



MEMORANDO

Bogotá D.C., 28 de Noviembre de 2018

Para:

RODRIGO GONZALEZ AGUDELO

Coordinador

GIT Proyectos de Tecnologías de Información

De: Oficina Asesora Jurídica

Asunto: Concepto jurídico sobre registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor de contrato de cesión de derechos de autor.

En atención al radicado No. M- 2018-1201-000023 de fecha 16 de noviembre de 2018, mediante la cual se solicita concepto jurídico en relación con el registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la cesión de derechos de autor de conformidad con el Contrato 505 de 2017 celebrado entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y Softmanagement S.A, esta Oficina presenta las siguientes consideraciones:

I. PROBLEMA JURÍDICO.

1. ¿Debe el contratista registrar, como se le indica en el Anexo Técnico No. 2 que hace parte del Contrato 505 de 2017, ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor la cesión de derechos de autor de los ajustes realizados a los sistemas de información de Prosperidad Social?
2. Dado que por trámites internos de Prosperidad Social no se ha definido de qué manera se debe hacer este registro, no se ha entregado al contratista lo requerido para que pueda cumplir con la obligación de registro de dicha cesión, ¿puede la supervisión autorizar el último pago y cumplir con lo requerido en la circular 24 de cierre financiero para que la reserva se pague según los tiempos planteados?

II. ANTECEDENTES

Mediante radicación No. DELTA M-2018-1201-000023 del 16 de noviembre de 2018 el Coordinador del Grupo Interno de Proyectos de Tecnologías de Información, Oficina



de Tecnologías de Información, solicitó concepto jurídico respecto del registro del Contrato 505 de 2017 ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

III. CONSIDERACIONES DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA.

Para dar respuesta a la consulta y al problema jurídico planteado, el análisis se adelantará en los aspectos que se señalan a continuación.

1. De las solicitudes de concepto ante la Oficina Asesora Jurídica.

Revisada la solicitud de concepto presentada por el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Proyectos de Tecnologías de Información, Oficina de Tecnologías de Información y de conformidad con lo señalado en el memorando radicado con el No. M-2018-1400-003901 de 13 de julio de 2018, en el cual se fijan las instrucciones a tener en cuenta al momento de presentar solicitud de concepto ante la Oficina Asesora Jurídica, es necesario hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, la solicitud objeto del presente pronunciamiento está suscrita por el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo - Proyectos de Tecnologías de Información, contrario a la instrucción impartida por la Oficina Jurídica para el trámite de conceptos que señala debe darse por parte de los Subdirectores, Secretaria General, Directores Técnicos y Jefe de la Oficina o dependencia.

Así mismo, dicha instrucción señala en materia de contratación que los temas a requerir concepto jurídico deben ser atendidos, en primer lugar, por la Subdirección de Contratos y **"sólo si la inquietud persiste o se hace necesario (por la trascendencia del asunto) fijar la posición institucional, se acudirá a la Oficina Asesora Jurídica"**. Contrario sensu, de conformidad con los documentos aportados con la solicitud, se verifica que la Subdirección de Contratación, GIT Gestión Contractual, según correos de fechas 24 y 30 de octubre de 2018, así como 09 y 15 de noviembre de 2018, dio respuesta a las inquietudes que respecto del Contrato 505 de 2017 se han venido suscitando y son planteados por parte de la Oficina de Tecnologías de Información; de suerte que no es claro si persiste alguna duda al respecto, máxime cuando en el contenido de la solicitud no se hace mención a ello.

No obstante lo anterior, se abordará, de manera general, el asunto sometido a consideración.

2. Del caso concreto.

Respecto de las inquietudes planteadas en el Memorando No. M- 2018-1201-000023 de fecha 16 de noviembre de 2018 acerca del registro de la cesión de los derechos de autor de los ajustes realizados a los sistemas de información y la autorización por



parte del supervisor del último pago del contrato 505 de 2017 sin el cumplimiento de dicho requisito, la Oficina Asesora Jurídica se permite indicar lo siguiente:

- a. El Contrato 505 de 2017 celebrado entre Prosperidad Social y Softmanagement S.A ha sido objeto de revisión por parte de la Subdirección de Contratación, la cual, en los correos de fecha 24 y 30 de octubre de 2018, así como 09 y 15 de noviembre de 2018, indica los lineamientos a seguir.

De ahí que en correo respondido el 15 de noviembre de 2018 se indica que no es posible llevar a cabo cesión de derechos económicos como contrato derivado a la fecha, por cuanto éste ya venció, como tampoco es posible continuar con la ejecución del mismo.

En efecto, esa Subdirección señaló:

"No es posible suscribir la cesión de derechos económicos como contrato derivado a la fecha: Cualquier modificación a lo pactado implica una modificación al contrato u otrosí (sic), que en este punto no es posible realizar, toda vez que el contrato ya ha vencido.

En este mismo sentido tampoco es posible suscribir contratos derivados de un contrato principal vencido, por cuanto su vencimiento del plazo contractual repercute específicamente en la finalización del contrato y, en consecuencia, la imposibilidad del contratista para continuar con la ejecución del mismo.

Adicionalmente toda modificación contractual requiere pacto expreso, - sin que en ningún momento ello pueda suplirse por la conducta de las partes, o con del comportamiento unilateral de una de ellas - el cual no puede suscribirse una vez expirado el límite temporal original, so pena de nulidad absoluta."

Advierte que la cesión fue pactada en el anexo técnico, mientras que desde la extinción de la relación contractual el contrato entró en etapa de liquidación y las obligaciones post-contractuales generalmente se circunscriben a las garantías.

"En cuanto a la cesión de derechos económicos como cumplimiento de una obligación post-contractual, como se indicó, la cesión ya fue pactada en el anexo técnico, además desde la extinción de la relación contractual, el contrato entró en etapa de liquidación, y las obligaciones post-contractuales generalmente se circunscriben a las garantías, servicios de post-venta y suscripción de liquidación. (...)."

De igual manera, la Subdirección de Contratación menciona que en caso de que se pretenda suscribir un contrato de cesión de derechos económicos con el propósito de complementar el Contrato 505 de 2017, se recomienda manejarlo como independiente por modalidad de contratación directa con la causal de único oferente, así:

"Ahora bien, en caso de que se pretenda suscribir un contrato de cesión de derechos económicos con el propósito de complementar CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 505 DE 2017, se recomienda manejar dicho contrato como un contrato independiente -no derivado- por modalidad de contratación directa de conformidad con



la causal de único oferente (por ostentar los derechos de autor), el cual de conformidad con los manuales de la entidad deberá ir acompañado de sus respectivos estudios y documentos previos propios de la etapa de planeación. En este punto es importante precisar que el cedente deberá acreditar mediante el documento idóneo que es el titular de los derechos que pretende ceder para que procede la contratación.”

La Subdirección de Contratación precisa que es al supervisor a quien le corresponde determinar sobre el recibo a satisfacción de los bienes corporales e incorporeales recibidos, advirtiendo la responsabilidad que le atañe frente a la Ley 734 de 2002, artículo 48.

- b. La Oficina Asesora Jurídica está de acuerdo con los lineamientos dados por la Subdirección de Contratación, sin embargo, considera necesario precisar que, si bien es cierto el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por el art 28 de la Ley 1450 de 2011 determina 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; también indica que 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 efecto, la norma dispone:

"Artículo 28. Propiedad intelectual obras en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo. El artículo 20 de la Ley 23 de 1982 quedará así:

***Artículo 20.** 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". (Subrayado y negrilla fuera texto)*

- c. Así las cosas, aunque se presuma que los derechos patrimoniales han sido transferidos al encargante al constar el contrato por escrito, la misma se exceptúa con la existencia de pacto en contrario. Es así como en el Contrato 505 de 2017, numeral 3.6 del Anexo 2- Anexo Técnico- Especificaciones Técnicas Mínimas Requeridas, se consigna que se deberán transferir a Prosperidad Social todos los derechos de autor correspondientes sin límite temporal alguno. así:

"3.6 Derechos de autor.

El total de los desarrollos implementados, se deberán transferir a Prosperidad Social todos los derechos de autor correspondientes. En consecuencia, Prosperidad Social adquiere, Sin límite temporal alguno, la totalidad de los



derechos patrimoniales sin límite temporal alguno, conservando el Proveedor para sí la titularidad de los derechos morales, de conformidad con lo previsto en la Decisión Andina 351 de 1993 y en la Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993, o en las normas que las sustituyan, modifiquen o adicionen, entendiéndose que estos pueden ser usados única y exclusivamente por prosperidad Social. Estos derechos se extienden entregados a los productos entregados en cuanto a su reproducción, transformación, ejecución, exhibición y divulgación."

El proveedor debe registrar el presente contrato en la entidad competente para el Registro de Derecho de Autor y remitir el certificado de inscripción en el "Registro de Contratos y demás actos", como requisito previo para la suscripción del acta de recibo final a satisfacción y para la realización del último contado de pago correspondiente para cada una de las soluciones desarrolladas y/o mantenimientos implementados."
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, en el caso que nos ocupa se considera que no es posible presumir que con la celebración del Contrato 505 de 2017 se hayan cedido los derechos patrimoniales de autor, pues como ya se señaló, en el Anexo 2 quedó estipulado que se debían transferir los mismos para luego ser registrados. En este punto se debe tener en cuenta el tiempo y ámbito territorial, tal como lo establece el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011, que modifica el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, así:

"Artículo 30. *Derechos patrimoniales de autor. Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:*

"Artículo 183. Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia 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 a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia.*

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 inexistente 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". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior se colige que la Subdirección de Contratación conforme a las funciones asignadas en el Decreto 2094 de 2016 y Resolución 401 de 26 de febrero de 2018, a través de los conceptos aquí referidos dio respuesta a las inquietudes presentadas por el Coordinador del GIT Proyectos de Tecnologías de Información y fijó los lineamientos a seguir en el Contrato 505 de 2017.

Sin embargo, es necesario que los derechos patrimoniales de autor queden en cabeza de Prosperidad Social, lo cual se debe hacer a través de la suscripción de un contrato



de cesión de derechos de autor y su respectivo registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, toda vez que con lo dispuesto en el Anexo 2 se rompió la presunción de propiedad de que trata el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por el art 28 de la Ley 1450 de 2011.


Para tal fin, deberá adelantarse el trámite que para el efecto señale la Subdirección de Contratación.

Para finalizar, dado que en el Contrato 505 de 2017 (Anexo 2, Anexo Técnico – Especificaciones Técnicas Mínimas Requeridas; numeral 3.6 Derechos de Autor, pg 11) se estableció una obligación pos contractual consistente en el registro de los derechos patrimoniales de autor y su pago quedó sujeto a tal evento, el supervisor deberá autorizar dicho pago solo hasta que se cumpla con dicha condición, por lo que de cara a la Circular 24 de 2018 sobre cierre financiero, se deberá justificar la constitución de la respectiva reserva presupuestal.

La presente respuesta tiene la naturaleza de un concepto jurídico; constituye un criterio auxiliar de interpretación, de conformidad con lo establecido por el artículo 26 del Código Civil y el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sustituido por la Ley 1755 de 2015.

Se recuerda que este y los demás conceptos de la Oficina Asesora Jurídica se encuentran a disposición de todos los colaboradores de la Entidad, para su consulta, en el enlace Conceptos Jurídica en la intranet.

Atentamente,



LUCY EDREY ACEVEDO MÉNDEZ
Jefe de Oficina
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Sandra Johana Gonzalez Matallana
Revisó: Omar Alberto Baron Avendaño
Folios: 6
Anexo: 0