

MEMORANDO

2100

Bogotá D.C, miércoles, 20 de mayo de 2020

20202100014023

Al responder cite este Nro.
20202100014023

PARA: Víctor Manuel Mondragón Maca, Jefe de la Oficina de Tecnologías de la Información

DE: Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Respuesta correo electrónico del 29 de abril de 2020. Solicitud Concepto Jurídico.

Respetado Ingeniero Mondragón:

Por medio del presente damos respuesta al requerimiento de la referencia, por medio del cual solicita a esta oficina emitir concepto jurídico respecto de los interrogantes que más adelante se transcriben en relación con la celebración de un contrato de cesión de derechos patrimoniales entre *FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A* y la Agencia de Desarrollo Rural, sobre la obra “*WAHI – Del Nudo al Nudo de Tierras.*” Lo anterior en los siguientes términos:

1. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS

Sea lo propio señalar que los conceptos emitidos por la Oficina Jurídica de la Agencia de Desarrollo Rural, en virtud de la función asignada mediante el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015, son orientaciones de carácter general que no comprenden la solución directa de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011¹, los conceptos jurídicos no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de la normatividad vigente.

En atención anterior, es preciso señalar que, en el desarrollo de un concepto jurídico, no es procedente emitir juicios de valor, atribuir responsabilidades, asignar competencias, resolver situaciones particulares, así como tampoco fijar lineamientos ni directrices que deben emitirse al interior de la Agencia en desarrollo de las funciones propias de cada dependencia. Por tanto, en el evento que esta oficina tomara una decisión en esta vía, en un caso que no le compete, implicaría excederse en sus funciones lo que acarrearía la respectiva responsabilidad disciplinaria.

En consecuencia, las inquietudes planteadas en la solicitud del asunto se abordarán en forma general para su análisis jurídico.

2. RESPECTO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

El marco legal de los derechos de autor se encuentra en la Ley 23 de 1982², [la Ley 44 de 1993](#)³, [la Ley 1915 de 2018](#)⁴ y [el Decreto Nacional 1474 de 2002](#)⁵, así como en 14 convenios internacionales ratificados por Colombia.

La propiedad intelectual se divide en dos categorías a saber:

- a) La propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia.
- b) El derecho de autor, que abarca las obras científicas, literarias y artísticas.

¹ Sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

² A través de la cual se dictan disposiciones *sobre derechos de autor*.

³ *Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944.*

⁴ *Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos.*

⁵ *Por el cual se promulga el "Tratado de la OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre Derechos de Autor (WCT)", adoptado en Ginebra, el veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).*

En lo referido a la categoría en la que se encuentra contenida la creación de Software y su protección, el Artículo 23 de la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones -CAN-, organización de la cual hace parte Colombia, dispuso que:

“Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto. En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales. Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.”

De lo anterior se puede inferir que, para el ordenamiento jurídico colombiano, el software recibe la misma protección de una obra literaria, permitiendo que el código fuente de un programa esté cubierto por la ley de Derechos de Autor.

Ahora bien, de acuerdo con los antecedentes aportados, específicamente en lo que consta en el contrato de cesión de derechos de autor No. 033 de 2019 se logra establecer que la obra “WAHI- DEL NUDO AL NODO DE TIERRAS” fue desarrollada y creada en cumplimiento del contrato de cofinanciación SPIC019-008 suscrito entre INNPULSA COLOMBIA Y KOGHI S.A.S cuyo objeto fue: *“En desarrollo del presente contrato LA UNIDAD otorga recursos de cofinanciación al SOLUCIONADOR para que este ejecute el proyecto denominado “WAHI”, en el marco del reto “del nudo al nodo de tierras”. En adelante el PROYECTO (...)”*

Según lo mencionado, es preciso revisar puntualmente lo que, respecto de derechos de autor, legalmente corresponde. El artículo 1° de la Ley 23 de 1982, prevé que:

“Los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. También protege esta ley a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor”.

De conformidad con lo dispuesto por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, como Unidad Administrativa del Ministerio del Interior, autor es *“La persona física (natural) que realiza la creación intelectual de carácter literario o artístico.”*⁶

De lo transcrito se desprende, en primer término, que solo un ser humano puede tener la condición de autor y, en segundo lugar, que ese autor es el titular originario de los derechos legalmente protegidos y reconocidos. El artículo 4° de la Ley 23 de 1982 enuncia de manera expresa, quienes son los titulares de los derechos reconocidos, así:

- “a) El autor de su obra;*
- b) El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución;*
- c) El productor, sobre su fonograma; y*
- d) El organismo de radiodifusión sobre su emisión.”*

Sea esta además la oportunidad para destacar que, de acuerdo con lo previsto en la Ley⁷, de los derechos de autor se desprenden: los derechos morales y derechos patrimoniales.

No obstante, es oportuno para el caso bajo análisis señalar que:

*“En las obras creadas para una persona natural o jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo, el autor es el titular originario de los derechos patrimoniales y morales; pero se presume, salvo pacto en contrario, que los derechos patrimoniales sobre la obra han sido transferidos al encargante o al empleador, según sea el caso, en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra. Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito. El titular de las obras de acuerdo a este artículo podrá intentar directamente o por intermedia persona acciones preservativas contra actos violatorios de los derechos morales informando previamente al autor o autores para evitar duplicidad de acciones.”*⁸

⁶ <http://derechodeautor.gov.co/preguntas-frecuentes>

⁷ Artículos 30 y 72 de la ley 23 de 1982

⁸ Artículos 20 de la ley 23 de 1982

Para el presente caso, en lo que corresponde a la cesión de derechos de autor, el artículo 182 de la Ley 23 de 1982⁹ prevé que la transmisión de los mismos podrá ser total o parcial y que no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 del aludido compendio normativo.

3. CASO EN CONCRETO

Realizadas las anteriores precisiones conceptuales, se procede a responder puntualmente los interrogantes en el orden en que fueron presentados en su solicitud, así:

3.1. ¿Puede la Agencia de Desarrollo Rural suscribir el contrato de cesión de derechos de autor con la FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO?

Para que un contrato sea plenamente válido, debe enmarcarse en el cumplimiento de los elementos esenciales dispuestos por el artículo 1502 del Código Civil, esto es: que exista capacidad, una manifestación de consentimiento, objeto y causa lícita¹⁰.

Ahora bien, valga acotar que todas las partes contractuales deben cumplir con los requisitos de validez del contrato. Por esta razón, es indispensable, entre otros, que la *FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A* ostente la titularidad de los derechos patrimoniales de autor y que cuente con la facultad amplia y suficiente para transferirlos.

⁹ **Artículo 182.** Los titulares de los derechos de autor y de los derechos conexos podrán transmitirlo a terceros en todo o en parte, a título universal o singular.

Parágrafo. La transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 de esta Ley.

Parágrafo 2°. Las personas naturales o jurídicas, a las que en virtud de acto o contrato se les transfirieron derechos patrimoniales de autor o conexos, serán consideradas como titulares de derechos ante cualquier jurisdicción.

¹⁰ C.C., ARTICULO 1502. <REQUISITOS PARA OBLIGARSE> Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:

1o.) que sea legalmente capaz.

2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.

4o.) que tenga una causa lícita.

En lo referido a la Agencia de Desarrollo Rural, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 2364 de 2015, esta se encuentra plenamente facultada para celebrar convenios y contratos con personas naturales o jurídicas, así como con entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras, para el cumplimiento de su objeto y funciones legalmente encomendadas.

En este caso, si el contrato de cesión de derechos es suscrito para los fines previstos en el Decreto de creación de la Agencia, puede celebrarse.

3.2. ¿Qué previsiones de carácter obligacional se deben tener en cuenta para la suscripción del contrato de cesión de derechos de autor?

Respecto de las previsiones de carácter obligacional a tener en cuenta al momento de celebrar acuerdos que versen sobre derechos patrimoniales, el artículo 183 de la Ley 23 de 1982 ¹¹señala lo siguiente:

“Artículo 183. Acuerdos sobre derechos patrimoniales. Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas:

Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, o licenciarse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia o licencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente.

La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia.

Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez.

Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

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

¹¹ Modificado Artículo 181 Ley 1955 de 2019.

“Será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia.”

En adición a lo anterior y sin perjuicio del cumplimiento de las cláusulas propias y esenciales que *per se* un contrato estatal debe observar, se encuentra preciso destacar, para el caso en concreto, cinco aspectos fundamentales para tener en cuenta, así:

- a) Que para la suscripción del contrato se dé plena observancia y cumplimiento a la normatividad legal vigente.
- b) Que el contrato se suscriba con la persona, natural o jurídica, que ostente en debida forma la titularidad sobre los derechos objetos de cesión.
- c) Que, para efectos de publicidad y de oponibilidad del contrato frente a terceros, el futuro contrato se inscriba en el Registro Nacional de Derechos de Autor.
- d) Que, adicional a las cláusulas propias de cada tipo de contrato, expresamente se incluya la definición de la obra objeto de cesión, se determine el tiempo que durará la cesión de los derechos de autor, si la cesión es total o parcial y se establezca el ámbito territorial en el cual se realizará la transferencia de los derechos patrimoniales de autor.
- e) Que se respete el derecho moral de atribución y mención de los autores originales de la obra, mencionando su nombre completo, de acuerdo con las costumbres aceptadas.

3.3 ¿Qué responsabilidad asume la entidad frente a los derechos de autor cedidos, mediante el contrato de cesión de derechos de autor?

De conformidad con el parágrafo 2 del artículo 182 de la Ley 23 de 1982, una vez perfeccionado el contrato, el cesionario en calidad de nuevo titular podrá actuar en nombre propio y de esta manera dispondrá de los derechos patrimoniales como suyos.¹²

¹²**Artículo 182.** Los titulares de los derechos de autor y de los derechos conexos podrán transmitirlo a terceros en todo o en parte, a título universal o singular.

Así las cosas, quien ostenta esta calidad, asume tanto los derechos como las obligaciones que del mismo se desprendan, según el alcance que se dé a la cesión. No obstante, el cedente debe comprometerse a mantener libre e indemne al cesionario de cualquier daño o perjuicio originado en reclamaciones de terceros relacionadas con la titularidad de los derechos cedidos.

Ahora bien, en lo que respecta a los derechos morales, siempre que sean utilizados los contenidos y actualizaciones de la obra objeto de cesión de derechos patrimoniales, el cesionario debe respetar los derechos morales del autor (persona natural).

3.4 ¿Existe algún riesgo jurídico para la entidad con la suscripción (sic) contratos de cesión de derechos de autor?

Tal y como lo dispone el CONPES 3714 de 2011¹³, en el marco de la política de contratación pública, los acuerdos de voluntades son objeto de diferentes riesgos contractuales, los cuales deben revisarse de acuerdo con la naturaleza y especificidad de cada contrato.

Lo anterior quiere decir que, los riesgos contractuales se desprenden de manera particular de los acuerdos detallados y del grado de responsabilidad que CEDENTE y CESIONARIO acuerden. Sin embargo, esta oficina debe resaltar que, el establecimiento de reglas claras genera seguridad jurídica y mitiga los posibles riesgos asociados a cualquier tipo de contratos.

3.5. ¿Qué recomendaciones jurídicas se deben tener en cuenta para suscribir un contrato de cesión de derechos de autor a (sic) FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A?

Dado que el contrato de cesión de derechos de autor cuenta con reglamentación jurídica propia, la recomendación que esta oficina realiza se enmarca en la observancia de las cláusulas y previsiones legales que para este tipo de contrato el Legislador ha previsto y

Parágrafo. La transmisión del derecho, sea total o parcial, no comprende los derechos morales consagrados en el artículo 30 de esta Ley.

Parágrafo 2°. Las personas naturales o jurídicas, a las que en virtud de acto o contrato se les transfirieron derechos patrimoniales de autor o conexos, serán consideradas como titulares de derechos ante cualquier jurisdicción.

¹³ Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública.

que fueron citados en la parte introductoria del presente escrito, así como en las observaciones planteadas en la respuesta al interrogante número 3.2.

A título de conclusión, se plantea que desde el punto de vista jurídico y a la luz de la normatividad legal vigente, el contrato de cesión de derechos de autor es válido siempre y cuando se cumplan con los presupuestos legalmente establecidos. Bajo esa premisa, la Agencia de Desarrollo Rural podrá suscribir el contrato de cesión de derechos patrimoniales una vez reunidos los aludidos requisitos legales, en el marco del objeto y funciones establecidas en el Decreto Ley 2364 de 2015.

Finalmente, es propio resaltar que de conformidad con el artículo 27 del Decreto de creación de la ADR, las funciones relativas a las etapas y gestiones de los contratos misionales y de funcionamiento de la Agencia recaen en la Vicepresidencia de Gestión Contractual, la cual deberá asesorar, acompañar y adelantar lo concerniente a la suscripción de cada contrato en particular.

Esta respuesta se emite dentro de los términos fijados por el artículo 5 del Decreto Legislativo 491 de 2020¹⁴, en desarrollo de la función prevista en el numeral 8 del artículo 12 del Decreto Ley 2364 de 2015 y con el alcance establecido en el artículo 28 de la ley 1437 de 2011 sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

Cordialmente

CLAUDIA PATRICIA PEDREROS CASTELLANOS
Jefe Oficina Jurídica

Elaboró: Jenny Alexandra Veira Tovar, contratista, Oficina Jurídica
Revisó: Ángela Patricia Trujillo Paz, contratista, Oficina Jurídica
Aprobó: Rosa Estela Padrón, Gestor T1, Oficina Jurídica R.E.P.B.

¹⁴ Artículo 5: Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así:

(...)

(ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción.