



20161100085501

SG

Bogotá, D.C., 07-07-2016

Señor

OSCAR RODRIGUEZ LOZANO

Secretario de Ciencia, Tecnología e Innovación

GOBERNACIÓN DE CUNDINAMARCA

Calle 26 No. 51-53 Torre Central Piso 6

Bogotá, D.C.

ASUNTO: Consulta cesión de derechos de propiedad intelectual – Radicación Colciencias 20162430095962 del 23 de junio de 2016.

Respetado señor Rodríguez,

En atención a la solicitud del asunto, se da respuesta en el siguiente sentido:

ANTECEDENTES FÁCTICOS:

- Mediante el oficio radicado con el No. 20162430095962 el 23 de junio de 2016, se elevó una consulta a Colciencias relacionada con el tema de la cesión de los derechos de propiedad intelectual en los convenios financiados por el Departamento de Cundinamarca con recursos del Sistema General de Regalías.

TESIS Y MARCO JURÍDICO APLICABLE:

1.- La competencia y demás cuestiones preliminares:

De conformidad con lo previsto en los numerales 3º, 5º y 6º del artículo 13 del Decreto 849 de 2016 "Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – COLCIENCIAS", en materia de conceptualización jurídica, corresponde a esta Secretaría General el ejercicio de las siguientes competencias específicas: (i) Asesorar a la Directora General y a las demás dependencias de la entidad, en los asuntos jurídicos de competencia de la misma, (ii) Rendir concepto a los actores del Sistema Nacional de Ciencia,

Tecnología e Innovación – SNCTel¹ – en la interpretación, aplicación e implementación de la normatividad existente en materia de CTel y, (iii) Atender y resolver las consultas y peticiones de carácter jurídico elevadas al Departamento y por las diferentes dependencias de la entidad.

La anterior norma, sin embargo, debe leerse en plena concordancia con lo preceptuado en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, luego de la sustitución de su Título II, tal y como fue ordenada en el artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, a propósito del alcance de los pronunciamientos que emiten las autoridades administrativas en ejercicio de su función consultiva, los cuales carecen – es la regla – de carácter vinculante u obligatorio, tanto en lo que corresponde a la propia administración, como en lo que atañe al peticionario interesado y a los administrados en general, lo cual implica que esta especial forma de intervención del aparato estatal no fue concebida para atender situaciones particulares y concretas, las cuales deben desatarse a través de la expedición de los respectivos actos administrativos creadores, modificatorios o extintivos de derechos y/o de obligaciones.

Es claro, en consecuencia, que los conceptos jurídicos que emite la secretaría general del departamento administrativo en ejercicio de sus competencias, en cualquier caso involucran una visión jurídica general o de contexto en la aplicación del marco normativo que rige para determinado asunto de la órbita de COLCIENCIAS o del catálogo funcional al que se encuentra sometida su actividad, pero de ninguna manera implican un pronunciamiento directo o de fondo, generador de efectos jurídicos individuales, pues ello equivaldría a invadir las competencias que les fueron asignadas a las demás dependencias y funcionarios de la entidad, encargados de la ejecución de actividades misionales o de apoyo a la gestión en el sector de la CTel.

2.- Análisis del caso concreto:

Para analizar el tema central de la petición, es imprescindible resaltar los aspectos fundamentales que rigen el tema de cesión de los derechos de propiedad intelectual:

Acuerdo de propiedad intelectual suscrito por los representantes legales de las entidades que cooperen a nivel científico e intelectual a la luz de la Ley 1753 de 2015 (Ley del Plan de Desarrollo 2014-2018).

Se derogó el artículo 31 de la ley 1450 de 2011 (Ley del Plan de Desarrollo 2010-2014), por expresa disposición del artículo 267 de la Ley 1753 del 9 de junio de

¹ Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, hoy integrado en el Sistema de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación, en virtud de lo señalado en el artículo 186 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo. 2014-2018. “Todos por un Nuevo País”.

2015 (Ley del Plan de Desarrollo 2014-2018) que en su artículo 10 reguló el tema de la siguiente manera:

*"Artículo 10°. **Derechos de propiedad intelectual de proyectos de investigación y desarrollo financiados con recursos públicos.** En los casos de proyectos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, adelantados con recursos públicos, el Estado podrá ceder a título gratuito, salvo por motivos de seguridad y defensa nacional, los derechos de propiedad intelectual que le correspondan, y autorizará su transferencia, comercialización y explotación a quien adelante y ejecute el proyecto, sin que ello constituya daño patrimonial al Estado. Las condiciones de esta cesión serán fijadas en el respectivo contrato y en todo caso el Estado se reserva el derecho de obtener una licencia no exclusiva y gratuita de éstos derechos de propiedad intelectual por motivos de interés nacional.*

***Parágrafo.** El Gobierno Nacional reglamentará esta materia en un plazo no superior a un (1) año contado a partir de la vigencia de la presente ley".* (Subrayado y negrita fuera del texto).

Como se observa, la ley del Plan de Desarrollo 2014-2018, amplió su aplicación a todos los proyectos financiados con recursos públicos de investigación y desarrollo de ciencia, tecnología e innovación y de tecnologías de la información y las comunicaciones, lo que incluiría los del Sistema General de Regalías, y generó una potestad del Estado para ceder los derechos de propiedad intelectual. ✓

Lo anterior significa que hasta tanto el Gobierno Nacional no reglamente la materia, el Acuerdo de Propiedad intelectual exigido para la presentación del proyecto (numeral 9 del artículo 5 del Acuerdo 027 de 2015), debe servir de base para conocer si el Estado ejerce la potestad de ceder los derechos de propiedad intelectual, sólo en los casos en que personas naturales o jurídicas de naturaleza privada presenten proyectos en ejercicio de la facultad del artículo 25 de la Ley 1530 de 2012.

Se afirma lo anterior, porque cuando se trate de personas naturales o jurídicas de naturaleza pública, existen normas especiales que lo reglamentan tal como se señala a continuación:

- a) **Obras hechas por encargo en virtud de un contrato laboral y de prestación de servicios civiles.**

El Art. 20 de la ley 23 de 1982, modificado por el Art. 28 de la ley 1450 de 2011, señala lo siguiente:

"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 encargado o al empleador... Para que opere esta presunción se requiere que el contrato conste por escrito..." (Subrayado fuera del texto).

La importancia de la citada norma radica en la presunción de transferencia de los derechos patrimoniales en favor de quien encarga la obra, pero insistiendo que tal transferencia se da en la medida necesaria para el ejercicio de las actividades habituales para la época de creación de la obra.

Es oportuno señalar que en los casos mencionados, los derechos morales persisten y continúan radicados en su totalidad en cabeza del autor.

En otras palabras si una entidad pública contrata a una persona natural o jurídica para elaborar un proyecto de ciencia, tecnología e innovación, los derechos morales se presumen del contratista y los derechos patrimoniales se presumen del contratante, salvo pacto expreso en contrario.

b) Obras creadas por servidores públicos.

En lo que atañe a los derechos de autoría y titularidad que se originan en las obras creadas por servidores públicos en cumplimiento y ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, el artículo 91º de ley 23 de 1982 y la ley 44 de 1993, se consagran que serán de propiedad de la entidad pública correspondiente.

Es decir, que si el proyecto es formulado por un funcionario de la entidad pública que presenta el proyecto al Órgano Colegiado de Administración y Decisión, los derechos de propiedad intelectual, se presumen que se encuentran en cabeza de la entidad pública para la cual trabaja el formulador.

c) Bienes susceptibles de ser protegidos por derechos de propiedad intelectual.

Dicho lo anterior, es conveniente precisar los derechos de propiedad intelectual que deben identificarse:

- **Derechos de autor:**

De conformidad con el artículo 2 de la Ley 23 de 1982, los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, para el caso que nos ocupa, las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas o las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos croquis y obras plásticas relativas a la geografía,

a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer.

La misma norma en su artículo 9, le concede al autor para los mencionados derechos, un título originario de la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. *“Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen”.*

Ahora bien, de lo anterior se desprende la necesidad de identificar la naturaleza del autor partiendo de la base que el proyecto se financiará con recursos públicos, como se ilustró.

- **Derechos de propiedad industrial.**

Para el caso de los derechos amparados por las normas de propiedad industrial (signos distintivos – marcas, nombres comerciales, enseñas, nuevas creaciones – patentes de invención y de modelo de utilidad y demás bienes protegidos por esta disciplina), el art. 29 de la ley 1450 de 2011 entra a precisar lo regulado por el art. 539 del Código de Comercio y los arts. 22 y 23 de la Decreto 486 de 2000, toda vez que establece que salvo pacto en contrario, los derechos de propiedad industrial generados en virtud de un contrato laboral y de prestación de servicios, se presumen transferidos a favor del empleador – patrono o del contratante, exigiendo solamente que tales contratos consten por escrito.

2.1- Consideraciones adicionales referentes al tema en el marco del Sistema General de Regalías.

El Acuerdo 027 del 30 de abril de 2015 de la Comisión Rectora del Sistema General de Regalías *“Por el cual se establecen criterios y requisitos para la formulación, presentación, verificación, viabilización, priorización y aprobación de los programas y proyectos de inversión de ciencia, tecnología e innovación a ser financiados con recursos del Sistema General de Regalías”*, preceptúa en el artículo 5 lo siguiente:

“Requisitos generales de presentación de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación ante las Secretarías Técnicas de los OCAD. Los programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación susceptibles de financiación con recursos del Sistema General de Regalías, en cualquiera de sus fases conforme a lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 1949 de 2012 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. Se presentarán ante las Secretarías Técnicas de los OCAD, con el cumplimiento de los siguientes requisitos:



a. Cartas y certificaciones

(...).

9. Acuerdo de propiedad intelectual suscrito por los representantes legales de las entidades que cooperen a nivel científico e intelectual, para los programas y proyectos, cumpliendo la normativa vigente, tomando como base los elementos planteados para tal fin en la Guía Sectorial”.

El Anexo 1, Punto II de la Guía No. 2 de Programas y Proyectos de Ciencia, Tecnología e Innovación, elaborada entre el Departamento Nacional de Planeación –DNP y COLCIENCIAS, y publicada en agosto de 2012, establecía que al momento de formular este tipo de proyectos era necesario tener en cuenta la normatividad vigente sobre propiedad intelectual, por cuanto en el desarrollo de un proyecto es posible que se involucren creaciones intelectuales que son objeto de protección y que pueden generar derechos de propiedad intelectual. Por ello, en la planeación y ejecución de un proyecto, debe tenerse en cuenta quienes serán los titulares de tales derechos.

3.- Conclusión:

Una vez reseñadas las normas aplicables sobre la materia, se informa que se debe acudir a lo pactado en los acuerdos de propiedad intelectual que se suscribieron y allegaron en forma previa a la aprobación del proyecto y a la normatividad vigente sobre la materia. Estos documentos no vinculan a COLCIENCIAS, por lo que la interpretación de los mismos corresponde a las personas involucradas en la formulación del proyecto de inversión y a la entidad presentadora y ejecutora del mismo, que en este caso es la Gobernación de Cundinamarca.

Ahora bien, en relación a la presentación de programas y proyectos de ciencia, tecnología e innovación ante las Secretarías Técnicas de los OCAD, se tiene que la Gobernación de Cundinamarca, entidad territorial presentadora de los proyectos y en ejercicio de su autonomía administrativa, allegó a la Secretaría Técnica del OCAD del FCTel del SGR, en forma previa a su aprobación, los documentos contentivos de los acuerdos de propiedad intelectual sobre el mismo.

En cuanto a la cesión de titularidad de los derechos de propiedad intelectual, se precisa que no le corresponde a la Secretaría Técnica del OCAD del FCTel del SGR interpretar los acuerdos de propiedad intelectual que se allegaron de los proyectos al momento de su presentación y verificación de requisitos, sumado al hecho que COLCIENCIAS no es parte de los mismos.

Los aspectos inherentes a la interpretación de los acuerdos de propiedad intelectual corresponden a las partes que los suscribieron, así como a la entidad presentadora y ejecutora que en este caso es la Gobernación de Cundinamarca, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 2.2.4.4.4 del Decreto 1082 de 2015² y la normatividad vigente sobre derechos de autor.

En todo caso, COLCIENCIAS está empeñado en sacar adelante un proyecto de regulación en estos temas, cumplimiento el mandato que le derivó el art. 10 de la ley 1753 de 2015. Por ello, tan pronto la norma sea construida y se agote el procedimiento de consulta ciudadana previsto en el núm. 8 del art. 8 de la ley 1437 de 2011 y una vez sea expedido el respectivo Decreto, se acudirá al procedimiento de publicidad para que la comunidad se entere de la decisión adoptada.

ALCANCE DEL CONCEPTO:

Como se señaló en las observaciones preliminares a la tesis expuesta, el presente concepto jurídico comporta los precisos alcances señalados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011 (luego de la sustitución de su Título II por virtud de lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015), de conformidad con el cual:

“...Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución...”

Sin otro particular,

Cordialmente,



LILIANA MARÍA ZAPATA BUSTAMANTE
Secretaria General

Revisó: CQuintero

Elaborado por: GDíaz

² Este Decreto compiló el artículo 4 del Decreto 1252 de 2013.