

**UNIVERSIDAD EAN**

**SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN**

**TERCERA ENTREGA INFORME TÉCNICO DE RESULTADO DE INVESTIGACIÓN**

**NOMBRES: MIGUEL ANGEL ESPINOSA GONZALEZ**

**CEDULA 1026287830**

**ESPECIALIZACIÓN EN GOBIERNO Y GERENCIA  
PÚBLICA**

**GRUPO 14 DOCENTE GERMAN GALINDO GARCIA**

**BOGOTÁ, 2020**

## **EL SOFTWARE PÚBLICO EN COLOMBIA COMO UN BIEN DE USO PÚBLICO INMATERIAL DEL ESTADO COLOMBIANO. Miguel Ángel Espinosa González<sup>1</sup>**

### **Resumen**

La necesidad de una administración pública eficiente en la gestión de los recursos del Estado en el sector de las tecnologías ha sido una apuesta hecha por Colombia a través de la iniciativa de Software Público liderada por el Ministerio TIC. La cual ha buscado evitar la doble contratación en la administración pública en materia tecnológica, a través del acceso universal del software que es adquirido por el Estado, por parte de los ciudadanos y demás entidades públicas. No obstante en la actualidad, no existe claridad sobre la naturaleza jurídica del software público en Colombia, por lo cual el presente texto intentara determinar si el mismo ostenta la calidad de un bien de uso público inmaterial del Estado.

**Palabras claves:** software público, bien de uso público, inmaterial, contratación pública, propiedad estatal, gobierno digital.

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia; Especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia y Magister en Derecho de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia, candidato a Especialista en Gobierno y Gerencia Pública de la Universidad EAN, 13 de Agosto del 2020, Bogotá- Colombia.

## **TERCERA ENTREGA INFORME TÉCNICO DE RESULTADO DE INVESTIGACIÓN**

### **EL SOFTWARE PÚBLICO EN COLOMBIA COMO UN BIEN DE USO PÚBLICO INMATERIAL DEL ESTADO COLOMBIANO**

MIGUEL ANGEL ESPINOSA GONZÁLEZ, abogado de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia; Especialista en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia y Magister en Derecho de la Universidad del Rosario, Bogotá Colombia, candidato a Especialista en Gobierno y Gerencia Pública de la Universidad EAN, 13 de Agosto del 2020, Bogotá- Colombia.

#### **Problema de Investigación**

La necesidad de una administración pública eficiente en la gestión de los recursos del Estado en el sector de las tecnologías ha sido una apuesta hecha por Colombia a través de la iniciativa de Software Público liderada por el Ministerio TIC. La cual ha buscado evitar la doble contratación en la administración pública en materia tecnológica, a través del acceso universal del software que es adquirido por el Estado, por parte de los ciudadanos y demás entidades públicas con miras a generar eficiencia en el gasto público al evitar la doble contratación por parte del Estado de herramientas tecnológicas preexistentes. (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, 2017) Así como permitir la posibilidad que el software público sea estudiado, modificado, parametrizado por la ciudadanía en los términos y condiciones de uso previamente definidos por el Estado como titular del software (Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, 2017).

No obstante, a pesar de las evidentes propiedades de la iniciativa de software público para la economía digital país, en la actualidad no existe una definición clara en torno a la naturaleza jurídica de esta figura por parte de las entidades públicas ni por la comunidad civil que pretende usarlo. Dado que no existe norma expresa que regule su funcionamiento en nuestro país, y los proyectos de ley que han pretendido regularlo no se han convertido finalmente en Ley de la República. En consecuencia las entidades públicas han desestimado la concesión de estos tipos softwares a la comunidad en general, por considerar que otorgar el uso contraría el artículo 355 de la Constitución Política que prohíbe las donaciones de bienes a personas naturales o jurídicas de derecho privado

De lo anterior, ha sido necesario determinar por parte de la academia **¿Cuál es la naturaleza jurídica del software público adquirido por el Estado Colombiano cuyas licencias son de código abierto, y su uso está destinado para la administración pública y la comunidad civil en general?** Para solucionar este interrogante, el presente proyecto tomará una metodología exploratoria y explicativa de los principales conceptos, con la finalidad de abordar la cuestión precitada de la siguiente manera; (I) Movimiento Internacional de Software Libre (II) Iniciativa de software público Colombia; (III) Análisis legal y jurisprudencial del concepto de bienes de uso público del Estado; (IV) Software público como un bien de uso público inmaterial del Estado y (V) Conclusión general.

Desde la perspectiva anterior, se considera que el software adquirido por parte del Estado que tenga licencias abiertas, cuyo uso atañe a las entidades públicas y a la comunidad civil en general, caben dentro del concepto de bienes de uso público del Estado, en una reinterpretación de las categorías de propiedad anacrónicas del Código Civil. Teniendo en cuenta que el mismo Estado puede tener dentro de la propiedad estatal, bienes inmateriales como el software, en los cuales se puede permitir su uso a otras entidades públicas y la comunidad en general, a través de una manifestación unilateral de la voluntad de la administración de consentir el uso, sin que exista una transferencia de propiedad, al ser estos bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables conforme al artículo 63 de la Constitución Política de Colombia.

## OBJETIVOS

### Objetivo general:

Determinar la naturaleza jurídica del software público en Colombia como un bien de uso público inmaterial del Estado Colombiano estableciendo características y alcances de dicha figura jurídica para llenar el vacío legal existente y evitar la doble contratación por parte del Estado de herramientas tecnológicas preexistentes.

### Objetivos específicos:

1. Analizar jurídicamente la iniciativa de software público expedida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Min TIC.
2. Evidenciar los antecedentes del movimiento internacional de Software público en Estados Unidos y su injerencia en la iniciativa de software público en Colombia liderada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones Min TIC.
3. Analizar la legislación y jurisprudencia colombiana en relación al concepto de bienes de uso público del Estado

### Justificación

El enfoque del derecho en la formulación de políticas públicas efectivas que tengan impacto en la ciudadanía, es un reto que se asume a partir del presente proyecto, dado que parte de la necesidad de determinar la naturaleza jurídica del software público que es una política pública sin regulación en Colombia a partir de un concepto jurídico existente denominado bienes de uso público inmateriales del estado. Lo cual permitirá que las Entidades Públicas que permitan el uso del software público con licencias de código abierto a la comunidad en general y los ciudadanos que usen, modifiquen, parametricen este software en un sistema de colaboración digital, tengan claridad de los alcances de sus derechos y obligaciones al entender la naturaleza

jurídica de esta tipología de software. Lo anterior ayudará a que el vacío legal existente pueda tener un sustento jurídico que permita que la estrategia pública del Ministerio TIC pueda desarrollarse de manera efectiva.

Es importante mencionar que para solucionar este interrogante, el presente proyecto tomará una metodología exploratoria y explicativa de los principales conceptos como se indicó anteriormente, con la finalidad de abordar la formulación del problema evidenciando los antecedentes del movimiento internacional de software público en Estados Unidos, el cual tuvo repercusión directa en la formulación de la iniciativa por parte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC). Lo cual nos permitirá examinar la iniciativa conforme a nuestro ambiente local y sistema legal, para así poder analizar la jurisprudencia de las Altas Cortes de Colombia junto con la legislación doméstica para evidenciar la relación que tiene el concepto de bienes de uso público inmaterial del estado con la figura de Software Público en Colombia.

Es menester resaltar que la investigación tiene una relación directa con la Especialización en Gobierno y Gerencia Pública dado que en la misma validamos la toma de decisiones, iniciativas y creación de política públicas estratégicas del gobierno colombiano que tiene gran impacto en la economía y en diferentes escenarios estratégicos del Estado Colombiano, incluyendo entidades del orden descentralizado y del orden departamental y municipal de Colombia. Por tal razón permitir que la iniciativa de software público liderada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones tenga un sustento jurídico real permitirá que la política tenga la proyección social que busca que los ciudadanos se beneficien de los desarrollos tecnológicos del Estado mientras existe paralelamente una reducción del gasto público en temas de compra de tecnología tal y como lo afirma la Resolución 537 del 2018 expedida por el Ministerio TIC, lo cual permitiría que el erario se use de manera eficiente en programas de primera necesidad permitiendo que la administración pública sea eficiente con los recursos disponibles.

Es de resaltar que este proyecto se enmarcaría en el campo de investigación de

emprendimiento y gerencia de la Universidad EAN, la cual en el grupo de investigación de entorno económico de las organizaciones manejan una línea de investigación sobre políticas y administración pública la cual tiene una relación directa con el presente proyecto de investigación dado que representaría una solución jurídica a un problema existente que aún no se ha podido resolver por la inexistencia de una ley de la república y todo el trámite burocrático y político que se derivaría de expedición de una norma en dicho sentido.

## **Metodología, Enfoque, diseño de la investigación y alcance o tipo de estudio.**

De acuerdo con el problema planteado y su justificación, el presente documento tomará una metodología exploratoria y explicativa de los principales conceptos jurídicos necesarios para determinar la naturaleza jurídica del software público bajo la iniciativa liderada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en Colombia. El enfoque de la investigación será cualitativo dado que la investigación está orientada principalmente a realizar una descripción y comprensión de los conceptos de bienes de uso público inmaterial del estado y de Software público, lo cual permitirá analizar el problema jurídico que subyace al no existir claridad en la naturaleza jurídica de este último concepto en Colombia. Es importante precisar que al ser cualitativa la investigación es holística en la medida que integra antecedentes de la iniciativa de software público en Estados Unidos que es el lugar donde se gestó el movimiento internacional de software libre y es tomado como referencia para el desarrollo de la política pública de software público en Colombia.

La presente investigación tiene un carácter sistémico, el cual se fundamenta en una interpretación de las fuentes legales colombianas para llegar a justificar a través del marco teórico como el concepto de software público posee las características de los bienes de uso público inmaterial del estado, que es una categoría anacrónica del Código Civil Colombiano. Por último, el diseño planteado para realizar la presente investigación es de tipo no experimental y es de carácter jurídico dogmático, en el cual se analizará las normas y la jurisprudencia, así como el contexto de la estrategia de software público y sus antecedentes para determinar la naturaleza jurídica de dicha figura.

## MARCO TEÓRICO

### I. MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE SOFTWARE LIBRE

Gran parte de los doctrinantes de la materia, han indicado que el movimiento de Software Libre en el mundo inició en los Estados Unidos en 1974, a través de compañía Model Instrumentation Telemetry Systems (MITS), quien era fabricante de relojes digitales “altair”, los cuales contaban con un sistema de conexión y memoria propia, cuyo funcionamiento podía asimilarse al de una computadora (MOCHI ALEMÁN, 2002). Estos relojes tuvieron gran acogida por el público en general, a pesar de que carecían de un software tipo que permitiera parametrizar todas sus funcionalidades, dado que las personas que adquirían esta herramienta debían autoconstruir su propio software para el funcionamiento del reloj conforme a sus necesidades. (MOCHI ALEMÁN, 2002)

Sin embargo, grandes figuras como Lee Felsestein, Bob Albrecht y Bill Gates comenzaron a estudiar la posibilidad que el mecanismo contara con un lenguaje programático propio, para lo cual contactaron al MITS y dispusieron sus conocimientos para proveer al reloj de un Software. El cual se basó en un desarrollo efectuado en los años setenta denominado BASIC (Beginners All-purpose Symbolic Instruction Code), cuya propiedad intelectual les pertenecían a dos profesores de la Universidad de Dartmouth, quienes habían permitido a la comunidad en general la posibilidad de usar, modificar y parametrizar la herramienta tecnológica gratuitamente conforme a las necesidades de quien lo usara. (MOCHI ALEMÁN, 2002)

En un primer momento, Microsoft fue la primera empresa en comercializar el nuevo software creado a partir de BASIC, sin embargo, la comunidad en general comenzó a distribuir de manera gratuita y masiva la herramienta estableciendo que la misma era un bien público. (MOCHI ALEMÁN, 2002) Por lo cual, a consideración de la comunidad, Microsoft debía respetar la libre circulación y la gratuidad conforme a la autorización dada por los profesores de la Universidad Pública de Dartmouth, como titulares de los derechos de la herramienta inicial. No obstante Microsoft renuente con esta idea, no concibió la herramienta como un objeto asimilable al agua o al aire, dado que una distribución no autorizada era una violación a la propiedad intelectual de sus creadores. (MOCHI ALEMÁN, 2002)



A pesar de lo anterior la comunidad de desarrolladores anónimos siguieron compartiendo y transformando gratuitamente la herramienta, generando un primer movimiento tendiente a la liberalización del software, en lo que se ha denominado como “software libre”. Este movimiento hasta el día de hoy entiende que un software es considerado libre cuando el usuario tiene: (I) la libertad de usar el programa; (II) la libertad de modificar y/o parametrizar el software, permitiendo el acceso al código fuente como lenguaje programático en el cual está escrito la herramienta tecnológica; (III) la Libertad de distribuir copias del desarrollo y (IV) tener la libertad de distribuir obras derivadas del programa a la comunidad en general. Para que se han nuevamente beneficiarios de una herramienta tecnológica de mayor calidad. (Stallman, 2004) Generalmente el medio para compartir este tipo de software es el internet junto con ciertos tipos de licencias abiertas, las cuales aseguran las libertades anteriormente reseñadas previamente al uso por la comunidad en general de este tipo de software. (Alvarado, 2012).

De lo anterior, es de resaltar que varios son los países que han acogido dentro de sus sistemas de información al software libre, con miras a mejorar la eficiencia administrativa del Estado e incentivar el desarrollo tecnológico de las comunidades de software local(Sugar, 2013) Un claro ejemplo de ello es el piloto establecido en Escocia en el Reino Unido, en donde a través de la promoción de proyectos de software libre en su región, permitió la existencia de paridad de competencia entre los proveedores de software propietarios y los de software libre en la contratación pública de este país. Permitiendo a las diferentes entidades tener mayor número de proveedores locales de software a mayor calidad, mejorando así la eficiencia de la prestación de servicios públicos y del recurso público en la compra de tecnología.(Open Source Software Working Group, 2014).

## II. INICIATIVA DE SOFTWARE PÚBLICO COLOMBIA.

La Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe (Red Gealc) como órgano central en el desarrollo de políticas públicas de Gobierno Electrónico en la región, ha establecido a través de la Declaración de Santo Domingo la promoción de las tecnologías información (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo -CLAD, 2016), como garantía y control de la transparencia administrativa. (Red GEALC, 2014) Estableciendo consigo políticas como la de bienes públicos regionales, promovido desde sus anales por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la cual busca que los servicios y bienes de los Estados que sean producidos y consumidos en el seno de los entes gubernamentales y apropiados por parte del sector privado sin ánimo de lucro, generen beneficios comunes directos tanto en la administración pública como en la comunidad en general que los utiliza. (Red GEALC, 2015)

Es allí en el desarrollo de esta política que se ha incentivado en los países de la región iniciativas como la de Software Público, la cual tiene como objetivo incorporar las TIC en la administración pública permitiendo el acceso a los softwares abiertos en la administración dentro de un sistema colaborativo con los ciudadanos. (Red GEALC, 2015). Contribuyendo a la reducción de los costos asociados a la adquisición, parametrización y modificación del software por parte de los Estados a través del intercambio y gestión de conocimiento en la comunidad (Red GEALC, 2015) voluntariamente compartida entre los distintos partícipes del ecosistema digital.

Esta tendencia internacional en nuestro medio ha tenido su desarrollo a partir de la Ley 1341 del 2009, por medio del cual se estableció el marco conceptual de la sociedad de información y la masificación de las TIC en nuestro país, estableciendo como uno de sus principios rectores la masificación de la estrategia de gobierno en línea, hoy política de gobierno digital. Estrategia la cual incluyó a partir del Decreto 2573 del 2014 como uno de sus componentes el Gobierno Abierto, modelo que busca la cercanía del ciudadano a la administración pública a través del uso de las TIC, haciendo el Estado más abierto, más transparente, más efectivo y eficiente en la prestación de sus servicios públicos.

De lo anterior, teniendo en cuenta los postulados establecidos en el Artículo 2 y 4 de la Ley 1341 de 2009, los cuales permiten al Estado la posibilidad de intervenir en el sector de tecnologías para la promoción y desarrollo de contenidos y aplicaciones (softwares), así como la

posibilidad de establecer políticas para la adopción de medidas que busquen el aprovechamiento de las TIC en el sector público, se promulgo el Decreto 1414 del 2017, por medio del cual se reestructuro internamente el MinTIC y estableció nuevas funciones a la Dirección de Gobierno Digital, conforme a los compromisos internacionales reseñados. Entre las nuevas funciones definidas están la de establecer las políticas y programas que busquen la adopción y apropiación de las TIC en el Estado, para la correcta y eficiente prestación de servicios públicos, así como la facultad de implementar estrategias y lineamientos para racionalizar la compra pública de tecnológica, bajo los criterios de efectividad y eficiencia administrativa. Funciones que le permitieron a la Dirección de Gobierno Digital crear la iniciativa de software público capítulo Colombia (Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones de Colombia, 2017).

En este sentido, conforme a los términos y condiciones del portal web de la iniciativa de software público Colombia, el objetivo de esta nueva estrategia es la de permitir que tantas las entidades públicas como la comunidad civil, compartan los softwares adquiridos con licencias abiertas o de código libre en la plataforma. Para que los diferentes usuarios, pueden reutilizar y/o parametrizar las herramientas tecnológicas para dar solución a sus propias necesidades, a través de la creación de nuevos softwares.

Generando así a través de la iniciativa, un ahorro del recurso público en materia tecnológica dentro del Estado, al permitir que las diferentes entidades públicas reutilicen software de la plataforma de forma gratuita, disponiendo de herramientas de mayor calidad a menor costo. Evitando prácticas restrictivas de la competencia y posiciones contractuales dominantes por proveedores exclusivos como Microsoft, Amazon, Oracle, Google, entre otros, al permitir la injerencia de varios oferentes nacionales dentro de los procesos de contratación pública en materia tecnológica. Contribuyendo finalmente al desarrollo de la industria nacional del Software al permitir el estudio del lenguaje programático por parte de los desarrolladores colombianos, con la finalidad que se mejore y se comparta las obras derivadas del software dentro de los mismos términos de la plataforma. (Ministerio de Tecnologías de la información y las Comunicaciones de Colombia, 2017)

Es de aclarar que, bajo el anterior esquema el portal web de la iniciativa conceptúa al software público como aquel software de código fuente abierto que es desarrollado con recursos del Estado, cuyo propietario es la entidad pública quien ejercita su derecho de dominio sobre el desarrollo permitiendo un uso general a las entidades públicas y a los partícipes del portal, resolviendo las problemáticas comunes a través de los software existente racionalizando la inversión pública.(Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia, 2017) Advirtiendo con esto, que no existe donación, cesión o entrega a título traslativo de dominio sobre la herramienta tecnológica por quien lo usa, sino simplemente una disposición de uso de las herramientas tecnológicas por parte de los diferentes usuarios.

Ahora bien, teniendo en cuenta la implementación de la estrategia de Software Público por la Dirección de Gobierno Digital del MinTIC, expidió la Resolución 537 del 2018 por medio del cual el Fondo de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (FONTIC) como órgano adscrito al MinTIC, otorgó licenciamiento sobre sus derechos de distribución, transformación, reproducción y comunicación pública de los software de código abierto (Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2018) de su propiedad, únicamente a las entidades públicas del Estado a través de la disposición de las herramientas tecnológicas dentro del Portal Web de Software Público Colombia

El anterior licenciamiento establece que las entidades públicas por expresa disposición del MinTIC tendrán la posibilidad de transformar, parametrizar y en general usar las herramientas tecnológicas dentro de sus procesos internos, sin que se entiendan que el código fuente que coloca a disposición de uso sale del patrimonio del MinTIC. Por el contrario establece que, los software derivados que llegaran a darse por la transformación o modificación de los códigos fuentes, que a la luz de la Ley 23 de 1982 se entienda como una obra derivada, le pertenecerán todos los derechos patrimoniales a la entidad pública que efectuó el nuevo desarrollo, pero condicionado a que el mismo desarrollo se han nuevamente compartido dentro de la plataforma de software público Colombia conforme a los términos y condiciones descritos en el Portal.(Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, 2018)

### III. ANÁLISIS LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONCEPTO DE BIENES DE USO PÚBLICO DEL ESTADO.

La propiedad estatal desde su concepción en el código civil ha sido clasificada en dos grandes vertientes (I) los bienes fiscales y los (II) bienes de uso público. En el caso específico de esta última categoría el Artículo 674 del Estatuto los define como aquellos en que el dominio le pertenece al Estado, pero su uso pertenece a los ciudadanos tales como calles, parques, plazas, los cuales cumplen con finalidades de utilidad pública como su uso a los ciudadanos colombiano de manera genérica de conformidad con los usos permitidos de acuerdo a las calidades del bien. (M.P Sachica, 1978).

Bajo esta medida, los bienes de uso público son bienes cuyo titular del derecho real de dominio es el Estado, el cual como propietario pone a disposición su derecho de *ius utendi* a disposición de la comunidad en general, en un acto de autonomía de la voluntad de la administración como titular de derechos y obligaciones. Sin que este acto de mera liberalidad se entienda como una intención de transferir el derecho real del dominio sobre sus bienes a los particulares de conformidad con el artículo 2520 del Código Civil (Sánchez Torres & Ternera Barrios, 2009), ya que el ejercicio de este derecho está enmarcado en el respeto de los derechos de uso y goce de los otros miembros, preservando los mismos términos para su disfrute. (M.P Flavio Augusto Rodríguez, 2002)

Estos tipos de bienes por expresa disposición del Artículo 63 de la Constitución Política revisten de las características de inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad. En el caso preciso de la inembargabilidad estos tipos de bienes no son objeto de medidas judiciales o extrajudiciales de embargo o secuestro que limiten su uso directo o indirecto por parte de la comunidad beneficiaria. Por el contrario, en el caso de imprescriptibilidad por expresa disposición del Artículo 2519 del Código Civil se dispone que existe imposibilidad legal que el Estado pierda su derecho real de dominio sobre estos tipos de bienes por acciones de prescripción adquisitivas por particulares aplicables a bienes privados que no tienen las anteriores características. Por último, en relación con la inalienabilidad este tipo de bien estatal sale de la órbita del comercio, que evita que directa o indirectamente sea transferido a un tercero a cualquier título, so pena de existir objeto ilícito en los términos del Numeral Primero del Artículo 1521 del Código Civil cuando se intente comercializar.

De lo anterior, estos tipos de bienes de uso público pueden ser por un lado bienes naturales, tales como ríos, playas, islas, entre otros, que se constituyen como bienes del territorio y por el otro bienes artificiales tales como puentes, calles, aeropuertos, cuyo origen nace por regla general de los procesos contractuales del Estado en el cual su destinación está centrada en el disfrute por parte de la comunidad en general del bien, a través de la afectación en su uso por parte de la Entidad Pública que lo ha adquirido.(Sánchez Torres & Ternera Barrios, 2009) Este tipo de afectación ha dispuesto la jurisprudencia(M.P. Juan Alberto Polo., 2000) que puede hacerse de manera directa o indirecta por parte del ente público, ya sea mediante acto administrativo que destine ese uso expresamente a la comunidad en general o a través de comportamientos que determinen de manera inequívoca que la administración ha destinado su uso a la comunidad civil.(M.P Alejandro Martínez Caballero., 1995)

Ahora bien, con la llegada de la sociedad de información en nuestro país y con el uso masivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones en el sector público, en la actualidad es loable reconocer que el Estado colombiano es titular de bienes inmateriales que son susceptibles de integrar su patrimonio público. Dado que estos bienes se representan en derechos patrimoniales de autor y de propiedad industrial en todas sus vertientes, que son aptos para ser cuantificables en activos del Estado, aun si las categorías decimonónicas establecidas por nuestro legislador en la clasificación de la propiedad estatal en el Código Civil Colombiano no los incluyeran.

De lo anterior, gran parte de la doctrina especializada en este tema ha indicado que estos tipos de derechos de propiedad intelectual ostentan la calidad de bienes incorporeales asimilados a los bienes corporales del Código Civil (León Robayo, 2011). En la medida que, a criterio de la doctrina, los inmateriales cumplen tres criterios que determinan su calidad asimilable a la de bien corporal, tales como tener valores económicos, tener aptitud legal para satisfacer necesidades de su titular y la posibilidad de que los mismos se puedan adquirir. (León Robayo, 2011).

En consecuencia, en el caso específico de los bienes incorporables que son adquiridos por el Estado a través de sus modalidades de compra pública, existente en nuestra realidad virtual o intelectual, pueden ser cuantificables en dinero, y prestan una utilidad a la entidad en sus necesidades y en la prestación de sus servicios públicos a la ciudadanía. En consecuencia, se hablaría de la existencia de bienes inmateriales del Estado los cuales son susceptibles de integrar la propiedad estatal.

Ahora bien, dada la existencia de estos bienes inmateriales, el Estado como titular de los mismos pueden efectuar una destinación en uso para el disfrute de la comunidad del bien de manera directa a través de acto administrativo o cualquier otra forma que exprese inequívocamente la destinación en uso a la comunidad en general, transformando al bien incorporal como bien de uso público. (M.P Alejandro Martínez Caballero., 1995)

#### **IV. ¿SOFTWARE PÚBLICO COMO UN BIEN DE USO PÚBLICO INMATERIAL DEL ESTADO? (Análisis de resultados)**

La regulación del Software en nuestro país está dada por el Decreto 1360 de 1989 por medio del cual se reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor, y se establece que conforme al marco normativo de derechos de autor establecido principalmente por la Ley 23 de 1982, el Software es considerado según la legislación colombiana contenida en el Decreto 1360 de 1989 como creación del dominio literario. Comprendiendo en una acepción amplia (i) Los programas de computador como un lenguaje organizado matemático que es interpretado por una máquina (hardware) que genera como consecuencia una función precisa; (II) Los procedimientos detallados del programa que establecen procedimiento que permiten asegurar la funcionalidad del sistema y un (III) material auxiliar que permite el entendimiento del software. De lo anterior, se puede determinar que el software es una creación propia de dominio literario sobre el cual se puede ejercer el derecho de dominio de su creador, de conformidad con el artículo 671 del Código Civil.

En el caso específico de la adquisición del software por parte de la administración pública, los derechos inherentes a estos tipos de obras son los relacionados con los derechos patrimoniales de autor en el entendido que estos son privilegios que goza su creador para determinar el alcance de explotación de su obra. (OLARTE COLLAZOS & ROJAS CHAVARRO, 2010),constituyéndose

como una facultad exclusiva que tiene el creador de la obra en torno a su utilización. La cual en las relaciones contractuales con el Estado se ceden conforme a la cláusula de propiedad intelectual, comúnmente a través de un contrato derivado denominado cesión de derechos patrimoniales de autor. Es de recalcar que, solo los patrimoniales son objeto de cesión y no los morales, dado que estos últimos solo atañen a las personas naturales creadoras de la obra, cuyas prerrogativas son de rango constitucional al ser intransferibles, irrenunciables e imprescriptibles.(Contaduría General de la Nación, 2017)

Ahora bien, estos tipos de Software según la Contaduría General de la Nación se catalogan como bienes inmateriales o sin apariencia física, cuyas características relativas para concebirse como un bien intangible de la entidad es que (I) sea un recurso no monetario; (II) no posea apariencia física; (III) se obtenga beneficios económicos futuros o servicios potenciales; (IV) tengan una medición fiable; (V) no se enajene y (VI) se use por más de un periodo contable(Contaduría General de la Nación, 2017). Bajo esta óptica contable y siguiendo los postulados de la doctrina jurídica(León Robayo, 2011), los softwares desarrollados con inversión pública son realmente bienes inmateriales del Estado en los términos del Código Civil asimilables a los bienes materiales del Estado. Dado que carecen de corporalidad por tener un amplio rango intelectual cuyos derechos patrimoniales de autor pertenecen al Estado como adquiriente, los cuales buscan una prestación de servicios públicos más eficientes, y la satisfacción de las necesidades de la colectividad a partir de su uso, sin que salgan esta tipología de bienes del patrimonio público del Estado.

De lo anterior, armonizando con la estrategia de Software Público explicada en el numeral 2 del presente texto, se podría indicar que la disposición del software de estándares abiertos por parte la administración pública dentro del portal web, autorizando su libre uso, parametrización y distribución a los particulares y demás entidades del Estado, con miras a dar soluciones a necesidades comunes a través de la creación de nuevos softwares de mayor calidad. Denotan la posibilidad que el Estado como titular del bien inmaterial software, pueda disponer el *ius utendi* a la comunidad en general, sin que su propiedad sobre el bien se desvirtúe por dicha autorización.

En ese orden de ideas al ser un verdadero bien inmaterial, es el Estado mismo como titular de los derechos patrimoniales de autor derivados de la adquisición del software que tiene la facultad de incorporar sus bienes para el uso de la comunidad.



Tal afectación como lo evidenciamos se logra con la manifestación expresa de voluntad del estado de querer incorporar un bien para el uso de la comunidad en general. (M.P Alejandro Martínez Caballero., 1995) a través de actos inequívocos que permitan entrever dicha destinación. En palabras de Corte Constitucional “para que el fenómeno de la afectación sea posible requiere de dos momentos claramente identificables: a) un aspecto material, esto es, la existencia de un bien apto para el uso público y b) el aspecto intencional o subjetivo, que consiste en la declaración de voluntad o en el accionar del órgano estatal que demuestra de manera directa e inequívoca el deseo de consagrar un bien al uso público. Entre nosotros, la afectación puede consistir en una manifestación de voluntad o en hechos de la administración, por cuanto existen bienes naturales en donde la sola presencia del bien implica la titularidad del dominio en cabeza del Estado, pues, hay normas genéricas que así lo disponen, (a manera de ejemplo los ríos son de uso público de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 677 C.C.). Pero respecto de la afectación por hechos de la administración respecto de los bienes artificiales, nuestra legislación ha señalado que la naturaleza jurídica particular no se altera por el uso público.” (M.P Alejandro Martínez Caballero., 1995)

Como se desprende del anterior esquema, en el ejercicio del derecho de dominio por parte del Estado sobre el software adquirido con recursos públicos implica de suyo la facultad para autorizar a otros su utilización, bajo el modelo de Software Público. En esa medida podrá autorizar tanto a entidades públicas como privadas la utilización del Software como un bien de uso público, con todas las prerrogativas inherentes a esa condición y sus limitantes tales como su inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad. Lo cual haría entender que la entidad pública propietaria de los derechos patrimoniales de autor sobre los softwares adquiridos a través de sus procesos contractuales podrá otorgar una especial afectación directa o indirectamente sobre sus bienes inmateriales para que la comunidad en general utilice sus desarrollos sin desprenderse de su dominio sobre la herramienta tecnológica.

## CONCLUSIÓN.

La naturaleza jurídica de los softwares de estándares abiertos adquiridos por el Estado, puestos a disposición en su uso a la comunidad en general y demás entidades de la administración pública, son la de los bienes de uso público inmateriales del Estado, los cuales ostenta las características de inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad, en una nueva interpretación de los conceptos anacrónicos del Código Civil en relación con la propiedad pública. La cual reconoce la injerencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en la interpretación del derecho civil en general y de propiedad del Estado en particular, conforme a los avances internacionales del software libre en el mundo, reconociendo que el Estado al ser titular de derechos patrimoniales de autor como los derivados de Software, asimilables por el Decreto 1360 de 1989 a las obras literarias de la Ley 23 de 1989, puede llegar a deslindar su uso al beneficio común, sin que exista un deslinde de la propiedad estatal.

De lo anterior al ser el Software público en Colombia un bien de uso público inmaterial del estado permitirá que el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones pueda evolucionar la estrategia, contribuyendo por un lado a la creación y gestión de servicios públicos más eficientes a través del uso de estos software por parte de entidades públicas y particulares y por el otro lado disminuir la duplicidad de herramientas tecnológicas en el país que permitirá un ahorro del erario colombiano en el gasto público de tecnología tal y como lo indica la Resolución 537 del 2018, al existir entendimiento jurídico en relación a la política pública implementada.

### LISTA DE REFERENCIAS

Alvarado, M. (2012). Software Propietario Versus Software Libre: Oportunidades y Retos, *19-3*, 411-417.

Álvarez Amézquita, D., Salazar, O. E., & Padilla Herrera, J. (2015). Teoría de la Propiedad Intelectual. *Fundamentos En La Filosofía, El Derecho Y La Economía*, 28. Recuperado de [https://www.google.com/search?rlz=1C1GCEU\\_es&q=https://app-vlex+com.ez.urosario.edu.co/%23CO/search/jurisdictions:CO%2Bcontent+type:4/bienes%2Binmateriales/CO/vid/+591698690&spell=1&sa=X&ved=2ahUKewiriMyK-KfsAhVGi1kKHSnZAKAQBSgAegQIChAt&biw=1211&bih=270](https://www.google.com/search?rlz=1C1GCEU_es&q=https://app-vlex+com.ez.urosario.edu.co/%23CO/search/jurisdictions:CO%2Bcontent+type:4/bienes%2Binmateriales/CO/vid/+591698690&spell=1&sa=X&ved=2ahUKewiriMyK-KfsAhVGi1kKHSnZAKAQBSgAegQIChAt&biw=1211&bih=270)

CANO, BLADÒN, L. F. (2008). La participación ciudadana en las políticas públicas de lucha contra la corrupción: respondiendo a la lógica de gobernanza. *ESTUDIOS POLITICOS*, 33, 147- 177.

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo -CLAD. Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto (2016). Recuperado de <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartagobelec.pdf>

CETARES RUIZ, L. F. (2013). Software Libre. Una alternativa de solución en la Administración Pública Municipal. *Ventana Informática*, 29. Recuperado de <http://revistasum.umanizales.edu.co/ojs/index.php/ventanainformatica/article/view/244>

CHÁVEZ FRÍAS, H. Decreto N° 3.390 del 23 de diciembre de 2004 (2004). Recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ve/ve052es.pdf>

Contaduría General de la Nación,. Contaduría General de la Nación, Radicado CGN N° 20172000106231 (2017).

Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Resolución 537 del 2018, Pub. L. No. 537 (2018).

Gamba Segovia, R. A., & Escobar Mora, C. A. (2013). Protección Legal del Software en las Tecnologías de la Información por medio me La Propiedad Intelectual, 9. Recuperado de [http://app.vlex.com.ez.urosario.edu.co/#WW/search/content\\_type:4/software+libre/p2/WW/vid/514190406](http://app.vlex.com.ez.urosario.edu.co/#WW/search/content_type:4/software+libre/p2/WW/vid/514190406)

KEMP, R. (2010). TOWARDS FREE/LIBRE OPEN SOURCE SOFTWARE (“FLOSS”) GOVERNANCE IN THE ORGANIZATION, 2, 67-72.

Koltun, P. L. (2011). Free and Open Source Software Compliance: An Operational Perspective, *1/2011*. Recuperado de [http://app.vlex.com.ez.urosario.edu.co/#WW/search/content\\_type:4/free+software/WW/vid/459875250](http://app.vlex.com.ez.urosario.edu.co/#WW/search/content_type:4/free+software/WW/vid/459875250)

Leon, G. (2007). Copyright Vs. Copyleft: Problemática Jurídica Del Software Libre, 3, 203-223.

León Robayo, E. I. (2011). La posesión de los bienes inmateriales. *Revistas - 36 / Universidad de los Andes*. Recuperado de [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=153%3AAla-posesion-de-los-bienes-inmateriales&catid=14%3A36&Itemid=51&lang=es](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=153%3AAla-posesion-de-los-bienes-inmateriales&catid=14%3A36&Itemid=51&lang=es)

Ley 1341 del 2009 «Por la cual se definen Principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones -TIC-, se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones», Pub. L. No. 1341 (2009).

López Jiménez, D., Gallego Pereira, M. D., & Salvador Bueno, Á. (s. f.). A Propósito de la Creciente Relevancia Del Software Libre: Regulación u Autorregulación, *119*. Recuperado de <http://app.vlex.com.ez.urosario.edu.co/#WW/vid/414622773>

Martinez, D. (2009). El Software Libre, 8, 2-3.

Mas, J. (2003). Software libre en el sector público. *Universitat Oberta de Catalunya*. Recuperado de <http://www.uoc.edu/dt/20327/#>

Mas, J. (2005). Software libre: técnicamente viable, económicamente sostenible y socialmente justo. *ZERO FACTORY SL*. Recuperado de <http://www.infonomia.com/wp-content/uploads/2014/11/infonomia-books-softwarelibre.pdf>

Matellán Olivera, V., González Barahona, J., Heras Quirós, P., & Robles Martínez, G. (2004). *Sobre software libre. Compilación de ensayos sobre software libre*. Madrid, España: Dykinson. Recuperado de <http://www.digitaliapublishing.com.ez.urosario.edu.co/a/6606>

Medina Pabón, J. E. (2015). *Derecho civil. Bienes. Derechos reales*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia. (2017). Software Público Colombia. Recuperado de <https://www.softwarepublicocolombia.gov.co/es/public-software>

MOCHI ALEMÁN, P. O. (2002). El movimiento del software libre. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 45(185), 17.

Moreno Castro, C. (2009). *Ciencia y tecnología en la sociedad de la información*. Biblioteca Nueva. Recuperado de <http://www.digitaliapublishing.com.ez.urosario.edu.co/a/6303>

M.P Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T- 50 de 1.995. M.P. Alejandro Martínez Caballero. (1995).

M.P Flavio Augusto Rodríguez. Sentencia del 5 de diciembre de 2002. Rad. 1469. Salvamento de voto de Flavio Augusto Rodríguez A., § Sala de Consulta y Servicio Civil (2002).

M.P. Juan Alberto Polo. Sentencia del 6 de julio de 2000. Exp. 5303. M.P. Juan Alberto Polo., § Primera (2000).

M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Sentencia C-155 del 28 de abril de 1995.

OLARTE COLLAZOS, J. M., & ROJAS CHAVARRO, M. A. (2010). *La Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Penal* (Dirección Nacional de Derechos de Autor). Bogotá: Dirección Nacional de Derechos de Autor. Recuperado de <http://derechodeautor.gov.co/documents/10181/11769/La+proteccion+del+derecho+de+autor+y+los+derechos+conexos+en+el+ambito+penal+sep+15+de+2010.pdf/75686fc1-c9be-4dc3-b1d5-efcd5f4be949>

Open Source Software Working Group. (2014). Free/Libre/Open Source Software: Scottish Policy Statement. [Gobierno]. Recuperado de <https://www.gov.scot/resource/doc/1067/0049471.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1414 del 2017 «Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y se dictan otras disposiciones.» (2018). Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201414%20DEL%2025%20DE%20AGOSTO%20DE%202017.pdf>