



DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR
SUBDIRECCIÓN DE ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de 2024

Rad. 1-2021-93940

Se procede a dictar sentencia anticipada dentro del proceso verbal sumario con el número de la referencia, promovido por Dave Walsh identificado con el pasaporte PV-3675261 de Dublín, Irlanda, a través de su apoderado Cesar David Useche, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.817.518 y con tarjeta profesional número 193.113 del C.S. de la J., contra la sociedad La Opinión S.A. identificada con el Nit. 890.502.801-7.

ANTECEDENTES

1. La Demanda.

El veintiuno (21) de septiembre de 2021, el señor Dave Walsh, a través de apoderado, presentó un escrito de demanda ante esta Subdirección en el que planteó como hechos que el demandante es un fotógrafo, escritor y activista medioambiental que realiza una comercialización especial de sus fotografías a través de encargos especiales de sus clientes y que en concreto es autor y titular de derechos patrimoniales sobre la obra fotográfica denominada *FROOME AND BERNAL, VOLTA CATALUNYA 2019*, que fue registrada ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor. La fotografía mencionada se reproduce a continuación:



Aduce que el 29 de octubre de 2019 encontró que en la página web de la demandada aparecía publicada dicha fotografía y que para ello no le fue solicitada autorización previa y expresa, además, indica que no mencionan su nombre. También manifiesta contactó a LA OPINIÓN S.A. reclamando la publicación no autorizada de la fotografía y dicha sociedad procedió a retirarla de su página web.

Con fundamento en tales hechos, el accionante pretende se declare que la demandada vulneró sus derechos patrimoniales de reproducción y comunicación pública y su derecho moral de paternidad respecto de la obra fotográfica *FROOME AND BERNAL, VOLTA CATALUNYA 2019*. Como consecuencia de lo anterior, busca que se declare civilmente responsable a la sociedad demandada, se le condene a pagar a favor del demandante unas sumas que además solicita sean indexadas, se le ordene abstenerse en el futuro de publicar sin autorización obras fotográficas, que

adopte una serie de medidas preventivas, y que se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

2. Contestación de la demanda.

Es pertinente señalar que, la sociedad La Opinión S.A., se entendió notificada, de conformidad con el inciso segundo del artículo 301 del CGP, el 21 de octubre de 2021 y contestó oportunamente la demanda.

A manera de resumen, dicha sociedad al contestar y presentar su objeción al juramento estimatorio se opuso a las pretensiones y alegó en primer lugar una inexistencia de la infracción por considerar que el uso realizado está amparado bajo una limitación y excepción al derecho de autor, también aduce la inexistencia de la obligación de indemnizar por no haber un daño a los derechos del demandante, además, indica que el accionante no probó su calidad de fotógrafo como lo exige la Ley 20 de 1991, y finalmente, alega que citó al autor de la foto en la publicación.

CONSIDERACIONES

1. De la sentencia anticipada.

En el caso concreto, mediante auto 11 del 12 de diciembre de 2022, el cual se encuentra ejecutoriado, este Despacho negó la inspección judicial virtual de los libros de comercio que había pedido la demandada, esto por haberse solicitado sin indicar los hechos que con ella se buscaban demostrar y porque en todo caso la existencia comercial de la fotografía está desprovista de poder persuasivo por no revestir utilidad para el caso a resolver.

Igualmente, dicha providencia concluyó que son suficientes los medios de convencimiento que obran en el expediente, también que no es necesario practicar pruebas adicionales, y que por tanto, se había configurado una de las hipótesis planteadas en el artículo 278 del CGP y se debía proceder a dictar sentencia anticipada, sin embargo, en tanto estaba pendiente recibir la interpretación prejudicial que se había solicitado al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el proceso fue suspendido hasta que ella obrara en el expediente y fuere puesta en conocimiento. Al respecto, el pasado 31 de enero este Despacho recibió la referida interpretación y el 1 de febrero siguiente fue fijada en lista, en tal sentido, resta proferir la respectiva sentencia anticipada y de esa manera se procederá.

Es preciso señalar que, para resolver las pretensiones elevadas se hace necesario abordar el estudio y la posible configuración de una excepción o limitación al ejercicio de los derechos de reproducción y comunicación pública y la presunta infracción al derecho de paternidad.

2. Sobre la configuración de una excepción o limitación al ejercicio de los derechos patrimoniales del demandante.

En efecto, la legislación autoral ha consagrado una serie de limitaciones o excepciones al ejercicio de los derechos patrimoniales que ostentan los autores¹ y diversas razones han llevado a su creación "(...) *Algunas han sido motivadas por razones de política social (las necesidades de la sociedad en materia de conocimiento e información), otras por la necesidad de asegurar el acceso a las obras y su difusión (...)*"².

¹ Al respecto, ha dicho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la interpretación prejudicial 104-IP-2021 que "(...) se advierte que los derechos patrimoniales no son absolutos y, por lo tanto, se encuentran restringidos por una serie de limitaciones y excepciones (...)".

² LIPSZYC, Delia, "Derecho de Autor y Derechos conexos", Ediciones Unesco-Cerlalc, edición 2006, página 219.

En razón a esto, distintas normas en materia de derecho de autor establecen una serie de excepciones que permiten el uso de obras protegidas en situaciones específicas, sin requerir la autorización expresa del autor ni el pago de remuneración alguna.³ Estas excepciones, abordan distintos contextos, entre los cuales se encuentra el interés público por acceder a información actual y relevante, esto sin dejar de lado el equilibrio con la protección a los autores, otorgando así un marco normativo que busca garantizar un acceso razonable a las obras.

2.1. Sobre la posibilidad de utilizar artículos de actualidad publicados por periódicos o publicaciones periódicas.

Al Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas pese a su longevidad, debe reconocérsele que a lo largo de los años evolucionó a través de sus distintas revisiones para adaptarse no solo a mejores estándares de protección, sino también a los cambios en los medios de comunicación y las necesidades informativas de la sociedad.

No sobra recordar que la versión original de 1886 del Convenio de Berna contemplaba el propósito específico de información como un límite al derecho de autor. Puntualmente en su Artículo 7, se establecía la libertad de uso de cualquier artículo publicado en periódicos y colecciones periódicas, a menos que los autores o editores lo prohibieran explícitamente. Fue el Acta de Berlín de 1908 la que marcó un primer cambio al eliminar la libertad absoluta de reproducción, introduciendo en el Artículo 9.2 de esta Acta una nueva regla que permitía la reproducción de artículos de un periódico por otro, salvo que el titular del derecho de autor lo prohibiera, aclarando que esta limitación no permitía la utilización de obras incluidas o distribuidas en los periódicos como cuentos o novelas⁴.

La revisión de Roma de 1928 introdujo más cambios que anticipaban la disposición final, aún en el entonces Artículo 9.2, pero más cercano a la estipulación actual del Convenio de Berna. Esta disposición limitaba la excepción a artículos sobre temas de actualidad económica, política y religiosa, enfocándose en facilitar la difusión de información por la prensa sobre asuntos importantes desde el punto de vista social⁵.

Finalmente, en la Conferencia de Estocolmo de 1967 (cambió su numeración a Artículo 10 bis.1) se amplió el alcance de las obras incluidas en esta excepción, pero la orientación no fue volver a incluir todos los tipos de artículos sin importar su relevancia informativa, sino más bien, cumplir la función genuina de facilitar la circulación de información sobre temas de actualidad y relevancia informativa, marcando de esta forma el fin teleológico de la norma. Así, las excepciones legítimas relacionadas con obras de actualidad de discusión económica, política y religiosa se ampliaron para abarcar no solo la reproducción en periódicos, sino también “(...) *la reproducción por la prensa o la radiodifusión o la transmisión al público de artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, o obras radiodifundidas de similar naturaleza (...)*”⁶.

En el ámbito regional (CAN), la Decisión Andina 351 de 1993 reconoce una limitación de este tenor y para estos mismo fines en el literal e del artículo 22, el cual menciona que está permitido “*Reproducir y distribuir por la prensa o emitir por radiodifusión o transmisión pública por cable, artículos de actualidad, de discusión económica, política o religiosa publicados en periódicos o colecciones periódicas, u obras radiodifundidas que tengan el mismo carácter, en los casos en que la reproducción, la radiodifusión o la transmisión pública no se hayan reservado expresamente(...)*”

³ En algunas legislaciones se han atado limitaciones y excepciones al pago de una compensación, con la finalidad que esta se adecue a la regla de los tres pasos.

⁴ Ficsor, M. (2003). Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Ginebra. pág. 67

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

En el ámbito nacional la Ley 23 de 1982, estipula una limitación y excepción con estos fines en su artículo 33, mencionando que “*Pueden ser reconocidas cualquier título, fotografía ilustración y comentario relativo a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, si ello no hubiere sido expresamente prohibido.*”

Nótese que la disposición nacional y la comunitaria son similares, precisamente porque ambas buscan satisfacer los fines informativos que pueden generar tensión con los derechos de los autores y de la misma prensa como usuaria y titular de derechos de autor, permitiendo el uso de ciertos tipos de obras publicadas o difundidas, posibilitando la reserva, y radicando especialmente las diferencias en cómo se especifica o determina el contenido cuyo uso es permitido, así como en la delimitación del beneficiario.

Así las cosas, es posible afirmar que para estar amparado bajo la limitación al derecho de autor del artículo 33 de la Ley 23 de 1982, interpretando esta norma de conformidad con lo establecido en el literal e del artículo 22 de la Decisión Andina 351 y del artículo 10 bis del Convenio de Berna, se requiere fundamentalmente cumplir con tres condiciones: primero; temática específica de la obra usada: es decir la obra debe pertenecer a categorías como actualidad, discusión económica, política o religiosa; segundo, por una parte debe tratarse de obras publicadas en periódicos o colecciones periódicas, o bien, obras radiodifundidas con el mismo carácter informativo y el uso a su vez debe realizarse por la prensa en sus diferentes facetas; y tercero, debe existir ausencia de reserva expresa del derecho, esto quiere decir que, se puede utilizar esta excepción siempre y cuando la reproducción, radiodifusión o transmisión pública no haya sido expresamente reservada por el autor o titular de los derechos. Por lo tanto, si el autor ha especificado de manera explícita que se reserva la posibilidad de autorizar o controlar este tipo de usos, entonces esta excepción no tiene aplicación.

Es importante destacar que, aunque los artículos mencionados de la Decisión Andina 351 y el Convenio de Berna no hacen referencia específica a la fotografía, (a diferencia de la ley 23 de 1982 que si la enlista), en ciertas circunstancias consideramos que es posible enmarcarla dentro del concepto general de “*artículo de actualidad*”. Este término, si bien suele asociarse con publicaciones escritas en el contexto de la reproducción y distribución de información por medios como la prensa o la radiodifusión, debe interpretarse en función del fin teleológico de estas disposiciones y no solamente desde el prisma del lenguaje natural. En tal sentido, una fotografía que documenta un suceso de importancia social podría considerarse como (o parte de) un artículo de actualidad, especialmente si la imagen documenta el suceso y proporciona información relevante sobre el mismo en un contexto social determinado⁷.

Como ya se indicó, para que un uso esté amparado bajo la limitación objeto de estudio se requiere de la existencia de varios elementos, entre ellos, que la obra pertenezca a las categorías de actualidad, discusión económica, política o religiosa. Para el caso que nos ocupa nos interesa el concepto de actualidad, así, acudiendo a la Real Academia de la Lengua española (en adelante RAE), encontramos que esta define la palabra actualidad como el “*Tiempo presente (...) Cosa o suceso que atrae y ocupa la atención del común de las gentes en un momento dado (...) Que suscita el interés general en el momento actual*”⁸.

Descendiendo al caso, se evidencia que, el señor Dave Walsh, quien ostenta la calidad de demandante, captó una imagen fotográfica de los ciclistas Egan Bernal y Chris Froome en el marco de una competencia ciclística llamada Vuelta a Cataluña 2019, con la peculiaridad de que para el momento en que la fotografía es tomada ellos se desplazaban en una sola bicicleta debido a un percance mecánico.

⁷ Paz Soler Masota, en su artículo *Fotografía y Derecho de Autor*, publicado en la Revue Internationale Du Droit D’Auteur N°184, define la fotografía periodística como aquella que capta acontecimientos, personas, etc. e indica que es obvio que satisface esencialmente una finalidad de información.

⁸ Consultado en la página web <https://dle.rae.es/>

Ese mismo día, es decir el viernes 29 marzo de 2019, la sociedad demandada realiza una nota periodística reseñando lo que había pasado en la respectiva etapa, el titular era “*‘Superman López’ sigue líder en Vuelta a Cataluña tras la quinta etapa (...) Egan Bernal, tercero en la general, sufrió un pinchazo a pocos metros de la meta*” y entre otras cosas informaba que “*(...) **Quien la cruzó, pero de una forma totalmente inesperada fue el colombiano Egan Bernal (Team Sky), tercer clasificado en la general. Un pinchazo en la línea de meta, antes de cruzarla, le obligó a entrar con la bici a cuestas y saludando al público (...)***”, en seguida, incluyeron la fotografía objeto de la controversia y le escribieron al pie lo siguiente “*(Chris Froome también ayudó a Bernal. | Foto: @davewalshphoto)*”⁹.

En similar sentido, la demandada aporta prueba¹⁰ de que también usó la referida fotografía en un artículo publicado al día siguiente, es decir el 30 de marzo de 2019, cuyo titular era “*BERNAL Y FROOME, PROTAGONISTAS EN VUELTA CATALUÑA Compartieron la bicicleta*”, en el cual se reseñaba entre otras cosas que “*(...) Al final, hasta se le vio compartiendo bicicleta con el cuatro veces campeón del Tour de Francia, Chris Froome, en la que fue la imagen curiosa de la jornada. Froome lo llevó hasta el camión del equipo Sky tras finalizar la etapa. (...) De esta manera, Egan terminó protagonizando una graciosa imagen (...)*” y en efecto se evidencia que dicho artículo utiliza la misma fotografía y al lado de ella escriben “*Foto @DAVEWALSHPHOTO*”.

De manera que, la obra utilizada fue captada en el marco de una competencia ciclística respecto de la cual se elaboraron los artículos periodísticos en los cuales se incluyó. Fotografía que en concreto está relacionada con la etapa de la cual se habla en ellos, y que es evidente que capturaba un acontecimiento actual para el momento en que se publican las notas por la demandada, pues como se indicó una es del mismo día y la otra del día siguiente. Suceso además relevante en Colombia por la nacionalidad de uno de los ciclistas y que despertó la curiosidad de la audiencia por lo poco común que resultaba en ese tipo de competiciones el hecho que se enunciaba. Incluso, se evidencia que el hecho no solo fue reseñado por la demandada, pues esta aporta prueba en su contestación de que también se informó en la página co.marca.com en la que aparentemente también se utilizó la fotografía.

Siguiendo con el estudio de los elementos necesarios para que se configure la excepción, encontramos que debe tratarse de obras publicadas en periódicos o colecciones periódicas, o bien, obras radiodifundidas con el mismo carácter informativo y el uso a su vez debe realizarse por la prensa o la radiodifusión o la transmisión al público de artículos. Al respecto, indica la Rae que la palabra informativo significa aquello “*Que informa (da noticia de algo)*”¹¹.

En cuanto el concepto de “*periódicos*” o “*publicaciones periódicas*” debe entenderse en un sentido actual, propio del carácter evolutivo de la interpretación del derecho de autor respecto de limitaciones y excepciones que propone la declaración concertada del artículo 10 del TODA¹² de 1996¹³.

En tal sentido la difusión de información y noticias a través de plataformas digitales puede ser considerada dentro de este ámbito, siempre que cumplan con los criterios de periodicidad y propósito informativo. Así, una persona natural que publica regularmente noticias en un blog, sitio web, red social, etc., puede estar realizando una actividad equivalente a la de un periódico o de una publicación periódica

⁹ El artículo completo es visible en el archivo denominado “26 Contestacion de demanda 1-2022-7483”, página 15, almacenado en el expediente digital. También se evidencia una captura del artículo en el archivo denominado “4. Captura de pantalla de la página web en donde se evidencia la publicación no autorizada de la obra_” que está almacenado en la carpeta “004 Anexos”.

¹⁰ El artículo completo es visible en el archivo denominado “26 Contestacion de demanda 1-2022-7483”, página 14, almacenado en el expediente digital.

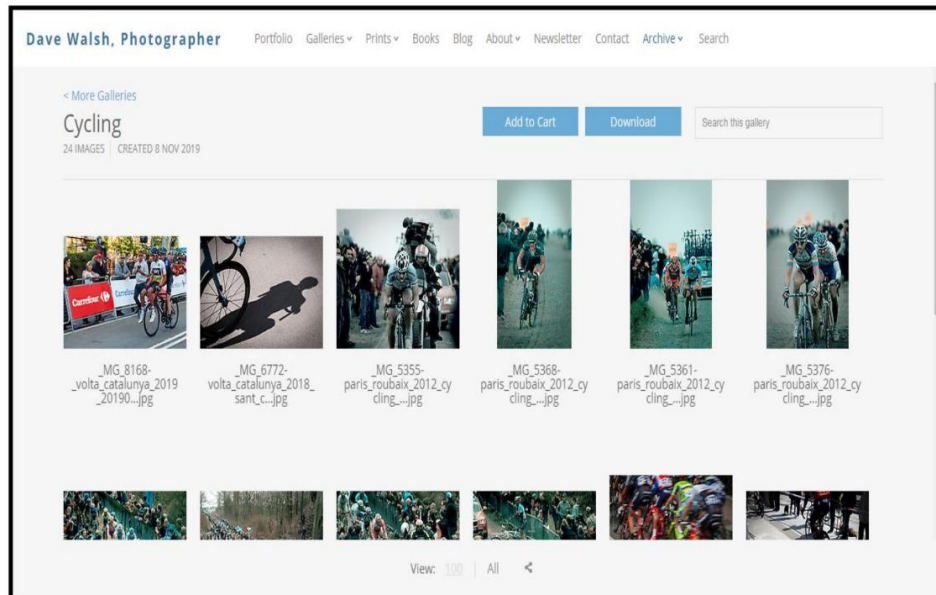
¹¹ Consultado en la página web <https://dle.rae.es/>

¹² TratadoOMPI sobre derecho de autor

¹³ “*Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las partes contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital...*” (subrayado nuestro)

tradicional, y las disposiciones sobre excepciones al derecho de autor aplicables a estos medios pueden extenderse a su labor.

En este caso, se evidencia que el demandante cargó la fotografía objeto de la controversia a su cuenta de la red social Twitter el 29 de marzo de 2019 a las 11:51 am¹⁴, mismo día en que ocurrió el hecho captado, lo cual evidencia el claro propósito de informar un hecho que acababa de suceder y que generaba interés en el marco de una competencia ciclística. Además, de observar el contenido de la página web del demandante¹⁵, se encuentra que no es la primera vez que este informa sobre una competencia de esa naturaleza, pues hay en ella otras fotos con la misma temática y que fueron referenciadas con años diferentes, tal como se muestra a continuación:



Ello permite inferir, que no es la primera vez que el demandante informa sobre este tipo de competencias y que realiza esta labor de manera periódica, lo cual resulta ser una actividad equivalente a la de un periódico o de una publicación periódica tradicional en el contexto actual de las tecnologías de la información.

Por otra parte, se evidencia que la actividad económica que realiza la sociedad demandada, según su certificado de existencia y representación legal¹⁶, incluye la “*EDICION DE PERIODICOS, REVISTAS Y OTRAS PUBLICACIONES PERIODICAS*” y que esta misma es la actividad económica principal de su establecimiento de comercio denominado “*LA OPINIÓN*”.

En cuanto a la ausencia de reserva, se reitera que la fotografía que informa la noticia fue cargada por el demandante a la red social Twitter el 29 de marzo de 2019, tal como lo probó la demandada, sin que allí se indicara expresamente reserva alguna; y si bien el demandante aporta una prueba que muestra que la fotografía se encuentra también en su página web¹⁷, la cual en su inicio muestra el símbolo ©, de observar la página 2 de ese mismo documento, se puede apreciar que el álbum que hace parte de dicha página y donde se puede ver la foto en discusión, tiene como fecha de creación el 8 de noviembre de 2019, lo que permite inferir que la prohibición respectiva se efectuó con posterioridad al uso efectuado por la demandada.

2.2. Sobre el reconocimiento a la fuente y su relación con el derecho moral de paternidad

¹⁴ Imagen aportada por la demandada en su contestación, véase el documento “26 Contestacion de demanda 1-2022-7483” almacenado en el expediente digital.

¹⁵ Visible en el archivo denominado “3. Imágenes de la página web del demandante (www.davewalshphoto.com)”, almacenado en la carpeta “04 Anexos” del expediente digital.

¹⁶ Visible en el archivo denominado “5. Certificado de existencia y representación legal del demandante.”, almacenado en la carpeta “04 Anexos” del expediente digital.

¹⁷ Véase el documento denominado “3. Imágenes de la página web del demandante (www.davewalshphoto.com)”, almacenado en la carpeta “04 Anexos” del expediente digital.

Empecemos mencionando que el artículo 10 bis del Convenio de Berna hace referencia en el enunciado de la limitación y excepción que hemos venido estudiando que *“habrá que indicar siempre claramente la fuente; la sanción al incumplimiento de esta obligación será determinada por la legislación del país en el que se reclame la protección”*. (subrayado nuestro)

Al respecto vale la pena resaltar que el contexto histórico de esta limitación se enmarcaba en determinar bajo que circunstancias podía utilizar la prensa, contenidos de sus colegas (y competidores), teniendo en cuenta la naturaleza de estos, reconociendo que en muchas ocasiones es de su interés, tanto económico como desde la perspectiva del prestigio, que sus “artículos” sean masivamente utilizados para que su alcance e impacto se multiplique, contribuyendo de esta forma también al fin informativo de esta limitación. Sin embargo, esta lógica inversa a la regla general del derecho de autor, en la cual se puede utilizar salvo que se prohíba, solo es posible si es reconocida *la fuente*¹⁸ del contenido.

Nótese que ni en el literal e del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, ni en el artículo 33 de la Ley 23 de 1982, se consagra de manera expresa esta obligación atada al límite estudiado, sin embargo, no hace falta, toda vez que el deber de reconocimiento surge de las normas específicas que dentro de estos estatutos consagran el derecho de paternidad, que es la prerrogativa que protege el vínculo que une al autor con su creación, pues es *“(...) el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra.”*¹⁹

Al respecto es relevante recordar que el artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993, define al autor como *“la persona física que realiza la creación intelectual”*. Es decir, se reconoce como fuente de la creación al ser humano. En tal calidad, la ley le confiere unos derechos de carácter moral o personal, que buscan garantizar el vínculo entre el autor y su obra. Estos se caracterizan por ser intransferibles, imprescriptibles, inalienables e irrenunciables.

En efecto, la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 11, literal b), dispone que el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de *“reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento”*²⁰. De igual forma, el artículo 30, literal a) de la Ley 23 de 1982 dispone que el autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para *“Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley;”*.

En el mismo sentido, el doctrinante Ricardo Antequera Parilli en la página 376 de su libro de Derecho de Autor, explica que el derecho de paternidad presenta un doble aspecto, el primero en un sentido positivo, pues es el atributo del autor a reclamar que el nombre del creador se asocie a cualquier utilización de la obra, y el segundo en un sentido contrario, pues también es la posibilidad que tiene el autor de exigir que su identidad no se vincule con el acceso de la obra al público.

Por otra parte, si bien la ley no consagra una forma específica en la que se deba hacer mención al creador de una obra, en la *Guía sobre los tratados de derechos de autor y*

¹⁸ Para otras disciplinas jurídicas puede ser relevante incluso que se mencionen datos distintos a los de los autores, así lo reconoce Ficsor, M. (2003). En la Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI. Cuando en la página 68 manifiesta *“La fuente aquí no es ciertamente sólo el título de la obra, sino al menos el periódico u otra publicación periódica o el programa de radiodifusión que han servido de base para la obra. Los periódicos como tales tienen distintas condiciones jurídicas según los países; en algunos países se los consideran obras colectivas que gozan de la protección por derecho de autor; sin embargo, en otros países sólo están protegidos contra la competencia desleal o en el marco de la legislación sobre la prensa y los medios de información. Esta parece ser la razón por la que la opción relativa a las consecuencias jurídicas se reserva a la legislación del país en el que se reivindica la protección; sin embargo, algún tipo de consecuencia 11Será”- o sea debe ser- determinada (dado que en esta parte del párrafo no se utiliza como es habitual en el Convenio la frase que indica que se deja total libertad: 11Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión ... ”)*.

¹⁹ Derecho de Autor y Derechos Conexos, Delia Lipszyc, Pág. 165.

²⁰ Al respecto, ha dicho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su interpretación prejudicial 2-IP-2022 que *“(...) el autor es el gestor de la creación intelectual, por lo cual tiene el derecho de que cuando la obra se dé a conocer al público, a través de cualquier medio, esta contenga su nombre(...)”*.

derechos conexos administrados por la OMPI, cuando se analiza el artículo 6 bis del Convenio de Berna en lo referente al derecho de paternidad, se señala que si bien el autor tiene derecho a reivindicar que se le identifique, esto debe hacerse en la medida en que sea viable y en cierto sentido, que sea razonable habida cuenta de las circunstancias del caso.

En el presente asunto, se encuentra acreditada la existencia de la fotografía titulada “*FROOME AND BERNAL, VOLTA CATALUNYA 2019*”, en razón a que fue aportada y reposa en el documento denominado “*2. Obra fotográfica original titulada FROOME AND BERNAL, VOLTA CATALUNYA, 2019*” de la carpeta “*04 Anexos*” del expediente digital. Así mismo, junto con la demanda fue aportado su registro ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor que obra en el documento denominado “*1. Certificado de inscripción ante el Registro Nacional de Derecho de Autor_*” de la carpeta “*04 Anexos*” del mismo expediente.

Dicho esto, se pone de presente que la autoría puede acreditarse a través del certificado de Registro de la obra ante la Dirección Nacional de Derecho de autor, toda vez que según lo establecido por el artículo 53 de la Decisión Andina 351 de 1993, “*El registro es declarativo y no constitutivo de derechos. Sin perjuicio de ello, la inscripción en el registro presume ciertos los hechos y actos que en ella consten, salvo prueba en contrario. Toda inscripción deja a salvo los derechos de terceros.*”

Así, se observa que en el Certificado de Registro antes relacionado se inscribió como autor al señor Dave Walsh, hecho que también fue reconocido por la demandada al contestar el hecho tercero y que esta no ignoró en las publicaciones que realizó de la fotografía en comento, pues se evidencia que junto a estas se enuncia “*Foto: @davewalshphoto*”²¹, de lo que es tajante concluir que el señor Dave Walsh es autor de la obra fotográfica “*FROOME AND BERNAL, VOLTA CATALUNYA 2019*”.

Ahora bien, la parte actora relató en el hecho séptimo de la demanda que “*al publicar la obra fotográfica en su página de internet, el demandado omitió la obligatoria mención del nombre del autor razón por la cual incurrió en una infracción del derecho moral*”. Con el fin de sustentar su afirmación, aportó como prueba una captura de pantalla²² que fue tomada de la página web <https://www.laopinion.com.co/deportes/superman-lopez-sigue-lider-en-vuelta-cataluna-tras-la-quinta-etapa-174164#OP>, sin embargo, lo que en esa imagen se evidencia es que contrario a lo afirmado por el demandante sí se hizo mención del autor al indicar “*@davewalshphoto*”, en igual sentido obran las pruebas de las publicaciones que aportó la sociedad demandada²³ donde se observa que sí se realiza tal indicación, a manera ilustrativa se plasman a continuación y se encierra en color rojo la mención al autor:

La etapa no tuvo demasiadas complicaciones ni cambios en la general, que lidera el colombiano Miguel Ángel López. Pero su compatriota Álvaro Hodeg (Deceuninck-Quick Step) se quedó cortado en la subida a la Collada de Toses (1ª categoría), único gran obstáculo montañoso de la etapa, y se retiró igual que Axel Domont (AG2R La Mondiale).



(Chris Froome también ayudó a Bernal. | Foto: @davewalshphoto)

Este sábado se disputará la sexta y penúltima etapa de la 'Volta', entre Valls y Vila-Seca sobre 169,1 kilómetros, con dos puertos de 3ª categoría justo pasado el ecuador de la etapa que en principio no será obstáculo para una llegada al sprint salvo que otra escapada, como la de este viernes, lo impida.

²¹ Se observan en el documento denominado “*4. Captura de pantalla de la página web en donde se evidencia la publicación no autorizada de la obra*” almacenado en la carpeta “*04 Anexos*” y en las publicaciones que fueron aportadas con la contestación y que son visibles en el documento “*26 Contestación de demanda 1-2022-7483*” del expediente digital.

²² Documento denominado “*4. Captura de pantalla de la página web en donde se evidencia la publicación no autorizada de la obra*” almacenado en la carpeta “*04 Anexos*” del expediente digital.

²³ Se observan en el documento denominado “*26 Contestación de demanda 1-2022-7483*” del expediente digital.

2C Deportes la opinión

SAN JOSÉ DE CÚCUTA
SABADO 30 DE MAYO DE 2019

BERNAL Y FROOME, PROTAGONISTAS EN VUELTA A CATALUÑA

Compartieron la bicicleta

El zapaqueño Egan Bernal tuvo que cargarse su bicicleta al hombro para poder terminar la quinta etapa de la Vuelta a Cataluña ayer, tras sufrir un percance mecánico en los últimos kilómetros de la fracción disputada entre Puigcerdá y Sant Cugat del Valles. Al final, hasta se le vio compartiendo bicicleta con el cuatro veces campeón del Tour de Francia, Chris Froome, en la que fue la imagen curiosa de la jornada. Froome lo llevó hasta el camión del equipo Sky tras finalizar la etapa. Sin embargo, el inconveniente durante la fracción no le causó problemas en la clasificación general, pues sucedió en los últimos tres kilómetros, por lo que el reglamento mantiene el tiempo con el que venía antes del problema.



EL COLOMBIANO EGAN BERNAL sostuvo el tercer lugar en la Vuelta a Cataluña, a pesar de un problema mecánico. Cruzó la meta con la bicicleta cargada y luego su compañero Chris Froome lo llevó en la suya hasta el bus del equipo.

Así, dado que la mención del creador junto a su obra garantiza el vínculo amparado por el derecho de autor, le correspondía a la accionada determinar el origen de la fotografía, tal como en efecto lo hizo, entendiendo que el demandante se identifica en sus redes sociales con dicho usuario²⁴, mismo que eligió para dar a conocer su calidad de autor y que incluye su nombre, además, es el usado en su página web, como se observa en la página 4 del documento “3. Imágenes de la página web del demandante (www.davewalshphoto.com)” de la carpeta “04 Anexos” del expediente digital.

En síntesis, es diáfano que La Opinión S.A. mencionó el autor y su fuente al utilizar la obra objeto de debate, y que lo hizo en una forma en la que el señor Dave Walsh a utilizado antes y que es común en este tipo de publicaciones; adicionalmente, en criterio de este juzgador, el actuar de la demandada es razonable teniendo en cuenta las circunstancias del entorno en el que se realizó el uso.

2.3. La regla de los tres pasos como criterio interpretativo práctico.

la "Regla de los Tres Pasos", proporciona una guía para equilibrar los derechos exclusivos de los autores con otros intereses públicos relevantes, y tiene la finalidad de establecer cómo se deben crear, interpretar y aplicar las limitaciones o excepciones a estas prerrogativas, por lo tanto, está dirigida no solo al legislador, sino también a los jueces.

De esta manera lo ha manifestado expresamente la corte Suprema de Justicia en sentencia SC424-2024 con magistrado ponente AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO al afirmar que “(...) la denominada Regla de los Tres Pasos Se trata de una pauta normativa dirigida a varios actores para crear, interpretar y aplicar límites o excepciones a los derechos de autor. En efecto, son destinatarios de la regla de los tres pasos: (I) el legislador y demás productores de fuentes jurídicas para consagrar limitaciones y excepciones a estos derechos; (II) los jueces al momento de aplicar estos límites; y (III) los intérpretes al momento de desentrañar el sentido de posibles excepciones a los derechos de autor, así como llenar lagunas y vacíos normativos”. (subrayado nuestro)

Así las cosas, vale la pena recordar respecto de la *regla de los tres pasos*, en cuanto a su origen que este se remonta al Convenio de Berna de 1886, con sus respectivas revisiones y modificaciones²⁵, posteriormente también fue adoptado por el ADPIC²⁶

²⁴ Ello se evidencia en la imagen que de la publicación de la fotografía en Twitter aporta la demandada en su contestación, véase el documento “26 Contestacion de demanda 1-2022-7483” almacenado en el expediente digital.

²⁵ Artículo 9(2) “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

²⁶ Artículo 13 “Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

con algunos cambios,²⁷ y se puede observar este test en los tratados recientes que se han negociado en el marco de la OMPI respecto el derecho de autor, como los son el TODA²⁸ y el tratado de Marrakech.²⁹ Mientras que en el ámbito regional este fue adoptado por la Decisión Andina 351 de 1993 en su artículo 21, el cual también consagra la posibilidad de crear limitaciones y excepciones distintas a las estipuladas en el artículo 22 de la propia decisión. En específico este instrumento consagra que *“Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos”*³⁰.

El primer paso tiene dos componentes, el inicial es la taxatividad de la limitación y excepción, lo cual quiere decir que para que el juzgador interprete una limitación y excepción la misma debe encontrarse reconocida expresamente en el ordenamiento jurídico, y el segundo, la especificidad de los casos de aplicación, lo cual comúnmente también ha sido entendido como la obligación de interpretar estas, en consonancia con el principio general del derecho que indica que toda excepción a la regla general (que en este caso es solicitar autorización) debe interpretarse restrictivamente³¹.

Al respecto vale la pena resaltar, que interpretar de manera restrictiva una norma no quiere decir que la única forma válida de hacerlo sea utilizar un criterio gramatical, toda vez que la labor interpretativa que se espera de los jueces en un estado constitucional tiene que tener en cuenta también la finalidad o teología de las normas, su historia, sus posibles consecuencias, así como su coherencia sistémica, no solo dentro de la propia especialidad, sino también con los valores y principios constitucionales.

En el caso en concreto, en el título anterior se explicó a profundidad, no solo el fundamento normativo de la limitación y excepción, sino también por qué consideramos que la situación que se discute en este caso se enmarca en el supuesto de hecho consagrado en esta, viéndose cumplido en tal sentido el primer paso del test.

Respecto del segundo paso³², para determinar cuál es la explotación normal de una obra, es fundamental considerar los usos existentes, y potenciales de los que el titular de los derechos puede obtener beneficios económicos³³. Siendo relevante resaltar que las excepciones y límites no entrarán en conflicto con la explotación normal de

²⁷ A diferencia de Berna, en ADPIC no se hace mención del derecho de reproducción en concreto sino a derechos exclusivos en el primer paso, y en el tercer paso se hace referencia a que el límite no puede afectar intereses legítimos de titulares, a diferencia de Berna que hablaba era de autores.

²⁸ Artículo 10 *“(1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor. (2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*

²⁹ Artículo 11 Obligaciones generales sobre limitaciones y excepciones: *“Al adoptar las medidas necesarias para garantizar la aplicación del presente Tratado, una Parte Contratante podrá ejercer los derechos y deberá cumplir las obligaciones que dicha Parte Contratante tenga de conformidad con el Convenio de Berna, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, incluidos los acuerdos interpretativos de los mismos, de manera que: a) de conformidad con el artículo 9.2) del Convenio de Berna, una Parte Contratante podrá permitir la reproducción de obras en determinados casos especiales, siempre que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor; b) de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, una Parte Contratante circunscribirá las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos; c) de conformidad con el artículo 10.1) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, una Parte Contratante podrá prever limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores en virtud del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor; d) de conformidad con el artículo 10.2) del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, una Parte Contratante restringirá, al aplicar el Convenio de Berna, cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”*

³⁰ En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su interpretación prejudicial 117-IP-2020.

³¹ Sentencia SC424-2024, Magistrado ponente AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

³² No afectar la normal explotación de la obra

³³ No todos los usos potenciales deben incluirse dentro del alcance de la explotación normal, sino solo aquellos de importancia considerable o práctica.

una obra simplemente porque impliquen usos que, de otro modo, podrían generar beneficios comerciales para el autor, radicando entonces el escrutinio en determinar si las excepciones compiten económicamente³⁴, evitando cualquiera que sea significativa³⁵.

Es por este motivo que una excepción no necesariamente se mantiene dentro del alcance de la segunda condición de forma permanente.³⁶ Precisamente porque la explotación normal es un concepto dinámico, lo que implica que un uso concreto exceptuado hoy, puede entrar en conflicto con la explotación normal a medida que la tecnología y sus formas de uso evolucionan, por lo que no pueden ser considerados derechos adquiridos que otorgan inmunidad permanente o atemporal.

En el caso que nos ocupa, el demandante publica la fotografía para informar de un hecho que estaba ocurriendo y omite reservarse de manera expresa los derechos sobre la misma, lo que no es descabellado en el ámbito informativo, ni en la lógica actual de las redes sociales, pues permitir el uso de la fotografía por parte de la prensa puede generarle visibilidad y reconocimiento, lo cual en el caso de las redes sociales también implica una ganancia. Además, bastaba algo tan simple como reservarse de manera expresa los derechos para que el uso no pudiera ser amparado por la limitación o excepción, de manera que, no puede afectar la normal explotación de la obra un uso que estaba en las manos del titular restringir.

Esto es tan claro, que el demandante con posterioridad al uso realizado por la demandada (de acuerdo con lo concluido en el título 2.1 de esta providencia) decidió reservarse los derechos, e incluso reconoce en los hechos del texto petitorio que una vez reclamó a la demandada por la publicación de la fotografía esta la retiró de su página. De manera que, si bien La Opinión S.A. usó la foto en el momento en que el hecho ocurrió y teniendo en cuenta que el demandante no hizo mención expresa de la reserva de los derechos al publicarla el 29 de marzo de 2019 en Twitter, se encuentra que en el momento en que se entera de que el demandante cambió de opinión sobre dicha reserva procedió a quitar la obra de sus artículos, tal como es debido.

Para finalizar este título, analizaremos el tercer paso³⁷. Este busca que se pueda encontrar una justificación a la afectación a las prerrogativas e intereses de los beneficiarios de la protección autoral, por lo tanto, para considerar razonable la omisión del deber de solicitar autorización se deben ver enfrentados intereses legítimos y válidos, del autor y/o del titular³⁸ por un lado, y por el otro el de los favorecidos tanto directos como indirectos de la limitación. Desde una perspectiva práctica podemos afirmar que, si pesan más los intereses de los autores o titulares que los de su contraparte, prevalecerán los del primer grupo y por lo tanto no se justificaría la excepción o límite, siendo solo justificable la aplicación³⁹ de la misma en caso contrario.

Vale la pena resaltar que independientemente del resultado del juicio de intereses, el autor y/o titular no está obligado a soportar cualquier tipo de perjuicio sustancial o material con el fin de validar los intereses de los beneficiarios del límite o excepción, estando proscrito el que sea *“irrazonable” en el sentido de ser desproporcionado*,⁴⁰ por lo tanto, si la afectación es desmedida, tampoco es justificable la limitación y excepción.

³⁴ Córdoba Merentes (2015), en su libro “El derecho de autor y sus límites”, narra que el punto de convergencia entre sistemas es el three step test (pág. 183), y como el efecto del uso de la obra sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida es catalogado como el más importante por la Corte Suprema de los Estados Unidos a la hora de estudiar límites a las facultades exclusivas. (pág. 197)

³⁵ SAM RICKETSON, 2002, p. 37. Citado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC424-2024.

³⁶ Ibid.

³⁷ No perjudicar injustificadamente intereses legítimos del titular

³⁸ Se incluye tanto el titular como al autor porque también deben ser tenidos en cuenta los derechos morales.

³⁹ En este caso estamos estudiando la regla de los tres pasos como criterio interpretativo y de aplicación judicial, sin embargo, también debe realizarse este balance por el legislador cuando introduce limitaciones y excepciones al ordenamiento jurídico.

⁴⁰ SAM RICKETSON, 2002, p. 37. Citado por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SC424-2024.

En este tipo de limitaciones y excepciones relacionadas con el ámbito informativo, se busca posibilitar el acceso de las personas a la cultura y a la información, para el caso concreto, la demandada estaba informando sobre un hecho ocurrido en el marco de una competencia ciclística que tiene un alcance internacional, contaba con la participación del corredor colombiano Egan Bernal y en tal sentido, tiene relevancia informativa en el contexto en que fue publicada. Igualmente, se reitera que el titular nunca ha estado obligado a soportar ningún perjuicio, pues siempre tuvo la posibilidad de reservarse los derechos si lo que quería era limitar el uso de la fotografía a la prensa.

En conclusión, luego de analizar las pruebas obrantes en el expediente y dar aplicación a la regla de los tres pasos, se evidencia que el uso de la obra realizado por la demandada sí se encuentra amparado en la limitación o excepción estudiada, por lo tanto, no ahondaremos en el estudio de las demás excepciones de mérito propuestas por la demandada y además se hace innecesario el estudio de las pruebas relacionadas con la cuantificación del daño.

3. De las costas.

El numeral 1 del artículo 365 del CGP, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, y que estarán integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante este y por las agencias en derecho. También se establece en el artículo 361 del CGP, que serán tasadas y liquidadas con criterios objetivos y verificables en el expediente.

Así las cosas, este Despacho condenará al señor DAVE WALSH en costas, cuya liquidación se realizará a través de la secretaría, inmediatamente quede ejecutoriada la presente providencia de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del CGP. En lo referente a las agencias en derecho, de acuerdo con lo señalado en el Acuerdo No. PSAA16-10554, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, y teniendo en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por la sociedad demandada que acudió por intermedio de su apoderado, se procederá a fijarlas en un monto equivalente al ocho por ciento (8%) de las pretensiones pecuniarias, cuya suma fue estimada bajo juramento en la demanda, para un total de OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$800.000).

En mérito de lo expuesto, la Subdirección Técnica de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Negar la totalidad de las pretensiones de la demanda presentada por DAVE WALSH, con pasaporte PV-3675261, contra LA OPINIÓN S.A. con Nit. 890.502.801-7, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a DAVE WALSH.

TERCERO: Fijar agencias en derecho en favor de LA OPINIÓN S.A., ya identificada, por valor de OCHOCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$800.000).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



CARLOS ANDRÉS CORREDOR BLANCO
Subdirector Técnico de Asuntos Jurisdiccionales