



Bogotá, D. C.

Doctora
Eliana Castellanos Díaz
Jefe Oficina Asesora de Comunicaciones
Secretaría Distrital de Hacienda
ecastellanos@shd.gov.co
Carrera 30 25 - 90
Nit: 899.999.061-9
Bogotá

CONCEPTO

Referencia	2022IE003547O1
Descriptor general	Administrativo
Descriptores especiales	Contractual – Obligaciones contractuales – derecho de imagen – derecho conexo al derecho de autor – acuerdo de confidencialidad
Problema jurídico	¿Cómo se puede precaver u posible litigio contra la Secretaría Distrital de Hacienda por la explotación de la imagen de un contratista?
Fuentes formales	Ley 80 de 1993 Concepto 121781 de 2023 proferido por el Departamento Administrativo de la Función Pública

IDENTIFICACIÓN DE LA CONSULTA

La Oficina Asesora de Comunicaciones solicita orientación dirigida, por una parte, a precisar si dentro de marco de las obligaciones generales y específicas de un particular contrato, figura una consistente en la grabación de videos relacionados con BogData, y por la otra, al examen de un acuerdo de confidencialidad, en el evento en que tal obligación existiera, con el propósito de precaver eventuales litigios que, el uso de la imagen del contratista por parte de la Secretaría Distrital de Hacienda, pudieran presentarse.

CONSIDERACIONES

De manera preliminar, es importante advertir que no corresponde a esta Dirección la absolución de consultas concretas respecto a contratos en particular, sin perjuicio del apoyo que se pueda brindar a las áreas de la Secretaría Distrital de Hacienda, mediante orientaciones generales frente al proceso contractual.

Dicho lo anterior, y con el propósito de resolver su interrogante, el asunto se abordará desde: 1) la perspectiva del régimen del contrato de prestación de servicios, 2) los derechos de autor y su régimen de transferencias, 3) el derecho de imagen, conexo al derecho de autor, 4) los elementos para el análisis del caso y 5) el objetivo que se busca con el acuerdo de confidencialidad. Finalmente, se ofrecen unas conclusiones.

1. Régimen de las obligaciones contractuales. Contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios se encuentra regulado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹, de manera que las reglas que gobiernan esa relación contractual gobernadas por las disposiciones contenidas en tal ley, y por las estipulaciones realizadas dentro del contrato.

2. Derechos patrimoniales de autor y su régimen de transferencias

Sin perjuicio, de las precisiones que pueda hacer la Dirección Nacional de Derecho de Autor, de que los derechos de autor se traducen en derechos morales y patrimoniales², y de que los derechos morales son intransferibles (siempre estarán en cabeza del titular originario o creador de la obra), en este apartado se hará referencia al régimen de transferencias de los derechos patrimoniales.

En este sentido, una persona natural o jurídica diferente al autor, puede ostentar la titularidad derivada de los derechos patrimoniales cuando los ha adquirido, bien sea por acto entre vivos, por causa de muerte, o por disposición legal.

Entre las diferentes formas de transmisión entre vivos del derecho se encuentran tres: i) la cesión por ministerio de la Ley de las obras desarrolladas por los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, ii) la obra por encargo, y iii) el contrato de cesión o transferencia de derecho de autor.

2.1. Sobre la cesión por ministerio de la ley

Ejemplo de la cesión por ministerio de la ley, lo trae el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, conforme al cual, *“Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente”*. Se observa aquí que, para que tal cesión opere se exige la presencia de un sujeto calificado con calidad de cedente: un funcionario público, por oposición a un contratista.

2.2. Sobre la cesión en el contrato de obra

En relación con el contrato de obra por encargo, el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, modificado por la Ley 1450 del 16 de junio de 2011, regula este tema de la siguiente forma:

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 acciones³.

¹ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

² Ley 23 de 1982, artículo 20. Modificado por la Ley 1450 de 2011.

³ Ley 23 de 1982, artículo 20. Modificado por la Ley 1450 de 2011.

Nótese, cómo, la norma transcrita establece una presunción, de acuerdo con la cual, salvo estipulación en contrario, los derechos patrimoniales del autor, han sido transferidos al encargante. Para que opere esa presunción se necesita lo siguiente:

- Que exista un contrato de prestación de servicios o un contrato de trabajo entre el autor y quien encarga, concretamente, la elaboración de la obra en el marco del cual se efectuó la creación artística o literaria.
- Que el contrato de trabajo o de prestación de servicios conste por escrito.
- Que la transferencia de derechos patrimoniales a favor del encargante se entienda concedida *“en la medida necesaria para el ejercicio de sus actividades habituales en la época de creación de la obra”*.

Como se desprende de lo anterior, en las obras creadas para una persona jurídica en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios, 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.

2.3. Sobre la cesión a través de contrato de cesión o transferencia de derecho de autor

En relación con la cesión de derechos patrimoniales a través del contrato de cesión o transferencia de derechos de autor, la Dirección Nacional de Derecho de Autor expresa:

1. Contrato de cesión de derechos

La cesión es un contrato por medio del cual, el autor o titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente sus derechos a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración, o sin ella. Este contrato, regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, tiene como característica principal que el cedente se desprende de los derechos, convirtiendo al cesionario, por virtud de la transferencia, en el nuevo titular o titular derivado.

De acuerdo con el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011 todo acto o contrato por medio del cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor o los derechos conexos, sea de forma total o parcial, deberá contar por escrito como condición de validez

3. El derecho de autor conexo al derecho de imagen

De acuerdo con el artículo 166 de la Ley 23 de 1982 son derechos conexos al de autor, entre otros:

- La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida.
- La reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.
- La distribución pública del original y copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma, mediante la venta, o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad.

Los derechos conexos gozan de la misma protección de los derechos de autor, sin perjuicio de las particulares reglas disponibles para aquellos en orden a tal propósito. En este sentido, conforme al mismo artículo 166 referenciado, *“los artistas intérpretes o ejecutantes, tienen respecto de sus interpretaciones o ejecuciones el derecho exclusivo de autorizar o prohibir”*.

4. Elementos para el análisis del caso concreto

Así las cosas, y sin perjuicio de que con los elementos ofrecidos corresponde al área consultante el análisis del contrato suscrito; examinadas las cláusulas asociadas al objeto, y a las obligaciones generales y especiales, a la luz de lo acá expuesto, puede decirse lo siguiente:

- Que en el contrato analizado no se observa que al contratista se le haya encargado la elaboración de una pieza de video en la que figure su imagen, para así predicar que se está en presencia de un contrato de obra con las implicaciones que ello supone, como la de la presunción de cesión de derechos.
- Que como quiera que se está en presencia de una relación contractual, y no legal y reglamentaria, como la que caracteriza a la que se casa entre una entidad pública y un funcionario público, entonces, no se puede predicar la existencia de una cesión que opere por el ministerio de la Ley, a la manera en que lo expresa el artículo 91 de la Ley 23 de 1982.
- Que como del texto del contrato no se puede predicar que hubo una transferencia de derechos del contratista hacia la entidad pública, consistentemente, tampoco se puede manifestar que, justamente se está en presencia de un contrato de cesión de derechos de autor.
- Que en el evento en que se estuviera en presencia de derechos conexos, como el de imagen, se requeriría de autorización o de levantamiento de prohibición para su reproducción o explotación, lo que en el contrato estudiado no se observa.

5. Sobre el objetivo que se busca con el acuerdo de confidencialidad

Si, de acuerdo con su consulta, el objetivo de su consulta, también es precaver *“algún tipo de conflicto jurídico en torno al uso de la imagen de la contratista”*, ese objetivo no se logra con un acuerdo de confidencialidad, en el entendido de que este tipo de acuerdo tiene como propósito evitar que la información de un proyecto o servicio sea usada o divulgada a través de algún medio.

CONCLUSIONES

A manera de conclusión se expresa que para esta Dirección, corresponde a la oficina bajo su cargo, con base en los elementos aportados, por un lado, realizar el examen correspondiente al encuadramiento de la obligación de grabar un video dentro de las obligaciones específicas del contratista. Por otro lado, en el supuesto de que tal encuadramiento operara, y ante la inexistencia de pacto expreso sobre el uso de los derechos patrimoniales o conexos por parte de la Secretaría Distrital de Hacienda con motivo de la participación del contratista en la grabación y su imagen, tal uso, sin mediar autorización podría, en el futuro, generar algún tipo



de conflicto jurídico en torno al uso de la imagen de la contratista, por lo que habría que impulsar, no un acuerdo de confidencialidad como el sometido a examen, sino la autorización para la emisión de la imagen de parte del contratista.

En procura de impulsar la política de mejoramiento continuo en el procedimiento de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Hacienda solicito verifique si el concepto emitido contribuyó a resolver de fondo el problema jurídico planteado. De no ser así, por favor informe de manera inmediata a la Dirección Jurídica.

Cordialmente,

ESPERANZA CARDONA HERNÁNDEZ
Directora Jurídica
radicacionhaciendabogota@shd.gov.co

Revisó	Javier Mora González – subdirector jurídico de hacienda
Proyectó	Carol Murillo Herrera – profesional especializado