Ley 25.036 de 14 de octubre de 1998.¹⁶

En el artículo 37 se permite la renuncia a la propiedad intelectual previo convenio en el contrato de edición. Los artículos del 37 al 44 son específicos a la relación entre editor, obra y autor.

El artículo 40 obliga a unos clausulados específicos para edición:

En el contrato deberá constar el número de ediciones y el de ejemplares de cada una de ellas, como también la retribución pecuniaria del autor o sus derechohabientes: considerándose siempre oneroso el contrato, salvo prueba en contrario. Si las anteriores condiciones no constaran se estará a los usos y costumbres del lugar del contrato. (Ley 11.723 de 1933, artículo 40).

El 41 sobre el incumplimiento con la edición:

Si la obra pereciera en poder del editor antes de ser editada, éste deberá al autor o a sus derechohabientes como indemnización la regalía o participación que les hubiera correspondido en caso de edición. Si la obra pereciera en poder del autor o sus derechohabientes, éstos deberán la

¹⁶ Incluyendo 12 decretos reglamentando diversas materias.

suma que hubieran percibido cuenta de regalía y la indemnización de los daños y perjuicios causados. (Ley 11.7233 de 1933, artículo 41).

El 42 sobre la posibilidad de recurrir a tribunales para obligar al cumplimiento de un plazo real para publicación:

No habiendo plazo fijado para la entrega de la obra por el autor o sus derechohabientes o para su publicación por el editor, el tribunal lo fijará equitativamente en juicio sumario y bajo apercibimiento de la indemnización correspondiente. (Ley 11.7233 de 1933, artículo 42).

El 43 unas condiciones especiales sobre los remanentes de ediciones:

Si el contrato de edición tuviere plazo y al expirar éste el editor conservase ejemplares de la obra no vendidos, el titular podría comprarlos a precio de costo, más un 10% de bonificación. Si no hace el titular uso de este derecho, el editor podrá continuar la venta de dichos ejemplares en las condiciones del contrato fenecido. (Ley 11.7233 de 1933, artículo 43).

Y el 44 sobre el fenecimiento del contrato al concluir la venta de ediciones acordadas: “El contrato terminará cualquiera sea el plazo estipulado si las ediciones convenidas se agotaran”.

Todas estas son normas altamente beneficiosas para protección del autor y la obra frente a cualquier posición abusiva de un editor. De igual forma los artículos 51 a 55bis limitan la posición del vendedor o comercializador de cualquier material editable.

De otra parte el artículo 61.4 hace obligatorio el depósito de obra por parte del editor y lo conmina al pago de multa si no lo cumple, y el 62 permite el depósito

de obras no publicadas a voluntad del autor. El 63 especifica la limitación a la protección de la ley:

La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la efectúa, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscripta. No se admitirá el registro de una obra sin la mención de su "pie de imprenta". Se entiende por tal la fecha, lugar, edición y la mención del editor. (Ley 11.723 de 1933, artículo 61.4).

Es decir, corresponde al Registro Nacional de la Propiedad Intelectual llevar el control y servir de garante y juez de los derechos de autor sobre cualquier obra.

Esta Ley 11.723 incorpora igualmente penas en sus artículos 71 a 78.9, siguiendo lo determinado en el artículo 172 del Código Penal. En general se orientan a perseguir los mismos tipos establecidos comúnmente en estos casos (plagio, robo, falsificación, etc.), e inclusive a lo contemplado en la legislación mexicana respecto a las sobre-ediciones. Establece en los artículos 80 y 81 que se sigue juicio por vía civil acorde a los Códigos de procedimiento Civil y Comercial.

Hay una norma particular referida a la edición de textos impresos que fomenta la “defensa” de las librerías —o el oficio de librero—, la Ley 25.542 obliga a fijar un “Precio uniforme de venta al público” (PVP) sobre libros editados en la Argentina y libros extranjeros importados a la Argentina. Esta ley, reglamentada por la resolución 75 de 2002 del Ministerio de la Producción, busca proteger al vendedor minorista de presiones de mercado por parte de grandes competidores, a su vez busca permitir al consumidor de libros encontrar la obra que busca durante un periodo largo de tiempo (no permite descatalogar antes de 18 meses). Sin embargo, es polémica esta intervención sobre las leyes de oferta y demanda de

mercado porque, principalmente, desalientan la importación de libros de forma dinámica (retiene el capital invertido al no permitir saldarlo en el corto plazo, lo que representa que cualquier libro “lastra” el negocio del editor e importador) y prácticamente obliga a tirajes o importaciones de muy pocos ejemplares de un libro. Estudios futuros deberán mostrar su efecto real en la industria cultural Argentina.

Adicional a este tema está la Ley 25.446 del 25 de julio de 2001 que dota de un amplio marco legal a la industria editorial (capítulo 4, artículos 11 a 16) y regula fuertemente la relación entre autor, obra y editor (capítulo 6, artículos 21 a 26). El artículo 21 establece:

En todo libro editado, en el país se harán constar los siguientes datos: el título de la obra, el nombre del autor, compilador, coordinador o traductor, el número de la edición y la cantidad de ejemplares impresos, el nombre del impresor, el lugar y la fecha de impresión, el nombre y el domicilio del editor, el número del sistema internacional normalizado para los libros (ISBN) y la ficha de catalogación en fuente. (Ley 25.446 de 2001, artículo 21).

Y el artículo 22:

Se considerará infractor y no gozará de los beneficios legales, todo libro que no incluya los datos requeridos por el artículo precedente o los incluya de manera incompleta o inexacta. El mismo tratamiento se dará a aquellos libros impresos editados y reproducidos sin autorización o con incumplimiento de las normas establecidas por la ley 11.723. (Ley 25.446 de 2001, artículo 22).

Con lo que se define un marco muy específico sobre qué es la obra mediada la relación contractual entre editor y autor.

El artículo 24 refuerza el control a las sobre-impresiones con el mecanismo de “control de tirada”, registrado ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor y sujeto a verificación, sanción y terminación unilateral de contrato por el autor con posibilidad de demanda judicial. El capítulo 7 establece otro tipo de sanciones que tienen que ver más con “escapar” al control diseñado en la Ley 25.446 y al abuso de los beneficios que la misma trae.

Aun cuando no se ha encontrado nada sobre posiciones dominantes o abuso del derecho, sí es claro que parte de estas reglamentaciones comprende e incorpora mecanismos de defensa del autor y la obra, por cuanto en los contratos podrían quedar a merced de la posición dominante del editor: número de ejemplares, ediciones, no difusión, destrucción o retención de obras, etc.

4.5 Análisis comparado del derecho de autor para obras impresas y conclusiones para el caso colombiano

El objetivo de adelantar un trabajo de derecho comparado es poder observar semejanzas y diferencias entre los sistemas jurídicos de diferentes países para poder expresar no solo dichos detalles sino para poder comprender de una mejor manera el sistema jurídico del país principal a analizar, de igual manera poder establecer una “meta”, un ideal hacia el cual pueden propender los sistemas. En el caso estudiado es claro que los sistemas español y colombiano se asemejan en lo que podríamos considerar una posición central que no valora o protege fuertemente a ninguna de las dos partes que hemos señalado: la industria cultural o a los autores; mientras que el mexicano claramente promueve y protege con vehemencia los derechos de autores, y el argentino ha sido diseñado para promover y proteger los derechos de la industria cultural.

En otro aspecto a analizar se observa que el desarrollo normativo es mucho más fuerte, completo y anterior en Argentina que en Colombia; y en México o España es anterior aun cuando no necesariamente más 'robusto'. Esto se explica por la fortaleza de las industrias editoriales argentina, mexicana y española frente a la colombiana. Fácilmente se observa que el sistema jurídico colombiano no está pensado hacia la promoción de la industria cultural o hacia la promoción de los autores sino más hacia el 'cumplimiento' de la ley o el simple 'reconocimiento' de los derechos. Esto puede explicar el por qué no se desarrolla con fuerza una industria cultural legal, o por qué no hay una gran producción por parte de los autores. En ese sentido diríamos que la 'solución' normativa o institucional colombiana es inferior y poco adecuada, poco atinente al sentido y papel que tiene la legislación de los derechos de autor.

Como señala Niño (2010): dicho sentido está no solo en representar el uso o costumbre de reconocer la autoría de la obra sino el de generar una industria cultural a partir del reconocimiento y la protección tanto de autores como obras y editores. Si bien la normatividad colombiana lo reconoce, de otra parte no lo orienta e impulsa como los casos de México y Argentina.

En esta comparación se ha encontrado que el único caso específico que parece conocer –y discute– el problema de la posición dominante de editores frente a autores, es el argentino. Lo cual no es extraño si justamente la ley le reconoce y fortalece esa posición dominante. Es por ello que el legislador busca prevenir abusos al limitar ciertas condiciones, particularmente en lo que tiene que ver con la existencia misma de la obra, es decir: el reconocimiento de la obra impresa en cantidades y calidades asegura que se cumplan los derechos de autor y se protejan a los autores. Más aún: se hace evidente que al no contemplarse el núcleo que permite el crecimiento de la industria cultural en los contratos de edición, entonces se pierde el norte de las posibilidades reales de regulación social que tiene la norma.

5. Estudio comparativo de la legislación colombiana sobre cláusulas abusivas en contratos de obras impresas con la legislación española, mexicana y argentina

Aun cuando el objetivo específico de este apartado es revisar lo expresado en las legislaciones estudiadas sobre las cláusulas abusivas en obras impresas, la revisión realmente no se limita a las mismas sino que se genera a partir de la idea general que se tiene sobre cláusulas abusivas y contratos en general y se busca su relación con los contratos de edición, esto porque el estudio no busca limitarse a describir la existencia o no de la norma sino que el análisis dogmático permita observar los alcances efectivos o potenciales de la aplicación normativa.

5.1 Legislación sobre cláusulas abusivas en Colombia

En el caso colombiano es la Ley 1480 de 2011, que expide el Estatuto del Consumidor en Colombia, la que define como un *derecho* la protección contractual frente a cláusulas abusivas en contratos de adhesión (artículo 3, numeral 1.6), tanto consumidores como usuarios tienen derecho a ser protegidos de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. Definiendo en el artículo 42 las cláusulas abusivas como:

“(...) aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. (Ley 1480 de 2011, artículo 42).

Por otra parte el artículo 43 de la misma ley las considera ineficaces de pleno derecho y el artículo 44 establece que dicha nulidad no afecta a todo el contrato y corresponde al juez establecer el alcance de la afectación contractual de dicha nulidad.

Otras normas sobre el tema es la Ley 142 de 1994, de servicios públicos

domiciliarios, en la que se establece el abuso en la posición dominante y el interés del legislativo por proteger al usuario de la misma. Sobre los clausulados el artículo 133 establece 25 específicas y una general ajustada a los fines mismos de los contratos. De igual manera establece que no puede ser considerada abusiva una cláusula que haya sido autorizada por la Comisión reguladora o cuando en el conjunto del contrato la misma se encuentra equilibrada “con obligaciones especiales que asume la empresa”; así como la Ley 1328 de 2009 hace lo propio con los servicios financieros: en el artículo 7, literal e), busca limitar conductas o acciones “que conlleven abusos contractuales o de convenir cláusulas que puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante contractual”, y el capítulo V se refiere a “Cláusulas y prácticas abusivas”, donde básicamente el artículo 11 habla de que están prohibidas las cláusulas abusivas de cuatro tipos y uno general determinado por la Superintendencia financiera de Colombia y el 12 con tres tipos de prácticas abusivas y uno general determinado por la misma Superintendencia.

Con este análisis **no** se está diciendo que los contratos de edición son contratos de consumo, de servicios públicos domiciliarios o de servicios financieros. Como tal, en el caso colombiano son muy específicas la definición y los tipos de cláusulas abusivas, sin duda. Pero una lectura *amplia* del artículo 42 de la ley 1480/11 permite entrever que dicha irregularidad (la cláusula abusiva) no se encuentra condicionada a que sea parte de un contrato de adhesión, por lo cual debiera analizarse la situación contractual transaccional y no la modalidad de contratación. Lo importante es comprender que el legislador se concentró en dos tipos de cláusulas abusivas: las de desequilibrio contractual y aquellas que, en el fondo, pervierten la buena fe y el sentido del contrato en general.

El Código civil colombiano no incorpora elemento alguno sobre las posiciones abusivas y el abuso del derecho. Sin embargo establece la nulidad y la rescisión de un contrato en su Título XX. La aplicación de dicha nulidad relativa (artículo 1741) puede ser estudiada en el caso de un contrato que incorpore cláusulas

abusivas, determinando que hay un vicio de la formación de la voluntad por error. El hecho de que la cláusula sea abusiva induce al error sobre la sustancia de la cosa (artículo 1266 del Código de Comercio) porque desvía las condiciones bajo las cuales la persona celebra el contrato, modificando –en sí mismas– la relación de voluntades que se expresaron al establecer el contrato. Por su parte, el artículo 830 del Código de Comercio sí establece la existencia del abuso del derecho: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”. Y en el artículo 899 se refiere a la nulidad absoluta en negocios jurídicos cuando contraría una “norma imperativa” y el 902 a la nulidad parcial y la nulidad de cláusulas que conllevan a la nulidad absoluta.

5.2 Legislación sobre cláusulas abusivas en España

En el caso español la legislación sobre cláusulas abusivas recae esencialmente sobre la protección a los consumidores a partir de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En general se enmarca en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

Respecto a la normativa de protección al consumidor o usuario de bienes o servicios, que accede a contratos pro-forma, en general, busca *evitar* la existencia de cláusulas abusivas y no se detiene en los contratos negociados de forma individual. En particular hace énfasis en la necesidad de revisar ante autoridad judicial toda cláusula que pueda ser abusiva, que lo contenido en el contrato pueda ser leído y comprendido (en idioma, tamaño y tipo de fuente, ubicación en el texto del contrato, contraste entre el fondo y el texto), que toda contratación telefónica o electrónica solo se perfeccione con la firma de un contrato textual, y la

obligación de entregar información sobre contratos privados entre empresas e individuos a entidades oficiales a solicitud¹⁷.

Otro elemento importante es que la normatividad actual es específica en señalar que la cláusula abusiva es *nula* y no puede ser “ajustada” por los jueces, como sucedía con anterioridad en España:

Artículo 83: Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre).

Esto implica que, inclusive, ante la existencia de cláusulas abusivas que conformen el objeto mismo del contrato puede decidirse la nulidad del mismo, sin que se mencione expresamente que es un contrato leonino (Martínez, 2014). Esto no implica que el juez no pueda entender que un contrato tiene lagunas que pueden estar cubiertas por el ordenamiento jurídico, pero queda sin posibilidad de enmendar las cláusulas declaradas abusivas.

Otro importante desarrollo legislativo hace referencia a la declaratoria de una cláusula como abusiva si la misma carece de reciprocidad. El Artículo 87 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre “(...) señala que son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario (...)” (Martínez, 2014, p. 84).

En cuanto a las condiciones generales de contratación se incorpora lo que tiene que ver con transacciones comerciales y mercantiles haciendo una muy interesante observación: “Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas

¹⁷ Al respecto véase el texto de Martínez (2014).

de lo que son condiciones generales de la contratación”. (Ley 7/1998, de 13 de abril, preámbulo). Esta distinción dice claramente que todo lo que no hace parte de una condición general de contratación *puede* convertirse en una cláusula abusiva susceptible de revisión. Dice igualmente: “Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva” (Ley 7/1998, de 13 de abril, preámbulo),” y el criterio para establecer si es abusiva radica en demostrar que la misma causa:

(...) un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no exista negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares. (Ley 7/1998, de 13 de abril, preámbulo).

En este sentido es claro que la legislación española advierte que en ningún contrato se permiten las cláusulas abusivas y que por ende todo lo establecido como norma general de contratación busca prevenir la existencia de las mismas. Establece el preámbulo que el ámbito jurídico natural de la cláusula abusiva es efectivamente el derecho del consumidor, pero advierte que en los contratos en general puede existir siempre el “abuso de una posición dominante”, la cual debe resolverse administrativa o civilmente bajo las “normas generales de nulidad contractual”, especificando que siempre es posible declarar dicha nulidad bajo la argumentación del abuso:

(...) cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación (...). (Ley 7/1998, de 13 de abril, preámbulo).

Esto es importante porque no es el tipo de contrato (de consumo, laboral, prestación de servicios) sino el hecho mismo de un contrato civil entre partes.

En la disposición adicional primera se ha establecido un clausulado donde se determinan algunos puntos considerados abusivos en cualquier contrato. Las mismas se agrupan en 5 categorías:

- Vinculación del contrato a la voluntad del profesional
- Privación de derechos básicos del consumidor
- Falta de reciprocidad
- Problemas con garantías
- Otras

A continuación analizaremos los elementos conceptuales o puntuales que pueden ser de interés para los clausulados en contratos de derecho de autor de carácter editorial:

En la “Vinculación del contrato a la voluntad del profesional” destaca que el prestador de un servicio no puede imponer plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para cumplir con su obligación (numeral 1), de igual forma obligar a mantener a una de las partes a una vinculación incondicional en un contrato mientras la otra lo incumple (numeral 3), determinar condiciones que para una parte son voluntarias y para la otra compromisos firmes (numeral 4), establecer fechas de cumplimiento firmes que sean voluntarias (numeral 5), excluirse una parte del cumplimiento del contrato o supeditararlo a formalidades (numeral 6), la concesión a una sola de las partes de determinar si el bien o servicio entregado se ajusta a lo convenido (numeral 8).

En el apartado de Privación de derechos básicos del consumidor menciona en el numeral 12: “La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional”. En el apartado de Falta de reciprocidad se busca cubrir tres defectos de un contrato: que se obligue a una de las partes a cumplimiento sin que la otra lo esté (numeral 15), que se obligue a renunciar a dineros abonados por incumplimiento sin que

exista la reciprocidad (numeral 16), que solo una de las partes esté facultada para rescindir el contrato (numeral 17).

5.3 Legislación sobre cláusulas abusivas en México

La Ley Federal de Protección al Consumidor establece como su principio básico número VII:

La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios. (Ley Federal de Protección al Consumidor, principio 7).

En general establece el abuso en la inducción a error por parte de la “publicidad engañosa o abusiva” (Capítulo III), pero en su capítulo X hace referencia explícita a las “obligaciones inequitativas o abusivas”, haciendo equivalentes los dos términos.

El Capítulo X –De los contratos de adhesión– no contiene un clausulado específico sobre cláusulas abusivas pero, en general, todas sus disposiciones se orientan a evitarlas. Dentro de las medidas está la obligación de registro previo ante la Procuraduría y disposiciones generales que prohíben cualquier renuncia a responsabilidades civiles entre las partes. En general las funciones establecidas a la Procuraduría mexicana frente a los derechos del consumidor y las infracciones a la ley son similares a las específicas de las superintendencias en Colombia.

Otra norma es la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, en la misma se establece explícitamente la prohibición de las cláusulas abusivas

(Artículo 56bis), dejando la decisión de qué es una cláusula abusiva a la Comisión Nacional¹⁸.

La Comisión Nacional, mediante disposiciones de carácter general que emita con el acuerdo de su Junta de Gobierno establecerá los casos y supuestos bajo los cuales se considere la existencia de una cláusula abusiva. (Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, artículo 56bis).

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) generó unas disposiciones el 19 de noviembre de 2014 acorde a lo ordenado por la ley. En las mismas se definen 30 casos y supuestos según los tipos de servicios financieros prestados. En su página web informa que ha establecido que existe un abuso en el empleo de oficinas de cobranza, en la publicidad financiera y en los contratos. Respecto a estos últimos ha definido que una cláusula es abusiva cuando las mismas “(...) derivan en desventajas para el cliente, e incluso dejan en riesgo su patrimonio” (Condusef.gob.mx), y permite consultar las cláusulas que ha encontrado como abusivas en créditos, depósitos y tarjetas de crédito. La información identifica la institución que ha sido encontrada aplicando cláusulas abusivas, cuál es el texto de la misma, y el análisis que permite entender por qué es abusiva. Sumariamente los principales tipos de clausulados abusivos son:

- No se especifica cuándo ni cuánto será cobrado
- No se determina cuándo será cargado o cobrado un pago hecho con medio diferido (cheque, descuento de cuenta, u otros)
- Se obligue a informar sobre un pago anticipado
- Obligar a que se mantenga una relación laboral para cumplir con el contrato
- Obligue a autorizar cualquier medida que vaya más allá de los fines pactados en el contrato

¹⁸ Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

En los casos presentados por las Disposiciones de la Condusef hay otras que pueden ser de interés como son:

- Obligar a dar cumplimiento a un contrato para finalizar otro de forma anticipada
- Obligar a dar por terminado un contrato de forma anticipada a raíz de la finalización de otro
- Se autorice a modificar el contrato sin conocimiento por parte de la otra parte, excepto que sea en “beneficio” del mismo.
- Modificaciones unilaterales a los tiempos y formas de pago o cobro
- Trasladen a la otra parte obligaciones “que no deriven de manera directa del contrato celebrado”
- Trasladar el contrato sin previo aviso o aceptación

Estas dos leyes son las que cubren, de manera general, lo referido a las cláusulas abusivas en México. Es de señalar que se avanza de una interpretación clásica del *pacta sunt servanda* que protegía la legalidad irrestricta de un contrato civil por una interpretación de la “autonomía de la voluntad” (Balleteros, 1999). Más aún, la Ley Federal de Protección al Consumidor considera que para que un contrato sea válido no puede contener cláusulas abusivas, de forma que no entra a invalidar la cláusula sino el contrato. Este elemento de la validez contractual está en el artículo 85:

Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las

disposiciones de esta ley. (Ley Federal de Protección al Consumidor, artículo 85).

En este sentido es argumentable ante la ley mexicana que un contrato de adhesión que contiene una cláusula declarada abusiva es *inválido*, no la cláusula sino el contrato de adhesión. Sin embargo esta norma solo aplica para este tipo de contratos de consumo masivo. Para todos los demás contratos deberá aplicarse lo dispuesto en el artículo 77 del Código de comercio sobre “convenciones ilícitas” y lo dispuesto en el Código civil federal, que en general obliga a demostrar que el contrato es ilícito o inválido, en particular lo definido en el Libro 4 – De las obligaciones, Primera parte, Título primero, Capítulo I – Contratos, del Código civil federal, que en su artículo 1795 establece cuatro condiciones:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; II. Por vicios del consentimiento; III. Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito; IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece. (Código civil federal, artículo 1795).

Y en su artículo 1830 define ilícito como: “(...) el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”. Y en el 1831: “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”, de forma que no se encuentra nada específico sobre abuso del derecho o de posición dominante.

5.4 Legislación sobre cláusulas abusivas en Argentina

La Ley de defensa del consumidor en Argentina (Ley 24.240) separa a quienes ejercen profesiones liberales de los comerciantes, siendo que los primeros no pueden ser cobijados por la ley al no ser comprendidos como proveedores (artículo 2) y serán vigilados por las agremiaciones. Con esto, implícitamente, reconoce que con excepción de quienes estén obligados a tener matrícula

profesional pueden ser cobijados por la norma siempre y cuando se atengan a alguna de las definiciones del Artículo 2: “(...) actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

En el artículo 8bis queda establecida la prohibición de “prácticas abusivas” en el trato comercial, y el Capítulo IX se identifican “términos abusivos y cláusulas ineficaces”. En solo tres artículos se establecen como “no convenidas” y sujetas a nulidad parcial o total de cláusulas y contratos, aquellas que:

ARTICULO 37. — Interpretación. *Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:*

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;*
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;*
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.*

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

ARTICULO 38. — *Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.*

ARTICULO 39. — *Modificación Contratos Tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, ésta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación. (Ley 24.240 de 1993).*

Con lo que se establecen criterios generales de interpretación y no situaciones específicas, o como lo expresa Estigarribia (2001): de “criterio amplio y generalista”, siendo sujeto a jurisprudencia (artículo 52) o a vigilancia por la Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción (artículo 41), o de las autoridades provinciales y de la Ciudad autónoma de Buenos Aires.

Dicha Ley 24.240 fue reglamentada por el decreto 1798/94, donde particularmente se reglamenta el artículo 37, definiendo: “Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”.

En el Código civil y comercial de la nación argentina (Ley 26.994) se dio una larga discusión de reforma a la ley 340 (Código civil) y leyes 15 y 2.637 (Código de comercio), así como a todas las que introducían reformas a las mismas, y se introdujo un extenso uso del concepto de “abuso” en sus distintas acepciones. El

mismo entró en vigor el 1 de enero de 2016 y define específicamente el “abuso del derecho” en su artículo 10 como un “ejercicio abusivo del derecho “(...) que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”. Sobre cláusulas abusivas en el artículo 11 define lo que es un “abuso de posición dominante” relacionándolo como un abuso de derecho en el mercado, y en el artículo 988 define cláusulas abusivas como no escritas:

- a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;*
- b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;*
- c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.*

El artículo 989 establece el control judicial a las cláusulas abusivas:

La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.

En el Capítulo 2 “Formación del consentimiento” Sección 1ª “Prácticas abusivas” se retoman los lineamientos ya expuestos en la Ley de defensa del consumidor respecto a la relación respetuosa que debe imperar entre comerciantes y consumidores. Todo el Capítulo 4 se dedica a las “Cláusulas abusivas” (artículos 1117 al 1122):

ARTICULO 1118.- Control de incorporación. *Las cláusulas incorporadas a un contrato de consumo pueden ser declaradas abusivas aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor.*

ARTICULO 1119.- Regla general. *Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada*

individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.

ARTICULO 1120.- Situación jurídica abusiva. *Se considera que existe una situación jurídica abusiva cuando el mismo resultado se alcanza a través de la predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos.*

ARTICULO 1121.- Límites. *No pueden ser declaradas abusivas:*

- a) las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o el servicio procurado;*
- b) las que reflejan disposiciones vigentes en tratados internacionales o en normas legales imperativas.*

ARTICULO 1122.- Control judicial. *El control judicial de las cláusulas abusivas se rige, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, por las siguientes reglas:*

- a) la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control;*
- b) las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas;*
- c) si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad;*
- d) cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el artículo 1075. (Ley 26.994 de 2014).*

Como puede apreciarse: la legislación argentina incorpora plenamente los conceptos de abuso del derecho y los relaciona con las posiciones dominantes como elementos que configuran cláusulas abusivas. Esta interpretación permite

entender que el nuevo Código civil y comercial argentino claramente el hecho de incluir una cláusula en derecho que en su práctica permita abusar de la posición dominante sin violar las normas legales como una de las variedades del abuso del derecho –siguiendo la posición expresada por el jurista Ernesto Rengifo García (2004) –, bien sea que se entienda en su interpretación subjetiva como un obrar doloso o culposo, o bien como objetivo al exceder los fines de la norma, bien sea con “intencionalidad”, “negligencia”, “falta de interés legítimo”, “ejercicio contrario a la función económica y social”, o en un “ejercicio contrario a la moral o las buenas costumbres” (Moisset, s.f.).

Deja, sin embargo, a la interpretación de autoridad judicial o entidad de vigilancia civil cuáles son cláusulas abusivas. Esta aproximación es beneficiosa si se desarrollan mecanismos fuertes de vigilancia en los distintos órdenes (financiero, inmobiliario, comercial, turístico, etc.), pero si no, su uso extendido como práctica puede mantenerse al largo plazo. Lo reciente de la entrada en vigor del Código civil y comercial nacional argentino no permite establecer su efecto real al momento, pero sirve de guía para el análisis que se desarrolla en este artículo.

5.5 Análisis comparado sobre cláusulas abusivas y conclusiones para el caso colombiano

Al observar semejanzas y diferencias entre los sistemas jurídicos de diferentes países se observan detalles que han sido establecidos como clave en un sistema jurídico y ayudan a complementar o estudiar la normatividad propia del país. Este trabajo es necesario para, al entender la aplicación del derecho de autor en los contratos de edición de obras impresas, estudiar la legalidad de las cláusulas de cesión de derechos patrimoniales, estableciendo qué sucede cuando el autor cede sus derechos sobre una de sus obras a un tercero, por lo general un editor que la explota.

Al respecto nos dice Arango:

Las cláusulas abusivas injustificadas no pertenecen al campo del abuso del Derecho, pues no se está ante la teoría del riesgo potencial y mucho menos se ha presentado un daño. Las cláusulas abusivas injustificadas pertenecen al campo del principio de conmutatividad del contrato y es por medio de este que el criterio de desequilibrio normativo del contrato cobra sentido. La corrección de este tipo de cláusulas no depende de partes débiles o abusos, sino, más bien, de la existencia de un desequilibrio: la ausencia de causa en el contrato. (Arango, 2016, p. 243).

De forma que es importante diferenciar entre contratos de adhesión en los que no se hacen negociaciones de forma individual sobre los clausulados (bien sean proformas o contratos en los que una de las partes imponga las cláusulas del contrato y no permita discutirlos); o contratos en los que las cláusulas se discuten y construyen en conjunto pero se imponen por una de las partes en detrimento de los intereses de la otra. Los primeros están reglados en las legislaciones de los cuatro países estudiados, pero los segundos no son tan claros, con excepción de la Argentina.

Para el caso colombiano no existe una verdadera articulación legislativa que permita entender el deseo del legislador no solo a la protección de consumidores sino a su extensión a la protección de partes en negocios jurídicos con negociación individual de cláusulas o por adhesión. Las reglamentaciones han sido parciales y no han surtido efectos directos sobre todo el ordenamiento jurídico, como sí observamos en las legislaciones de México, Argentina o España. En general prima la *buena fe objetiva* entre los contratantes, lo que limita la protección frente al abuso de una posición dominante dado que difícilmente hay unidad de criterio o decisiones en las distintas instancias de decisión judicial o ejecutiva.

Destaca como ventaja en la legislación española la precisión sobre los clausulados, lo que nos permite ver que no es necesario establecer previamente si un tipo específico de cláusula es o no abusiva, sino que lo importante es determinar qué es correcto en contratación (la norma) y definir qué posiciones son abusivas en la misma. De forma que todo lo que no hace parte de una condición general de contratación *puede* convertirse en una cláusula abusiva susceptible de revisión. Por ello es necesario el examen individual de los contratos como de consumo o servicio –en el que se han establecido cláusulas abusivas– u otro tipo de contrato civil entre partes en el que hay un abuso del derecho a partir de una posición dominante. Esta legislación española lista ciertas condiciones abusivas en un contrato de manera precisa: las referidas a plazos, condicionalidad contractual, grado de obligación contractual, fechas de cierre, criterio sobre la calidad de un bien o servicio, terminación, distribución de costos y ganancias asociados.

En el caso mexicano se encuentra un mayor interés en la veracidad de la información publicitaria y en limitar las prácticas comerciales abusivas, dejando el tema en manos de las definiciones normativas de cuáles son cláusulas abusivas y no tanto en los jueces o funcionarios públicos de la Procuraduría y demás organismos del Estado, lo cual es similar al caso colombiano al establecer claridad en cuáles articulados son abusivos, pero limitados a ciertos sectores económicos.

No hay duda que el nuevo Código civil y comercial argentino incorpora como ningún otro lo que tiene que ver con una mirada conjunta del abuso del derecho y las cláusulas abusivas, sin embargo se limita a establecer un único tipo de descriptor para el abuso y es el del desequilibrio contractual, dejándolo a los criterios jurídicos. Esto presenta un reto porque lo importante para el legislador es entregarle la herramienta al juez o a la autoridad civil de entender el abuso en términos de un desequilibrio provocado por la posición dominante, lo cual es beneficioso comparado con el criterio único de buena fe objetiva que deja la

legislación colombiana en sus códigos Civil y Comercial, pero requiere de un crecimiento en cuanto a la jurisprudencia para establecer su impacto real.

No se ha encontrado en la revisión ningún articulado específico en ninguna legislación sobre los contratos de edición de obra impresa. Siguiendo la conclusión de Echeverri (2011) es válido entender la legislación en un “ámbito mínimo” y no “máximo”:

(...) el ámbito máximo de aplicación del control a las cláusulas abusivas no está absolutamente definido, pero hay certeza en cuanto al ámbito mínimo, es decir, la doctrina acepta de manera prácticamente unánime, que cuando nos encontremos frente a un contrato de adhesión con consumidores, procederá el control de las mismas. (Echeverri, 2011, p. 143).

Con lo que lo referido normativamente en las distintas legislaciones puede ampliarse en un ámbito máximo donde no se cierra su posible aplicación a contratos que no sean de adhesión.

6. Conclusión

Dado que el primer objetivo de este artículo es revisar y compilar el desarrollo normativo haciendo un análisis descriptivo de las legislaciones colombiana, española, mexicana y argentina respecto al derecho de autor de obras impresas, y en lo que atañe a cláusulas abusivas, y el segundo objetivo es hacer el ejercicio de análisis comparativo de los cuatro sistemas normativos, lo que permite observar cómo ha sido enfrentada una situación jurídica común, tenemos que no hay diferencias significativas entre el cuerpo jurídico normativo colombiano y el español referido a derechos de autor y derechos conexos para material editorial (como ya lo señalamos siguiendo a Niño, 2010) o el mexicano, y no se observa un elemento esencial que aporte a la discusión de este artículo, quedando reafirmados los convenios internacionales de protección a material creativo por

parte de las tres naciones (con sendas variaciones frente a las fechas de entrada en rigor entre las mismas). En lo que refiere a cláusulas abusivas la legislación colombiana y mexicana han desarrollado muy poco el tema, mientras que la española (aupada por la Unión Europea) ha tenido un amplio desarrollo¹⁹.

En comparación con la Argentina, se encuentra que esta nación sí ha desarrollado un marco más amplio de protección de los derechos de autor que las tres naciones anteriormente referidas, así como una legislación específicamente destinada a la protección de los autores frente a las cláusulas abusivas vía protección de las relaciones contractuales que se derivan de la publicación de obras.

Estas diferencias se pueden expresar apelando a las líneas de desarrollo normativo establecidas para este trabajo: una línea normativa de protección a la obra y el autor o a los autores y una línea normativa de protección a las industrias culturales frente a terceros. Comparando los esquemas normativos de estas cuatro naciones podemos concluir que, aunque las normativas internacionales de derechos de autor para obras impresas sean prácticamente iguales entre los cuatro países, sí existen diferencias en su forma de aplicación interna, siendo el caso colombiano y español sistemas no evolucionados de aplicación interna del derecho de autor que no se orientan a promover una industria cultural fuerte o a defender fuertemente a los autores, con lo que ambos sistemas terminan dejando a las partes al gobierno del mercado (con lo que pequeñas editoriales y autores primerizos van a perder), mientras que el mexicano protege fuertemente a los autores y el argentino a la industria cultural.

De otra parte, también se encontró que todas las legislaciones tienden a introducir el concepto de cláusula abusiva en contratos de adhesión, donde el sistema legislativo colombiano se limita al no desarrollar una normatividad extensiva al

¹⁹ Como anexo a este artículo se encuentra el listado de la normatividad en las cuatro naciones.

respecto. El caso español es uno que busca prevenir –frente al colombiano o el mexicano que es más de resolver el conflicto– la existencia de cláusulas abusivas al especificar las formas correctas de contratación –frente al colombiano o mexicano que define lo incorrecto en la misma–. El caso más avanzado es nuevamente el argentino, que incorpora las cláusulas abusivas dentro del concepto general de abuso del derecho en desequilibrios contractuales, añadiendo a esto que su legislación frente a los contratos de edición es mucho más precisa para prevenir posiciones dominantes.

El objetivo de una protección jurídica específica que limite la posibilidad de cláusulas abusivas en la contratación editorial se orienta a vigilar el abuso al contratar de una parte que –a raíz de su posición– impone su voluntad a la otra, extralimitando la voluntad privada del negocio jurídico. No requiere que exista un contrato proforma, de adhesión, sino que exista el convencimiento de que el negocio no puede darse sin la obligación de suscribir una cláusula que viola el principio de buena fe en la contratación.

En el campo teórico –respecto a lo propuesto por Posada (2015) –, esta investigación encuentra que la legislación argentina es un caso en el que claramente se da un desarrollo dogmático a la cláusula abusiva desde la teoría del abuso del derecho, contradiciendo la tesis de que la cláusula abusiva solo debe entenderse desde el principio de buena fe –y apoyando la postura de Rengifo (2004).

En el campo dogmático, este análisis en derecho comparado muestra que sí es posible –y necesario– desarrollos normativos armónicos entre la incorporación nacional de la normatividad internacional sobre derechos de autor a la legislación con los desarrollos económicos materiales que la misma provee para autores, consumidores y empresarios culturales.

Particularmente se recomienda –para el caso colombiano– adoptar protecciones jurídicas efectivas en contratación que controlen la existencia física o virtual de la obra en cantidades y calidades, como estrategia integral de protección y promoción de la industria editorial (modelo argentino), así como pasar del modelo colombiano donde es necesario establecer previamente si un tipo específico de cláusula es o no abusiva, al modelo español en el que lo importante es determinar qué es correcto en contratación (la norma) y definir qué posiciones son abusivas en la misma. De forma que todo lo que no hace parte de una condición general de contratación *puede* convertirse en una cláusula abusiva susceptible de revisión.

Bibliografía

- Arango Grajales, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266, Colombia.
- Arminjon. P; B. Nolde & M. Wolf (1950). *Traité de droit comparé*, París.
- Ballesteros, J. A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Benito, P. Á. (2003). *Obligaciones del autor en el contrato de edición*. Madrid: Reus.
- Boretto, M. M. (2010). *Contratos de edición*. Buenos Aires: IB de F
- Cabrera, K. (2011). El derecho de consumo: Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. *Revista de Derecho*, (35), 55-95.
- Cárdenas Quiroz, C. (1999). *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. Jurisprudencia de defensa de la competencia*. Lima, Perú.
- Cascajo, J. & García, M. (1991). *Constituciones extranjeras contemporáneas*. Madrid: Tecnos.
- Cerlalc (2013). El derecho de autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital. Comité Intergubernamental para la Nueva Agenda por el libro y la lectura. Recuperado de: <http://cerlalc.org/wp-content/uploads/2014/03/El-derecho-de-autor-y-los-contratos-de-los-contenidos-editoriales-en-el-entorno-digital.pdf>
- Chipon, S. L. (2007). Buscando la excelencia: entre tradición y modernidad. Unión de Editoriales Universitarias Españolas (2007). *Innovación y retos de la edición universitaria*, 185-187.
- Cobo Borda, J. G. (Ed.) (2000). *Historia de las empresas editoriales en América Latina. Siglo XX*. Colombia: Cerlalc.
- Cordón-García, J. & Gómez-Díaz, R. (2010). Edición universitaria en el contexto de la edición científica: autoría, reconocimiento y valoración. *El profesional de la información*, 19(1), 28-34.
- Correa, J. D. (2012). Apuntes para una historia de la edición en Colombia 1962-

2012. En Cámara Colombiana del Libro (2012). *Autores y editores colombianos*. Colombia: Cámara Colombiana del Libro.
- Criado-Castilla, J. (2015). Juicio de abusividad en los contratos de consumo. *Revista de derecho privado* (53), 1-32.
- De la Sierra, Susana (2004). *Una metodología para el derecho comparado europeo*. Thomas-Civitas: Madrid.
- De Verda y Beamonte, J. (2005). Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español, *Revista Chilena de Derecho Privado*, (4). 33-80.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (s.f.). *Normatividad y jurisprudencia. Leyes*. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co/web/guest/leyes>
- Echeverrri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20), 125 - 144.
- Eguaras, M. (2013). *Cómo detectar un contrato de edición abusivo*. Kindle E-book: Amazon.
- Esmein, P. (1927). De las cláusulas de irresponsabilidad, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (XXIV), 47-66.
- Estigarribia Bieber, M. (2001). Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina. *Comunicaciones científicas y tecnológicas 2001*, Argentina: Universidad Nacional del Nordeste. [Es de anotar que es un texto en construcción con versiones diferentes en 2000, 2001, 2003, al menos].
- Farina, J. M. (2005). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández Moya, M. (2009). Editoriales españolas en América Latina. Un proceso de internacionalización secular. *La internacionalización de la empresa española en perspectiva histórica*. Julio-Agosto (849), 65-77.
- Fix-Samudio, H. (2005). Tendencias actuales del derecho comparado. Serna de la Garza, J. *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: UNAM
- Fletcher, G. P. (1998). "Comparative Law as a Subversive Discipline", *AJCL*, pp. 683 y ss.
- García Amigo, M. (1965). *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Tecnos.

- García Arango, G. (2010). La propiedad intelectual en las economías universitarias. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 53-72.
- Gazzera, C. (2014). Libros y Universidad. *Revista Universidade em Debate*, 2(1).
- Genicon, T. (2009). El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (13), 123-159.
- Goldstein, M. (2005). *Derecho de autor y sociedad de la información*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.
- González, C. (2011). Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites. *Revista Chilena de Derecho* 38(1), 89-100.
- González, J. T. G. (2011). La edición universitaria argentina a dos voces: Rafael Centeno y Mónica Aguilar, editores de la Universidad Nacional de Quilmes (Argentina). *Temas de Nuestra América. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 27(50), 225-238.
- González, M. (2011). *Las letras al derecho*. Recuperado de: <http://www.cerlalc.org/letrasalderecho/transmision.html>
- Gual, J. M. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas: un régimen en evolución. *IUSTA* (30), 15-44.
- Gutiérrez, S. (2013). El Libro Universitario en Venezuela ¿quién le pone el acento? *Telos*, 12(1), 117.
- Häberle, P. (1993). Derecho constitucional común europeo. *Revista de estudios políticos (nueva época)* 79, 7-46
- Hernández, J. A. G. (2007). La edición universitaria en cuestión, a los veinte años de la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE). Unión de Editoriales Universitarias Españolas (2007). *Innovación y retos de la edición universitaria*, 31-35.
- Hernández Velasco, H. E. & Pardo Martínez, O. (2014). La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana. *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, 13(26), 109-124.
- Holl, I. (2011). *Textología contrastiva, derecho comparado y traducción jurídica*. Berlín: Frank & Timme.

- Jiménez Salcedo, M. del C. (1997). El abuso de derecho y los actos de emulación en derecho romano. *Revista Derecho y opinión*, (5), 243-252.
- Josserand, L. (1982). *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Colombia: Editorial Temis.
- Kessler, A. (1943). Contracts of Adhesion —Some Thoughts About Freedom of Contract. *Faculty Scholarship Series. Paper 2731*. USA: University of Yale. Recuperado de: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731 [Publicado originalmente en: Hein Online -43 Columbia Law Review. 629-636]
- Korobkin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual, *Revista de derecho privado* (37), 169-266.
- Kozak-Rovero, G. (2013). La realidad y el deseo. *Inti: Revista de literatura hispánica*, 1(77), 14.
- Krauss, S. E. (2005). Research paradigms and meaning making: A primer, *The Qualitative Report*. 4(10), pp. 758-770. Recuperado de: <http://www.nova.edu/ssss/QR/QR10-4/krauss.pdf>
- Lacruz Mantecón, M. L. (2000). *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*. Madrid: aisge & Reus.
- Larroumet, C. (1998). *Responsabilidad Civil Contractual. Algunos temas modernos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Cerlac, Zavalía.
- Llamas, E. (coord.) (2005). *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid: La ley-actualidad.
- López Roldán, P. (1996). La construcción de tipologías: metodología de análisis, *Papers* (48), 9-29.
- López, C. & Estrada, A. (2007). *Edición y derecho de autor en las publicaciones de la UNAM*. Recuperado de: <http://www.edicion.unam.mx/index.html>
- Macera, B. (2006). Recensiones y noticias de libros. *Revista de Administración Pública* 169, 495-496.
- Markesinis, B. (1997). "The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer". *Foreign Law and Comparative Methodology: a Subject and a Thesis*, Oxford: Hart Publishing.

- Martínez Espín, P. (2014). ¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas? *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (9) Recuperado de: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- Moisset de Espanés, L. (s.f.). *El abuso del derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, repositorio documental online. Recuperado de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusodelderecho>
- Molina, J. (1999). *Régimen económico del contrato y cláusulas abusivas*. Panamá: Editorial Portobelo.
- Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(1), 9-27.
- Moyano-Grimaldo, W. A. (2007). Análisis del desarrollo y las políticas editoriales de las publicaciones universitarias colombianas. *Bibliotecas & Tecnologías de la Información*, 4(2), 28-39.
- Muir-Watt, H. (2000). "La fonction subversive du droit comparé", *RIDC*, 3-2000, pp. 503-527.
- Neuman, W. L. (2003). *Social research methods: Qualitative and quantitative approaches* (5th ed.) Boston: Allyn and Bacon.
- Niño Hernández, F. (2010). *Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación por las infracciones al derecho de autor cometidas por los usuarios; situación de España y Colombia* (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona, España.
- Núñez, L. (2001). Bibliotecas, autores, editores y Estado. *Investigación*, (5), 46-51.
- Palacio, E. N. (2013). Publicaciones informales en el campo literario colombiano. *Estudios de Literatura Colombiana*, (20), 77-102.
- Pérez Vives, Á. (2012). *Teoría general de las obligaciones. Volumen III parte segunda. Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pizarro, C. (2004). *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*. *Estudios Socio-jurídicos* 6(2), 117-141.
- Posada, C. (2015). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano*. *Revista de derecho privado* (29), 141-182.

- Posner, R. (1998). *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Radio, C. E. S. (2016). Editoriales universitarias.
- Rakoff, T. (2006). Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. *Revista de Derecho Privado* (37), 57-168.
- Rama, C.; Uribe, R. & De Sagastizábal, L. (2006). *Las editoriales universitarias en América Latina*. Colombia: Cerlalc, Iesalc.
- Real Academia Española - RAE. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23ª edición, Madrid. Recuperado de: <http://www.rae.es/>
- Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ríos, Y. (2014). Problemas de la predisposición de los contratos de edición en Colombia: las cláusulas abusivas. *Revista de Derecho Privado* (52), 1-27.
- Rodríguez Pardo, J. (2003). "Caracterización del derecho de autor y de sus rasgos básicos a través de su historia". En: J. Rodríguez Pardo, *El derecho de autor en la obra multimedia*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/181514>
- Rodríguez Yong, C. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Colombia: Legis- Universidad del Rosario.
- Rogovsky, C. (2016). Del oficio de editar. *Letras*.
- Ruiz-Pérez, R., Martín-Martín, A., & Delgado López-Cózar, E. (2015). Las revistas universitarias en el marco de los criterios de evaluación de la actividad investigadora en España. *Revista española de documentación científica*, 38(2).
- Sagastizábal, L. & F. Esteves (2005). *El mundo de la edición de libros*. Buenos Aires: Paidós.
- Salas, M. C. (2013). La industria editorial y el libro en Costa Rica. *Revista Comunicación*, 18(1), 43-51.
- Sánchez, S. (2002). *Derecho Privado Europeo*. Granada: Comares.
- Sánchez, S. (2008). El derecho comparado del Siglo XXI. *Boletín mexicano de derecho comparado, número conmemorativo sexagésimo aniversario*, 1099-1107.
- Satanowsky, I. (1954). *Derecho Intelectual*. Argentina: Tipográfica Editora.

- Sayago, S. (2013). *La metodología de los estudios críticos del discurso problemas, posibilidades y desafíos*. Recuperado de: <http://giadpatagonia.files.wordpress.com/2014/04/sayago-la-metodologc3ada-de-los-estudios-crc3adticos-del-discurso1.pdf>
- Serna de la Garza, J. (2005). Presentación. Serna de la Garza, J. *Metodología del derecho comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: UNAM
- Serrano, M. (2001). *Contratos en torno a la edición*. Madrid: aisge y Reus.
- Silva, P. (2001). Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas abusivas). En: A. A. Alterini, J. L. Mozos & C.A. Soto (Dir.). *Contratación contemporánea* (Tomo 2). Colombia: Temis; Perú: Palestra.
- Solá, F. (1954). *Iniciación al derecho comparado*. Barcelona: Imprenta Vda. De Daniel Cochs.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de la conducta. *Vniversitas* (108), 281-315.
- Soto, C.A. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas* 52(106), 563-609.
- Suescún de Roa, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, (41), 3-17.
- Tamayo Lombana, A. (1997). *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá: Temis.
- Varela, A. M. B. (2009). La calidad editorial con-sentido. *Revista Universidad de La Salle*, (48), 190-201.
- Vásquez, A. (2014). La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión. *Revista de Derecho Privado* (27). Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3888/4331>
- Vásquez, C. (2015). Derechos de los consumidores a la luz de la constitución en Argentina y Colombia. *Rev. Jurídica U. Inter. P.R.* (49), 327-451.
- Vallejo, Y. R. M. (2007). La red nacional Altexto: coediciones y derechos de autor. Unión de Editoriales Universitarias Españolas (2007). *Innovación y retos de la edición universitaria*, 171-180.

- Vega Jaramillo, A. (2010). *Manual de derecho de autor*. Colombia: Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Vilajosana, J. (2010). La construcción social de la realidad jurídica. *Revista Prisma Social* (4), 1-45.
- Villalba, J.C. (2009). La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. *Vniversitas* (119), 305-340.
- Zavala, M. (2008). Globalización y literatura en América Central: escritores y editoriales. En: *Verner Mackenbach (2008), Intersecciones y transgresiones: propuestas para una historiografía literaria en Centroamérica*, Volumen 1.
- Zapata López, F. (2001). El derecho de autor y la marca. *Revista la propiedad inmaterial* (2), 9-23.
- Zea Fernández, G. (2009). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, Alfacolor Editores.

Legislación

Colombia

- Código civil del 26 de mayo de 1873, Ley 57 de 1887 (Colombia). “Código civil”. Última modificación: Ley 1676 de 2013, “por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”, publicada en el Diario Oficial No. 48.888 de 20 de agosto de 2013.
- Decreto 410 de 1971 (Colombia). “Por el cual se expide el Código de Comercio”. 27 de marzo de 1971. Publicado en el Diario Oficial No. 33.339, de junio 16 de 1971.
- Constitución política de Colombia 1991 (Colombia). Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116, del 20 de julio de 1991.
- Ley 142 de 1994 (Colombia). “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. 11 de julio de 1994. Publicado en el Diario Oficial No. 41.433, del 11 de julio de 1994.
- Ley 1328 de 2009 (Colombia). “Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”. 15 de julio de 2009. Publicado en el Diario Oficial No. 47.411, de 15 de julio de 2009.

- Ley 1480 de 2011 (Colombia). “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. 12 de octubre de 2011. Publicado en el Diario Oficial No. 48.220, de octubre 12 de 2011.
- Ley 48 de 1975 (Colombia). Convención de Roma, “Sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión”. 12 de diciembre de 1975. Publicado en el Diario Oficial No. 34.472, del 21 de enero de 1976.
- Ley 23 de 1982 (Colombia). “Sobre derechos de autor”. 28 de enero de 1982. Publicado en el Diario Oficial No. 35.949, del 19 de febrero de 1982.
- Ley 33 de 1987 (Colombia). Convenio de Berna, “Para la protección de las obras Literarias y artísticas”. 26 de octubre de 1987. Publicado en el Diario Oficial No. 38.112, del 9 de noviembre de 1987.
- Ley 44 de 1993 (Colombia). “Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944”. 5 de febrero de 1993. Publicado en el Diario Oficial No. 40.740, del 5 de febrero de 1993.
- Decisión Andina 351 de 1993 (Comunidad Andina). Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. 17 de diciembre de 1993. Publicado en las actas del LXVI periodo ordinario de sesiones de la Comisión, Lima, Perú.
- Ley 170 de 1994 (Colombia). OMC y acuerdos multilaterales anexos, incluyendo el “Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio – ADPIC”: 15 de diciembre de 1994. Publicado en el Diario Oficial No. 41.637, del 16 de diciembre de 1994.
- Decreto 460 de 1995 (Colombia). “Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal”. 16 de marzo de 1995 (vigencia 21 de marzo de 1995). Publicado en el Diario Oficial No. 41.768, del 21 de marzo de 1995.
- Ley 232 de 1995 (Colombia). “Por medio de la cual se dictaminan normas para el funcionamiento de establecimientos comerciales”. 26 de diciembre de 1995. Publicado en el Diario Oficial No. 42.162, del 26 de diciembre de 1995.
- Ley 545 de 1999 (Colombia). “Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas – WPPT”. 23 de diciembre de 1999. Publicado en el Diario Oficial No. 43.837, del 31 de diciembre de 1999.
- Ley 565 de 2000 (Colombia). “Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor – WCT”. 2 de febrero de 2000. Publicado en el Diario Oficial No. 43.883, del 7 de febrero de 2000.

Ley 599 de 2000 (Colombia). Código Penal. 24 de julio de 2000 (vigencia desde el 24 de julio de 2001). Publicado en el Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000.

Decreto 1070 de 2008 (Colombia). “Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993”. 7 de abril de 2008. Publicado en el Diario Oficial No. 46.953, del 7 de abril de 2008.

Decreto 1879 de 2008 (Colombia). “Por el cual se reglamentan la Ley 232 de 1995, el artículo 27 de la Ley 962 de 2005, los artículos 46,47 y 48 del Decreto Ley 2150 de 1995 y se dictan otras disposiciones”. 29 de mayo de 2008. Publicado en el Diario Oficial No. 47.004, del 29 de mayo de 2008.

Ley 1437 de 2011 (Colombia). Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011 (vigencia desde 2 de julio de 2012). Publicado en el Diario Oficial No. 47.956, del 18 de enero de 2011.

Ley 1437 de 2011 (Colombia). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. 16 de junio de 2011. Publicado en el Diario Oficial No. 48.102, del 16 de junio de 2011.

España

Real Decreto de 24 de julio de 1889 (España). Código civil español. Texto de la edición del Código Civil. Gaceta 206 de 25 de julio de 1889. Última actualización: Decreto 1836 de 1974, de 31 de mayo, Boletín Oficial del Estado No. 163, 9 de julio de 1974.

Constitución española (España). Boletín Oficial del Estado No. 311, 29 de diciembre de 1978. Última actualización: Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011, Boletín Oficial del Estado No. 233, 27 de septiembre de 2011.

Ley orgánica 10 de 1995, del 23 de noviembre (España). Código penal. Boletín Oficial del Estado No. 281, 24 de noviembre de 1995. Última actualización: Ley Orgánica 2 de 2015, de 30 de marzo, Boletín Oficial del Estado No. 77, 31 de marzo de 2015.

Real decreto legislativo 1 de 1996 del 12 de abril (España). Documento que establece un único texto de disposiciones vigentes sobre propiedad intelectual. Boletín Oficial del Estado No. 0097, 22 de abril de 1996.

Ley 23 de 2006 del 7 de julio (España). Documento que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Boletín Oficial del Estado No. 162, 8 de julio de 2006.

Directiva 91/250/CEE sobre protección jurídica de programas de ordenador, del 14 de mayo de 1991 (Europa). Consejo de las Comunidades Europeas. Diario Oficial de la Unión Europea No. L 122 del 17 de mayo de 1991. (Ley 16 de 1993 – incorporada al real decreto-legislativo 1/1996).

Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, del 5 de abril de 1993 (Europa). Consejo de las Comunidades Europeas. Diario Oficial de la Unión Europea No. L 095 del 21 de abril de 1993. (Ley 3 de 2014 – incorporada al real decreto-legislativo 1/2007).

Directiva 93/98/CEE relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines (Europa). Consejo de las Comunidades Europeas. Diario Oficial de la Unión Europea No. L 290 del 24 de noviembre de 1993. (Ley 27 de 1995 – incorporada al real decreto-legislativo 1/1996).

Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos, del 11 de marzo de 1996 (Europa). Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea No. L 077 del 27 de marzo de 1993. (Ley 5 de 1998 del 6 de marzo).

Ley 7 de 1998 del 13 de abril (España). Documento sobre condiciones generales de la contratación. Boletín Oficial del Estado No. 89, 14 de abril de 1998.

Real decreto legislativo 1906 de 1999 del 17 de diciembre (España). Documento por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación. Boletín Oficial del Estado No. 313, 31 de diciembre de 1999.

Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, del 22 de mayo de 2001(Europa). Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Diario Oficial de la Unión Europea No. L 167 del 22 de junio de 2001. (Ley 23 de 2006).

Ley 24 de 2001 del 27 de diciembre (España). Documento sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social que modifica la Ley 7/1998 del 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación introduciendo el apartado 5.2. Boletín Oficial del Estado No. 313, 31 de diciembre de 2001.

Ley 39 de 2002 del 28 de octubre (España). Documento de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios que modifica la Ley 7/1998 del 13 de abril sobre condiciones generales de la

contratación en sus artículos 16 y 19. Boletín Oficial del Estado No. 259, 29 de octubre de 2002.

Real decreto legislativo 1 de 2007 del 16 de noviembre (España). Documento por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado No. 287, 30 de noviembre de 2007.

Ley 3 de 2014 del 27 de marzo (España). Documento por el que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Boletín Oficial del Estado No. 76, 28 de marzo de 2014.

México

Código civil federal (México). Diario Oficial de la Federación del 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928 (última reforma publicada en el DOF del 24 de diciembre de 2013).

Código de comercio (México). Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889 (última reforma publicada en el DOF del 13 de junio de 2014).

Código Penal Federal (México). Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 1931 (última reforma: DOF 14-07-2014).

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos (México). Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917 (última reforma publicada en el DOF del 27 de enero de 2016).

Decreto por el que se adiciona un párrafo noveno al artículo 4o.; se reforma la fracción XXV y se adiciona una fracción XXIX-Ñ al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (México). Diario Oficial de la Federación: 30 de abril de 2009.

Disposiciones de Carácter General en Materia de Cláusulas Abusivas Contenidas en los Contratos de Adhesión (México). Diario Oficial de la Federación del 19 de noviembre de 2014.

Iniciativa de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996 (México).

Ley Federal del Derecho de Autor (México). Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1996.

Ley Federal de Protección al Consumidor (México). Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1992 (última reforma publicada en el DOF del 9 de abril de 2012).

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (México). Diario Oficial de la Federación del 18 de enero de 1999 (última reforma publicada en el DOF del 10 de enero de 2014).

Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor (México). Diario Oficial de la Federación del 22 de mayo de 1998 (última reforma: DOF 14-09-2005).

Reglamento Interior del Instituto Nacional del Derecho de Autor (México).

Argentina

Ley 11.723 (Argentina) sobre Propiedad intelectual, Boletín Oficial de la República Argentina del 28 de septiembre de 1933.

Ley 24.240 (Argentina). Ley de defensa del consumidor, Boletín Oficial de la República Argentina del 15 de octubre de 1993.

Decreto 1798/94 (Argentina). Defensa del Consumidor, Decreto Reglamentario de la Ley 24240, Boletín Oficial de la República Argentina del 13 de noviembre de 1994.

Ley 24.870 (Argentina) modificatoria de la Ley 11.723, Boletín Oficial de la República Argentina del 16 de septiembre de 1997.

Ley 25.006 (Argentina) modificatoria de la Ley 11.723, Boletín Oficial de la República Argentina del 13 de agosto de 1998.

Ley 25.036 (Argentina) modificatoria de la Ley 11.723, Boletín Oficial de la República Argentina del 14 de octubre de 1998.

Decreto 561/99 (Argentina). Modificación del Decreto N° 1798/94, a fin de incluir dentro de la modalidad de venta domiciliaria o directa la contratación que resulte de una convocatoria al consumidor al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objeto de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, Boletín Oficial de la República Argentina del 24 de mayo de 1999.

Ley 25.446 (Argentina). Ley del fomento del libro y la lectura, Boletín Oficial de la República Argentina del 26 de julio de 2001.

Ley 25.542 (Argentina). Ley de defensa de la actividad librera, Boletín Oficial de la República Argentina del 8 de enero de 2002.

Resolución 75 de 2002 (Argentina). Ministerio de la Producción, Boletín Oficial de la República Argentina del 27 de noviembre de 2002.

Ley 26.994 (Argentina). Código civil y comercial de la nación, Boletín Oficial de la República Argentina del 7 de octubre de 2014.

Anexo: Desarrollo normativo de la legislación colombiana, española, mexicana y argentina respecto al derecho de autor de obras impresas, y en lo que atañe a cláusulas abusivas en contratos editoriales

Sintetizando la normatividad que rige el tema en Colombia, tenemos que los principales instrumentos internacionales que regulan el tema de derechos de autor y los derechos conexos para material editorial son²⁰:

- El Convenio de Berna para la protección de las obras Literarias y artísticas (Ley 33 de 1987).
- La Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Ley 48 de 1975).
- El acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio – ADPIC (Dentro de la Ley 170 de 1994).
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas - WPPT (Ley 545 de 1999).
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor - WCT (Ley 565 de 2000).

Y en cuanto a las normas internas que regulan el tema de Derechos de Autor en Colombia tenemos:

- Constitución Política Colombiana.
- Decisión Andina 351 de 1993, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos²¹.

²⁰ Información tomada de la Dirección Nacional de Autor (s.f.).

²¹ La Decisión Andina 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es norma de aplicación directa y preeminente en nuestro ordenamiento jurídico. Lo cual implica que no requiere de ningún acto de ratificación para aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación debe ser preferente frente a la normatividad directa. La misma busca reconocer la

- Ley 23 de 1982, Sobre Derechos de Autor.
- Ley 44 de 1993, por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944.
- Ley 232 de 1995, por medio de la cual se dictaminan normas para el funcionamiento de establecimientos comerciales.
- Ley 599 de 2000 (código Penal), artículos 270,271 y 272.
- Decreto 460 de 1995, por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal²².
- Decreto 1070 de 2008, por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993.
- Decreto 1879 de 2008, por el cual se reglamentan la Ley 232 de 1995, el artículo 27 de la Ley 962 de 2005, los artículos 46,47 y 48 del Decreto Ley 2150 de 1995 y se dictan otras disposiciones.

En lo que tiene que ver con legislación sobre cláusulas abusivas, la legislación colombiana se limita a:

- Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor
- Ley 1328 de 2009. Normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores
- Ley 142 de 1994. Régimen de los servicios públicos domiciliarios

protección adecuada y efectiva de los autores y de los titulares de derechos, cualquiera sea la naturaleza tipológica y el medio a través del cual se publica una obra. Como titular de los derechos de una obra reconoce a la persona natural o jurídica –originaria o derivada- que tenga los derechos patrimoniales de una obra en cuestión.

²² Reglamentó el Registro Nacional de Derecho de Autor y reguló el depósito legal, en virtud de la Ley 44 y la Decisión 351, busca “otorgar mayor seguridad jurídica a los autores y titulares”.

La normatividad española reafirma los convenios internacionales de protección a material creativo, ya presentados para Colombia (con sendas variaciones frente a las fechas de entrada en rigor) e incorporando las siguientes normas comunitarias:

- Directiva 91/250/CEE sobre protección jurídica de programas de ordenador, del 14 de mayo de 1991. (Ley 16 de 1993 – incorporada al real decreto-legislativo 1/1996).
- Directiva 93/98/CEE relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y determinados derechos afines. (Ley 27 de 1995 – incorporada al real decreto-legislativo 1/1996).
- Directiva 96/9/CE sobre protección jurídica de las bases de datos, del 11 de marzo de 1996. (Ley 5 de 1998 del 6 de marzo).
- Directiva 2001/29/CE relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, del 22 de mayo de 2001. (Ley 23 de 2006).

En cuanto a la legislación interna se tienen:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889. Código civil español.
- Constitución española.
- Ley orgánica 10 de 1995, del 23 de noviembre. Código penal.
- Real decreto legislativo 1/1996 del 12 de abril. Documento que establece un único texto de disposiciones vigentes sobre propiedad intelectual.
- Ley 23 de 2006 del 7 de julio. Documento que modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

En términos de la legislación española se tiene como normativa comunitaria sobre cláusulas abusivas:

- Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Y en cuanto a la legislación interna:

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. Defensa de los Consumidores y Usuarios.
- Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre. De contratación telefónica o electrónica.
- Ley 7/1998, de 13 de abril. De la contratación.

México es signatario de las mismas convenciones que Colombia y España. En cuanto a la legislación interna tenemos:

- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Decreto por el que se adiciona un párrafo noveno al artículo 4o.; se reforma la fracción XXV y se adiciona una fracción XXIX-Ñ al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación: 30/abril/2009
- Código Penal Federal.
- Iniciativa de la Ley Federal del Derecho de Autor de 1996.
- Ley Federal del Derecho de Autor. Diario Oficial de la Federación del 24 de diciembre de 1996.
- Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor. Diario Oficial de la Federación del 22 de mayo de 1998 (última reforma: DOF 14-09-2005).
- Reglamento Interior del Instituto Nacional del Derecho de Autor

Así como copiosas tesis jurídicas y jurisprudencia relacionada de la quinta a la décima época²³ (jurisprudencia aplicable que va de 1917 a nuestros días).

En cuanto a la legislación sobre cláusulas abusivas se encuentra limitada a:

- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.
- Ley Federal de Protección al Consumidor.
- Disposiciones de Carácter General en Materia de Cláusulas Abusivas Contenidas en los Contratos de Adhesión.

Argentina sí presenta algunas diferencias en materia de convenios internacionales ratificados, están²⁴:

- Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística, Montevideo, 1889 (Ratificado por ley 3192).
- Convención sobre Propiedad Literaria y Artística, Buenos Aires, 1910 (Ratificada por ley 13.585).
- Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, Washington, 1946 (Ratificada por ley 14.186).
- Convención Universal sobre Derecho de Autor, Ginebra, 1952 (Ratificada por decreto - ley 12.088/57).
- Convención de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, Berna, 1886 - Acta de Bruselas, 1948 (Ratificada por ley 17.251).
- Acta de París, 1971 (Ratificada por ley 22.195).
- Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, París, 1971. Enmendado en 1979 (Ratificado por ley 22.195).

²³ Una época hace referencia a un periodo paradigmático en la forma de la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia. La primera época inicia en 1870 con la publicación en el Semanario Judicial de la Federación. La quinta época inicia el 1 de junio de 1917, la décima época inicia el 4 de octubre de 2011.

²⁴ Tomado de: <http://www.jus.gob.ar/derecho-de-autor/legislacion.aspx>

- Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de Fonogramas, Ginebra 1971 (Ratificado por ley 19.963).
- Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, Roma, 1961; Ginebra, 1987 (Ratificada por ley 23.921).
- Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales, Ginebra 1989 (Ratificado por ley 24.039).
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Ratificado por ley 24.425).
- Tratado OMPI sobre Derecho de Autor, Ginebra, 1996 (Ratificado por ley 25.140).
- Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, Ginebra, 1996 (Ratificado por ley 25.140).

En cuanto a las normas internas existen unas específicas las denominadas “Sistema de dominio público pagante” que hacen referencia al Fondo Nacional de las Artes y al pago por el derecho a la cultura y el disfrute de obras del patrimonio universal (que ya no caen en el dominio de los derechos de autor).

En cuanto a normas internas están:

- Ley 11.723 sobre Propiedad intelectual, 28 de septiembre de 1933.
- Ley 24.870 modificatoria de la Ley 11.723, de 16 de septiembre de 1997.
- Ley 25.006 modificatoria de la Ley 11.723, de 13 de agosto de 1998.
- Ley 25.036 modificatoria de la Ley 11.723, de 14 de octubre de 1998.
- Ley 25.446 Ley del fomento del libro y la lectura, de 26 de julio de 2001.
- Ley 25.542 Ley de defensa de la actividad librera, de 8 de enero de 2002.

- Resolución 75 de 2002 Ministerio de la Producción, de 27 de noviembre de 2002.

Respecto a cláusulas abusivas se encuentra:

- Ley de defensa del consumidor.
- Decreto de Defensa del Consumidor, Decreto Reglamentario de la Ley 24240.
- Código civil y comercial de la nación.

LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES EN OBRA LITERARIA –DE CARÁCTER EXCLUSIVO A LA EDITORIAL UNIVERSITARIA– COMO ABUSIVA EN COLOMBIA

Resumen

El estudio de la cláusula contractual en la cual un autor cede los derechos patrimoniales que tiene sobre su obra a una editorial universitaria puede ser abarcado desde dos perspectivas: la del abuso del derecho en Colombia y su aplicación a la cláusula de cesión de derechos patrimoniales, o la de la dinámica editorial universitaria colombiana. Esta investigación recurre a una revisión teórica del tema y a la aplicación de una encuesta a autores y editores universitarios sobre cómo y bajo qué condiciones se firman los contratos de edición universitarios en Colombia. Se discute si una cláusula de cesión de derechos patrimoniales configura una posición dominante de la editorial frente al autor de una obra que firma el contrato con el fin de dar a conocer su obra, y en caso de haber una posición dominante si se podría presentar abuso del derecho.

Palabras clave: contrato editorial, cesión de derechos, abuso del derecho, posición dominante, cláusula de cesión, derechos patrimoniales, autor, editorial.

“LA CLÁUSULA CONTRACTUAL DE CESIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES EN OBRA LITERARIA –DE CARÁCTER EXCLUSIVO A LA EDITORIAL UNIVERSITARIA– COMO ABUSIVA EN COLOMBIA”

Ana del Rosario Corredor Monterrosa

Maestría en derecho contractual público y privado

Universidad Santo Tomás de Aquino

Facultad de derecho

Centro de investigaciones sociojurídicas Francisco de Vitoria

1. Introducción

El Derecho de Autor goza hoy en día de un amplio reconocimiento a nivel nacional e internacional como un derecho fundamental sobre las creaciones del espíritu. Adicionalmente es un campo “vivo” de investigación jurisprudencial bien sea por sus aplicaciones como por sus fundamentos teóricos.¹ En este artículo se investigan las situaciones contractuales del derecho de autor en el caso de cesión de derechos patrimoniales en contratos de edición universitaria mediante un estudio de caso. Se recurre al mismo al no encontrar desarrollos jurisprudenciales en las altas cortes colombianas que hayan abordado esta temática, ni disertaciones doctrinales al respecto. Para ello se diseñaron unos instrumentos de

¹ Un claro ejemplo de este amplio desarrollo normativo y su carácter vivo lo constituye los retos a la protección de la autoría o a los derechos patrimoniales de obras originales en la internet, así como la complejidad de intentar aplicar estos mismos conceptos a los procesos de creación colectiva en portales web. Sobre el particular consúltese: Goldstein (2005); Cerlalc (2013).

captura de información (Yacuzzi, 2006; Jiménez, 2012) orientados a autores universitarios y a editoriales universitarias, cuyas respuestas son contrastadas con los marcos teóricos propuestos (Darke et al., 1998; George & Bennett, 2005). La discusión de esta temática abre puertas a una comprensión más profunda del derecho de autor en obras editoriales.

Este tipo de estudios no es frecuente en ciencias jurídicas (Carnelutti, 1990; Limpas, 2012)² pero sí lo es en ciencias sociales (Peña, 2009)³, recordando que sus métodos de investigación son comunes.⁴ Normalmente involucra un trabajo interdisciplinar (Peña, 2009, p. 186) siempre y cuando se oriente a una comprensión holística. Para el estudio acá planteado es suficiente decir que busca expresar la existencia misma del fenómeno y dar una descripción que lo caracterice inicialmente más que estudiar el caso para resolver el fenómeno, en lo que se conocería como un trabajo de “exploración” (Peña, 2009, p. 187).⁵

El objetivo de la investigación es indagar por las condiciones de contratación en editoriales universitarias colombianas y revisar la legalidad contractual a la luz del derecho de autor para obras impresas. Para ello se elaboró un cuestionario para autores (Anexo 1) y uno para editores (Anexo 2) que fueron remitidos vía correo electrónico o mediante entrevistas personales, buscando indagar si algunas de las cláusulas pactadas en los contratos para publicación de obras pueden considerarse como abusivas, debido a que los autores deben ceder todos sus

² El trabajo de la doctora Julia Limpas recupera la posibilidad de emplear el estudio de caso como herramienta no solo investigativa sino complementaria del proceso de aprendizaje del derecho. En ese sentido es tanto instrumento de instrucción como prueba de aprendizaje.

³ El artículo de Peña trae una síntesis histórica de este método que la remonta hasta el origen mismo de la ciencia occidental en Aristóteles, donde además ubica al derecho como la ciencia moderna que mayor impulso le dio (claro está que como método de enseñanza, principalmente).

⁴ Más allá de zanjar un debate lo que acá se establece es que en investigación científica son las ciencias sociales el referente para investigar temas en derecho, aun cuando puedan hacerse modificaciones-adaptaciones acorde a sus propias necesidades.

⁵ En esa dirección, el problema que enfrenta todo estudio de caso –y su riesgo– es caer en generalizaciones inductivas sin contar con la suficiente información. Lo cual acá se evitará a toda costa.

derechos patrimoniales de la obra como son: reproducción, distribución y venta en distintas lenguas y presentaciones por varios años, en las condiciones que determine la editorial universitaria, en ocasiones por un porcentaje mínimo de las ventas (representadas en copias de la obra) o solamente por la publicación de su trabajo, de forma que existe un menor beneficio –desde el punto de vista económico– para los investigadores, docentes y estudiantes que no tienen posibilidad de negociación, aun cuando en la relación contractual son quienes hacen el aporte principal (creación intelectual) (Vallejo, 2007; González, M., 2011) viéndose obligados a ceder todos sus derechos patrimoniales sobre la obra.

Diversos pronunciamientos de las altas cortes en Colombia⁶ han advertido que debe existir un control sobre las denominadas “cláusulas abusivas” –como puede ser el caso de las cláusulas de cesión de los contratos de edición (Silva, 2001) que acá se estudia–. No obstante, esto no sucede debido a la ausencia de autoridades versadas en la materia que puedan ejercer una efectiva fiscalización y la falta de claridad para establecer los criterios de desigualdad contractual entre las partes (Bonivento, 2009). En el caso de los contratos de edición, por tratarse de contratos innominados, hay cláusulas de común acuerdo entre las partes que incluyen –entre otras– la cesión de derechos del autor al editor con el fin de poder tomar la obra y explotarla, pero es importante reconocer que hay una posición dominante de las editoriales en relación a quien cede sus derechos patrimoniales que terminan imponiendo cláusulas que rompen el equilibrio contractual –cláusulas abusivas– (Eguaras, 2013). Dicho uso de la posición dominante puede entenderse como un caso de abuso del derecho (Rengifo, 2004), o como un caso de violación a la buena fe contractual (Posada, 2015). Para el caso del presente artículo se

⁶ Consejo de Estado, República de Colombia. (2003). Expediente No. 1999-0633-01 (7240); Corte Constitucional, República de Colombia. (1999). Sentencia T-927 de 1999; Corte Constitucional, República de Colombia. (2000). Sentencia C-664 de 2000; Corte Constitucional, República de Colombia. (2001). Sentencia C-332 de 2001; Corte Constitucional, República de Colombia. (2003). Sentencia C-150 de 2003; Corte Constitucional, República de Colombia. (2005). Sentencia T-525 de 2005; Corte Suprema de Justicia, República de Colombia. (2001). Sentencia de casación del 2 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente No: 5670; Corte Suprema de Justicia, República de Colombia. (2001A). Sentencia de casación del 2 agosto de 2001. Colombia. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente No: 6146.

discutirá en ambas direcciones con el fin de encontrar la que más se ajuste al corpus contractual estudiado.

A partir de lo señalado por Vásquez (2014), se destacan los siguientes ejemplos como los más comunes del asunto aquí planteado:

- “1) La inclusión de condiciones o términos ilegibles; facultad unilateral del predisponente para: interpretar o modificar elementos del contrato y su régimen de cumplimiento; resolver o extinguir el contrato; retener las cantidades abonadas, si el contrato no llega a ejecutarse.*
- 2) La prohibición o limitación del ejercicio de acciones por el adherente en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del predisponente.*
- 3) La imposición de la renuncia al ejercicio de acciones judiciales y el establecer cláusulas de arbitraje.*
- 4) La limitación de los medios de prueba o inversión de la carga de la prueba contrariando al derecho aplicable.*
- 5) La liberación del predisponente de la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso.*
- 6) La inclusión de términos de prescripción inferiores a los regulados por ordenamiento jurídico.*
- 7) El imponer al débil jurídico la consideración como caso fortuito de circunstancias que no poseen esa entidad, a fin de liberar al predisponente de responsabilidad por incumplimiento.” (Vásquez, 2015, p. 3).*

En derecho, las cláusulas abusivas no solo deslegitiman el principio de buena fe y equilibrio contractual, sino que atentan contra la seguridad jurídica, la intangibilidad contractual o el deber de no causar daño a otro sin causa legítima. De existir un carácter abusivo en las cláusulas de cesión en los contratos de

edición, la protección del autor podría ser inexistente para el caso de investigadores, estudiantes y docentes que suscriben este tipo de contratos con las editoriales del sector educativo.

En el artículo inicialmente se discute el marco jurídico de los derechos de autor en Colombia, los contratos de edición universitaria y la cesión de derechos patrimoniales, las cláusulas abusivas y las posiciones dominantes. Luego se presentan los resultados del trabajo de levantamiento de información mediante encuestas y se analizan los distintos aspectos encontrados. El documento finaliza con las conclusiones del estudio.

2. Marco teórico

En este apartado se establecen los elementos teóricos para definir el marco de análisis de los resultados de las encuestas aplicadas. Se discute qué se podría entender por una cláusula contractual de cesión de derechos patrimoniales en contratos de edición desde la perspectiva del abuso del derecho y, en específico, cómo se identificarían una cláusula abusiva en este tipo de contratos y una posición dominante en esta relación contractual. En una segunda parte se discute sobre el objeto mismo de investigación, el cual es la posibilidad e interés de ceder derechos en el contrato de edición, a la luz de los derechos de autor.

2.1 Contratos de edición de obras impresas en Colombia

Rodríguez Pardo (2003) afirma que el derecho de autor ha venido “evolucionando” en el mundo occidental a partir del siglo V a.C. con “(...) un reconocimiento social y moral del trabajo de los autores, junto con una defensa del mismo” (p. 2) entre los pueblos griegos y luego romanos. Este rasgo nos indica que el origen histórico de su desarrollo normativo actual responde a la formalización de las costumbres, pero no nos habla de su discusión jurídica. A este respecto nos indica el propio

Rodríguez Pardo⁷ que el impulso definitivo al desarrollo normativo se da con “(...) la invención de la imprenta, en 1450, que no solo facilitó el nacimiento de la industria literaria (...) sino que actuó también como resorte para que las autoridades se preocupasen de dotar de un marco jurídico propio a las actividades impresoras”, con lo que se inicia una competencia entre los “(...) monopolios de impresión al margen de los derechos de los autores y de sus derechos sobre la obra creada” (2003, p.2).

En consecuencia podemos afirmar que hay una doble corriente de desarrollos normativos respecto a los derechos de autor: aquellos destinados a la protección de la obra y del autor de la obra en sus derechos creativos y espirituales, y una línea de protección a los contratos entre autores e industrias culturales frente a terceros. En una mirada panorámica podemos decir que los temas que han hecho y hacen parte de las distintas normas de diferente naturaleza que articulan la propiedad intelectual en Colombia y en el mundo se resumen en: derechos de autor y derechos conexos, por un lado, y registros de autor y depósito legal, por otro; entendiendo estos últimos como mecanismos para garantizar los primeros (Zea, 2009).

En Colombia la norma que rige los derechos de autor es la Ley 23 de 1982, complementada con los principales instrumentos internacionales que regulan el tema de derechos de autor y los derechos conexos para material editorial, y que han sido incorporados legislativamente, como son:⁸

- El Convenio de Berna para la protección de las obras Literarias y artísticas (Ley 33 de 1987).

⁷ Julián Rodríguez Pardo es doctor en comunicación y especialista en fundamentos legales de la información y la comunicación. Su texto es una muy buena introducción para seguir la evolución histórica del derecho de autor: *El derecho de autor en la obra multimedia*, Editorial Dykinson, Madrid, 2003. Para el marco de discusión jurídica se recomienda Lipszyc (1993) y Zea (2009).

⁸ Información tomada de la Dirección Nacional de Autor (s.f.).

- La Convención de Roma, sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Ley 48 de 1975).
- El acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio – ADPIC (Dentro de la Ley 170 de 1994).
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas - WPPT (Ley 545 de 1999).
- El Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor - WCT (Ley 565 de 2000).

Y en cuanto a las normas internas que regulan el tema tenemos:

- Constitución Política Colombiana.
- Decisión Andina 351 de 1993, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos⁹.
- Ley 23 de 1982, Sobre Derechos de Autor.
- Ley 44 de 1993, por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944.
- Ley 232 de 1995, por medio de la cual se dictaminan normas para el funcionamiento de establecimientos comerciales.
- Ley 599 de 2000 (código Penal), artículos 270, 271 y 272.
- Decreto 460 de 1995, por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal¹⁰.

⁹ La Decisión Andina 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, es norma de aplicación directa y preeminente en nuestro ordenamiento jurídico. Lo cual implica que no requiere de ningún acto de ratificación para aplicarse en nuestro ordenamiento jurídico y su aplicación debe ser preferente frente a la normatividad directa. La misma busca reconocer la protección adecuada y efectiva de los autores y de los titulares de derechos, cualquiera sea la naturaleza tipológica y el medio a través del cual se publica una obra. Como titular de los derechos de una obra reconoce a la persona natural o jurídica –originaria o derivada- que tenga los derechos patrimoniales de una obra en cuestión.

¹⁰ Reglamentó el Registro Nacional de Derecho de Autor y reguló el depósito legal, en virtud de la Ley 44 y la Decisión 351, busca “otorgar mayor seguridad jurídica a los autores y titulares”.

- Decreto 1070 de 2008, por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993.
- Decreto 1879 de 2008, por el cual se reglamentan la Ley 232 de 1995, el artículo 27 de la Ley 962 de 2005, los artículos 46,47 y 48 del Decreto Ley 2150 de 1995 y se dictan otras disposiciones.

Respecto a los mecanismos jurídicos para la protección del derecho de autor,¹¹ en la legislación Colombiana se han establecido tres tipos diferentes de acciones judiciales: civil, administrativo y penal.

En lo civil es posible adelantar procesos declarativos y ejecutivos. El artículo 242 de la Ley 23 de 1982 dispone que “las cuestiones que se susciten con motivo de esta ley, ya sea por aplicación de sus disposiciones, ya sea como consecuencia de los actos y hechos jurídicos y vinculados con los derechos de autor, serán resueltos por la justicia ordinaria”, con lo cual pueden iniciarse procesos declarativos. En cuanto a los procesos ejecutivos: “los mismos se adelantan cuando se pretenda el cumplimiento de una obligación referida con un hecho u acto relacionado con el derecho de autor o los derechos conexos” (Vega, 2010, p. 102).

En lo administrativo opera el artículo 104 del Código de procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), por cuanto pueden existir relaciones contractuales, actos, hechos u operaciones de la administración pública vinculados con el derecho de autor.

En lo penal: el título VIII, Capítulo Único artículos 270 a 272 del Código Penal (Ley 599 de 2000) regula de forma particular en materia de protección al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito penal, consagrando tres tipos penales

¹¹ En lo institucional la Dirección Nacional de Derechos de Autor (organismo del Estado que posee la estructura jurídica de una unidad administrativa adscrita al Ministerio del Interior) administra el Registro Nacional de Derechos de Autor, con efectos declarativos y probatorios.

que sancionan diferentes conductas violatorias del derecho de autor y los derechos conexos: el artículo 270 establece una pena de prisión de hasta 90 meses y una multa de hasta 300 salarios mínimos legales vigentes por violación de los derechos morales de autor, entre tanto los artículos 271 y 272 condenan: a prisión de máximo ocho años y al pago de una multa de hasta 1.000 salarios mínimos por violar los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos, y por violar los mecanismos que protegen los derechos de autor, los conexos y otro tipo de fraudes en la materia (Ley 599 de 2000). Con lo cual se configuran varios tipos de lesiones, como lo confirma la doctrina especializada (Lipszyc, 1993, p. 557), las cuales se clasifican en: a) lesiones al derecho moral, b) lesiones a los derechos patrimoniales, c) lesiones mixtas (al derecho moral y a los derechos patrimoniales).

En cuanto a las faltas en sí mismas contra la propiedad intelectual, las mismas aparecen en la Ley 44 de 1993, donde se establece la defensa de los intereses de los autores en cuanto a los derechos que tienen por la propiedad intelectual que les es propia estableciendo un precedente legal en cuanto a las sanciones que deben ser impuestas para quienes infrinjan de manera alguna los derechos de autor. Los casos sancionables, expresados en el artículo 51, proceden cuando sin previa y expresa autorización del titular del derecho, un tercero:

- Publica una obra.
- Inscribe el registro del derecho de autor con cambios, alteraciones, supresiones o falsedad en la información del autor, el título, el texto o del equipo de producción.
- Transforma por cualquier medio la obra original.
- Reproduce o manipula la obra (Ley 44, 1993).

Sin embargo, al revisar esta normatividad se encuentra que la misma elude abordar la responsabilidad existente frente a problemas con los contratos en sí mismos entre autores y editoriales, como cuando se ceden derechos patrimoniales

para la explotación de la obra.

El objetivo de este artículo, entonces, es estudiar mediante un estudio de casos las situaciones en las cuales se da dicha cesión de derechos patrimoniales en la publicación de obras universitarias para discutir si existen cláusulas abusivas específicas o un abuso general del derecho a contratar que pudiera vulnerar los derechos de autor. Señalamos la existencia de dos características de la cláusula abusiva: a) la misma no existe solamente en contratos de consumo, la misma puede estar presente en cualquier contrato; y b) lo que hace que una cláusula se considere abusiva o no es el tratamiento legislativo, con lo cual se entiende que es una situación dinámica que se da en un modo, tiempo y lugar específico.

2.2. Editoriales y contratos de edición

La industria editorial en Colombia ha tenido un desarrollo lento y tardío a partir de su origen español a finales del siglo XIX cuando los editores españoles deciden enfrentar a “las editoriales estadounidenses como Appleton, las francesas Garnier y Bouret, la alemana Brockhaus, y la inglesa Ackermann [que] copaban a finales del Siglo XIX los mercados latinoamericanos”. (Fernández, 2009, p. 67). Como grandes editoriales a principios del siglo XX están: la librería Mundial (1930), Librería y editorial La Gran Colombia (1942), Librería Buchholz (1950) y la editorial Aguirre (1959), la editorial y librería Temis (1963), la editorial La Oveja negra (1968). (Correa, 2012, p. 7). El proceso dado a finales del XIX y principios del XX, en general, se desarrollaba mediante libreros y distribuidores que deciden incursionar con publicaciones locales de pequeño tiraje, así como publicaciones financiadas por los propios autores.

Podemos decir que la labor de estas editoriales en Colombia suele ser un trabajo no de buscar títulos y autores sino de gestionar un servicio de impresores para algunos autores, más aún, en general el proceso consistía en que las editoriales

españolas se acercaban a los libreros locales ofertando el catálogo y si se daban las condiciones finalmente instalaban una comercializadora regional o local, no una editorial como tal.¹² Colombia, aún hoy en día, no tiene suficientemente desarrollado el mercado local para decir que hay una industria editorial fuerte, excepto en lo que son productos de consumo masivo: traducciones de libros populares, obras de autores consolidados, reimpresiones.

Las grandes marcas editoriales que operan actualmente en Colombia son todas extranjeras: Océano, Planeta, Ediciones B, Santillana, Siglo del Hombre, Fondo de Cultura Económica¹³, Plaza & Janés, Pearson, Vicens-Vives, Random House - Mondadori, Mc Graw Hill, SM, entre otras. Las principales editoriales colombianas: Alfaomega colombiana, Ecoe, Kinesis, Villegas editores, prefieren autores extranjeros en sus áreas, otras como Ediciones doctrina y ley, Cooperativa editorial Magisterio, Trillas, Temis, Leyer, La Carreta, Legis, se enfocan predominantemente en temas legales, pedagógicos o sociales que, normalmente, se suplen de autores locales, pero en general sus tirajes son muy reducidos.

Otro grupo de editoriales en Colombia es el conformado por las universitarias. Su historia es igual de simple que lo ya reseñado para las editoriales colombianas en general: ediciones de libros sueltas sin organizar en sellos editoriales, situación que persistió hasta mediados de la década de los noventa del siglo XX. En general, el limitado mercado colombiano hacía que las editoriales educativas lo

¹² Este proceso tiene su punto de quiebre con la Guerra Civil española que alejó a las empresas españolas y llevó a surgir proyectos editoriales propios en América Latina, principalmente agrupando a exiliados españoles y literatos e inversionistas latinoamericanos en México y Argentina. Las principales editoriales fundadas por emigrantes son: UTHEA- Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana en 1937 (México), Grijalbo en 1949 (México), Sudamericana y Emecé en 1939 (Argentina), Losada en 1938 (Argentina) (Fernández, 2009, p. 70). Un buen trabajo para seguir esta historia es el de Cobo (2000).

¹³ El Fondo de Cultura Económica de México es un caso aparte en los procesos editoriales latinoamericanos. Editorial surgida en 1934 como un proyecto académico de obras en Economía apoyado por entidades estatales (Secretaría de hacienda y bancos estatales) se ha mantenido a la vanguardia a nivel mundial. Como tal no surge a raíz de la crisis española sino como respuesta al rechazo de las editoriales Aguilar y Espasa-Calpe de publicar un compendio de obras de economía que se requerían para la enseñanza de esta carrera en las universidades mexicanas.

dominaran (Correa, 2012, p. 6): Tipografía, librería y editorial Bedout (1889), Imprenta Carvajal en 1904 (luego con editorial Norma en 1960) y Librería y editorial Voluntad (1928), de origen jesuita y vendida en los cincuenta a la familia Bedout. Sin que las editoriales universitarias se llegasen siquiera a constituir¹⁴.

En Colombia hay 107 Instituciones de Educación Superior que adelantan procesos de edición¹⁵, pero de las cuales solo 29 tienen una producción significativa (Rama et al., 2006, p. 36), adicionalmente el 50,7% de los títulos registrados son editados en Bogotá (Rama et al., 2006, p. 49). Las principales editoriales universitarias son:¹⁶ Universidad Externado, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Universidad de Antioquia, Unibiblos-Universidad Nacional de Colombia, Universidad de los Andes (las más grandes, más de 50 títulos por año); Eafit, Ediciones Uninorte, Universidad de Caldas, Universidad del Magdalena, Facultad de humanidades de la Universidad del Valle, Universidad Distrital, UNAD, Universidad Pontificia Bolivariana, las segundas en tamaño (30-40 títulos por año). Los principales problemas identificados para esta industria son la piratería, “la copia virtual y la reprografía ilegal” (Rama et al., 2006, p. 7), así como aspectos internos poco competitivos de las mismas que les impiden operar como editoriales modernas. Dentro de estos aspectos se tiene: “ausencia de políticas de mercadotecnia”, ediciones poco atractivas que se espera sirvan como libros de texto y carecen de elementos didácticos y pedagógicos, así como presupuestos bajos y ausencia de políticas editoriales técnicas y de larga duración (Rama et al., 2006, pp. 18-19). Esto lleva a que haya muy pocos estímulos para que los autores permanezcan o deseen publicar en una editorial universitaria, haciendo que la mayoría opte por editoriales comerciales, de ser posible.

¹⁴ Como ejemplo: la editorial de la Universidad Nacional de Colombia, que históricamente ha sido una de las más productivas, solo se constituye formalmente como Unibiblos en 1997, permaneciendo en funciones editoriales y de impresión como una “división de publicaciones” al servicio de las facultades desde la época de la República Liberal que reorganizó la universidad en la década de 1930.

¹⁵ De las 148 registradas para el año del estudio.

¹⁶ A partir de datos de Rama et al. (2006, p. 70).

Ahora bien, es claro que los objetivos de una editorial universitaria incluyen elementos propios de las editoriales comerciales pero, en general, deben estar orientados por una visión que relacione la producción de la misma con los fines de la universidad (Moyano-Grimaldo, 2007; Radio, 2016). Esto implica difundir el trabajo de la universidad, articular y dinamizar mediante las publicaciones los debates académicos y sociales, y proveer a la universidad de medios para la enseñanza. Sin embargo no suele haber claridad en los criterios para publicación, primando decisiones políticas institucionales y no editoriales, así como en otros casos median procesos de evaluación paritaria y decisiones de comités internos editoriales y académicos, lo que genera vacíos en información sobre cómo se decide publicar o cómo se forman las “colecciones” (Rama et al., 2006, p. 143).

Acorde a la investigadora Patricia Piccolini esto genera un enfrentamiento entre una “lógica académica” y una “lógica editorial”:

(...) el malestar que suele existir entre los autores universitarios cuando su original no es aceptado para su publicación, aunque es sabido que son pocas las editoriales universitarias con la suficiente autonomía como para poder rechazar trabajos de autores pertenecientes a la casa de estudios. Y las dificultades por negarse a convertir un original inapropiado en libro aumentan significativamente si ese texto ya fue evaluado positivamente en alguna instancia académica. Muchos investigadores y académicos consideran a la editorial universitaria como una agencia de servicios editoriales, o más precisamente, una oficina de impresiones. (Rama et. al., 2006, pp. 144-145).

Con lo que el interés real de los autores es solo publicar como una forma de reconocimiento público, un ego satisfecho sin interés editorial alguno. Por su mismo propósito es común –en las editoriales universitarias– encontrar “originales que carecen de la calidad mínima para ser convertidos en libros” (Rama et. al.,

2006, p. 146), o puede darse el caso de que son muy buenos pero sin mercado alguno (solo algunos colegas). Diferente es el caso de libros que tienen mercado fijo (demanda) por ser textos de consulta obligada, pero que no tienen calidad como libro (los apuntes de clase).

Los autores de las obras deben suscribir contratos de edición con cualquier editorial,¹⁷ incluidos los fondos editoriales de las universidades, ya que los mismos reflejan la entrega que hace de su obra el autor a un editor con el compromiso de reproducirla, distribuirla y venderla a cambio de lo que se denomina regalía,¹⁸ sujeta a acuerdos individuales. Por regalía se entiende el pago de cánones o tasas por el uso o la cesión de derechos, y es una práctica común de cesión de derechos con compensación. El Código de Comercio (título XV, artículos 1354 a 1376) regula en Colombia este tipo de contratos y determina:

ARTÍCULO 1355. PACTO DEL ESTIPENDIO O REGALÍA PARA EL AUTOR. *En todo contrato de edición deberá pactarse el estipendio o regalía que corresponda al autor o propietario de la obra, el que en ningún caso será inferior al 20% del precio de venta al público. A falta de estipulación, se presumirá que corresponde al autor o propietario dicho porcentaje.*

Cuando el editor adquiera el derecho de hacer dos o más ediciones la regalía no será inferior al 15% del precio de venta de cada ejemplar.

En ningún caso el autor soportará las pérdidas que resulten del extravío, avería, destrucción o falta de pago de los ejemplares vendidos. (Decreto 410 de 1971).

¹⁷ Una colección de obras que permite seguir la lógica y el proceso general de la edición impresa respecto a las condiciones legales son: Ballesteros (1999), Lacruz (2000), Serrano (2001), Benito (2003), Boretto (2010); y en lo que tiene que ver con el arte editorial: Sagastizábal (2005), Rogovsky (2016).

¹⁸ El uso del término regalía proviene del inglés *royalty* y no se encuentra bien castellanizado, sin embargo su uso es extendido.

Por su parte la Ley 23 de 1982¹⁹ (Sobre derechos de autor) determina en sus capítulos primero y segundo que los autores de obras (literarias para los fines de esta investigación) tienen la protección de sus obras por medio de la ley misma y del derecho común, y que sobre las mismas recaen los derechos de autor. Dicha ley establece, además, que los derechos de autor pertenecen originalmente al autor o creador de una obra, y que esa calidad de “propiedad” le da absoluta, invariable e intransferible posesión de los derechos morales de la misma, aun cuando haya cedido parcial o totalmente los derechos patrimoniales. En efecto, el artículo 119 reza: “(...) en el contrato de edición no se transfieren en ningún caso los derechos de autor” (Ley 23 de 1982, artículo 119), pero claramente se establece que los derechos patrimoniales sí son transferibles a la muerte del titular y a la celebración de un contrato de edición. En este último caso, el autor debe recibir una regalía correspondiente al número de ejemplares vendidos, según lo establece el artículo 132 de la misma ley. Podemos entender que la ley incorpora en este articulado el concepto que ha propuesto la doctora Fanny Niño (2010) de una articulación de protección de la industria cultural protegiendo la obra, el autor y el comercializador.

De otra parte, es evidente que en las relaciones de tipo contractual se pueden presentar diferencias entre las partes, es por ello que la ley determina mecanismos de resolución de conflictos y penalidades: las “diferencias se resuelven por medio del código de procedimiento civil” y que “si las partes no [lo] acordaron en el contrato, el hecho deberá ser sometido a arbitramento (Artículo 137, Ley 23 de 1982).

Como se colige: solo existe un único tipo de contrato de edición en Colombia y el mismo está plenamente reglado y no podría pactarse individualmente en contrario a lo ya dispuesto, excepto que se establezca que la renuncia expresa a los derechos hecha por una parte responde a un equilibrio contractual. Sin embargo

¹⁹ La pirámide normativa inicia en la Constitución Política, con su artículo 61: “El Estado protegerá la propiedad intelectual y mediante las formalidades que la ley establezca”.

es práctica común que las universidades hagan publicaciones con procesos “internos” de contratación que pueden incluirse en acuerdos generales administrativos, investigativos o académicos sin que medien contratos de edición: como es el caso de que la obra sea una obligación derivada de un proyecto de investigación o de la actividad docente desarrollada en la institución.

2.3 Contratos de edición universitaria

Si bien la cesión de derechos es parte integral de los contratos de edición –dado que la misma asegura al editor el derecho sobre la edición o ediciones convenidas– dichas cesiones deben ser pactadas por las partes y en ningún caso pueden obligar a la cesión de los derechos de autor. El Código de Comercio estipula que el único derecho cedible es el de propiedad intelectual (artículo 1356) mediante el cual el autor permite a la editorial hacer cuantas ediciones considere de la obra, en cualquier otro caso solo puede publicar las que hayan sido especificadas en el contrato y si no lo son solamente será una (1) edición. La cesión de derechos patrimoniales no está regida por esta ley sino por el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 (modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011) y la teoría general del contrato en la que se especifica que las partes de cualquier acuerdo pueden acceder a la cesión de sus beneficios dentro de un acuerdo a la otra parte o a un tercero. Esta cesión de derechos implica que dos partes por mutuo acuerdo convienen la transferencia de los derechos patrimoniales de uno en favor del otro o de un tercero según las condiciones pactadas de duración, espacio y razón de la cesión.

Una práctica común en los contratos de edición universitaria es la cuasi “obligación” de ceder los derechos patrimoniales. El problema radica en que podemos estar frente a una situación en la cual las relaciones de poder y subordinación vulneran los principios esenciales de los acuerdos entre partes iguales y la autonomía de la libertad (Echeverri, 2011). En efecto, la libertad y la igualdad de las partes –bases de la teoría clásica del contrato– se encuentran en

tránsito a la desaparición (Bernal & Villegas, 2008) debido a la desigualdad económica entre los actores que negocian dentro de este mercado, especialmente en aquellos actores que no tienen amplios márgenes de negociación como el caso de los estudiantes, profesores-investigadores y desarrolladores frente a las editoriales universitarias (Hernández, 2007).

Si bien no hay acuerdo pleno en torno a la posición dominante que puede haber en esta cesión de derechos²⁰, autores como Cárdenas Quiroz (1999), Arjona & Rubio (2002), Bernal & Villegas (2008), Gual (2009), Echeverri (2011), Eguaras (2013), Ríos (2014) o Vásquez (2014), consideran que sí existe un abuso por parte de las editoriales evidenciado en la estandarización²¹, cesión de todos los derechos en cada una de las modalidades de edición, especialmente en el contenido de los derechos cedidos, la duración, el ámbito lingüístico y territorial, y la remuneración obtenida. Acorde al artículo 183 de la Ley 23 de 1982 (modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011) la cesión de derechos patrimoniales de autor o conexos deben establecer el tiempo y la cobertura territorial, si no lo hacen se establece en tiempo cinco (5) años y en territorio el país en el cual se firma el contrato, el cual debe “constar por escrito como condición de validez” y “(...) deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros”. (Ley 23 de 1982, artículo 183).

En esta investigación se siguen dos líneas de estudio respecto a este tema:

²⁰ Autores como Benito (2003) y Boretto (2010) ven los contratos de edición como acuerdos libres (es voluntad del autor firmar o no) y no los consideran abusivos por tratarse de cláusulas ajustadas a las dinámicas del mercado y sus riesgos.

²¹ La masificación en la prestación de servicios y/o venta de bienes de las organizaciones que detentan un alto poder de negociación ha llevado a las mismas a estandarizar procesos contractuales a través de formatos, lo que –desde la perspectiva económica– conlleva a disminución de los denominados *costos de transacción* (Criado-Castilla, 2015). No obstante, desde una perspectiva crítica, hay razones para poner en duda dichas ventajas que son esgrimidas por las organizaciones, especialmente, aquellos contratos de cesión de derechos para explotación de obra donde no aceptar las condiciones del mismo significa no publicar o explotar la producción (Cárdenas Quiroz, 1999).

- a) Las universidades o las editoriales universitarias elaboran contratos de edición que incluyen cláusulas de cesión de derechos patrimoniales como un requisito obligatorio para la publicación de las obras, con lo cual se infringe el equilibrio de poderes de negociación frente al contrato.
- b) Las universidades o las editoriales universitarias publican obras de autores bajo modalidades de contrato que no se ajustan al modelo de contratos de edición –sino que expresan un acuerdo amplio de voluntades–, en los cuales puede incluirse la cláusula de cesión de derechos patrimoniales sin que medie realmente la voluntad del autor frente a la misma (siendo una cláusula abusiva).

Ambos casos se estudiarán encuestando diversos autores sobre las condiciones establecidas para la publicación de sus obras y discutiendo si estos casos se corresponden a un problema de abuso del derecho, como a continuación se argumentará.

2.4 Posición dominante en contratos editoriales

Siempre existe una parte fuerte que puede o no ejercer una posición dominante en un contrato, así como existe una parte débil que, entendemos, podría o no estar en una posición dominada. La diferencia entre parte y posición es que la posición dominante hace referencia a una condición superior al contrato. La parte fuerte contractual se refiere a una superioridad jurídica definida por la posibilidad de establecer las condiciones del contrato, mientras que la posición dominante es un estado político, económico o social en la que una parte puede controlar el entorno en el que se desarrolla el contrato en sí mismo (Posada, 2015).

En el caso de los contratos editoriales tanto autores o editoriales pueden ocupar cualquiera de las dos posiciones o partes. Los primeros en virtud a ser creadores de las obras y los segundos en virtud a su capacidad de materializarlas. El empleo

que cada uno haga de su posición permite establecer su dominancia o dominación.

Un autor estará en una posición dominada si solo puede entrar a aceptar o rechazar adhiriéndose a las condiciones contractuales, y en una posición dominante si puede imponer condiciones. Claramente solo un autor “exitoso” podría estar en la capacidad de escoger la firma o no de contratos y las condiciones de los mismos, pudiendo “escoger” la editorial con la que desea publicar. De otra parte, una editorial puede establecer las condiciones bajo las cuales publica una obra o simplemente actuar como medio para la difusión de un autor.

En términos contractuales los autores pueden ser la parte débil al firmar para la editorial, o la parte fuerte si simplemente contrata a la editorial como prestadora de servicios de impresión. Dada la situación del mercado editorial será dominante quien pueda efectivamente controlar las cifras de producción y venta de las obras impresas, los valores recaudados y demás aspectos de cantidad y calidad. En el fondo ambas partes se necesitan y no es sencillo entrar a armonizar contractualmente a los autores como propietarios de las obras y los empresarios editoriales que generan bienes y servicios en una industria cultural.

En esta investigación se estudia solo el caso en el que el autor es la parte débil y la editorial la parte fuerte, pero puede suceder cualquiera de los dos casos de dominación.

2.5 Abuso de la posición dominante

La posición dominante es una realidad jurídica natural que, inclusive, da sentido a la ley, a la justicia. Sin embargo también puede convertirse en una realidad que

contraviene la normativa jurídica en lo que se conoce como una situación de abuso del derecho (Rengifo, 2004).²²

El abuso del derecho es una institución jurídica estructurada y defendida doctrinalmente, en tiempos modernos, por el jurista francés Étienne Louis Josserand. Sin embargo es claro que como principio se halla enmarcado desde antiguo en problemas jurídicos similares (Jiménez, 1997).²³ Para Josserand existe abuso del derecho siempre y cuando un derecho es empleado más allá de los fines para los cuales ha sido creado socialmente; ubicando la doctrina en el campo de la teoría sociológica del derecho. En su clásico: *Del abuso del derecho y otros ensayos* se defiende la tesis de una relación directa entre el derecho y su finalidad: “(...) cada derecho tiene su espíritu, su objeto, su finalidad; quien quiera que intente apartarlo de su misión social comete una falta, delictuosa o cuasi delictuosa, un abuso del derecho susceptible de comprometer, dado el caso, su responsabilidad” (Josserand, 1982, p. 5). Esta teoría descansa en la idea de que no hay derechos absolutos sino relativos al medio social, a los derechos de los demás y su finalidad (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-025). Como tal se contrapone a los desarrollos del Derecho Romano en cuanto a la propiedad como un derecho absoluto (o igualmente el derecho divino monárquico medieval). Esto puede entenderse de dos maneras:

1. No existe un derecho absoluto sino relativo; por la teoría sociológica del derecho.
2. No todos los derechos se poseen (y por lo tanto no son absolutos); por contraposición a la teoría de la propiedad del Derecho Romano.

²² De otra parte, una gran línea de investigación en derecho económico se concentra en estudiar un tipo de estas posiciones dominantes y es la que se refiere a la posición dominante en el mercado (véase Miranda, 1993).

²³ “(...) en el Derecho Romano siempre hubo una tendencia a prohibir este tipo de conductas que suelen poner en peligro valores superiores como la solidaridad, la justicia, y la seguridad en el ámbito de las relaciones vecinales y de la convivencia en general” (Jiménez, 1997, p. 251).

La argumentación de Josserand es clara en no negar la propiedad o posesión de un derecho a un sujeto sino en establecer que dicha propiedad no conlleva a un ejercicio extendido del mismo que contraviene el orden social. De esta forma es clave entender que el empleo del término “absoluto” se hace de dos maneras:

- a. Adjetivo: “Independiente, ilimitado, que excluye cualquier relación” (RAE).
- b. Adjetivo Filosofía: “Que existe por sí mismo, incondicionado” (RAE).

Es decir, como principio jurídico esencial *todo* derecho es absoluto por su existencia en los sujetos jurídicos, pero como calificativo *particular* del derecho de un sujeto es relativo.

Dos grandes discusiones se enmarcan a partir de la postura de Josserand: O bien existe un ilícito (y por ende no un abuso del derecho), o bien para que haya abuso debe existir responsabilidad en el grado de culpa o dolo. Es decir: para poder determinar un “abuso” del derecho es necesario establecer que no hay un ilícito y es necesario establecer que existe culpa o dolo.

Sin embargo, a partir de la teoría sociológica del derecho, el propio Marcel Ferdinand Planiol (gran contradictor de Josserand en la teoría del abuso del derecho) reconoce que el derecho evoluciona y aquello que es un ilícito puede no estar codificado de antemano (Moisset, s.f.), con lo que no reconocer la posibilidad del abuso del derecho sería desconocer el posible nacimiento de un ilícito ausente en la norma. La posición de Planiol a este respecto es clara (y fuertemente compartida en el ámbito jurídico): no corresponde a las ciencias jurídicas mezclar lo moral con lo legal. En la medida que se acepte el concepto de “abuso del derecho” se abre la puerta a juzgar moralmente asuntos legales.

Ahora bien, si se establece culpa o dolo en actos que pretenden ejercer un derecho se determina que el abuso solo existe cuando se obra maliciosamente (Moisset, s.f.).

Otra interpretación nos llevaría a determinar que el “abuso” es en sí mismo un ilícito y debe ser tipificado. Abusar es: “hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien” (RAE). En el Código Penal Colombiano aparece como uno de los delitos contra el patrimonio económico el “abuso de confianza”: “El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio (...)” (Artículo 249). Con lo que se demuestra una tipificación específica de un tipo clásico de abuso. Ahora bien, la incorporación, o no, normativa o jurisprudencial de la existencia del abuso del derecho está lejos de zanjar en modo alguno estas discusiones; las mismas son materia viva del derecho contemporáneo.

Es opinión que se comparte en este artículo la expresada por Moisset que lo considera una poderosa arma jurídica:

(...) el juez, en razón de su tarea que lo pone a diario en contacto con los aspectos patológicos del funcionamiento social, es el primero en advertir el inadecuado uso que se da al dispositivo legal, y –con las armas que le brinda la teoría del abuso– procura poner un correctivo; si lo logra, el cambio social se habrá encauzado por senderos que hacen innecesario el cambio legislativo, pues las normas siguen brindando soluciones de justicia. Pero si las prácticas desleales cunden y se multiplican, habrá llegado el momento de que intervenga el legislador para consagrar nuevas fórmulas que atiendan adecuadamente a los problemas que se plantean, y en esa oportunidad le serán útiles todos los precedentes judiciales, que aportarán un cúmulo de experiencias que deberán ser tomadas en consideración por el legislador (Moisset, s.f. pp. 3-4).

Como es natural: si no se encuentra tipificado, el abuso del derecho es un instrumento jurídico a disposición del juez y, por ende, solamente es desde la

jurisprudencia como puede verse incorporado en la legislación²⁴. En el caso colombiano el mismo solo lo encontramos consagrado como norma en el artículo 830 del Código de Comercio: “El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”, pero también se ha incorporado ampliamente en elementos jurisprudenciales con un respaldo constitucional. A este respecto los profesores Héctor Elías Hernández Velasco y Orlando Pardo Martínez hicieron un análisis de *La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana* (2014) donde buscan establecer de forma general el “tratamiento y aplicación” (p. 109) que la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han dado al principio del abuso del derecho.

Acorde a los autores, la Constitución Política de Colombia establece el abuso del derecho como un principio jurídico esencial de orden constitucional al determinar que “toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los

²⁴ Luis Moisset establece dos grandes sistemas legislativos que incorporan el abuso del derecho: los “subjetivos” y los “objetivos”, contando con varios subgrupos a su interior: “intencionalidad”, “negligencia”, “falta de interés legítimo”, “ejercicio contrario a la función económica y social”, “ejercicio contrario a la moral o las buenas costumbres” (s.f, pp. 4-9). Denomina sistemas subjetivos aquellos “(...) que consideran que el acto es abusivo cuando existe un obrar doloso o culposo del sujeto (...)” y sistema objetivo el que “(...) atiende a los fines de la norma jurídica, y estima que el acto es abusivo cuando se violan o exceden esos fines”. El subgrupo denominado “intencionalidad” es el que considera abuso: “(...) cuando se actúa con la intención de perjudicar al prójimo. Se trata, pues, de una actitud dolosa de quien ejercita las prerrogativas o facultades que surgen de la norma con el propósito de causar daño a un tercero” (p. 4); Por su parte, el de “Negligencia” es un subgrupo en el que el abuso: “(...) requiere solamente que el actuar del sujeto, al ejercitar su derecho y ocasionar con ello un perjuicio a otro, sea de carácter culposos; no se exige ya la prueba de la “intención” de perjudicar, sino que basta la conducta negligente”. (p. 5). En el subgrupo “Falta de interés legítimo” (en diálogo con la teoría de Rudolf von Ihering) se reconoce que el sujeto actúa más allá de la norma al evidenciarse la “inexistencia de utilidad” en la manera como se emplea el derecho, y se refiere a “(...) cualquier tipo de beneficio que pudiese obtener con el ejercicio de sus derechos” (p. 6), que vaya más allá de lo esperado o expresado en el derecho ejercido. En el subgrupo denominado “Ejercicio contrario a la función económica y social” se hace: “(...) un análisis valorativo del derecho subjetivo que se encuentra en juego, procurando determinar los fines que impulsaron al legislador a concederlo y determinar, entonces, si su ejercicio se efectuó en consonancia con tales objetivos [de forma que suele] atenderse a los fines de carácter económico y social que se hablan tenido en mira al dictar las normas o regular ciertas instituciones, estimando que así como ningún derecho es absoluto, tampoco puede serlo su ejercicio, y que resaltaría abusivo el comportamiento del titular si excediese los límites fijados por el legislador al reconocerle ese derecho”. (pp. 6-7). El subgrupo de “Ejercicio contrario a la moral o las buenas costumbres” se atiende a los mismos considerandos pero no observando al legislador sino al contexto social e histórico de la acción en contraposición a lo decretado en la norma.

propios (...). (Artículo 95). Es claro para los mismos que como principio constitucional debiera aplicarse en “cualquier área del derecho” en un proceso de “constitucionalización del derecho” (p. 111), aunque en la práctica jurídica colombiana esto no ha sucedido plenamente. Hernández y Pardo revisan los planteamientos de ambas Cortes y encuentran los criterios jurisprudenciales que configuran el abuso del derecho en Colombia en, principalmente:

(...) los embargos excesivos, en los denuncios penales, en el ejercicio del derecho de acción, en la tutela, en la acción pública de inconstitucionalidad, en los estados de emergencia, y en las relaciones contractuales. (p. 112).

Para el caso que ocupa este artículo revisaremos lo concerniente a las relaciones contractuales bilaterales en los que no solo se equilibran los intereses sino que debe existir “reciprocidad” (Neme, 2006, p.101). Respecto a la denominada “autonomía de la voluntad privada y el abuso” del derecho, Hernández y Pardo (2014, p. 115) dicen:

Según lo ha reconocido la jurisprudencia dominante de la Corte Constitucional, y conforme a los supuestos normativos del Código Civil, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera:

- *En la existencia de libertad contractual sujeta a especiales restricciones cuando por ejemplo: están en juego derechos fundamentales; se trata de servicios públicos; una de las partes ocupa una posición dominante; o los acuerdos versan sobre prácticas restrictivas de la competencia.*
- *En el ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual que persigue no solo el interés particular sino también el interés público o bienestar común.*

- *Corresponde al Estado intervenir para controlar la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos.*
- *El papel del juez consiste en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atender exclusivamente la intención de los contratantes (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-186 de 2011, 2011A).*

Para ilustrar su aplicación traen un ejemplo de una cláusula accidental en contrato privado, las cuales se rigen por lo consagrado en el Código Civil (artículo 1602) respecto a la “autonomía” de los contratantes y el contrato como fuente de obligaciones, de lo cual se desprendería que:

La autonomía de la voluntad privada, según esa regla, dirigiría la relación contractual, sin que le fuera dado a los intervinientes invocar la aplicación de un principio general de derecho como el abuso, porque a priori, ello debería ser resuelto a la luz de los preceptos que regulan cada figura contractual, por ser los principios meramente residuales a falta de norma que regule el caso. (p. 116).

No obstante, la aplicación por parte de la Corte Constitucional del principio constitucional que regula la obligación de no abusar del derecho lleva a que:

(...) en materia contractual, y específicamente en las cláusulas accidentales, estas, a pesar de ser el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, no pueden ser ejercidas en forma absoluta, ya que tienen límites en el orden público y en los principios y valores constitucionales (Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1194 de 2008, 2008). (Hernández & Pardo, 2014, p. 117).

Es decir, su aplicación se da a partir de que se pacten cláusulas que violen otros derechos consagrados:

(...) la autonomía de la voluntad privada, en el marco de la Constitución de 1991, debe ser interpretada conforme a los principios, valores y derechos reconocidos por la Carta y propios del Estado social de derecho (Corte Suprema de Justicia de Colombia, mayo 31 de 2010, 2010B). (Hernández & Pardo, 2014, p. 117).

En ese escenario, el abuso del derecho se puede dar de forma extracontractual (teoría clásica) o contractual, como son:

(...) todos aquellos eventos en que, por ejemplo, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, se estipulan cláusulas accidentales en las cuales –como en los contratos adhesivos–, se da una posición dominante (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Octubre 19 de 1994, 1994). (Hernández & Pardo, 2014, p. 117).

Los criterios para el abuso de derecho contractual señalados por los autores son:

- *La existencia del contrato.*
- *El abuso de la posición dominante: En cuanto a la posición dominante, la jurisprudencia ha señalado que se encuentran en tal situación, quienes tienen un lugar de privilegio en el tráfico de capitales, o en la prestación de bienes o servicios o dedicados a la contratación masiva y estandarizada, como por ejemplo, las empresas dedicadas a la actividad financiera, a la aseguradora y las prestadoras de servicios públicos. (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Octubre 19 de 1994, 1994).*
- *El perjuicio.*
- *La relación de causalidad entre tal perjuicio y la conducta abusiva. (Hernández & Pardo, 2014, p. 117)*

De igual manera señalan que:

El abuso del derecho puede configurarse en materia contractual (Corte Suprema de Justicia de Colombia, julio 6 de 1955, 1995), ya sea en los actos preparatorios, en la formación del contrato, en su ejecución, en su disolución y, aun, en el período poscontractual. (Hernández & Pardo, 2014, p. 117).

Conceptúan que el criterio dominante para establecer el abuso del derecho en Colombia, a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tiene dos componentes, a saber, cuando:

- 1. Un derecho se ejerce con la única intención de causar un daño o sin motivo legítimo, esto es, correctamente en el sentido de la legalidad, pero injustamente; lo que sucede en los actos propiamente abusivos.*
- 2. Cuando se ejerce de una manera mal dirigida, es decir, distinta de su propia y natural destinación o por fuera de sus límites adecuados. Casos en los que la intención maliciosa cede su lugar preferentemente a la desviación en el ejercicio del derecho como elemento estructural de la culpa, siendo estos los llamados “actos abusivos”. (Hernández & Pardo, 2014, p. 122).*

Como conclusión puede decirse, a partir de los planteamientos de Moisset, que en Colombia predomina un sistema subjetivo de corte intencional y de falta de interés legítimo en la aplicación del principio de abuso del derecho, pero, adicionalmente, que el principio constitucional es lo suficientemente amplio para que no puedan excluirse de posteriores aplicaciones otro tipo de sistemas jurídicos que incluyan elementos objetivos o subjetivos adicionales.

Como subtipos del abuso de posición dominante podemos señalar los siguientes:

-Abuso del poder de negociación (Neme, 2006, p.96). Cuando la posición dominante determina las condiciones contractuales e igualmente controla el cumplimiento de las mismas.

-Abuso de modificación contractual. Cuando la posición dominante moldea la ejecución contractual acorde a sus propios intereses mediante el “ajuste” de los clausulados.

-Abuso del recurso judicial (Neme, 2006, p.96). Es la típica situación de abuso de poder empleando al aparato judicial para frenar el cumplimiento de compromisos contractuales llevando el contrato a una situación irresoluble.

-Abuso en la manipulación de las condiciones de cumplimiento. Cuando la posición dominante controla las condiciones de cumplimiento del contrato y las manipula para su beneficio sin que exista un fin legítimo sino un lucro abusivo o un interés ilegítimo contra la otra parte. En este caso la posición dominante contractual tiene la capacidad de afectar la resolución de lo pactado contractualmente al manejar económica, política, material o socialmente las condiciones en las que el mismo debe ejecutarse y lo hace con el fin de que falle lo que es legítima y objetivamente válido en el contrato.

-Abuso en la no contratación. Cuando la posición dominante le permite negar la prestación de un servicio o la venta de un bien a un tercero con el objetivo de “castigar” a dicho consumidor. En este caso han desaparecido las condiciones de mercado (legítimamente o no) y el proveedor del bien o servicio abusa de su monopolio (legal o no).

2.6 Cláusulas abusivas

La denominada como cláusula “leonina”, en honor a la fábula de Esopo “La parte del león”, es aquella en la que se establece un acuerdo en el que (como en la fábula del león, la zorra y el burro) todo lo que pacta el león con los demás es para él. La RAE dice al respecto de leonino: “Dicho especialmente de una condición o de un contrato: Ventajoso para una sola de las partes”. Esta introducción nos lleva a entender que el ideal de todo contrato es que cada parte pueda obtener lo que, proporcionalmente, le corresponde favorablemente. Una cláusula abusiva es aquella en la que una de las partes falta a la buena fe contractual²⁵, la cual debe incluir “lo expresamente pactado” y “todo aquello que emana de la naturaleza de la obligación, de la ley o de la costumbre” (Neme, 2006, p.80), pero que puede parecer aparentemente legal “por no vulnerar prohibición alguna” (Suárez, 2010, p.3). de otra parte, una cláusula abusiva también puede entenderse como aquella que se incorpora en un contrato a partir de la posición dominante y violenta el sentido contractual general de la obligación de mediar entre los intereses propios y los ajenos (Rengifo, 2004).

En Colombia la legislación que ataca las cláusulas abusivas es:

- i. Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor
- ii. Ley 1328 de 2009. Normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores
- iii. Ley 142 de 1994. Régimen de los servicios públicos domiciliarios

Con lo que se ha dado una “especialización” legislativa en la que todo contrato que no sea financiero, de seguros, valores o de servicios públicos domiciliarios estaría cubierto como “de consumo” en lo que a control de cláusulas abusivas atañe (Rodríguez, 2013; Martínez, 2014). Esta posición **no** expresa que un contrato civil innominado como el de edición sea un contrato de consumo, sino que para el tratamiento en la legislación colombiana de las cláusulas abusivas

²⁵ Al respecto véase: Solarte, 2004.

debe remitirse a la ley 1480/11; limitación que se analizará en este artículo si puede ser funcional para el caso en particular.

La Ley 1480 de 2011, que expide el Estatuto del Consumidor en Colombia, establece en el numeral 1.6 del artículo tercero que los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección contractual, es decir a ser protegidos de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión²⁶. Esta ley define como un *derecho* la protección contractual frente a cláusulas abusivas en contratos de adhesión (artículo 3, numeral 1.6), los tres artículos del capítulo III se orientan a las “cláusulas abusivas”:

Artículo 42. Concepto y prohibición. Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza.

Los productores y proveedores no podrán incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, En caso de ser incluidas serán ineficaces de pleno derecho.

Artículo 43. Cláusulas abusivas ineficaces de pleno derecho. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que:

- 1. Limiten la responsabilidad del productor o proveedor de las obligaciones que por ley les corresponden;*
- 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden;*

²⁶ Esta protección general y especial a los consumidores es una tendencia mundial. Para citar dos casos de derecho comparado tenemos España a partir de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, o México con la Ley Federal de Protección al Consumidor.

3. *Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor;*
4. *Trasladen al consumidor o un tercero que no sea parte del contrato la responsabilidad del productor o proveedor;*
5. *Establezcan que el productor o proveedor no reintegre lo pagado si no se ejecuta en todo o en parte el objeto contratado;*
6. *Vinculen al consumidor al contrato, aun cuando el productor o proveedor no cumpla sus obligaciones;*
7. *Concedan al productor o proveedor la facultad de determinar unilateralmente si el objeto y la ejecución del contrato se ajusta a lo estipulado en el mismo;*
8. *Impidan al consumidor resolver el contrato en caso que resulte procedente excepcionar el incumplimiento del productor o proveedor, salvo en el caso del arrendamiento financiero;*
9. *Presuman cualquier manifestación de voluntad del consumidor, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo;*
10. *Incluyan el pago de intereses no autorizados legalmente, sin perjuicio de la eventual responsabilidad penal.*
11. *Para la terminación del contrato impongan al consumidor mayores requisitos a los solicitados al momento de la celebración del mismo, o que impongan mayores cargas a las legalmente establecidas cuando estas existan;*
12. *Obliguen al consumidor a acudir a la justicia arbitral.*
13. *Restrinjan o eliminen la facultad del usuario del bien para hacer efectivas directamente ante el productor y/o proveedor las garantías a que hace referencia la presente ley, en los contratos de arrendamiento financiero y arrendamiento de bienes muebles.*
14. *Cláusulas de renovación automática que impidan al consumidor dar por terminado el contrato en cualquier momento o que imponga sanciones por la terminación anticipada, a excepción de lo contemplado en el artículo 41 de la presente ley.*

Artículo 44. *Efectos de la nulidad o de la ineficacia. La nulidad o ineficacia de una cláusula no afectará la totalidad del contrato, en la medida en que este pueda subsistir sin las cláusulas nulas o ineficaces.*

Cuando el contrato subsista, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente.

Como se observa: son muy específicas la definición y los tipos de cláusulas abusivas en la legislación colombiana, para algunos autores las mismas se encuentran circunscritas exclusivamente a los contratos de adhesión (Echeverri, 2011; Restrepo, 2012), pero una lectura desprevenida del artículo 42 muestra que no se condiciona a que sea parte de contrato de adhesión, por lo cual debiera analizarse la situación contractual transaccional y no la modalidad de contratación. En esta ley el legislador se concentró en dos tipos de cláusulas abusivas: las de desequilibrio contractual y aquellas que, en el fondo, pervierten la buena fe y el sentido del contrato en general. Con lo que *podría* cobijar a todo tipo de contrato civil, aspecto que debe contemplarse al hacer el análisis del caso de estudio.

Otra línea de argumentación es partir del hecho de que las normas se han concentrado en la prevención dentro del derecho al consumo y la protección al consumidor, con lo que para este artículo sería de interés considerar la *posibilidad* de ver al autor de una obra como un consumidor de servicios editoriales, en lo que Llamas (2005) ha visto como una tendencia creciente a responder a una mayor necesidad de protección a sujetos que se auto-definen como consumidores. Al respecto podemos ver que Villalba (2009) define como consumidor al: “adquirente de un bien o servicio en calidad de destinatario final para un uso personal, familiar o doméstico (no profesional)” (p. 306), por lo que para el caso de estudio en esta investigación **no** aplicaría, pues solamente valdría si un particular contrata el servicio de impresión de su obra o si él mismo la comercializa (Herrera, 2011).

Existe una clasificación de los tipos de cláusulas abusivas según el sector de contratación:

- Cláusulas abusivas financieras
- Cláusulas abusivas de servicios públicos
- Cláusulas abusivas en contratos de consumo

De igual manera, al interior de cada una de ellas podría, igualmente, generarse una clasificación o tipología descriptiva. Pero para el caso de estudio es más importante entender que las cláusulas abusivas son todas aquellas en las que se rompe el equilibrio contractual y atentan contra la buena fe (Neme, 2006), de forma tal que:

En síntesis, se puede decir que el debate alrededor de este tema versa sobre el ámbito de aplicación del control sobre cláusulas abusivas puesto que: 1) estas no se dan exclusivamente en los contratos de adhesión, pero en ellos se da una mayor posibilidad de presencia; 2) las cláusulas abusivas se pueden presentar tanto frente a un adherente que, a su vez, tenga el carácter de consumidor, como frente a un adherente que no sea tal, y en ambos casos amerita protección por parte del ordenamiento jurídico; 3) en caso de que el adherente, además, tenga la categoría de consumidor, tendrá una protección más clara de sus intereses en la medida en que pertenece a un grupo especialmente tutelado por las constituciones y normas legales de buena parte de los países occidentales, y 4) hay un ámbito de aplicación, el más restringido para el control a las cláusulas abusivas, que se presenta cuando hay un contrato de adhesión con consumidores. La polémica se presenta sobre si esta protección se debe ampliar a los contratos entre profesionales o a los contratos de libre discusión de cláusulas (Echeverri, 2011, p. 128).

De otra parte, en cuanto a los clausulados, no es necesario establecer previamente si un tipo específico de cláusula es o no abusiva, sino que lo importante es determinar qué es correcto en contratación (la norma) y definir qué

posiciones son abusivas en la misma.²⁷ De forma que todo lo que no hace parte de una condición general de contratación *puede* convertirse en una cláusula abusiva susceptible de revisión. Por ello es necesario el examen individual de los contratos. De igual manera se entiende que el ámbito jurídico natural de la cláusula abusiva es efectivamente el derecho del consumidor, pero es necesario advertir que en todo contrato puede existir el “abuso de una posición dominante”, la cual debe resolverse administrativa o civilmente bajo las “normas generales de nulidad contractual” desarrollando la argumentación del abuso. Esta mirada permite establecer dos caminos para ver las cláusulas abusivas en el contrato de edición universitaria: entendiéndolo *como si* fuese un contrato de consumo o servicio en el que se han establecido cláusulas abusivas, o analizarlo *como* un contrato civil entre partes en el que hay un abuso del derecho a partir de una posición dominante; para resolver estos caminos, un punto esencial es establecer si es una condición contractual *sine qua non* la presencia de la cláusula de cesión de derechos patrimoniales para que se publique o no la obra. Si se utiliza como un contrato proforma, *podría* verse como un contrato de consumo de un servicio cubierto por la legislación de protección al consumidor; si no es un contrato proforma pero la cláusula es obligatoria para firmar el convenio, entonces podría existir un abuso del derecho.

Podemos decir, por lo tanto, que las clases o tipos de cláusulas abusivas son específicas a cada sector privado o público en el que exista una posición dominante, y no generales a cualquier contrato.

Para la investigación/estudio de caso aquí abordado encontramos algunos criterios generales de lectura de la información para definir si hay un clausulado

²⁷ Un ejemplo de esto se da en la legislación española donde la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre las condiciones generales de contratación establece que toda cláusula que no obedezca a una condición general de contratación puede convertirse en abusiva si genera “(...) un desequilibrio importante e injustificado” (preámbulo).

abusivo, bien sea a partir de que los contratos sean o no negociados de forma individual o mediante proformas:

-¿Son los contratos de edición universitaria negociados individualmente? Si lo son existe una posibilidad menor de cláusulas abusivas.

-¿Es el contrato de edición universitaria un contrato entre un usuario y un prestador de servicios (*como si* la editorial universitaria fuera el servicio de impresión de los académicos)? Si lo es, entonces *caería* dentro del derecho del consumidor.

Estas preguntas son orientadoras para el análisis que se presenta a continuación, pero **no** significa que de antemano se califique a los contratos de edición como contratos de consumo, porque lo que se considera es que un contrato no negociado de forma individual puede cubrir desde todo contrato en el que una de las partes introduce una cláusula predispuesta (es decir: una cláusula que exista como una condición general de contratación sería un contrato que *no* ha sido negociado de forma individual) hasta contratos que no empleen proformas pero que solo permitan variaciones que no afectan las condiciones generales de la relación contractual. En cuanto a la relación contractual entre el autor y la editorial también es importante entender que la misma puede verse como laboral, comercial, o solamente como ejecutoria de una orden de producción. Aspectos todos que deben hacer parte de una discusión respecto a los contratos editoriales universitarios en Colombia.

Es de señalar que, en el fondo, el análisis legislativo muestra que en Colombia no existe una verdadera articulación en las normas que permita entender el deseo del legislador no solo a la protección de consumidores sino a su extensión a la protección de partes en negocios jurídicos con negociación individual de cláusulas o por adhesión. Es claro que las reglamentaciones han sido parciales y no han

surtido efectos directos sobre todo el ordenamiento jurídico.²⁸ Sin embargo es necesario dar el debate jurídico doctrinal respecto a los alcances de la normatividad de protección al consumidor, independiente de su articulación legislativa plena.

Como ejemplo de esta desarticulación se tiene que el Código civil colombiano trae en el Libro cuarto lo referido a las obligaciones y a los contratos, pero se encuentra atrasado en la incorporación de las posiciones abusivas y el abuso del derecho. En cuanto a lo contractual podemos señalar que podría argumentarse la nulidad por contrato ilícito o nulidad relativa de la cláusula abusiva por vicio de la formación de la voluntad por error, como lo define el Título XX:

ARTICULO 1740. CONCEPTO Y CLASES DE NULIDAD. *Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes.*

La nulidad puede ser absoluta o relativa.

ARTICULO 1741. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. *La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.*

Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces.

²⁸ Caso contrario, por ejemplo, a lo observado en Argentina con la Ley de defensa del consumidor (Ley 24.240) que siendo de criterio amplio y generalista (Estigarribia, 2001) logró impactar la reforma de los códigos civil (Ley 340) y de comercio (Ley 15 y 2.637) en el fusionado Código civil y comercial de la nación argentina (Ley 26.994) que entró en vigor el 1 de enero de 2016.

Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. (Ley 57 de 1887, Código Civil Colombiano).

Sin embargo esto deberá ser demostrado jurídicamente.

En general se observa que el sistema de contratación colombiano se basa en la *buena fe objetiva* entre los contratantes, lo que limita la protección frente al abuso de una posición dominante dado que difícilmente hay unidad de criterio o decisiones en las distintas instancias de decisión judicial o ejecutiva. Esto lleva a que el proceso de determinar si las cláusulas mediante las cuales se ceden derechos sobre una obra son o no abusivas dependen,—entonces— de una argumentación jurídica que le entregue al juez las herramientas para establecer bien sea la violación de “las exigencias del principio de buena fe” (Neme, 2006, p.105) establecida en los códigos civil y comercial colombianos o la evidencia de un desequilibrio provocado por la posición dominante de la editorial frente al autor.²⁹ Esto es importante en aras de proteger al autor, pues este —o el derechohabiente que ceda los derechos— pierde la posibilidad de autorizar y prohibir: comunicación, reproducción, distribución, importación y traducción pública de la obra (en concordancia con el artículo 13 de la Decisión 351 de 1993). Argumentación que gravita en el ámbito de las cláusulas abusivas o en el del abuso del derecho³⁰.

3. Metodología

²⁹ Recordando que “la tradición jurídica nacional ha reconocido ampliamente la primacía del principio de buena fe sobre la autonomía contractual” (Neme, 2006, p.89).

³⁰ Arango argumenta al respecto: “Las cláusulas abusivas injustificadas no pertenecen al campo del abuso del Derecho, pues no se está ante la teoría del riesgo potencial y mucho menos se ha presentado un daño. Las cláusulas abusivas injustificadas pertenecen al campo del principio de conmutatividad del contrato y es por medio de este que el criterio de desequilibrio normativo del contrato cobra sentido. La corrección de este tipo de cláusulas no depende de partes débiles o abusos, sino, más bien, de la existencia de un desequilibrio: la ausencia de causa en el contrato” (2016, p. 243).

Dado el tema de investigación se consideró necesario hacer un estudio de caso (Neuman, 2003; Krauss, 2005; Martínez, 2006; Díaz de Salas, 2011) mediante la recolección de información directa (Yin, 1994) de las editoriales y las opiniones de distintos autores universitarios respecto a las condiciones de sus contratos de edición. Corresponde al interés de este artículo indagar cuáles son las condiciones reales de publicación de obras en editoriales universitarias colombianas.

Este estudio es netamente cualitativo, de tipo empírico exploratorio mediante aplicación de encuestas. Se considera cualitativo porque busca la comprensión y descripción de la relación contractual existente entre editoriales y autores, donde:

(...) la investigadora y el investigador cualitativos se aproximan a acciones, a procesos, a acontecimientos reales, concretos, a interacciones espontáneas que, o bien son preexistentes, o bien, en parte tuvieron lugar, o bien se desarrollan durante su presencia en el campo y pueden continuar en su ausencia (Vasilachis, 2006, p. 28).

Desde esta perspectiva es cualitativo por cuanto hace la observación de una situación preexistente real que requiere ser comprendida, en ese sentido es de tipo *empírico* –en contraposición a un estudio teórico en el que no se apela a casos concretos– *exploratorio* –frente a un estudio descriptivo o explicativo– (Alarcón, 2006) *mediante encuestas* porque busca documentar las posibles relaciones que se dan en un caso real no documentado previamente y en el que las categorías se consideran emergentes: autores que publican en editoriales universitarias. Busca, como tal, comprender dicha relación para poder conceptualizar respecto a la misma.

En coherencia con el enfoque cualitativo –y con las características del diseño general de la propuesta de investigación– se privilegia el estudio de casos que, en palabras de Neiman y Quaranta (2007) “[...] tienden a focalizar, dadas sus características, un número limitado de hechos y situaciones para poder abordarlos

con la profundidad requerida para su comprensión holística y contextual” (p. 218). En palabra de Yin (1994) los estudios de caso son usados “cuando el investigador tiene poco control sobre los eventos, y cuando el foco está en un fenómeno contemporáneo dentro de un contexto de la vida real” (p. 2).

De manera específica, se desarrolla como *estudio de caso único* porque selecciona una relación específica existente entre editores y autores, siendo éste un método muy útil en ciencias sociales donde los datos se recolectan de forma retrospectiva: información asistemática, cualitativa y anecdótica para conocer lo que sucede (Nock et al., 2008), de forma que se puedan notar las complejidades o singularidades que son únicas en ciertas características pero, al mismo tiempo, puedan ser útiles como un modelo o una generalización para otros casos.

3.1 Recolección de información

Corresponde al interés de este artículo indagar cuáles son las condiciones reales de publicación de obras en editoriales universitarias colombianas, para ello se buscó captar una “foto”, un primer momento, de la situación de los autores frente a los contratos editoriales que se están firmando en Colombia, así como de las cláusulas que incluyen. Para ello se desarrolló en esta investigación una encuesta en el que las cuatro primeras preguntas son de carácter mixto, es decir abierto y cerrado, y la última pregunta es cerrada. Las primeras cuatro indagan sobre la naturaleza contractual con la cual han tenido contacto estos autores, mientras la última pregunta indaga por el deseo de los encuestados de aparecer en la investigación de manera anónima o no. Todas las cuestiones que se plantearon a los colaboradores debían ser contestadas de manera obligatoria.

La encuesta se envió por correo electrónico o se hizo de forma presencial durante los meses de marzo a mayo de 2016. Un total de 80 encuestas se aplicaron a docentes universitarios y autores universitarios, finalmente se obtuvieron 26 respuestas. Siete (7) de ellas indicaban que no querían ser parte de la encuesta o

no podían responderla por razones personales o laborales; tres (3) respondieron que no han publicado libros con editorial universitaria pero han publicado en revistas universitarias. El perfil de los entrevistados incluye escritores independientes, periodistas, docentes universitarios, estudiantes cuyo trabajo de grado ha sido publicado por la editorial de su centro de estudios, así como escritores, fotógrafos e ilustradores *freelance*.

De los siete (7) que respondieron no desear hacer parte de la encuesta destaca aquellos que consideraron que responder a la encuesta comprometía a su institución educativa o las actividades que desarrollaban para su universidad (dos encuestados). Este tipo de respuesta es muy útil para la investigación –aun cuando no respondan los contenidos mismos– porque la misma indica que es un tema sensible y probablemente de discusión interna en las instituciones educativas. Algunos más se comprometieron a responderla en un momento posterior pero no lo hicieron, lo que no es indicativo para este artículo. En total se cuenta con 19 encuestas que sirven directamente a los propósitos de esta investigación. Respecto a los docentes consultados que respondieron tenemos que los mismos son de la Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Norte, Universidad Antonio Nariño, Universidad Industrial de Santander, Universidad Javeriana, Universidad de Cartagena, Universidad Santo Tomás, Universidad Católica, Universidad Piloto, Universidad Sergio Arboleda³¹.

Es importante resaltar que la idea de “muestra” en investigación cualitativa es que se pueda acceder a personas, documentos, eventos, hechos que den evidencia de la existencia de un fenómeno y permitan emerger características propias del mismo. Lo cual se diferencia tajantemente de una encuesta en un estudio

³¹ Adicional a estas diez universidades se solicitó información a docentes de otras trece: Universidad Distrital, Universidad de Cundinamarca, Universidad San Buenaventura, Universidad Autónoma, Universidad de los Andes, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Universidad Pedagógica, Universidad de la Salle, Universidad Tecnológica de Bolívar, Universidad del Cauca, Universidad Libre, ICESI, Universidad Externado de Colombia que no respondieron a la invitación.

cuantitativo, el cual debe dar cuenta del tamaño y representatividad de la muestra empleada. Los datos recopilados en el presente estudio no tienen interés o valor estadístico o probabilístico, lo que no permite hablar de muestras pequeñas o grandes, sino muestras representativas de los intereses que se buscan en los propios objetivos de investigación. No debe confundirse el empleo de un instrumento como la encuesta, que es una herramienta indispensable y natural de la investigación en cualquier área de conocimiento, con la idea de un ejercicio de muestreo con fines de extrapolación al total de una población; tampoco debe confundirse el empleo de técnicas de descripción estadística con la idea de un enfoque cuantitativo. Dicho de otra forma: en esta investigación se emplea una técnica de selección de información no probabilística.

Es importante señalar que se hizo un gran esfuerzo pero fue muy difícil acceder a información por parte de las editoriales universitarias sobre los contratos que efectúan, de las seis editoriales universitarias que se contactaron solo respondieron dos, una de las cuales solicitó que la información suministrada permaneciera de forma anónima; adicionalmente se encontró que es poco transparente la información de contacto de las distintas editoriales, inclusive cuando corresponden a entidades públicas obligadas a brindar este tipo de información. En cuanto a los autores se contactaron –vía correo electrónico– 80 docentes universitarios y autores universitarios de los cuales respondieron 26, lo que se considera un muy buen número de datos para el análisis exploratorio aquí planteado.

4. Análisis de datos y discusión de resultados

Primero se presentan los resultados de la encuesta a autores y luego a editoriales. Las respuestas abiertas se agruparon de forma codificada para que los datos fueran comparables, no se hizo uso de elementos gráficos dada la fácil comprensión de resultados, lo cual los hace irrelevantes. El apartado cierra revisando ejemplos de los clausulados.

4.1 Encuesta a autores

En cuanto a las preguntas a autores, tenemos que la primera busca establecer si los entrevistados han publicado o no con editorial universitaria, así como si se hizo mediante contrato editorial u otro documento:

1. ¿Ha firmado contratos editoriales universitarios para la publicación de alguna obra de su autoría? En caso afirmativo agradezco explicar cuál es el tipo de contrato. En caso negativo, y haber publicado con una editorial universitaria, favor explicar cómo fue que se hizo la publicación y responder a las preguntas “como si” se hubiese firmado contrato; en caso negativo, y no haber publicado con editorial universitaria, agradezco su tiempo y le solicito enviar la respuesta por e-mail (o fue diligenciada personalmente en el caso de contacto directo).

A partir de esta pregunta tres (3) de los entrevistados manifestaron haber publicado solo artículos en revistas universitarias y no libros. En el caso de los artículos las revistas no firman un contrato de edición sino que solicitan directamente la firma de una carta de cesión de derechos. Indagados al respecto se encuentra que dichas cartas son dirigidas a las revistas pero no a las editoriales. Inclusive varias de estas revistas universitarias no pertenecen o no son coordinadas por las editoriales universitarias (bien sea que no existen fondos editoriales o que las revistas son manejadas por dependencias diferentes). Es por ello que los datos de estos tres entrevistados se manejan de forma separada.

Respecto a los otros dieciséis (16) que han publicado libros con editorial universitaria se encuentra que catorce (14) lo han hecho con contrato y dos (2) han publicado con una carta de cesión de derechos (similar a las revistas). En cuanto a los tipos de contrato se encuentra que diez (10) lo han hecho con un contrato editorial específico, tres (3) con contrato laboral (bien sea un contrato de

investigación-producción o un contrato de producción por demanda), y un (1) entrevistado fue cobijado por el acuerdo de matrícula existente en la producción de tesis de grado, por lo que el trabajo fue publicado con una carta de cesión de derechos.

La segunda pregunta busca específicamente indagar por las cláusulas de cesión de derechos y las condiciones que se manejan:

2. ¿Dicho contrato incluía una cláusula de cesión de derechos de explotación a favor de la editorial universitaria? Ejemplo: Usted recibe un descuento en la compra de libros (u otro tipo de obra editorial impresa o digital) o una cantidad de ejemplares de dicha obra en reemplazo de cualquier ganancia obtenida por la editorial, entre otras alternativas. Por favor describa qué condiciones establece la cláusula.

En el caso de los tres (3) autores que publicaron en revistas las cláusulas se resumen en una declaración de autoría sobre los artículos seguida de una transferencia patrimonial total a la revista en caso de ser publicado sin retribución alguna.

En el caso de los dieciséis (16) autores que publicaron libros con editoriales solo uno (1) manifiesta que su contrato no incluía una cláusula de cesión de derechos. Diez (10) no especificaron en qué consistía dicha cláusula, uno (1) manifestó que solo eran ejemplares, dos (2) que eran ejemplares y descuentos, uno (1) ejemplares y porcentajes de venta, y uno (1) que era descuentos.

La tercera y cuarta preguntas se orientan a establecer la opinión, el concepto que tiene el autor respecto a dicho clausulado.

3. ¿Considera que cuando hay una cláusula de cesión de derechos de explotación en un contrato editorial puede haber una posición dominante

(entendida como una obligación, una imposición o la imposibilidad de negociación) por parte de la editorial en detrimento del autor? Seleccione la opción y diga por qué, en cualquiera de los casos.

Los tres (3) autores que han publicado solo en revistas consideran que la cláusula no está en detrimento de ellos sino que hace parte de una necesidad de asegurar calidad en los artículos de las revistas (que no se repita o publique el mismo artículo en varios sitios).

Respecto a los autores de libros: cuatro (4) de ellos manifiestan que no hay ningún abuso, donde dos (2) no especifican por qué y dos (2) consideran que publicar con la editorial universitaria es un honor y agradecen el apoyo al ser publicado su libro. De los doce (12) que consideran que hay abuso en el clausulado del contrato tenemos que cinco (5) lo dicen porque no eran negociables los términos, tres (3) lo dicen porque con el contrato la editorial decide sobre lo que se publica y cómo se publica, otros tres (3) consideran que con los términos firmados se pierde control sobre la obra, y uno (1) no especificó las razones.

4. ¿Considera que es posible que todos los contratos de publicación de obra en la editorial NO incluyan dicha cláusula de cesión de derechos? ¿Hubiese preferido no haber firmado dicha cláusula? ¿Por qué?

Ante la pregunta sobre si debe o no tener la cláusula se encontró que uno (1) de los autores de artículos considera que no tiene suficiente criterio para opinar al respecto, los otros dos (2) creen que es necesaria dadas las condiciones de deshonestidad y competencia existentes para publicar. En el otro grupo siete (7) autores consideran que no debe tenerla (de los cuales solo uno consideraba en la pregunta anterior que no hay abuso). De otra parte nueve (9) consideran que sí debe tener dicha cláusula –seis (6) de los que consideran en la pregunta anterior que sí hay abuso, pero consideran que el problema no es la cesión de derechos

patrimoniales sino otros clausulados que hacen que el autor pierda el control de la obra, particularmente en la edición.

Finalmente se preguntó a los participantes si deseaban que sus respuestas permanecieran anónimas o no, a lo cual dos (2) de los autores de revistas no objetaron publicar sus datos y uno (1) solicitó permanecer anónimo. En el otro grupo solo tres (3) autores (los únicos que consideran que no hay abuso y que sí debe existir la cláusula) aceptaron que se emplearan sus nombres y obras en la investigación. Los otros 13 solicitan permanecer anónimos.

En cuanto al análisis de esta información hay varios puntos fuertes a destacar:

El primero de ellos es la fuerte relación entre anonimato y respuestas que indican la posible existencia de abuso de posición por parte de la editorial: 100%; frente a solo 25% (1 entrevistado) que considera no hay abuso y desea permanecer anónimo. Mientras que en aquellos que publican en revistas solo quien consideró que no tenía criterios para responder a la pregunta solicitó permanecer anónimo. De igual forma todos aquellos que consideran que no debe existir dicha cláusula de cesión de derechos patrimoniales desean permanecer anónimos: 100%; frente a 67% de los que consideran que debe existir la cláusula y desean permanecer anónimos. Este comportamiento se debe probablemente a que la relación entre autor y editorial es muy diferente a la relación entre autor y revista. La primera es una relación directa, cercana y fuertemente personal, mientras la segunda suele ser una relación lejana, de desconocimiento y que se hace bajo condiciones de anonimidad (pares ciegos). También dice que la mayoría de autores publican libros en sus propias universidades, mientras que las publicaciones en revistas se hacen en su mayoría en otras universidades.

El comportamiento en las respuestas indica que pueden existir posibles retaliaciones a futuras publicaciones, con lo que se evidencia que los procesos de selección de libros a ser publicados en las editoriales obedecen a criterios en los

cuales hay un componente de selección por parte de la editorial que es o puede hacerse personal. Esto se enlaza con las respuestas dadas por personas que no desean responder a la encuesta por razones laborales.

El segundo punto a destacar es que de aquellos que específicamente han tenido contrato editorial el 80% consideran que hay abuso, pero solo el 40% creen que no debe tener la cláusula. Entre los que han tenido otro tipo de contrato el 67% creen que hay abuso, y la opinión se divide un 50% a favor y en contra de la cláusula. La interpretación que damos de esta relación de respuestas es que en general se observa más inconformidad con las condiciones mismas del proceso de creación intelectual y el control de la edición que con el clausulado que establece la cesión de derechos patrimoniales. Si vemos los datos solo en el 31% (los que consideran que el clausulado no era negociable) es probable que exista una inconformidad real frente a la cesión de derechos –pensando o esperando algún rédito económico por la obra–. Hay un 37,5% que se encuentra inconforme porque la editorial decide el cómo y el qué se publica, o sienten que pierden el control de la obra; un 19% de los entrevistados no especifican, y un 12,5% consideran un honor y un apoyo ser publicados. De los dos (2) autores en revistas que consideran que se deben mantener los clausulados de cesión de derechos patrimoniales se desprende que no esperan que haya un rédito por la publicación de artículos en revistas, posiblemente porque no hace parte de la cultura académica colombiana (en otros países reciben copias del artículo, aun cuando también hay revistas que cobran para revisarle al autor su artículo sin garantizar que va a ser publicado).

Estas respuestas indican que es más fuerte la idea de que las publicaciones académicas son más un resultado de los procesos académicos que un fin editorial en sí mismo, es decir: los autores académicos lo son por ser académicos y no por esperar ser autores. Con lo cual es probable que la mayoría no espere “vivir” de su producción impresa más sí de su prestigio y actividad intelectual, con lo que es

más importante publicar para divulgar, comunicar, que recibir réditos económicos de dicha actividad.

El tercer punto es que en cuanto a los posibles beneficios de publicar los autores identifican tres: Ejemplares, descuentos y porcentajes de venta. Estos beneficios que ofrecen las editoriales a los autores son, en general, bien vistos y aceptados, sin embargo en el caso del autor que manifestó haber pactado porcentajes de venta se queja de que los mismos no le son liquidados o representan montos tan insignificantes que no vale la pena cobrarlos (con lo que se denota el poco movimiento de venta de libros que tienen estas editoriales).

Como un aporte adicional dos (2) de los autores de artículos remitieron proformas de las Cartas de cesión de derechos que emplean las revistas. La primera es de la revista I+D (Anexo 3) y la segunda de la revista Investigación y Desarrollo (Anexo 4). Ambas cubren aspectos tradicionales de la mayoría de cartas que las revistas de investigación solicitan a los autores en Colombia, sobre las mismas destaca que son entregadas a los autores en formato editable, con lo que se entendería que sí es posible modificar las cartas, sin embargo al preguntar a los autores ellos ni siquiera consideraron hacerlo. En la carta de I+D se solicita una cesión total de todos los derechos patrimoniales del artículo por tiempo y espacio ilimitado, la cesión solicitada por Investigación y Desarrollo solo aparece como cesión total sin ninguna clase de especificación de modo, tiempo y lugar.

4.2 Encuesta a editoriales

En cuanto a la encuesta a las editoriales la respuesta fue escasa: dos de seis editoriales. Decimos que no fue la esperada porque al iniciar el trabajo de investigación se consideraba que las principales interesadas en el tema –y en aclarar sus actuaciones– fueran las editoriales universitarias. Adicionalmente al ser instituciones se espera que mantengan unas buenas relaciones públicas y de atención a demandas de información. Las editoriales contactadas con la encuesta

fueron: Unibiblos (de la Universidad Nacional de Colombia), Ediciones USTA (Universidad Santo Tomás), Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Publicaciones Unicartagena (Universidad de Cartagena), Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, Fondo Editorial de la Universidad Antonio Nariño. Frente a las dos editoriales que respondieron es claro que solo se puede señalar la colaboración del señor Nicolás Morales Thomas, director de la Editorial Javeriana, dado que la otra solicitó permanecer anónima.

En sus respuestas ambas editoriales manifiestan que NO manejan contratos de adhesión, de forma que cada contrato es “personalizado”. Esta misma condición hace que no compartan los clausulados de los mismos al ser “confidenciales”. Revisada la información de uno de los contratos suscritos por un autor se observa que efectivamente la negociación de las cláusulas fue de mutuo acuerdo, sin embargo es el caso de uno de los entrevistados que consideraba un privilegio que su trabajo se publicara. En el caso de los demás autores no se pudo acceder a ningún documento pero se observó que no siempre se manejan contratos específicos de edición.

A continuación se presentan las respuestas de ambas editoriales a cada pregunta, en el caso de la Universidad Javeriana se transcribe literal, en el caso de la otra editorial se ha editado para conservar el sentido de la respuesta pero ocultar la identidad de la misma:

1. ¿Todas las publicaciones de la editorial universitaria en la que usted trabaja se hacen bajo contratos únicos de publicación editorial, o existen diversos tipos de contratos, o, inclusive, se hacen publicaciones sin necesidad de recurrir a contratos? Agradezco, en caso de que haya más de un tipo de contrato, o que no hayan contratos, explicar cómo se define la modalidad bajo la cual se publica una obra.

Respuesta PUJ: Existen diversos tipos de contratos, la regla general es que todas las publicaciones deben tener algún contrato que regule la autorización de publicar y el alcance de esa autorización. Para identificar el tipo de contrato se parte del interés del autor de la obra, el alcance de la publicación (tiraje, canales comerciales, etc.).

Otra: Entiendo que tal planteamiento ausculta por la existencia de formatos únicos para la celebración de contratos de edición, en otras palabras, contratos de adhesión en materia editorial, desde la Editorial debemos manifestar que no existe un modelo o contrato único de publicación editorial que determine en la totalidad el contenido de un acuerdo de voluntades. Así, atendiendo a su naturaleza bilateral, estos son definidos en conjunto por las partes de los contratos (autores-Universidad). En ese sentido, el análisis jurídico se da en los centros editoriales y en la Editorial, definiendo el ámbito en el cual se desarrolló la obra, dilucidando si esta fue producto del cumplimiento de las funciones legales y reglamentarias que sujetan a los profesores de la Universidad en su vinculación a la carrera profesoral, o si por el contrario la obra se desarrolló en otro contexto.

2. ¿En la editorial manejan contratos que incluyen una cláusula de cesión de derechos de explotación a favor de la editorial universitaria? Ejemplo: El autor recibe un descuento en la compra de libros (u otro tipo de obra editorial impresa o digital) o una cantidad de ejemplares de dicha obra en reemplazo de cualquier ganancia obtenida por la editorial, entre otras alternativas. Favor describir cuál tipo de condiciones establece la cláusula y en cuáles contratos aplica.

Respuesta PUJ: En algunos casos se manejan cláusulas de cesión de derechos; ahora, cuando se incluyen cesiones, siempre se estipulan descuentos en favor del autor para aquellos casos que quiera adquirir ejemplares. Asimismo, siempre se estipulan regalías, las cuales pueden ser en especie (ejemplares físicos) o en dinero, según se pacte con el autor.

Otra: La Editorial se rige por el “Reglamento sobre propiedad intelectual” de la Universidad. [Consultado el mismo establece que el derecho patrimonial de toda producción elaborada bajo cualquier contrato de la universidad le pertenece a la misma. En el caso de ediciones a terceros las regalías se pactan en dinero y especie (ejemplares)].

3. ¿Considera que hay una posición dominante (entendida como una obligación que es impuesta sin posibilidad de negociar) por parte de la editorial universitaria al incluir la cláusula de cesión de derechos de explotación?

Respuesta PUJ: No, siempre existe la posibilidad que el autor negocie sus derechos, pues los mismos son parte de su patrimonio y le pertenecen por ley.

Otra: No. Todo contrato nace equilibrado por la firma de las partes, y cualquier desequilibrio económico se deriva de un hecho o fenómeno posterior.

4. ¿Considera que es posible que todos los contratos de publicación de obra en la editorial universitaria NO incluyan dicha cláusula de cesión de derechos? ¿Por qué?

Respuesta PUJ: Sí es posible, porque en la gran mayoría de las veces se trata de una edición y no de una compra de derechos.

Otra: Frente a la última pregunta, reiteramos que los contratos de edición que suscribe la Editorial dependen de un Análisis jurídico, previo y particular, que atiende a las especificidades de cada caso. Por ello no se puede aseverar, sin riesgo a equivocarse, que sea posible la no inclusión de una cláusula de cesión de derechos en cada uno de los acuerdo de voluntades que celebra nuestra dependencia con el objeto de transferir el conocimiento a la sociedad.

El análisis de las respuestas dadas por estas dos editoriales es bastante simple: ambas son conscientes de que no pueden establecer contratos de edición estándar y argumentan desde posiciones jurídicas claras que la cesión de derechos patrimoniales es negociada individualmente. En ese sentido establecen que los libros publicados se hacen de mutuo acuerdo, pero regidos bajo condiciones específicas de la relación entre el autor y la institución. En ese punto surge una imagen clara del negocio editorial universitario: o bien el autor se acerca a la editorial o la editorial escoge al autor pero la publicación no parece hacerse por la obra en sí misma sino por la relación entre el autor y la institución que cobija a la editorial.

Esto está muy en concordancia con lo expuesto por Rama et al. (2006) cuando señalan que la mala gestión de los fondos editoriales universitarios lleva a que no se comercialicen de forma adecuada los títulos y, por ende, no se paguen regalías reales a los autores. Es un círculo vicioso en el que tanto autor como editorial desconocen o no controlan los costos reales de las obras publicadas y proyectan inadecuadamente su tiraje y las características necesarias para la correcta edición, dejando de lado el objetivo de recuperar la inversión realizada y mucho menos obtener ganancias. Dado este problema de gestión la publicación de las obras termina defraudando a los autores y a las editoriales, coincidiendo con la opinión de los autores encuestados que señalan como una frustración mayor las condiciones establecidas en los contratos respecto al control de la edición y la publicación.

El hecho de publicar en la institución con la cual se encuentra vinculado y que su obra se considere el resultado de su trabajo con la institución, además de que tanto institución como autor consideren o bien un honor o un deber publicar³² muestran cuál es la política editorial universitaria: un asunto de egos entre

³² Lo mismo ha sido encontrado en Rama et al. (2006, pp. 163-164).

instituciones y miembros de la misma. Esto descuida el elemento central del trabajo editorial: el lector.

4.3 Clausulados

Al desarrollar la encuesta a autores y editoriales existía la intención de que los mismos compartieran contratos y poder revisar articulados específicos, pero las editoriales que aceptaron participar fueron enfáticas en no suministrar información al respecto (indicando que eran documentos únicos, cada contrato elaborado de forma específica y no con proformas); y aquellos autores que indicaron haber firmado contratos (porque es claro que muchos no lo hicieron) no conservaban (o no les fue suministrada) copia del mismo. Sin embargo se insistió y se buscó en diversas fuentes copias de articulados que permitieran ver el interés específico de esta investigación: la *cesión de derechos patrimoniales*. Es claro que esta cláusula puede no ser la única que se constituya en abusiva, con lo que una revisión general de los contratos podría ampliar la visión del tema, sin embargo para esta investigación lo importante es poder analizar dicha cláusula en específico y dar luces respecto al tema desde lo jurídico; por ello **no** se consideraron otros clausulados.

Un primer ejemplo claro de la situación que envuelve el clausulado sobre derechos patrimoniales lo constituye la siguiente cláusula del año 2008:

Decimotercera: Regalías a favor del autor. En virtud del presente contrato de coedición no se causarán regalías económicas a favor de EL AUTOR y quedarán fuera del comercio de conformidad con el numeral 2 del artículo 124 de la ley 23 de 1982:

A) Setenta (70) ejemplares que HOYOS EDITORES entrega a EL AUTOR sin costo alguno.

B) Los ejemplares que se destinen para cumplir con el depósito legal y demás requisitos de ley, con fines publicitarios, comentarios bibliográficos o cortesía editorial.

La misma fue extraída del contrato de coedición de la obra “La reconstrucción de Manizales en los años veinte. Implicaciones ideológicas, políticas y culturales”³³ del profesor Jorge Enrique Esquerro Leongómez. Dicha obra fue contratada para ser publicada por la Universidad Nacional de Colombia y Hoyos editores.

Lo que dice la cláusula es evidente: No se pagan regalías, solamente se le entregan un número de ejemplares gratuitos establecidos por la ley. El artículo 106 de la misma ley 23 de 1982 establece que se debe pactar la regalía correspondiente, ¿es válido pactar que la regalía es ninguna?

Para los libros “Cultura política y violencia en Colombia. Porque la sangre es espíritu” de Carlos Mario Perea Restrepo, “Mercados y armas. Conflictos armados y paz en el periodo neoliberal. América latina, una evaluación” de Francisco Gutiérrez Sanín, coeditados entre la universidad Nacional de Colombia y La Carreta editores S.A., se establece “a título de derecho de autor” que el primero de los autores recibe 50 ejemplares, el segundo 70 ejemplares y la Universidad, en ambos casos, 100 ejemplares, de un tiraje de 700 de cada obra.³⁴

El artículo 13 del acuerdo 004 del 19 de abril de 2016 del Consejo académico de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia (UNAD), define en el literal c) que existen “regalías en ejemplares al autor”, y aun cuando no es evidente es posible suponer que *solo* existen regalías en ejemplares.

³³ Es de anotar que no se encontró si la obra fue o no publicada, aun cuando el contrato aparece firmado. Fuente: http://www.unal.edu.co/contratacion/2008/contratocoedicion04_20080611.pdf

³⁴ Todos los demás ejemplares se comercializarán. Fuente: http://diracad.bogota.unal.edu.co/Unidad_Administrativa/contrata/contsep09.pdf

Es importante destacar que las universidades se apoyan en los denominados “Estatutos de propiedad intelectual” como mecanismos o herramientas que justifican la idea de que toda producción intelectual de un docente, investigador o estudiante tiene una parte que *pertenece* a la institución. Con ello implica que ha financiado la producción de la obra con anterioridad (como si en un contrato de edición comercial se pagara un adelanto).

El artículo 20, numeral 3, literales b, c, y d, de la resolución 755 del 24 de octubre de 2012³⁵ de la Universidad de Medellín dicen así:

b. La Universidad de Medellín reconocerá al autor el 10% del PVP (precio de venta al público) en calidad de derechos patrimoniales, cuando la obra haya sido escrita por uno o varios docentes de la Institución sin que medie para ello descarga académica. El autor recibirá, además, el 5% del total de ejemplares en cada tirada del texto.

c. La liquidación de derechos patrimoniales se hará sobre el 85% del total de ejemplares producidos. Los cortes y los pagos correspondientes se harán cada año.

d. Cuando la obra haya sido escrita como producto de investigación financiada por la Universidad o que haya mediado descarga académica, el autor conservará los derechos morales sobre la misma, pero no se le reconocerán derechos patrimoniales. No obstante, la Universidad le entregará el 5% del total de ejemplares en cada tirada del texto en calidad de cortesías por la autoría.

³⁵ <http://www.udem.edu.co/index.php/2014-08-04-13-02-15/politica-editorial-y-reglamento-de-publicaciones>

Finalmente tenemos el clausulado del contrato del libro “Lógicas del poder y regulación de espacios” del autor David Camargo Cárdenas, publicado en el 2003 por la Universidad Nacional de Colombia, que el autor en entrevista resume en:

Se negoció: El valor de venta al público, el cual quedó en \$15.000; con lo cual se aseguraba la divulgación de la obra, mi interés principal. Me entregaron 30 ejemplares de un tiraje de mil libros. Y quedó estipulada una cláusula con la cual recibía un descuento del 50% en la compra de mi propio libro. Yo no he sido docente de la universidad, fue una publicación de un externo bajo el sello de la Universidad nacional.

4.4. Discusión de resultados

Las encuestas a editoriales muestran que, en términos jurídicos, es claro que ellas niegan que sus contratos sean de adhesión y cuenten con cláusulas abusivas, por el contrario expresan que firman contratos individuales negociados y convenidos equilibradamente. Esta posición se explica como resultado no solo del desarrollo legislativo sino de cómo el mismo ha permeado las prácticas de las instituciones; sin embargo la existencia en resoluciones institucionales –como se mostró en el anterior apartado de clausulados– de directrices que definen las cláusulas de cesión de derechos patrimoniales en los contratos de obras impresas, muestran una práctica aceptada y asimilada por el mercado que contraviene la legislación nacional.

Si bien es cierto que los contratos editoriales para publicación de libros no son proforma, también se encuentra a partir de la información suministrada por autores y dispuesta en las reglamentaciones de las editoriales que existen posiciones únicas en lo que respecta a la cláusula de cesión patrimonial.

De otra parte se encuentra que –a partir de la información suministrada por los autores encuestados– las revistas científicas colombianas sí establecen contratos

de adhesión orientados a asegurar de forma obligatoria las cláusulas de cesión patrimonial de derechos, así como asegurar la integridad de los textos sometidos a evaluación para publicación.

Desde el punto de vista jurídico, esto implica que los autores afectados pueden iniciar una acción civil declarativa contra las editoriales universitarias o las instituciones de educación superior directamente, buscando indemnizaciones por las regalías no percibidas. Sin embargo es necesario discutir, primero, las condiciones de buena fe bajo las cuales se firmaron los contratos.

En primer lugar se encuentra la argumentación de las editoriales sobre que “no es un negocio”, donde pelean la lógica académica y la lógica editorial. Ediciones de libros que no son comerciales y no generan ingresos, dentro de lo que se ha determinado como “dinámica editorial universitaria” (las “condiciones” del mercado) pero que, en realidad, es un problema de mala gestión que redundo en desavenencias y frustraciones para las dos partes que firman los contratos de edición: autores y editoriales. Los primeros se pueden sentir explotados al tener que ceder posibles ganancias patrimoniales por la comercialización de sus libros, los segundos se sienten perdiendo dinero al no recuperar gastos con los títulos publicados. Este círculo vicioso de problemas se origina por el desconocimiento del elemento central de la producción textual: el lector.³⁶

En segundo lugar los intereses de publicación de autores y la condición de prestigio derivada, donde, para el caso de los libros, se argumenta que en el fondo la publicación de los mismos no tiene interés comercial (Palacio, 2013). Muchas editoriales y autores hacen publicaciones electrónicas gratuitas de sus textos como estrategia divulgativa (ante la baja capacidad de comercialización), de forma que ven la obra como un bien retribuido a la comunidad.

³⁶ Lo cual es un problema extendido en otras regiones, como lo señala López & Estrada (2007), Chipon (2007), Zavala (2008), Varela (2009), González, J. (2011), Gutiérrez (2013), Salas (2013), Gazzera (2014).

Para las revistas se argumenta que las mismas buscan es asegurar la calidad de sus publicaciones, de forma que demandan la firma de las cesiones patrimoniales como una forma de regular el mercado y evitar que un mismo producto se publique dos o más veces.³⁷

Más allá de la buena fe objetiva se encuentra que las editoriales universitarias tienen una posición dominante en el mercado –por lo cual son quienes están mediando la oferta y la demanda–, controlan los precios y generan los hábitos de consumo. De igual forma, las mismas editoriales académicas son los únicos contratantes “válidos”, “reconocidos”, para los fines académicos que esperan los autores, con lo que podemos ver que esta situación puede equipararse a un abuso de posición dominante, la cual se asimila a la tipología descrita de abuso del poder de negociación al generar contrataciones laborales que condicionan el cumplimiento de las mismas a la publicación con la propia editorial, o por el hecho de ser las dueñas de los medios de publicación.

Otro punto de litigio es que más allá de la buena fe y la posición dominante hay una realidad contractual que están desconociendo las editoriales y es que el contrato de edición está reglamentado claramente en Colombia en lo que tiene que ver con cantidades, calidades (tiempo, espacio, condiciones) y pago de regalías, pero se observa una alta informalidad en la contratación empleando otro tipo de contrataciones o derivaciones de contratos laborales, civiles, etc.³⁸

Respecto a la pregunta central abordada en la investigación sobre si las cláusulas de cesión de derechos patrimoniales pueden considerarse como “abusivas”, lo encontrado en los datos recabados es que la pregunta central debe entenderse

³⁷ Al respecto: García (2010), Cordon-García & Gómez-Díaz (2010), Kozak-Rovero (2013), Ruíz-Pérez et al. (2015).

³⁸ Situación que se presenta igualmente en la administración pública con los contratos de prestación de servicios que incluyen la producción de material –informes, cartillas, etc.– para publicaciones.

mejor como: ¿los autores podrán o no publicar tanto en revistas como en editoriales negándose a firmar la cesión de derechos patrimoniales? En caso de no poder hacerlo se estaría confirmando que existe una posición dominante en la que las instituciones educativas generan unas condiciones perjudiciales hacia los autores, dentro de lo que denominamos abuso en la contratación. En el caso de las revistas investigativas es muy claro que esto es lo que está sucediendo. Se encuentra que hay un mecanismo que relaciona a las editoriales y a los autores en torno a las revistas académicas de una forma necesaria pero perversa:

- a- Los autores trabajan con las universidades y las mismas exigen que publiquen en revistas especializadas como demostración de su capacidad académica. En muchos casos se imponen “cuotas” o se supedita la continuidad laboral o la contratación a estos resultados. De igual forma se presiona a estudiantes de posgrado con condicionamientos específicos para poder graduarse.
- b- Las revistas son creadas por las universidades para recibir y publicar los textos producidos.
- c- Los organismos reguladores de la producción en educación e investigación (Colciencias principalmente) definen condiciones bajo las cuales pueden publicarse los textos.
- d- Las instituciones educativas financian el funcionamiento de las revistas con criterios más mecánicos administrativos o académicos y no contemplan las necesidades e intereses de los lectores, con lo que no se obtienen retornos a la inversión.
- e- Los autores no reciben ganancias directas por su trabajo sino indirectas, cuando se tienen sistemas de remuneración por puntaje o incentivos económicos a la producción.

El caso de los libros es similar al de las revistas en cuanto al mecanismo, pero el sistema no es promocionado por Colciencias, al contrario: es desincentivado al otorgar menos puntos a los grupos de investigación por la publicación de libros

que por la de artículos en revistas especializadas (aun cuando conlleven mucho más trabajo). El argumento prevalente es que en las revistas se controla calidad (revisión por pares ciegos, límites a la endogamia académica, no repetición de textos) y en los libros no.

5. Conclusiones

El objetivo de esta investigación era conocer la realidad jurídica de los autores de obras académicas al momento de contratar su publicación con las editoriales universitarias. Vista la información es claro que existe una altísima informalidad en los tipos de contratos que amparan dichas publicaciones, además, en los casos que media un contrato de edición específico, si bien los mismos no son contratos de adhesión, probablemente la mayor parte especifican la cesión plena de derechos patrimoniales o unas regalías inferiores o sustituidas en especie, desconociendo lo establecido por ley. Adicionalmente, la dinámica de las ediciones universitarias opera por reglas de un mercado que no es la producción editorial en sí misma, sino un sistema de estímulos con recompensas externas a la comercialización de libros. Dicho sistema no opera en la lógica de las regalías, simplemente porque es mucho más rentable por fuera del mismo. Cuando un autor no percibe ganancias por sistemas de estímulos o por puntos salariales a producción, pues siente que su trabajo no es recompensado de la forma correcta.

El hecho de que sean las editoriales universitarias quienes “ejecutan” los procesos de socialización de resultados académicos (que conllevan a los estímulos externos a la publicación misma de la obra), les ha permitido establecer una posición dominante determinada en reglamentaciones de funcionamiento de dichas editoriales, controlando las condiciones de producción y comercialización de las obras y definiendo condiciones de derechos patrimoniales por encima de la ley.

Aun cuando no está dentro de los alcances de esta investigación hacer un estudio econométrico de la viabilidad del sistema editorial académico colombiano, sí es necesario señalar que ambas partes dentro de la contratación: instituciones educativas y autores, deben encontrar réditos más allá de lo económico en la publicación de obras (libros o revistas). No se percibe –a partir de las entrevistas y la revisión del tema– que la publicación académica sea un negocio con muchas ganancias, o que los autores puedan honestamente aspirar a vivir de las regalías. Lo que conlleva a que las editoriales parezcan casas de impresión al servicio de los académicos en las que las propias instituciones educativas cubren los costos. Situación que puede generar inconformismos y malentendidos para ambas partes en lo que concierne a la cesión de derechos patrimoniales. De una parte, los autores pueden terminar sintiendo que se les está negando el acceso a un derecho que se percibe necesario y es el de obtener regalías, mientras que las editoriales pueden considerar estar invirtiendo un dinero que no retornará vía venta de las obras.

Sin duda es importante hacer un análisis mucho más profundo y detallado no solo del articulado referido a los derechos patrimoniales sino a la integralidad del instrumento contractual, pero esto excede los alcances de la presente investigación.

Para finalizar vamos analizar ciertos contratos firmados con editoriales universitarias, de la misma manera analizar cada una de las cláusulas.

El primer contrato para analizar es el suscrito entre la UNIVERSIDAD NACIONAL y RAFAEL ALBERTO MOLINA GALLEG0, en la primera cláusula se obliga la UNIVERSIDAD NACIONAL a la impresión de la obra, lo cual confirma nuestra teoría que los autores firman con los universidades con el ánimo de darse a conocer o transmitir su conocimiento. Los autores universitarios son pocas las regalías que reciben porque lo hacen también muchas veces para no perder su trabajo.

En la segunda clausula se respeta ley 23 de 1982 en la cual el autor no trasmite sus derechos morales pero si los patrimoniales, en el transcurso de esta investigación se dejo claro esta cesión de derechos puede considerarse abusiva porque el editor aprovecha de la necesidad del auditor de publicar un libro, además ellos no dejan que se discutan las discusiones del contrato y le dejan un porcentaje mínimo al autor que es el productor intelectual. La editorial puede decir que ellas son las que invierten monetariamente y corren el riesgo que no se venda pero se debe valorar el tiempo dedicado al autor de escribir el libro.

En la tercera clausula se habla de que el autor debe responder porque la obra es inédita, esta clausula es coherente porque es el autor el creador de la obra no la editorial, ella únicamente es utilizada para los servicios de impresión.

La cuarta clausula habla del numero de impresiones y de ediciones en todo contrato debe establecerse este tipo de clausulas para que quede claro entre las partes que numero de obras va a imprimir la editorial.

En la quinta clausula establece los tiempos que tiene el contrato para dar cumplimiento a cada una de las partes en todo contrato es importante para que las partes sepan cual es el termino de duración del contrato , además para que los sujetos del contrato llegado el termino decidan si lo renuevan o no.

La clausula sexta establece de las obligaciones del autor esta clausula es importante para que quede claro qué tipo de obligaciones tiene el autor de la obra y que la editorial después no le exija mas allá de lo estipulado en el contrato.

Clausula séptima establece las clausula de las editoriales debe ser obligación que esta clausula este estipulado en todos los contratos para que la otra sepa que exigirle a la editorial, además la institución encargada de la impresión le queda claro cuales serian sus funciones.

Clausula octava establece que la publicación debe ir con el logotipo de la universidad nacional dicha clausula nos deja claro que la universidad ejerce posición dominante en el sentido que en contraprestación por publicar el libro del autor quiere hacer publicidad utilizando su logotipo , es decir que además de darle muy poco como regalías , también realiza publicidad con su logotipo.

Clausula novena habla acerca del plazo de publicación de la obra esta clausula es muy importante porque la editorial no puede quedarse indefinidamente publicando la obra.

Clausula decima deja muy él poco de regalías que la universidad le entrega al autor apenas el 5% de regalías mientras que la universidad se queda con el 95%, esto no puede ser valido porque si bien la universidad invierte dinero el autor perdió tiempo investigando y escribiendo el libro , lo anterior se debe valorar.

La cláusula undécima habla del precio del libro corresponde a la editorial esto no debería permitirse porque este precio debe ser estipulado por las dos partes.

Decima segunda establece los derechos del autor queda claro que puede exigir el autor para evitar inconvenientes en el futuro.

Decima tercera esta cláusula es importante porque habla del control de calidad que le corresponde a la editorial ya que la editorial cuenta con personal competente para su publicación.

Decima cuarta deja en claro el papel del supervisor esta cláusula no se puede pasar por alto para que el supervisor no se extralimite en sus funciones.

Decima quinta la editorial se extralimita en sus funciones porque puede dar por terminado unilateralmente el contrato si no se vende cierta cantidad la editorial se extralimita en sus funciones porque es un riesgo que debe correr las dos partes en el contrato.

Decimo sexta todo contrato debe contener la solución de controversias mediante que mecanismo se va a resolver. Lo anterior lo apoyamos en esta investigación porque las partes si quieren terminar el contrato no pueden ser arbitrarias para terminarlo si no que deben acudir a los mecanismos de ley.

Decimo octava ninguna de las partes puede ceder el contrato esto es válido porque si yo firmo un contrato con una parte que es la que confió para hacer un contrato después no pueden cambiármela.

Decimo novena la liquidación del contrato es correcto para que las partes liquiden el contrato legalmente.

Vigesima habla de las modificaciones del contrato las partes debe realizar por medio de un acta esta cláusula debe exigir para que las partes cualquier modificación que quieran realizar quede por escrito.

Vigesima primera es el domicilio esta cláusula es importante porque estableciendo el domicilio en caso de cualquier controversia las partes saben a donde deben ir.

Vigésimo segunda establece la legalización es decir las partes como hacen para que el contrato surta los efectos jurídicos.

Otra que se va a analizar es la cesión de derechos de la universidad de investigación y desarrollo esta cesión de derechos es preocupante porque el autor reconoce que esta obra es inédita y que no fue publicada pero además transfiere a la universidad el derecho a publicar dicha obra sin una restricción de ejemplar y lo que es peor transfiere todos los derechos patrimoniales es decir que la universidad es la dueña de los derechos patrimoniales de esta obra sin reconocerle al autor ningún derecho pecuniario.

Para terminar de analiza la carta de cesión de derechos de la revista de investigación y desarrollo en esta el autor respondo por todos los daños causados si la obra fue publicada pero si le cede a la universidad todos los derechos para explotar la obra en esto hay un abuso de la posición dominante porque la universidad exige la obra sea inédita pero ella si es beneficiario de todos los derechos patrimoniales de la obra es decir no le reconocen al autor las noches y el tiempo de investigación.

BIBLIOGRAFIA

- Alarcón, F. (2006) Introducción a la investigación en ciencias sociales, *Working Paper del Departament d'Organització d'empreses* de la Universitat Politècnica de Catalunya, [en línea]. Recuperado de: <https://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/501/Introducci%C3%B3n%20a%20la%20investigaci%C3%B3n%20en%20ciencias%20sociales.pdf>
- Arango Grajales, M. (2016). La causa jurídica de las cláusulas abusivas. *Estudios Socio-Jurídicos*, 18(1), 243-266, Colombia.
- Arjona, A., & Rubio, M. (2002). El análisis económico del derecho. *Revista Precedente*, 117-150.
- Ballesteros, J. A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Benito, P. Á. (2003). *Obligaciones del autor en el contrato de edición*. Madrid: Reus.
- Bernal, M., & Villegas, L. (2008). Problemas de la contratación moderna y la protección al consumidor en las tecnologías de información y comunicaciones. *Vniversitas*(117), 153-170.
- Bonivento Fernández, J. A. (2009). *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales* (Tomo II). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional

Ltda.

- Boretto, M. M. (2010). *Contratos de edición*. Buenos Aires: IB de F
- Breccia, U., Busnelli, F. D., Natoli, U., & Bigliazzi Geri, L. (1992). *Derecho Civil. Hechos y actos jurídicos* (F. Hinestrosa, Trad.). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cabrera, K. (2011). El derecho de consumo: Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. *Revista de Derecho*, (35), 55-95.
- Cárdenas Quiroz, C. (1999). *Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. Jurisprudencia de defensa de la competencia*. Lima, Perú.
- Carnelutti, F. (1990). *Metodología del derecho*. Buenos Aires: Valleta ediciones.
- Cerlalc (2013). El derecho de autor y los contratos de los contenidos editoriales en el entorno digital. Comité Intergubernamental para la Nueva Agenda por el libro y la lectura. Recuperado de: <http://cerlalc.org/wp-content/uploads/2014/03/El-derecho-de-autor-y-los-contratos-de-los-contenidos-editoriales-en-el-entorno-digital.pdf>
- Chipon, S. L. (2007). Buscando la excelencia: entre tradición y modernidad. Unión de Editoriales Universitarias Españolas (2007). *Innovación y retos de la edición universitaria*, 185-187.
- Cobo Borda, J. G. (Ed.) (2000). *Historia de las empresas editoriales en América Latina. Siglo XX*. Colombia: Cerlalc.
- Cordón-García, J. & Gómez-Díaz, R. (2010). Edición universitaria en el contexto de la edición científica: autoría, reconocimiento y valoración. *El profesional de la información*, 19(1), 28-34.
- Correa, J. D. (2012). Apuntes para una historia de la edición en Colombia 1962-2012. En Cámara Colombiana del Libro (2012). *Autores y editores colombianos*. Colombia: Cámara Colombiana del Libro.
- Criado-Castilla, J. (2015). Juicio de abusividad en los contratos de consumo. *Revista de derecho privado* (53), 1-32.
- Darke, P.; Shanks, G. & Broadbent, M. (1998). Successfully completing case study research: combining rigour, relevance and pragmatism. *Information systems Journal*, (8). 273-289.
- De Verda y Beamonte, J. (2005). Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el Derecho español, *Revista Chilena de Derecho*

Privado, (4). 33-80.

Díaz De Salas, S.; Mendoza, V. & Porras, C. (2011). Una guía para la elaboración de estudios de caso, *Razón y palabra*, (75). 33-80.

Dirección Nacional de Derechos de Autor. (s.f.). *Normatividad y jurisprudencia. Leyes*. Recuperado de: <http://derechodeautor.gov.co/web/guest/leyes>

Echeverrri, V. (2011). El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores. *Opinión Jurídica*, 10(20), 125 - 144.

Eguaras, M. (2013). *Cómo detectar un contrato de edición abusivo*. Kindle E-book: Amazon.

Esmein, P. (1927). De las cláusulas de irresponsabilidad, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, (XXIV), 47-66.

Estigarribia Bieber, M. (2001). Las Cláusulas Abusivas en la Contratación con Consumidores en la Legislación Argentina. *Comunicaciones científicas y tecnológicas 2001*, Argentina: Universidad Nacional del Nordeste. [Es de anotar que es un texto en construcción con versiones diferentes en 2000, 2001, 2003, al menos].

Farina, J. M. (2005). *Contratos comerciales modernos*. Buenos Aires: Astrea.

Fernández Moya, M. (2009). Editoriales españolas en América Latina. Un proceso de internacionalización secular. *La internacionalización de la empresa española en perspectiva histórica*. Julio-Agosto (849), 65-77.

García Amigo, M. (1965). *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*. Madrid: Editorial Tecnos.

García Arango, G. (2010). La propiedad intelectual en las economías universitarias. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 53-72.

Gazzera, C. (2014). Libros y Universidad. *Revista Universidade em Debate*, 2(1).

Genicon, T. (2009). El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (13), 123-159.

George, A. & Bennett, A. (2005). *Case studies and theory development in the social sciences*. Cambridge: MIT.

Goldstein, M. (2005). *Derecho de autor y sociedad de la información*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca.

- González, C. (2011). Las cláusulas limitativas, exonerativas o agravantes de responsabilidad en materia contractual. Validez y límites. *Revista Chilena de Derecho* 38(1), 89-100.
- González, J. T. G. (2011). La edición universitaria argentina a dos voces: Rafael Centeno y Mónica Aguilar, editores de la Universidad Nacional de Quilmes (Argentina). *Temas de Nuestra América. Revista de Estudios Latinoamericanos*, 27(50), 225-238.
- González, M. (2011). *Las letras al derecho*. Recuperado de: <http://www.cerlalc.org/letrasalderecho/transmision.html>
- Gual, J. M. (2009). El control sobre las cláusulas abusivas: un régimen en evolución. *IUSTA* (30), 15-44.
- Gutiérrez, S. (2013). El Libro Universitario en Venezuela ¿quién le pone el acento? *Telos*, 12(1), 117.
- Hernández, J. A. G. (2007). La edición universitaria en cuestión, a los veinte años de la Unión de Editoriales Universitarias Españolas (UNE). Unión de Editoriales Universitarias Españolas (2007). *Innovación y retos de la edición universitaria*, 31-35.
- Hernández Velasco, H. E. & Pardo Martínez, O. (2014). La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana. *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, 13(26), 109-124.
- Herrera, B. (2011). El consumidor frente al contrato. *Jurídicas CUC*, 7(1), 209-224.
- Jiménez Salcedo, M. del C. (1997). El abuso de derecho y los actos de emulación en derecho romano. *Revista Derecho y opinión*, (5), 243-252.
- Jiménez, V. (2012). El estudio de caso y su implementación en la investigación. *Rev. Int. Investig. Cienc. soc.*, 1(8), 141-150.
- Josserand, L. (1982). *Del abuso del derecho y otros ensayos*. Colombia: Editorial Temis.
- Kessler, A. (1943). Contracts of Adhesion —Some Thoughts About Freedom of Contract. *Faculty Scholarship Series. Paper 2731*. USA: University of Yale. Recuperado de: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731 [Publicado originalmente en: HeinOnline -43 Columbia Law Review. 629-636]
- Korobkin, R. (2006). Racionalidad limitada, contratos de adhesión y desigualdad contractual, *Revista de derecho privado* (37), 169-266.

- Kozak-Rovero, G. (2013). La realidad y el deseo. *Inti: Revista de literatura hispánica*, 1(77), 14.
- Krauss, S. E. (2005). Research paradigms and meaning making: A primer, *The Qualitative Report*. 4(10), pp. 758-770. Recuperado de: <http://www.nova.edu/ssss/QR/QR10-4/krauss.pdf>
- Lacruz Mantecón, M. L. (2000). *Las obligaciones del editor en el contrato de edición literaria*. Madrid: aisse & Reus.
- Larroumet, C. (1998). *Responsabilidad Civil Contractual. Algunos temas modernos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Limpías, J. (2012). El método de estudio de casos como estrategia metodológica para desarrollar habilidades investigativas en la formación del jurista. *Rev. boliv. de derecho* (13), pp. 60-101.
- Lipszyc, D. (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Ediciones Unesco, Cerlac, Zavalia.
- Llamas, E. (coord.) (2005). *Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid: La ley-actualidad.
- López, C. & Estrada, A. (2007). *Edición y derecho de autor en las publicaciones de la UNAM*. Recuperado de: <http://www.edicion.unam.mx/index.html>
- Martínez Carazo, P. (2006). El método de estudio de caso. Estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y gestión* (20) 165-193.
- Martínez Espín, P. (2014). ¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas? *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (9) Recuperado de: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>
- Miranda, A. (1993). *Abuso de la posición dominante: perspectivas de aplicación en Colombia a la luz del derecho comparado*. Ponencia presentada en la Universidad de los Andes el 27 de octubre de 1993.
- Moisset de Espanés, L. (s.f.). *El abuso del derecho*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, repositorio documental online. Recuperado de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artabusodelderecho>
- Molina, J. (1999). *Régimen económico del contrato y cláusulas abusivas*. Panamá: Editorial Portobelo.

- Momberg, R. (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato. *Revista de derecho (Valdivia)*, 26(1), 9-27.
- Moyano-Grimaldo, W. A. (2007). Análisis del desarrollo y las políticas editoriales de las publicaciones universitarias colombianas. *Bibliotecas & Tecnologías de la Información*, 4(2), 28-39.
- Neiman, G. & Quaranta, G. (2007). Los estudios de caso en la investigación sociológica. En: Vasilachis, I. (coord.), *Estrategias de investigación cualitativa*. Gedisa: Argentina.
- Neme, M. L. (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de derecho privado*, (11), 79-125.
- Neuman, W. L. (2003). *Social research methods: Qualitative and quantitative approaches* (5th ed.) Boston: Allyn and Bacon.
- Niño Hernández, F. (2010). *Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación por las infracciones al derecho de autor cometidas por los usuarios; situación de España y Colombia* (tesis doctoral). Universidad Autónoma de Barcelona, España.
- Nock, R. (2008). "Single-case research". En: Hersen, M. & A. Gross (2008). *Handbook of clinical psychology*. Hoboken, N.J.: J. Wiley & Sons. 337-350.
- Núñez, L. (2001). Bibliotecas, autores, editores y Estado. *Investigación*, (5), 46-51.
- Palacio, E. N. (2013). Publicaciones informales en el campo literario colombiano. *Estudios de Literatura Colombiana*, (20), 77-102.
- Peña, W. (2009). El estudio de caso como recurso metodológico apropiado a la investigación en ciencias sociales. *Revista Educación y Desarrollo social*, 2(3), 180-195.
- Pérez Vives, Á. (2012). *Teoría general de las obligaciones. Volumen III parte segunda. Clasificación, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Pizarro, C. (2004). *La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno*. Estudios Socio-jurídicos 6(2), 117-141.
- Posada, C. (2015). *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano*. Revista de derecho privado (29), 141-182.
- Radio, C. E. S. (2016). Editoriales universitarias.

- Rakoff, T. (2006). Contratos de adhesión: una reconstrucción teórica. *Revista de Derecho Privado* (37), 57-168.
- Rama, C.; Uribe, R. & De Sagastizábal, L. (2006). *Las editoriales universitarias en América Latina*. Colombia: Cerlalc, lesalc.
- Real Academia Española - RAE. (2014). *Diccionario de la lengua española*. 23ª edición, Madrid. Recuperado de: <http://www.rae.es/>
- Rengifo García, E. (2004). *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo, L. (2012). *El amparo de infidelidad de la póliza de seguro global bancario. Análisis desde la perspectiva de las cláusulas abusivas*. Tesis especialización. Bogotá: Universidad Javeriana de Colombia.
- Ríos, Y. (2014). Problemas de la predisposición de los contratos de edición en Colombia: las cláusulas abusivas. *Revista de Derecho Privado* (52), 1-27.
- Rodríguez Pardo, J. (2003). "Caracterización del derecho de autor y de sus rasgos básicos a través de su historia". En: J. Rodríguez Pardo, *El derecho de autor en la obra multimedia*. Recuperado de: <http://vlex.com/vid/181514>
- Rodríguez Yong, C. (2013). *Una aproximación a las cláusulas abusivas*. Colombia: Legis- Universidad del Rosario.
- Rogovsky, C. (2016). Del oficio de editar. *Letras*.
- Ruiz-Pérez, R., Martín-Martín, A., & Delgado López-Cózar, E. (2015). Las revistas universitarias en el marco de los criterios de evaluación de la actividad investigadora en España. *Revista española de documentación científica*, 38(2).
- Sagastizábal, L. & F. Esteves (2005). *El mundo de la edición de libros*. Buenos Aires: Paidós.
- Salas, M. C. (2013). La industria editorial y el libro en Costa Rica. *Revista Comunicación*, 18(1), 43-51.
- Satanowsky, I. (1954). *Derecho Intelectual*. Argentina: Tipográfica Editora.
- Serrano, M. (2001). *Contratos en torno a la edición*. Madrid: aisge y Reus.
- Silva, P. (2001). Contratos de adhesión, condiciones contractuales generales (condiciones generales de los contratos o de la contratación y las cláusulas

- abusivas). En: A. A. Alterini, J. L. Mozos & C.A. Soto (Dirs.). *Contratación contemporánea* (Tomo 2). Colombia: Temis; Perú: Palestra.
- Solarte Rodríguez, A. (2004). La buena fe contractual y los deberes secundarios de la conducta. *Vniversitas* (108), 281-315.
- Soto, C.A. (2003). Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. *Vniversitas*, 52(106), 563-609.
- Suárez, G. (2010). *La sanción de las cláusulas abusivas y su aplicación al contrato estatal: un vacío notable*. Disertación presentada ante la Academia Colombiana de Jurisprudencia para posesionarse como Miembro Correspondiente.
- Suescún de Roa, F. (2009). Control judicial de las cláusulas abusivas en Colombia: una nueva causal de nulidad. *Revista de Derecho Privado*, (41), 3-17.
- Tamayo Lombana, A. (1997). *Manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes*. Bogotá: Temis.
- Tobón, N. (2005). Los derechos de autor en las compilaciones legales. *International Law*, 3(5), 117-141.
- Varela, A. M. B. (2009). La calidad editorial con-sentido. *Revista Universidad de La Salle*, (48), 190-201.
- Vásquez, A. (2014). La protección al débil jurídico como criterio interpretativo de los contratos por adhesión. *Revista de Derecho Privado* (27). Recuperado de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3888/4331>
- Vásquez, C. (2015). Derechos de los consumidores a la luz de la constitución en Argentina y Colombia. *Rev. Jurídica U. Inter. P.R.* (49), 327-451.
- Vallejo, Y. R. M. (2007). La red nacional Altexto: coediciones y derechos de autor. Unión de Editoriales Universitarias Españolas (2007). *Innovación y retos de la edición universitaria*, 171-180.
- Vasilachis, I. (coord.) (2007). *Estrategias de investigación cualitativa*. Gedisa: Argentina.
- Vega Jaramillo, A. (2010). *Manual de derecho de autor*. Colombia: Dirección Nacional de Derecho de Autor, Ministerio del Interior y de Justicia.
- Vilajosana, J. (2010). La construcción social de la realidad jurídica. *Revista Prisma Social* (4), 1-45.

- Villalba, J.C. (2009). La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. *Vniversitas* (119), 305-340.
- Yacuzzi, E. (2006). *El estudio de caso como metodología de investigación: Teoría, mecanismos causales, validación*. Documento de trabajo. Universidad del CEMA.
- Yin, R. (1994). *Case study research: Design and methods* (2nd ed.). Thousand Oaks, CA: Sage Publishing.
- Zavala, M. (2008). Globalización y literatura en América Central: escritores y editoriales. En: *Verner Mackenbach (2008), Intersecciones y transgresiones: propuestas para una historiografía literaria en Centroamérica*, Volumen 1.
- Zea Fernández, G. (2009). *Derechos de Autor y Derechos Conexos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, Alfacolor Editores.

Legislación

Colombia

- Código civil del 26 de mayo de 1873, Ley 57 de 1887 (Colombia). “Código civil”. Última modificación: Ley 1676 de 2013, “por la cual se promueve el acceso al crédito y se dictan normas sobre garantías mobiliarias”, publicada en el Diario Oficial No. 48.888 de 20 de agosto de 2013.
- Decreto 410 de 1971(Colombia). “Por el cual se expide el Código de Comercio”.27 de marzo de 1971. Publicado en el Diario Oficial No. 33.339, de junio 16 de 1971.
- Constitución política de Colombia 1991 (Colombia). Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116, del 20 de julio de 1991.
- Sentencia No. T-025 del 28 de enero de 1994 (Colombia). Publicada en Relatoría Corte Constitucional. M.P.: Dr. Jorge Arango Mejía, 28 de enero de 1994.
- Ley 1480 de 2011 (Colombia). “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. 12 de octubre de 2011. Publicado en el Diario Oficial No. 48.220, de octubre 12 de 2011.
- Ley 48 de 1975 (Colombia). Convención de Roma, “Sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión”. 12 de diciembre de 1975. Publicado en el Diario Oficial No. 34.472, del 21 de enero de 1976.
- Ley 23 de 1982 (Colombia). “Sobre derechos de autor”. 28 de enero de 1982.Publicado en el Diario Oficial No. 35.949, del 19 de febrero de 1982.

Ley 33 de 1987 (Colombia). Convenio de Berna, “Para la protección de las obras Literarias y artísticas”. 26 de octubre de 1987. Publicado en el Diario Oficial No. 38.112, del 9 de noviembre de 1987.

Ley 44 de 1993 (Colombia). “Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944”. 5 de febrero de 1993. Publicado en el Diario Oficial No. 40.740, del 5 de febrero de 1993.

Decisión Andina 351 de 1993 (Comunidad Andina). Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. 17 de diciembre de 1993. Publicado en las actas del LXVI periodo ordinario de sesiones de la Comisión, Lima, Perú.

Ley 170 de 1994 (Colombia). OMC y acuerdos multilaterales anexos, incluyendo el “Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad intelectual relacionados con el comercio – ADPIC”: 15 de diciembre de 1994. Publicado en el Diario Oficial No. 41.637, del 16 de diciembre de 1994.

Decreto 460 de 1995 (Colombia). “Por el cual se reglamenta el Registro Nacional del Derecho de Autor y se regula el Depósito Legal”. 16 de marzo de 1995 (vigencia 21 de marzo de 1995). Publicado en el Diario Oficial No. 41.768, del 21 de marzo de 1995.

Ley 232 de 1995 (Colombia). “Por medio de la cual se dictaminan normas para el funcionamiento de establecimientos comerciales”. 26 de diciembre de 1995. Publicado en el Diario Oficial No. 42.162, del 26 de diciembre de 1995.

Ley 545 de 1999 (Colombia). “Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre interpretación o ejecución y fonogramas – WPPT”. 23 de diciembre de 1999. Publicado en el Diario Oficial No. 43.837, del 31 de diciembre de 1999.

Corte Constitucional, República de Colombia. (1999). Sentencia T-927 de 1999.

Ley 565 de 2000 (Colombia). “Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre derecho de autor – WCT”. 2 de febrero de 2000. Publicado en el Diario Oficial No. 43.883, del 7 de febrero de 2000.

Ley 599 de 2000 (Colombia). Código Penal. 24 de julio de 2000 (vigencia desde el 24 de julio de 2001). Publicado en el Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio de 2000.

Corte Constitucional, República de Colombia. (2000). Sentencia C-664 de 2000.

Corte Constitucional, República de Colombia. (2001). Sentencia C-332 de 2001.

Corte Suprema de Justicia, República de Colombia. (2001). Sentencia de casación del 2 de febrero de 2001. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente No: 5670

Corte Suprema de Justicia, República de Colombia. (2001A). Sentencia de casación del 2 agosto de 2001. Colombia. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Expediente No: 6146.

Corte Constitucional, República de Colombia. (2003). Sentencia C-150 de 2003.

Consejo de Estado, República de Colombia. (2003). Expediente No. 1999-0633-01 (7240).

Corte Constitucional, República de Colombia. (2005). Sentencia T-525 de 2005.

Decreto 1070 de 2008 (Colombia). “Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 98 de 1993”. 7 de abril de 2008. Publicado en el Diario Oficial No. 46.953, del 7 de abril de 2008.

Decreto 1879 de 2008 (Colombia). “Por el cual se reglamentan la Ley 232 de 1995, el artículo 27 de la Ley 962 de 2005, los artículos 46,47 y 48 del Decreto Ley 2150 de 1995 y se dictan otras disposiciones”. 29 de mayo de 2008. Publicado en el Diario Oficial No. 47.004, del 29 de mayo de 2008.

Ley 1437 de 2011 (Colombia). Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso Administrativo. 18 de enero de 2011 (vigencia desde 2 de julio de 2012). Publicado en el Diario Oficial No. 47.956, del 18 de enero de 2011.

Ley 1437 de 2011 (Colombia). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. 16 de junio de 2011. Publicado en el Diario Oficial No. 48.102, del 16 de junio de 2011.

España

Ley 7 de 1998 del 13 de abril (España). Documento sobre condiciones generales de la contratación. Boletín Oficial del Estado No. 89, 14 de abril de 1998.

Argentina

Ley 24.240 (Argentina). Ley de defensa del consumidor, Boletín Oficial de la República Argentina del 15 de octubre de 1993.

Decreto 1798/94 (Argentina). Defensa del Consumidor, Decreto Reglamentario de la Ley 24240, Boletín Oficial de la República Argentina del 13 de noviembre de 1994.

Ley 25.446 (Argentina). Ley del fomento del libro y la lectura, Boletín Oficial de la República Argentina del 26 de julio de 2001.

Ley 25.542 (Argentina). Ley de defensa de la actividad librera, Boletín Oficial de la República Argentina del 8 de enero de 2002.

Ley 26.994 (Argentina). Código civil y comercial de la nación, Boletín Oficial de la República Argentina del 7 de octubre de 2014.

Anexo 1 - Cuestionario para autores:

Apreciado (nombre): dentro de la investigación de tesis de maestría en la Universidad Santo Tomás, en derecho contractual público y privado, denominada: “La cláusula de cesión de derechos de explotación de obra literaria, de carácter exclusivo a la editorial, como cláusula abusiva” se ha previsto consultar la opinión de autores y editores respecto a la existencia o no de un abuso del derecho en la solicitud de cesión de derechos de explotación en contratos editoriales universitarios.

Es por ello que solicito gentilmente su colaboración respondiendo a las siguientes cuatro preguntas:

1. ¿Ha firmado contratos editoriales universitarios para la publicación de alguna obra de su autoría? (Favor incluir nombre de la obra, año y editorial). En caso negativo, y haber publicado con una editorial universitaria, favor explicar cómo fue que se hizo la publicación y responder a las preguntas “como si” se hubiese firmado contrato; en caso negativo, y no haber publicado con editorial universitaria, agradezco su tiempo y le solicito enviar la respuesta por e-mail.
2. En caso afirmativo: ¿Dicho contrato incluía una cláusula de cesión de derechos de explotación a favor de la editorial universitaria? Ejemplo: Usted recibe un descuento en la compra de libros (u otro tipo de obra editorial impresa o digital) o una cantidad de ejemplares de dicha obra en reemplazo de cualquier ganancia obtenida por la editorial, entre otras alternativas. Favor describir cuál tipo de condiciones establecía la cláusula.
3. ¿Considera que la editorial universitaria ha ejercido una posición dominante (entendida como una obligación que le ha sido a usted impuesta sin posibilidad de negociar) al incluir la cláusula de cesión de derechos de explotación?
4. ¿Hubiese preferido haber firmado un contrato que NO incluyera dicha cláusula de cesión de derechos?

-¿Desea mantener sus respuestas de forma anónima en la investigación? Sí / No

Agradezco su colaboración y el tiempo dedicado,

Cordial saludo,

Ana del Rosario Corredor Monterrosa
Abogada

Anexo 2 - Cuestionario para editores:

Apreciado (nombre): dentro de la investigación de tesis de maestría en la Universidad Santo Tomás, en derecho contractual público y privado, denominada: **“La cláusula de cesión de derechos de explotación de obra literaria, de carácter exclusivo a la editorial, como cláusula abusiva”** se ha previsto consultar la opinión de autores y editores respecto a la existencia o no de un abuso del derecho en la solicitud de cesión de derechos de explotación en contratos editoriales universitarios.

Es por ello que solicito gentilmente su colaboración respondiendo a las siguientes cuatro preguntas:

1. ¿Todas las publicaciones de la editorial universitaria en la que usted trabaja se hacen bajo contratos únicos de publicación editorial, o existen diversos tipos de contratos, o, inclusive, se hacen publicaciones sin necesidad de recurrir a contratos? Agradezco, en caso de que haya más de un tipo de contrato, o que no hayan contratos, explicar cómo se define la modalidad bajo la cual se publica una obra.
2. ¿En la editorial manejan contratos que incluyen una cláusula de cesión de derechos de explotación a favor de la editorial universitaria? Ejemplo: El autor recibe un descuento en la compra de libros (u otro tipo de obra editorial impresa o digital) o una cantidad de ejemplares de dicha obra en reemplazo de cualquier ganancia obtenida por la editorial, entre otras alternativas. Favor describir cuál tipo de condiciones establece la cláusula y en cuáles contratos aplica.
3. ¿Considera que hay una posición dominante (entendida como una obligación que es impuesta sin posibilidad de negociar) por parte de la editorial universitaria al incluir la cláusula de cesión de derechos de explotación?
4. ¿Considera que es posible que todos los contratos de publicación de obra en la editorial universitaria NO incluyan dicha cláusula de cesión de derechos? ¿Por qué?

-¿Desea mantener sus respuestas de forma anónima en la investigación? Sí / No

Agradezco su colaboración y el tiempo dedicado,

Cordial saludo,

Ana del Rosario Corredor Monterrosa
Abogada

Anexo 3 - Carta modelo de cesión de derechos de la revista I+D

Bogotá, 19 de Abril de 2016

Señores

I+D REVISTA DE INVESTIGACIONES - ISSN 2256-1676

UNIVERSITARIA DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO - UDI

BUCARAMANGA

Estimados señores:

En cuanto al artículo titulado: “**XXX**”, y como autor/es del mismo, declaro / declaramos:

- Que es un trabajo original e inédito.
- Que soy / somos titulares exclusivos de los derechos patrimoniales y morales de autor.
- Que nuestro/s derechos sobre la obra se encuentran libres de embargo, gravámenes, limitaciones o condiciones (resolutorias o de cualquier otro tipo), así como de cualquier circunstancia que afecte la libre disposición de los mismos.
- Que no ha sido previamente publicado en otro medio.
- Que no ha sido remitido simultáneamente a otra publicación.
- Que todos los autores han contribuido intelectualmente en su elaboración.
- Que todos los autores han leído y aprobado la versión final de la obra.
- Que, en caso de ser publicada la obra en I+D REVISTA DE INVESTIGACIONES, transfieren todos los derechos patrimoniales de autor al editor, sin cuyo permiso expreso no podrá reproducirse la obra.

Si el artículo es aprobado para publicar, a través de este documento transferimos a título universal y sin restricción de término, tiempo, modo y lugar de explotación y número de ejemplares, la totalidad de los derechos patrimoniales de autor de los que somos titulares.

En consecuencia, el editor podrá realizar todos los actos de uso y explotación de la obra permitidos por la ley a los titulares de los derechos patrimoniales de autor incluyendo pero no limitándose a la reproducción, distribución, comunicación pública, edición, licencia, compilación, transformación, cesión, etc. por cualquier medio conocido o por conocer que sirva para fijar las obras y reproducirlas y darlas a conocer, publicarlas o divulgarlas, e incluir el artículo en índices nacionales e internacionales o bases de datos.

Anexo 4 - Carta modelo de cesión de derechos de la revista Investigación y Desarrollo

Cesión de Derechos

CLÁUSULA DE CESIÓN DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR.

CEDENTE:

CESIONARIO: Investigación & Desarrollo ISSN 2011-7574

XXX, en calidad de autores del artículo "XXX", que se publicará en la edición Vol. _____ No. _____ de la Revista Investigación & Desarrollo, manifiesto que cedo a título gratuito la totalidad de los derechos patrimoniales de autor derivados del artículo en mención, a favor de la citada publicación.

El Cedente declara que el artículo es original y que es de su creación exclusiva, no existiendo impedimento de ninguna naturaleza para la cesión de derechos que está haciendo, respondiendo además por cualquier acción de reivindicación, plagio u otra clase de reclamación que al respecto pudiera sobrevenir.

En virtud de la presente cesión, el CESIONARIO queda autorizado para copiar, reproducir, distribuir, publicar, comercializar el artículo objeto de la cesión, por cualquier medio digital, electrónico o reprográfico, conservando la obligación de respetar en todo caso los derechos morales del autor, contenidos en el artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

Se firma en señal de aceptación a los __11__ días del mes de __junio__ del año _2016__

Firma

Cedentes

ANEXO 5

CONTRATO DE EDICIÓN SUSCRITO ENTRE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Y EL PROFESOR VÍCTOR TAPIA Entre los suscritos, mayores de edad y residentes en Bogotá D.C., a saber: RAFAEL ALBERTO MOLINA GALLEGU, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.472.361 expedida en Bogotá, en su condición de Vicerrector de Investigación, quien por delegación conferida conforme al artículo 8º, Numeral 1 Literal a del Manual de Convenios y Contratos, adoptado mediante Resolución de Rectoría No 1952 de 2008 (Vigente desde el 1 de enero de 2009), está facultado para suscribir y liquidar contratos y ordenes contractuales en nombre y representación de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, identificada con NIT 899.999.063-3, ente universitario autónomo del orden nacional, sin ánimo de lucro, con personería jurídica reconocida mediante Decreto 1210 del 28 de junio de 1993 expedido por el Gobierno Nacional, en adelante LA EDITORIAL UN, de una parte; y por otra VÍCTOR TAPIA, identificado con Cédula de Extranjería No 287.231, y que en adelante se denominará EL AUTOR, hemos convenido celebrar el presente Contrato de Edición, previa las siguientes CONSIDERACIONES 1. Que la Editorial Universidad Nacional de Colombia es la dependencia encargada de promover y defender el sello editorial de la Universidad Nacional de Colombia 2. Como un proceso de promoción del papel central de la editorial universitaria se realizó el concurso: "Publicación de textos académicos y de investigación. Colección Obra Selecta 2009". 3. Como resultado de la convocatoria y después de realizar la evaluación por los pares académicos correspondientes, la obra "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR" presentada por el profesor VÍCTOR TAPIA se dio como ganadora como consta en el acta de fecha 2 de Septiembre de 2009 del Comité editorial de la Universidad Nacional de Colombia. 4. Que el artículo 23 del Acuerdo 035 de 2003 – Reglamento de Propiedad intelectual de la Universidad Nacional de Colombia, consagra, que "La Universidad podrá establecer contratos de edición con personas naturales o jurídicas, incluyendo a sus profesores y funcionarios administrativos, cuando ellas posean la titularidad de los derechos." 2 Vistas las anteriores, el presente contrato se regirá por las siguientes, CLÁUSULAS PRIMERA: OBJETO. Por medio del presente contrato EL AUTOR autoriza exclusivamente a LA EDITORIAL UN la edición de su obra titulada provisionalmente "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR", e igualmente ésta se obliga por su cuenta y riesgo con EL AUTOR a: a) Editar con el sello editorial de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, la primera edición impresa de la obra, que lleva como título provisional "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR". b) Reproducir el número de ejemplares señalados en la CLÁUSULA CUARTA, publicarlos, promocionarlos, distribuirlos y comercializarlos. c) Convertir a formato ebook la primera edición de la obra y realizar la publicación, promoción y comercialización de la misma en este formato, siempre y cuando el Comité Editorial de la Editorial Universidad Nacional de Colombia considere pertinente dicha conversión. d) Recaudar los dineros por la venta al público y pagar al autor las regalías convenidas en la CLÁUSULA DECIMA. SEGUNDA: MANIFESTACIONES DEL AUTOR. En virtud del presente contrato de edición EL

AUTOR de la obra, efectúa las siguientes manifestaciones: 1. La obra "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR" es una creación original suya y con ella no ha quebrantado, violado o vulnerado ningún derecho moral o patrimonial de autor, por lo que garantiza a LA EDITORIAL UN, que no ha incurrido en actos de plagio o suplantación. 2. Es el titular de los derechos patrimoniales de autor sobre la obra provisionalmente denominada "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR". 3. No ha suscrito contrato de edición sobre la obra "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR", con ninguna otra empresa, y/o casa editorial. Por lo que igualmente la obra no ha sido editada anteriormente. 4. Responderá personal y patrimonialmente por cualquier reclamación adelantada por terceros, por infracciones a los derechos de autor en relación con la obra "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR" o en virtud del presente contrato de edición, obligándose a liberar a LA EDITORIAL UN de cualquier acción que se interponga en contra de ésta. 5. En virtud del presente contrato, EL AUTOR no transfiere sus derechos patrimoniales de autor sobre la obra "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR", al tenor del artículo 119 de la Ley 23 de 1982, tampoco autoriza a LA EDITORIAL UN para reproducir la obra por otros medios no previstos, ni extenderse para su reproducción por medios no existentes al momento de la celebración. 6. Conoce el alcance y el detalle de todas y cada una de las cláusulas que forman parte del presente contrato, y en su celebración no ha mediado vicio alguno de voluntad que pueda invalidarlo. 7. Autoriza expresamente a LA EDITORIAL UN para incluir la obra en los índices y buscadores que estime necesarios para promover esta publicación. 3 8. Apruebo que la LA EDITORIAL UN comercialice el libro en los dos formatos a través de los canales tradicionales y a través de Internet y emplee para ello las estrategias y alianzas que estime convenientes. TERCERA. CALIDAD DE LA OBRA Y AUTORIZACIÓN CONCEDIDA: En virtud del presente contrato, EL AUTOR precisa que la obra es inédita en lengua española y que autoriza de manera exclusiva a la Editorial de la Universidad Nacional para su publicación y distribución, la cual incluye la comercialización nacional e internacional. CUARTA: NÚMERO DE EDICIONES Y EJEMPLARES. Por medio del presente contrato EL AUTOR autoriza a LA EDITORIAL UN la publicación de una (1) edición compuesta por un máximo de hasta quinientos (500) ejemplares impresos y su conversión a ebook. Lo anterior sin perjuicio que en aplicación del artículo 122 de la Ley 23 de 1982, pueda imprimirse un cinco por ciento (5%) adicional para precaver la pérdida o deterioro de originales. QUINTA: PLAZO. El presente contrato tendrá una duración de cinco (5) años, contados a partir de la firma del acta de inicio, previo cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento y legalización contemplados en la CLÁUSULA DECIMANOVENA. Si durante su vigencia muere EL AUTOR o se declara su interdicción judicial, el contrato continuará con sus herederos o quién ejerza su representación legal, según el caso. El contrato podrá ser renovado por escrito, por periodos de un (1) año, de común acuerdo entre las partes mediante documento suscrito con sesenta (60) días calendario de anticipación a su vencimiento. SEXTA: OBLIGACIONES DEL AUTOR. En virtud del presente contrato EL AUTOR se obliga para con LA EDITORIAL UN a lo siguiente: 1) Entregar a LA EDITORIAL UN , (2) copias impresas de la obra completa, y el respectivo medio magnético de respaldo, digitado en lenguaje de

computador compatible con los sistemas empleados. 2) Entregar a LA EDITORIAL UN Las ilustraciones de los textos y/o cualquier otra forma de imagen que haga parte de la obra, si los hay, grabados en programa de computador compatible con los sistemas de LA EDITORIAL UN , acompañado de las respectivas autorizaciones para reproducir tablas, figuras, imágenes y/o apartes menores de obras ajenas. 3) Conservar una copia de respaldo del manuscrito y/o texto completo de la obra para reproducción, la cual podrá ser solicitada por LA EDITORIAL UN , cuando lo requiera, durante el proceso de edición. En virtud de lo anterior EL AUTOR garantiza a LA EDITORIAL UN , la entrega de otra copia para suplir los originales perdidos o deteriorados durante el proceso de edición. LA EDITORIAL UN queda liberada de responsabilidad civil por tales conceptos, a cuya reclamación judicial o extrajudicial renuncia expresamente EL AUTOR mediante el presente contrato. 4) Acoger las sugerencias que le ofrezca LA EDITORIAL UN como editor de texto y materializarlas directa y personalmente, como de su propia autoría. 5) Cumplir el cronograma acordado con el editor de texto. 6) Revisar las pruebas que le presente LA EDITORIAL UN , para su aprobación definitiva. 7) Proporcionar a LA EDITORIAL UN la primera opción para reimprimir la obra "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR ", una vez agotada. Si LA 4 EDITORIAL UN no responde favorablemente a la propuesta de EL AUTOR dentro de los tres (3) meses siguientes a la recepción de la oferta, éste quedará facultado para editarla por si mismo o autorizar la reproducción a un tercero. 8) Responder a LA EDITORIAL UN por los daños y perjuicios, incluidos los honorarios de abogado y las costas judiciales, que contratos de edición celebrados con anterioridad sobre la misma obra pudieran ocasionarle y, en general, provenientes de reclamaciones de otros titulares de los derechos sobre la obra. 9) Autorizar la reproducción parcial o de fragmentos de la obra, para fines publicitarios. 10) Poner a disposición de LA EDITORIAL UN la información sobre posibles compradores o mercados, para mejorar la comercialización de la obra. 11) Abstenerse de publicar, celebrar contrato y/o convenio que autorice la reproducción de la obra por cualquier medio, total o parcial, realización de resúmenes, adaptaciones o compendios sobre la misma, sin la autorización de LA EDITORIAL UN . Lo anterior siempre y cuando se encuentre vigente el presente contrato o la obra no se haya agotado. PARÁGRAFO: Para efectos del presente contrato, se entenderá que la obra se encuentra agotada cuando LA EDITORIAL UN como distribuidor de la misma, cuente con una existencia inferior al cinco por ciento (5%) de los ejemplares finalmente impresos. SÉPTIMA: OBLIGACIONES DE LA UNIVERSIDAD. En virtud del presente contrato de edición, LA EDITORIAL UN , se obliga a: 1) Realizar el proceso completo de edición sobre la obra denominada "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR ", que implica, corrección ortotipográfica y de estilo, corrección y realización de imágenes, gráficos e ilustraciones, incorporación de correcciones de acuerdo con EL AUTOR . 2) Realizar la diagramación, pruebas de diagramación y maqueta. 3) Realizar el procesamiento del texto y diagramas para el ebook 4) Si la obra no estuviere registrada, solicitar su registro en la Dirección Nacional de Derechos de Autor al tenor del artículo 136 de la Ley 23 de 1982. 5) Realizar los Depósitos de Ley, de conformidad con los artículos 124 numeral 4 de la Ley 23 de 1982, 7 de la Ley 44 de 1993 y 22 a 27 del Decreto 460 de 1995. 6) Conservar la copia impresa y los

medios magnéticos entregados por EL AUTOR para editar la obra, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 3 de la CLÁUSULA SEXTA. 7) No modificar los originales entregados por EL AUTOR , con excepción de las correcciones ortográficas y gramaticales sugeridas por los correctores de estilo de LA EDITORIAL UN , las cuales serán consultadas con EL AUTOR . 8) Pagar las regalías acordadas conforme se establece en la CLÁUSULAS DÉCIMA y DECIMASEGUNDA. 9) Dar publicidad a la obra de tal forma que su difusión quede asegurada, al tenor del numeral 1 del Artículo 124 de la Ley 23 de 1982. 10) Consignar en lugar visible de todos los ejemplares editados, las siguientes indicaciones: el título de la obra; el nombre de EL AUTOR ; la mención de reserva del derecho de autor; el año de publicación, precedido por el símbolo “c” encerrada en un circulo; el año de la edición; y los nombres y direcciones de la editorial. 11) Anotar en los ejemplares editados el Número en el Sistema internacional de Identificación del Libro (ISBN), otorgado por la Cámara Colombiana del Libro. 12) Hacer en la obra cualquier otra indicación exigida en la ley. 13) Velar para que no perezcan total o parcialmente los ejemplares impresos que se encuentren en su poder. 5 14) No hacer una nueva edición sin que EL AUTOR la autorice, y sin darle la oportunidad de hacerle las reformas y correcciones pertinentes. 15) Hacer entrega en forma gratuita a EL AUTOR los ejemplares pactados en la CLÁUSULA DÉCIMA del presente contrato. OCTAVA: INCLUSIÓN OBLIGATORIA LOGOTIPOS EN PORTADA, LOMO Y CONTRAPORTADA En cada uno deberán ir los logotipos, el de la UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA y el de la Editorial de la Universidad Nacional de Colombia de acuerdo con el diseño. En el caso de los ebooks se incluirán los logotipos en las páginas de las instituciones que los comercialicen con el fin de promocionar y evidenciar el origen de los libros. Dicha inclusión contará con la autorización del Rector de la Universidad Nacional previo concepto del Comité de Propiedad Intelectual. NOVENA: PLAZO DE LA PUBLICACIÓN. LA EDITORIAL UN debe realizar la publicación dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a la firma del contrato de los ejemplares impresos. DÉCIMA: REGALÍAS A FAVOR DEL AUTOR. En virtud del presente contrato de edición se entregará al EL AUTOR a título de regalías el 5% de los ejemplares impresos. Con esta entrega se dan por reconocidas las regalías correspondientes a las ventas de los ejemplares impresos como de los electrónicos. Por otra parte LA EDITORIAL UN entregará al EL AUTOR de conformidad con el PARÁGRAFO del artículo 23 del Acuerdo No 035 de 2003 del Consejo Académico, el 5% de los ejemplares de la obra a título gratuito y los cuales para todos los efectos legales se entenderán por fuera del comercio. PARÁGRAFO. Se entenderá por fuera del comercio los ejemplares que se destinan para cumplir con el depósito legal y demás requisitos de ley, con fines publicitarios, comentarios bibliográficos o cortesía editorial. Así como los entregados por la LA EDITORIAL UN al EL AUTOR sin costo alguno. UNDECIMA: PRECIO AL PÚBLICO. El precio al público de la obra provisionalmente denominada “FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR ” será fijado por LA EDITORIAL UN de acuerdo con los indicadores del mercado, tanto para la edición impresa como la ebook. DECIMASEGUNDA: DERECHOS DEL AUTOR. En virtud del presente contrato EL AUTOR tendrá los siguientes derechos: a) Recibir de la LA EDITORIAL UN los ejemplares pactados en la

CLÁUSULA DÉCIMA. b) Efectuar las correcciones, adiciones o mejoras que estime convenientes conforme se estableció en la CLÁUSULA SEPTIMA. c) Verificar por sí mismo o por medio de una persona autorizada por escrito, el número de ejemplares impresos y vendidos. 6 d) Se respete sus derechos morales de autor sobre la obra denominada "FORMAS Y GEOMETRÍA DE RANGO SUPERIOR". DECIMATECERA: SUPERVISIÓN. La supervisión del presente contrato estará a cargo del Director de la Editorial de la Universidad Nacional de Colombia o quien este designe. DECIMACUARTA: FUNCIONES DEL SUPERVISOR. El supervisor designado tendrá las siguientes funciones: a) Velar porque el objeto y las obligaciones del contrato se cumplan a cabalidad. b) Informar cualquier irregularidad que se presente en el desarrollo del contrato. c) Suministrar al EL AUTOR toda la información que requiera sobre el movimiento del libro, incluyendo revisión de tarjetas de kárdex y existencia en bodega. d) Resolver las dudas que tenga el EL AUTOR . e) Estar atento a la fecha de vencimiento del contrato, a fin de determinar de acuerdo a las necesidades, la suscripción de eventuales adiciones y/o prorrogas del mismo. f) Proyectar y suscribir en nombre de las partes las actas de iniciación y de entrega de las regalías y/o ejemplares reconocidos al EL AUTOR. g) El supervisor proyectará el acta de liquidación del presente contrato dentro de los dos (2) meses siguientes a su finalización, la signará en su calidad de supervisor, y la remitirá a las partes para revisión y posterior suscripción. DECIMAQUINTA TERMINACIÓN DEL CONTRATO. El contrato terminará por: 1) Mutuo acuerdo entre las partes. 2) Agotamiento de la obra conforme el PARÁGRAFO de la CLÁUSULA SEXTA. 3) Imposibilidad de ejecutar el contrato por fuerza mayor o caso fortuito. 4) Plagio comprobado por parte de EL AUTOR, o violación a los derechos de terceros con motivo de la publicación de la obra, circunstancia ésta que facultará a LA EDITORIAL UN para dar por terminado, de manera unilateral y con justa causa, el presente contrato, sin perjuicio de las acciones legales que se instaure contra el responsable. 5) No haber vendido el treinta por ciento (30%) de los ejemplares impresos, transcurridos tres (3) años a partir de la fecha de publicación. Caso en el cual se seguirá el procedimiento descrito en el artículo 135 de la Ley 23 de 1982. DECIMASEXTA. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: Antes de acudir a las instancias judiciales, las partes buscarán resolver cualquier diferencia o discrepancia surgida con ocasión del presente Contrato, de manera directa, mediante la aplicación de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en la Ley, tales como la Conciliación, la Amigable Composición, la Transacción o el tribunal de arbitramento, sin perjuicio de los mecanismos generales contemplados en el Código Contencioso Administrativo. DECIMAOCTAVA. CESIÓN: Ninguna de las partes podrá ceder el presente contrato, sin el consentimiento previo y escrito de la otra. DECIMANOVENA. LIQUIDACIÓN: A la terminación del contrato y dentro de los cuatro (4) meses calendario siguientes se levantará un acta de liquidación suscrita por las partes en la cual se deberá liquidar el presente contrato de edición. Acta que deberá venir soportada con el informe 7 final de ejecución y la certificación de cumplimiento del objeto los cuales son responsabilidad del Supervisor del Contrato. VIGÉSIMA: DOCUMENTOS INTEGRANTES: Para todos los efectos forman parte integral del contrato y obligan a: EL AUTOR, LA EDITORIAL UN en todo su contenido y

alcance: a) El contrato debidamente suscrito por las partes; b) Las modificaciones que se lleguen a celebrar; c) Las actas que las partes deban levantar con motivo de la ejecución del presente; d) Las comunicaciones que las partes se dirijan con motivo de la ejecución contractual; e) El acta de inicio; f) Los informes de ejecución. VIGESIMAPRIMERA: DOMICILIO CONTRACTUAL. Las partes para todos los efectos legales relacionados con la ejecución del presente contrato, señalan como su domicilio contractual la ciudad de BOGOTÁ. VIGESIMASEGUNDA: PERFECCIONAMIENTO Y LEGALIZACIÓN. El presente contrato se perfecciona y legaliza con la firma de las partes. PARÁGRAFO: Será obligación del Jefe de Contratación o quien haga sus veces, publicar el presente Contrato así como sus adiciones, prorrogas o modificaciones en el sitio Web de Contratación de la UNIVERSIDAD, según lo dispuesto en el artículo 76 del Manual de Convenios y Contratos adoptado mediante Resolución de Rectoría No 1952 de 2008. En constancia, se firma el POR LA EDITORIAL UN RAFAEL ALBERTO MOLINA GALLEGO Cédula de ciudadanía No. 19.472.361 VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA EL AUTOR, VÍCTOR TAPIA Cédula de Extranjería No 287.231 PROFESOR UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA Autor y Titular de Derechos Patrimoniales de la Obra