

EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DE AUTOR DEL FOTÓGRAFO Y ARQUITECTO EN EL MARCO DE LA FOTOGRAFÍA ARQUITECTÓNICA

DANIEL DUARTE GAONA*

RESUMEN

La fotografía arquitectónica es un escenario artístico que entrelaza los derechos de autor de fotógrafos y arquitectos, pese a que la obra fotográfica y arquitectónica tengan una protección individual. Esta simbiosis creativa genera conflictos entre los titulares de derechos de autor, que buscan una retribución por el uso de sus creaciones. En particular, son los titulares o autores de obras arquitectónicas quienes se ven expuestos a abusos por parte de quienes se dedican profesionalmente a la captura fotográfica de construcciones o edificios, pues estos están amparados por la excepción y limitación de “libertad de panorama”. No obstante, recientes avances jurisprudenciales han delimitado el alcance de dicha excepción con el fin de proteger la normal explotación de las obras arquitectónicas y prevenir una afectación a los legítimos intereses de sus titulares.

Así, este artículo de investigación pretende clarificar el alcance jurídico de los derechos de los titulares de obras fotográficas y arquitectónicas y, además, las posibles soluciones a la colisión de derechos. Esto, a través de un análisis normativo, jurisprudencial y doctrinario con enfoque en la Comunidad Andina (CAN) y Colombia.

Palabras clave: derecho de autor, obra arquitectónica, obra fotográfica, propiedad intelectual, libertad de panorama.

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia con énfasis en Propiedad Intelectual y experiencia en el sector privado, especialmente en marcas y patentes, software, industria musical y derecho mercantil. Afiliación institucional: abogado independiente. Correo electrónico: danielduarte214@outlook.com. Fecha de recepción: 30 de julio de 2024. Fecha de aceptación: 30 de agosto de 2024. Para citar este artículo: Duarte Gaona, Daniel, “El alcance de los derechos de autor del fotógrafo y arquitecto en el marco de la fotografía arquitectónica”, en *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 39, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2025, pp.99-126. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n39.04>

**THE SCOPE OF THE PHOTOGRAPHER AND ARCHITECT'S COPYRIGHT
WITHIN THE FRAMEWORK OF ARCHITECTURAL PHOTOGRAPHY**

ABSTRACT

Architectural photography is an artistic field that intertwines photographers and architects' copyright, even though photographic and architectural works have an individual protection. This creative symbiosis generates conflicts between copyright holders, who demand royalties for the use of their creations. Mainly, it is the holders or authors of architectural works who are exposed to abuses of professional photographers, as they are shielded by the exception and limitation of "freedom of panorama". Nevertheless, recent jurisprudential advances have narrowed the scope of this exception to protect the normal exploitation of architectural works and prevent any impact on the legitimate interests of their holders.

Thus, this research article aims to clarify the legal scope of the rights of holders of photographic and architectural works and, additionally, the possible solutions to the collision of rights. This will be achieved through a normative, jurisprudential, and doctrinal analysis with a focus on the Andean Community (CAN) and Colombia.

Key words: Copyright, Architectural Work, Photographic Work, Intellectual Property, Freedom of Panorama.

INTRODUCCIÓN

La obra fotográfica, al capturar un momento y un lugar en concreto, no escapa de las contingencias propias del derecho. Por ejemplo, una fotografía puede capturar el momento exacto en que una familia está observando una obra de arte contemporáneo en un museo local para luego exhibir la imagen en un folleto sobre tal instalación artística. En esta situación, los derechos exclusivos sobre dicha foto deberán equilibrarse con los derechos a la imagen, intimidad y honra de cada una de las personas fotografiadas, junto con los derechos del titular de la obra parte de la instalación, siempre que esta no esté en el dominio público, se considere como un uso incidental o esté envuelta en una excepción y limitación al derecho de autor.

Esta situación, trasladada al escenario de la fotografía arquitectónica, puede generar conflictos para establecer el alcance de los derechos derivados de las fotografías y de las construcciones capturadas por el lente del fotógrafo. Esto, porque ambas obras, fotográfica y arquitectónica, tienen un régimen de protección individual, que al colisionar exige al sistema jurídico una solución óptima que no solo proteja los intereses de los autores, sino también los de la sociedad (interés público). Así, para solucionar los problemas que revela la fotografía y el objeto

fotografiado, es imperativo examinar su protección como obras individuales y, a su vez, las vicisitudes de la fotografía arquitectónica.

Para tal fin, este artículo de investigación expondrá el régimen jurídico de la obra fotográfica y de la obra arquitectónica como objeto fotografiado, junto con una alusión al régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor. A su vez, el análisis propuesto en las siguientes páginas se deriva de un estudio de las fuentes normativas actuales en la materia, junto con un examen jurisprudencial y doctrinal.

I. LA OBRA FOTGRÁFICA

La fotografía, comparada con los demás tipos de arte que han existido, tiene una historia bastante corta. Sin embargo, esta ha representado un enorme cambio de paradigma en el escenario artístico: el paso del dominio de la mano a la subordinación de esta al ojo humano y al lente de la cámara. Así, el acto fotográfico aparece en la historia del arte y la creatividad como un levantamiento contra el acto pictórico del pintor auxiliado por el pincel¹.

No obstante, aunque la obra fotográfica depende de la cámara, tiene la posibilidad, como toda creación intelectual, de representar la creatividad o esencia de su autor. Esto, en tanto que la fotografía contiene dentro de sí una doble naturaleza: se trata de una huella en el tiempo plasmada a modo de signo en algún medio tangible y, a la vez, es un producto de la tecnología, gracias a la máquina que *captura* esa huella del tiempo². Es en ambos aspectos que el fotógrafo plasma su creatividad, porque es necesario que este escoja un tiempo, un modo y un lugar. Aunque, es solo respecto del producto (la fotografía) sobre la cual se puede reivindicar la protección del derecho de autor.

Entonces, una fotografía, en términos sencillos, constituye una captura de un momento de la realidad³. Determinar si dicha captura corresponde a una creación original dependerá, según el caso concreto, de que no se trate meramente de una reproducción de la realidad, sino de una impresión de la esencia del autor en la obra. Así lo ha reconocido, por ejemplo, la Dirección Nacional de Derechos de Autor (en adelante, DNDA) en la sentencia del 29 de noviembre de 2018 al afirmar que “la fotografía no protegida, la cual no cuenta con características creativas, se realiza en forma mecánica y no tiene originalidad alguna”⁴.

1 Luis Alonso García. “Lo que la fotografía es: el registro maquinao de una huella”. *Banda Aparte. Formas de Ver*, Ediciones de la Mirada, n.º 20, 2001, pp. 55-58, p. 57.

2 *Ibid.*, p. 58

3 Paz Soler Masota. “Fotografía y derecho de autor”. *Anuario de Derecho Civil*, Universidad Pompeu Fabra, vol. 52, n.º 1, 1999, pp. 101-144, p. 101.

4 Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 29 de noviembre de 2018, Rad. 1-2017-91732, Fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco.

A. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA OBRA FOTOGRÁFICA

La Decisión Andina 351 de 1993, en el literal i) de su artículo 4, reconoce que las “obras fotográficas y las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía” son objeto de protección del derecho de autor. Esta disposición sigue lo establecido por el artículo 2 del Convenio de Berna al calificar como “obra artística” a “las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía”. Asimismo, la Ley 23 de 1982 estableció en su artículo 2 una protección igual para tales obras.

Vale la pena mencionar que ninguna de estas normas definió la obra fotográfica. Por esto, es necesario acudir a definiciones doctrinarias, técnicas y jurisprudenciales a efectos de lograr una efectiva protección para estas obras. Además, determinar si una fotografía es susceptible de protección jurídica depende de que esta cumpla con los requisitos básicos del derecho de autor para considerarse como una obra.

Sobre este aspecto, se trae a colación el caso precursor de la protección de la obra fotográfica. En 1884, el fotógrafo Sarony demandó a la empresa litográfica Burrow-Giles Lithographic Co. por violar sus derechos de autor sobre la fotografía “Oscar Wilde, No. 18” (figura 1) al haberla reproducido y distribuido⁵.

FIGURA 1. OSCAR WILDE NO. 18.



Fuente: Napoleon Sarony, 1882.

⁵ Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony 111 U.S. 53, 4S. Ct. 279,28 L. 349 (1884).

Al determinar el juez estadounidense que la fotografía le pertenecía al fotógrafo, se condenó al demandado por daños y perjuicios. Además, se estableció el hecho de que las fotografías son, en efecto, obras de arte “pues su autor, el fotógrafo, introduce en ellas todo su ingenio y creatividad al escoger el color, la decoración y la luz, entre otros”⁶.

Ahora bien, que la obra sea original, susceptible de fijación por cualquier medio y una creación del intelecto humano son los requisitos básicos que toda obra debe cumplir para que sea protegida por el derecho de autor⁷. Entonces, los fotógrafos deben asegurarse de aportar a su creación un significado propio. Esto, porque no sería válido otorgarle la protección a una fotografía que simplemente retrate un momento gracias a comandos estrictamente técnicos y que cualquier otra persona, en ese momento, hubiera logrado realizar.

El requisito de la posibilidad de fijación, divulgación o reproducción de la obra se cumple claramente en el escenario de la obra fotográfica, ya que es de su naturaleza que la imagen se pueda insertar en un rollo fotográfico o en datos de la memoria de una cámara digital. Sin embargo, el requisito de que sea una creación intelectual, hoy en día, requiere un examen mucho más estricto, pues es imperativo que la fotografía se derive de la actividad creativa del ser humano.

Lo anterior se puede explicar mejor desde la conceptualización actual que se tiene de los derechos morales de autor. Afirman, Bernal y Conde, que estos derechos tienen una conexión con los principios constitucionales de libertad y dignidad humana, porque “la facultad creadora del hombre es inherente a su naturaleza racional y libre, los cuales son aspectos que se conectan con la dignidad humana; justamente, el principio de dignidad humana se cierne a elementos propios del ser humano, como la racionalidad”⁸. Entonces, por ejemplo, una inteligencia artificial (IA) o un animal, al carecer de la racionalidad propia del ser humano, no podría ser titular de derechos de autor.

Como ejemplo de esto, se presenta el caso “Mokey Selfie, Naruto”, el cual refiere a un autorretrato tomado por una hembra de macaco negro crestado con la cámara del fotógrafo David Slater. Ante el uso no autorizado de la fotografía en el sitio web commons.wikipedia.org, Slater solicitó su retiro de la página por violación a sus derechos de autor. Sin embargo, la organización People For The Ethical Treatment of Animals (PETA), en representación de Naruto, alegó que el fotógrafo era quien estaba infringiendo los derechos de autor del macaco a través de una demanda, tomando como base el hecho de que la ley no excluye de

6 Natalia Tobón Franco y Eduardo Varela Pezzano. “Dos problemas jurídicos alrededor de las fotografías: la originalidad y el derecho a la intimidad”. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, n.º 5, 2015, pp.13-36, p.13.

7 El Artículo 3 de la Decisión 351 define obra como “toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”.

8 Daniela Bernal y Carlos Conde. “Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2017, pp. 53-66, p. 59.

la protección legal a las obras creadas por animales⁹. Así, el Juez de Distrito de California mencionó que las obras producidas por animales no son protegibles por el *copyright* y que, consecuentemente, Naruto carecía de legitimación por activa para instaurar una demanda¹⁰.

Para terminar esta sección, es menester presentar un caso decidido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 16 de septiembre de 2021^[11]. Refiere a la demanda interpuesta contra la sociedad Publicaciones Semana S.A. por el uso no autorizado de unas fotografías realizadas por el fotógrafo Daniel Robert Foster en las que aparecía como modelo Juan David Quilanguy. Esto, porque la parte demandada puso a disposición del público, en el portal web www.finanzaspersonales.com.co, las fotografías y la imagen del señor Quilanguy a partir de marzo de 2015.

El litigio versó sobre tres fotografías llamadas *Serious Business-Phone*, *Online Shopping* y *Talking on the Phone / Home Office*, siendo esta última en la que el señor Quilanguy aparece como modelo. Además, estas imágenes fueron publicadas por el señor Daniel Foster en la red social Flickr bajo la modalidad de licencia de Creative Commons (CC). No obstante, esa licencia fue limitada por el señor Foster a usos no comerciales que reconocieran su paternidad y estableciendo que cualquier obra derivada se debía compartir con el mismo formato de licencia.

En la sentencia de primera instancia, el juez consideró que las obras habían sido usadas para ilustrar o ambientar las publicaciones de Semana, es decir, el uso de las fotografías no había sido comercial. Así, *a quo* consideró que el comportamiento de la parte demandada estaba ajustada a los términos de la licencia Creative Commons (CC) y que solo se había vulnerado el derecho de paternidad del señor Foster. Entonces solo se condenó a *Semana* por daños no pecuniarios.

El tribunal, en el examen del recurso de apelación, determinó que efectivamente se usaron las fotografías sin autorización de los demandantes y sin la respectiva atribución de paternidad. Además, rechazó el argumento de la demandada sobre el uso como “elemento secundario” de las fotografías, ya que estas estaban relacionadas con la publicación de *Semana*. Con base en esto, el tribunal condenó, por un lado, al infractor al pago de £2.880 libras esterlinas por la infracción a los derechos patrimoniales del fotógrafo, junto con 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes por la afectación a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como lo es el derecho moral de paternidad. Por otro lado, también se condenó al demandado al pago de 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el uso no autorizado de la imagen del modelo.

9 Diego Guzmán. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 46-47.

10 Corte del Distrito del Norte de California, *Naruto v. Slater*, No. 15-cv-04324-WHO, N.D. Cal., Jan. 28, 2016.

11 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Rad. 110013103005201600568 01, del 16 de septiembre de 2021, magistrada sustanciadora: Ruth Elena Galvis Vergara.

De esta sentencia se deben resaltar dos puntos. En primer lugar, el juez no solo analizó los derechos sobre la fotografía, sino también sobre el objeto fotografiado: la imagen de una persona. El derecho a la imagen, al ser un derecho fundamental, exige una apreciación especial por el operador jurídico, quien debe considerar, entre otros aspectos, la conexidad con el derecho a la intimidad y de *habeas data*. Esto es en sí lo que explica el reconocimiento de perjuicios a favor del modelo mencionado.

En segundo lugar, las apreciaciones del tribunal, derivadas de la interpretación prejudicial que el Tribunal de Justicia de la CAN (en adelante, TJCA) emitió con ocasión al proceso, las cuales dicen:

En cuanto a la obra fotográfica señaló —el TJCA— que siguiendo la normativa comunitaria, esto es, el artículo 4 literal i) de la Decisión 351 ilustró que “una fotografía podrá ser protegida por el derecho de autor si es que cumple con el requisito de originalidad para ser considerada como una obra fotográfica” resaltó que de acuerdo con la doctrina “la protección de un derecho de autor no depende del mérito de la obra o de su destino, ni de la complejidad del trabajo intelectual o de los recursos para producirla, sino de que posea elementos demostrativos de una diferencia sensible, absoluta o relativa, que individualice el pensamiento representativo o la subjetividad de su autor, lo cual deberá valorarse como una cuestión de hecho en cada caso”, concluyendo que “una mera fotografía que no cuente con el requisito de originalidad no podrá ser considerada como una obra fotográfica por lo que no se encontrará protegida por el derecho de autor”.

Es decir, las meras fotografías no pueden ser protegidas por el derecho de autor al carecer de originalidad.

1. El esfuerzo del fotógrafo: el mérito no es relevante

Hoy en día es fácil encontrar una cámara digital en el bolsillo de la mayoría de las personas como una parte integrada a sus teléfonos. Esto genera que cualquier persona pueda crear obras propias del campo fotográfico donde estén y cuando lo deseen. Sin embargo, al momento de evaluar el componente de originalidad de estas imágenes, es necesario determinar el importe creativo en estas para definir su protección por el derecho de autor.

A ese respecto vale la pena mencionar la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, la cual, al examinar el término de protección de las obras fotográficas en la Unión Europea, establece que aquellas que gocen de originalidad tendrán la misma protección temporal que las obras temporales y artísticas. Así, al no haber definido qué se entiende por “fotografía original”, la Unión Europea le dio la potestad a cada País Miembro de definir la protección de las fotografías que gocen de originalidad. Por ello, la Ley de Propiedad Intelectual española estableció la diferencia entre obras fotográficas y las meras fotografías, siendo las primeras merecedoras de la protección del Derecho

de Autor y, las segundas, relegadas a una protección *sui generis* por un tiempo más reducido al carecer de la calidad de obra¹².

Aunque en Colombia, por medio del artículo 89 de la Ley 23 de 1982, también se requería una especie de mérito artístico a la obra fotográfica, en virtud de la aplicación preferente y superior de la Decisión 351, tal requisito se ha suspendido indefinidamente en la Comunidad Andina. No obstante, ello no significa que cualquier fotografía pueda generar derechos morales y patrimoniales de autor. En virtud de los principios básicos del Derecho de Autor, es necesario que toda fotografía cumpla con el requisito de originalidad, por lo cual aún es posible hacer una diferenciación entre una verdadera obra creativa y el mero retrato de una imagen por medios digitales o análogos.

2. Titularidad de la obra fotográfica: presunción de autoría

El artículo 10 de la Ley 23 de 1982, de la mano con el artículo 8 de la Decisión 351, dispone que se presume autor de una obra, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo seudónimo, iniciales o cualquier otra marca o signo que le identifique aparezca indicado en la obra. Así, el fotógrafo que haya dejado alguna forma de identificación de su persona en sus fotografías se tendrá automáticamente como el autor de la obra fotográfica. Sin embargo, para mayor seguridad jurídica, el fotógrafo podrá registrar sus obras en la DNDA.

Sobre este particular, es interesante analizar la previamente citada sentencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por la DNDA respecto de la demanda instaurada por el fotógrafo Andrés Fernando Arango Pérez contra la sociedad Incolmotos-Yamaha S.A.¹³. En este caso, el demandante alegaba la violación de sus derechos de autor sobre un grupo de 352 fotografías, cuyo objeto eran unos vehículos del demandado que necesitaban promoción. Una vez tomadas las fotografías, estas no fueron aprobadas por la empresa auditora McCann Erickson y se entendió terminada la relación contractual. No obstante, en fecha posterior las obras fueron publicadas en la página web de la demandada sin autorización del autor, sin reivindicar su paternidad y sin realizar el pago por el uso de sus obras.

Al examinar el caso concreto, la DNDA aclaró la diferencia entre la obra fotográfica, la simple o mera fotografía y la fotografía sin carácter original al afirmar que

ambas se derivan del concepto general de obra, pero la primera es entendida como una composición intelectual original, la cual a pesar de reproducir en gran medida algo previamente existente en la realidad, trasmite al espectador emociones que no

12 Carlos Andrés Báez Cardozo y Juan Carlos Martínez Salcedo. "Aspectos Legales de la obra fotográfica". En: Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan F. Córdoba-Marentes (eds.), *Encrucijadas del derecho de autor* (capítulo 3). Universidad de La Sabana, 2018, p. 57.

13 Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 29 de noviembre de 2018, *op. cit.*

aflorarían ante la contemplación de la mera captación de la realidad de las cosas, tiene procesos de ideación y preparación que buscan transmitir un mensaje.

Por su parte, la fotografía sin mérito o fin artístico, cumple con un grado de originalidad, la cual no radica en el carácter inédito de lo fotografiado, sino se evidencia en las decisiones creativas involucradas en la producción de la fotografía, como la selección de elementos como el encuadre, la iluminación, el contraste, la longitud focal del lente o el momento para capturar la imagen; por lo anterior, si bien el nivel de creatividad normalmente es menor, su protección se justifica en tanto implican un esfuerzo y expresión intelectual dotadas de características de individualidad.

Finalmente, tenemos la fotografía no protegida, la cual no cuenta con características creativas, se realiza en forma mecánica y no tiene originalidad alguna; [...] —por ejemplo— las fotografías que se producen automáticamente de manera impersonal de acuerdo con un mecanismo o programa previamente destinado a este fin como las fotos de un pasaporte o documento tomadas mediante cámaras fijas accionadas simplemente al oprimir el obturador.

Gracias a este análisis, la DNDA concluyó que, en el caso de las fotografías realizadas por el demandante, solo 54 de estas contaban con originalidad debido a que las demás “fueron realizadas en forma mecánica, son repetitivas y no es posible distinguirlas de cualquier otra del mismo género”. Tal apreciación resulta razonable, en tanto que hoy en día, ante el infinito número de fotografías que se pueden producir, resulta necesario acotar la protección del derecho de autor a obras que en efecto tengan un aporte creativo.

A continuación, el juez entró a examinar la titularidad sobre las 54 fotografías, ya que no era fácil identificar al autor de estas. Es en este punto que la DNDA determinó que la presunción de autoría no se cumplía a favor del demandante en el caso de 49 fotografías. Esto se logró confirmar por medio de un estudio de las cámaras con que se tomaron las imágenes y los archivos RAW¹⁴ que las contenían.

Las fotografías fueron realizadas con dos cámaras diferentes, una Canon EOS Digital Rebel XTi y una Canon EOS 40D. Los archivos encontrados en la primera cámara, en la forma de metadatos propios de un archivo RAW, revelaron que figuraba el nombre de “Federico” (asistente del demandante) como autor. Así, se presumió que fue Federico Andrés Gómez Fernández quien realizó dichas fotografías en lugar del demandante.

Por último, respecto de las 5 fotografías restantes en la otra cámara, la información contenida en los archivos RAW no reveló autor alguno. Sin embargo, el juez

¹⁴ Afirmó uno de los peritos del caso que “las cámaras profesionales y semiprofesionales, al capturar una imagen se genera un archivo RAW, el cual contiene datos como la fecha de toma, número de serie de la cámara, características de la toma, tiempo de obturación, siendo el mencionado archivo inalterable toda vez si se realiza alguna modificación sobre el mismo, los cambios se guardan en otro tipo de archivos como JPG o Photoshop”.

le reconoció al demandante la calidad de autor de aquellas gracias a la evaluación de ciertos indicios aducidos al proceso. Aun así, la DNDA rechazó parcialmente las pretensiones al, por un lado, declarar una inexistencia de objeto a proteger y falta de legitimación por activa respecto de 49 fotografías y, por otro lado, declarar la vulneración del derecho moral de paternidad e ineditud sobre las 5 fotografías restantes, sin reconocer perjuicio alguno al no haber prueba al respecto.

De esta sentencia, es valiosa la forma en la cual la DNDA aplicó la presunción de autoría sobre una obra protegida. El juez, por medio de un peritaje, desentrañó el contenido de la fotografía al examinar sus metadatos, logrando así encontrar al verdadero autor. Esto revela lo importante que es identificar no solo las fotografías, sino los datos digitales que las componen dentro de la cámara.

3. Cesión y transferencia de la obra fotográfica

El contrato de cesión y transferencia de derechos patrimoniales sobre una obra fotográfica, como respecto de cualquier otra obra, tiene la virtud de transferir cada uno de los derechos de explotación del autor a un tercero adquirente. Así, el adquirente, sea una persona jurídica o natural, se convierte en un titular derivado, tal como lo establece el artículo 10 de la Decisión 351. Además, esta transferencia se presume en el caso de los contratos laborales o de prestación de servicios a favor del contratante¹⁵.

Un aspecto distintivo de la obra fotográfica, respecto de su transferencia, es el prescrito en el artículo 186 de la Ley 23 de 1982. Esta norma establece que “la tradición del negativo presume la cesión de la fotografía en favor del adquirente, quien tendrá también el derecho de reproducción”. Es decir, la ley presume, salvo pacto en contrario, que la tradición de la película o rollo fotográfico —en el marco de la fotografía análoga— incluye la de la fotografía revelada o positivada, junto con los demás derechos patrimoniales.

A propósito de la anterior norma, en la sentencia del 15 de agosto de 2013, emitida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se examinó una demanda en la que el fotógrafo Hernando Oliveros Gómez acusaba a Jaime Ernesto Buitrago Jerez y a la sociedad Clínicas Jasban Ltda. de haber vulnerado sus derechos de autor respecto de unas obras fotográficas¹⁶. Esto, en tanto que la parte demandada habría usado sin autorización las obras creadas por el demandante, las cuales fueron realizadas en virtud de un contrato verbal de obra por encargo, que fue incumplido por la demandada al no haberle pagado por completo al fotógrafo.

¹⁵ El artículo 184 de la Ley 23 de 1982 establece que “cuando el contrato se refiera a la ejecución de una fotografía, pintura, dibujo, retrato, grabado u otra obra similar, la obra realizada será de propiedad de quien ordene la ejecución”.

¹⁶ Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Rad. 11001310 3005200700627 02, del 15 de agosto de 2013, magistrada sustanciadora: María Patricia Cruz Miranda.

A pesar de que la obligación de la parte demandada no quedo saldada, el autor procedió con los trabajos fotográficos y, una vez terminados, entregó al señor Buitrago Jerez una serie de obras fotográficas, diapositivas y negativos para que escogiera las de su preferencia, pero este nunca regresó el material. Así, el demandado uso las fotografías denominadas “Sonrisa” y “Odontología” como publicidad en revistas y en las diferentes sedes de la sociedad. Igualmente, la parte demandada omitió señalar la paternidad del demandante en los actos de comunicación al público.

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* reconoció que la autoría de las fotografías era del demandante, lo cual implicaba que se habían violado sus derechos de reproducción y de paternidad. Sin embargo, el juez de instancia afirmó que el demandante no desvirtuó la presunción establecida en el artículo 186 de la Ley 23 de 1982, lo cual indicaba que este había transferido los derechos patrimoniales de las fotografías al haber entregado los negativos. Así, las pretensiones del actor fueron desestimadas en primera instancia al haber “ausencia de daño” y, en sí, ausencia de legitimación por activa.

Al revisar el recurso de apelación, interpuesto por la parte demandada (inconforme con que se le hubiese reconocido como autor al fotógrafo), el tribunal, a través de testimonios y el registro de las obras ante la DNDA por el autor, confirmó la decisión del *a quo*.

Con respecto a este caso, se plantea la siguiente crítica: el juez de primera instancia no debió considerar que la presunción del artículo 186 había operado, porque el contrato verbal, a través del cual se realizaron las fotos, fue incumplido por la demandada.

En vista de que el pago por los negativos no fue realizado en ningún momento por el demandado, no se había transferido la titularidad sobre los negativos al caer el fotógrafo del ánimo de realizar la tradición del dominio sobre estos como bien mueble, pese a haberlos entregado de buena fe a la espera de dicho pago¹⁷. Así, el *a quo* no solamente debió reconocer la autoría del señor Hernando Oliveros Gómez, sino también condenar al demandado por la vulneración a los derechos de reproducción y comunicación al público de las obras de aquel.

Explorados los aspectos más relevantes de la obra fotográfica, se procede ahora a indagar sobre la obra arquitectónica como objeto fotografiado.

II. EL OBJETO FOTOGRAFIADO: LA OBRA ARQUITECTÓNICA

Una fotografía es un instante congelado de la realidad en la cual es posible asombrarse de la capacidad del fotógrafo de ver lo oculto y de representar una imagen

¹⁷ El Código Civil, en su artículo 740, establece que la tradición, como modo de adquirir el dominio de las cosas y los derechos reales, requiere, de ambas partes, la capacidad y el ánimo de transferir y recibir.

como un momento auténtico¹⁸. La arquitectura ha servido a esa capacidad de la fotografía para recrear la realidad, lo cual se evidencia en el hecho de que las primeras fotografías eran arquitectónicas gracias a la virtud de los inmuebles de permanecer estáticos ante la cámara¹⁹. Y, a la inversa, la realidad arquitectónica tiene la posibilidad de cambiar gracias a las fotografías²⁰, que retroalimentan las concepciones de los arquitectos que las analizan.

Para entender la vertiente fotográfica, cuyo objeto son las obras arquitectónicas —la fotografía arquitectónica—, es crucial entender qué es la arquitectura y, consecuentemente, la obra arquitectónica. Para ello se puede decir que, siguiendo a Filip Mattens, la habilidad para llenar espacios vacíos a nuestro alrededor es lo que especialmente caracteriza a la arquitectura²¹. Además, la palabra *arquitectura* no solamente se refiere al simple encerramiento de espacios, sino a que la construcción conlleva un intento estético, para el cual se requiere algún nivel, así sea mínimo, de planeación e imaginación²².

Con respecto al concepto de obra arquitectónica, es valiosa la apreciación realizada por el TJCA en la interpretación prejudicial 044-IP-2013^[23]:

[...] se puede decir que se incluyen en el concepto de obras plásticas o artes plásticas, la cual engloba manifestaciones creativas muy distintas, en tanto que se parte de un concepto basado en la expresión a través de la forma y el color que se da a materias preexistentes.

Asimismo, la DNDA, en el Concepto Jurídico No. 12470 de 2006^[24], mencionó que “la obra arquitectónica se define como una creación en el sector del arte relativo a la construcción de edificios. Se entiende normalmente que esas creaciones comprenden los dibujos, croquis, modelos, así como el edificio o estructura arquitectónica completos”.

Es claro entonces que la obra arquitectónica no solo se manifiesta en el tradicional edificio, sino que esta puede comprender desde obras bidimensionales (*v. g.*, bocetos, dibujos y croquis) hasta obras tridimensionales (*v. g.*, maquetas, puentes y casas).

Ahora, es necesario mostrar un ejemplo real de fotografía arquitectónica. Así, aparece la figura del reconocido arquitecto del siglo xx, Le Corbusier, fotógrafo

18 Jorge Llopis-Verdú. “El paradigma fotográfico del dibujo arquitectónico digital”. *Arte, Individuo y Sociedad*, vol. 30, n.º 3, 2018, pp. 557-573, pp. 558-559.

19 *Ibid.*, p. 560.

20 Antonio Jesús Gómez-Blanco Pontes y Rafael García Quesada. “Fotografía y realidad (arquitectónica)”. *EGA*, vol. 11, n.º 11, 2006, pp. 142-147, pp. 142-143.

21 Filip Mattens. “The Aesthetics of Space: Modern Architecture and Photography”. *The Journal of Aesthetics & Art Criticism*, vol. 69, Iss. 1, 2011, pp. 105-114, p. 105.

22 Marilyn Stokstad y Michael W. Cothren. *Art History*. Pearson, 2014, pp. 4-5.

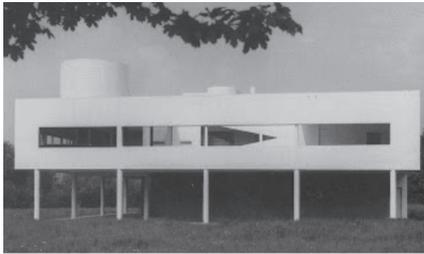
23 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 044-IP-2013 del 16 de julio de 2013.

24 Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto Jurídico No. 12470 de 2006.

en su primera etapa creativa y que encontró en este medio artístico “el medio más idóneo y directo para expresar el espíritu del movimiento moderno” de la arquitectura²⁵. En este caso, la arquitectura se considera como un “medio compositivo, donde la fotografía es quien trasciende mientras que la primera se comporta como objeto fotográfico”²⁶.

Le Corbusier, como arquitecto, prefería expresarse a través de la imagen, porque la veía como el medio más rápido y veraz; considerando así que los dos espacios válidos para la arquitectura era el tridimensional (el real) y el bidimensional (la fotografía)²⁷. Una de sus obras son las múltiples fotografías del famoso edificio Ville Savoye (figuras 2 y 3), el cual también fue proyectado y construido por el mismo Le Corbusier en Poissy, a las afueras de París. Aunque es posible realizar una descripción arquitectónica de la construcción, el centro de atención no es esta en sí misma, sino como imagen capturada, que enseña que la Ville Savoye parece haber sido construida más en función de cómo sería vista, en vez de cómo sería habitada²⁸.

FIGURA 2. VILLE SAVOYE. VISTA FRONTAL. FIGURA 3. VILLE SAVOYE. VESTÍBULO



Fuente: Le Corbusier, 1929.

La fotografía arquitectónica, como se desprende de obras como la de Le Corbusier, relaciona y enfrenta dos objetos autónomos e individuales: la imagen (fotografía) con su contenido (obra arquitectónica). Por esto, es crucial comprender el régimen jurídico aplicable al objeto fotografiado, ya que, aunque ambas obras gozan de independencia la una a la otra, esta simbiosis creativa puede impactar negativamente en los derechos de los autores, generalmente de arquitectos.

A. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA OBRA ARQUITECTÓNICA

La obra arquitectónica se encuentra protegida por el derecho de autor en los literales h) y k) del artículo 4 la Decisión 351 y en el artículo 2 de la Ley 23 de 1982.

²⁵ Nicole Halm y María Emilia Deus. “Fotografías de arquitectura y arquitectura de fotografías a comienzos del siglo xx”. *Anales de Investigación en Arquitectura*, Universidad ORT Uruguay, vol. 6, 2017, pp. 7-25, pp. 9-10.

²⁶ *Ibid.*, p. 9.

²⁷ *Ibid.*, p. 12.

²⁸ *Ibid.*, pp. 12-13.

Para que sea reconocida como tal, siguiendo lo ya dicho sobre la obra fotográfica, debe cumplir con los requisitos básicos del derecho de autor para que se otorgue la protección: originalidad, susceptibilidad de fijación y que se trate de una creación intelectual. Además, no es necesario que la obra haya sido diseñada y construida por un arquitecto, sino que, a la luz del derecho de autor, cualquier persona puede crear una obra arquitectónica. Cosa distinta es que varios países requieran el título profesional de arquitecto o urbanista para realizar este tipo de obras²⁹.

Entonces, debido al importe de creatividad e ingenio requerido para el diseño de una obra arquitectónica, es claro que esta puede cumplir con los requisitos básicos para obtener la protección del derecho de autor. Sin embargo, es en el factor de la originalidad que se generan las vicisitudes en cuanto al alcance de la protección. Por esto, es necesario determinar cuándo una obra arquitectónica tiene un verdadero aporte creativo que deba ser protegido por la propiedad intelectual.

1. Originalidad y derecho de integridad del arquitecto

La originalidad es “lo que convierte a objetos o materiales comunes en una expresión del intelecto”³⁰. Además, en el caso de las obras arquitectónicas, “la originalidad aparece cuando el autor imprime su sello personal a la obra, independientemente de limitaciones presupuestales, reglamentarias, tecnológicas o de materiales (aspectos sobre los cuales no recae la protección del derecho de autor)”³¹. Esto también lo ha mencionado el TJCA, al citar a Bercovitz Rodríguez-Cano en la interpretación prejudicial 12I-IP-2013, de la siguiente manera:

Piénsese en una figura de un edificio elaborado con especificaciones técnicas de construcción antisísmica que se basen en elementos externos; todos los edificios que se hagan con esas especificaciones comparten ciertas características comunes. También piénsese en esquemas funcionales de construcción: pasos obligados, espacios para que el aire fluya, techos en forma de V invertida, entre otros; todas las construcciones que se hagan tendrán dichos rasgos característicos de funcionalidad.

Por lo tanto, al determinar la originalidad se debe tener en cuenta estos elementos necesarios. Si el arquitecto le imprime ciertos rasgos personales, diferenciadores, que reflejen su espíritu creativo, como sería el caso de una fachada que diferencie totalmente una obra de las otras del mismo género, estaríamos ante una obra arquitectónica³².

29 Natalia Tobón Franco. *Arquitectura y propiedad intelectual*. Grupo Editorial Ibáñez, 2016, p. 36.

30 Guzmán, *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*, op. cit., p. 37.

31 Tobón Franco, *Arquitectura y propiedad intelectual*, op. cit., p. 49.

32 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 12I-IP-2013 del 31 de octubre de 2013.

Así, es importante determinar si una obra arquitectónica goza de originalidad para saber cuándo se está frente a una infracción de derechos de autor. Aquellas obras que simplemente respondan a necesidades utilitarias sin ninguna evidencia de aporte creativo no podrán ser protegidas y, consecuentemente, ante su reproducción no se genera ningún tipo de daño o perjuicio antijurídico a su diseñador o constructor. Sin embargo, es importante mencionar que, ante un posible caso de infracción, será quien niegue la originalidad de la obra quien deba probarlo³³.

A manera de aclaración, se presenta el caso español Calatrava: litigio entre el arquitecto Santiago Calatrava contra el Ayuntamiento de Bilbao y otros³⁴. Calatrava realizó, por encargo del Ayuntamiento, un puente peatonal llamado Zubizuri sobre la ría del Nervión (Bilbao, España). Tiempo después, junto al puente, se construyó un complejo urbanístico diseñado por el arquitecto japonés Arata Isozaki e impulsado por el Ayuntamiento (figura 4).

FIGURA 4. PUENTE ZUBIZURI Y EL COMPLEJO ISOZAKI A LA IZQUIERDA



Fuente: Basotxerri, 2017.

Debido a que el ingreso al complejo Isozaki era levemente complejo desde el puente³⁵, el ayuntamiento encargó la construcción de una pasarela que uniera

³³ Tobón Franco, *Arquitectura y propiedad intelectual*, op. cit., p. 59.

³⁴ Juzgado Mercantil No. 1 de Bilbao, España. Sentencia del 23 de noviembre de 2007, de Santiago Calatrava contra el Ayuntamiento de Bilbao y otros.

³⁵ Para lograr ingresar al complejo, luego de usar el puente, las personas tenían que caminar unos pocos metros por el costado del río y, luego, pasar un pequeño desnivel, y viceversa desde el complejo hacia el puente.

directamente ambas construcciones. Tal transformación o adecuación del puente se realizó sin la respectiva autorización de Calatrava. Esto ocasionó que el arquitecto interpusiera una demanda contra el Ayuntamiento y las empresas intervinientes en la obra por violación a su derecho moral de integridad, solicitando la restauración del puente a su estado original y el pago de una cuantiosa indemnización.

Entre los temas que examinó el juez español se encontraba, siguiendo la excepción de los demandados, si el puente era una obra protegida por el Derecho de Autor. Los demandados afirmaban que el hecho de que la obra de arquitectura —e ingeniería— perteneciera a un estilo previamente usado por el arquitecto le restaba el carácter de original y, por ende, el carácter de obra protegida por el Derecho de Autor. Sin embargo, el juez atajó tal argumento al sostener que el pertenecer la obra a un estilo propio es precisamente lo que le otorga el carácter de original a la misma.

Lo más interesante de este caso es que el juez reconoció un atentado contra la integridad de la obra de Calatrava gracias al retiro de una parte de la barandilla del puente y la inclusión de la pasarela. Antagónicamente, el juez consideró que no hubo una violación al derecho moral de integridad del autor, porque no hubo un perjuicio a los intereses legítimos de autor, a su reputación o al decoro de la obra. Tal conclusión se dio por no solo haber considerado las posiciones del arquitecto y del ente administrativo demandado, sino también por las personas que, día a día, cruzan el Zubizuri. En últimas, siguiendo la sentencia, el arquitecto está en una posición en la que debe soportar la alteración o modificación de la obra al estar la misma al servicio público.

Ante la polémica decisión tomada por el juez español, Calatrava interpuso un recurso de apelación, fallado a su favor por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya el 10 de marzo de 2009^[36]. Siguiendo lo dicho por el *a quo*, se reconoció nuevamente la alteración del puente y, así, la afectación al derecho moral de integridad del arquitecto. Esto se debe a que el Ayuntamiento pudo, entre varias opciones no lesivas al derecho de autor, haber solicitado al mismo Calatrava la modificación del puente o encargar una obra diferente que no modificase el puente. Asimismo, afirmó que el interés público no justificaba la alteración de una obra protegida por el derecho de autor.

Aunque en la sentencia de segunda instancia no se ordenó la restauración del puente, sí se reconocieron los perjuicios pretendidos por el demandante. No obstante, no se reconocieron los 3 millones de euros que el actor solicitaba, en tanto que tal suma desbordaba la protección real del derecho de integridad³⁷. Así, el juez condenó al Ayuntamiento a indemnizar, por el valor de €30.000 euros, al arquitecto por daño al derecho moral de autor.

36 Audiencia Provincial de Vizcaya, España, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2009, de Santiago Calatrava contra el Ayuntamiento de Bilbao y otros.

37 Blanca Cortés Fernández. “Santiago Calatrava y su puente Zubizuri: a la segunda va la vencida”. En: *La Tribuna del Derecho* [en línea], 27 de marzo de 2009.

Para concluir esta sección, incluso en el caso de las obras utilitarias, como lo sería un puente, se debe garantizar la protección de los derechos de autor de su creador. Si la obra cumple con los requisitos básicos para ser protegida por la legislación autoral, el titular de los derechos de autor estará en su derecho de reclamar tal protección.

2. Titularidad sobre la obra arquitectónica

Es de gran importancia, al momento de evaluar una posible infracción, determinar quién es el titular de los derechos de autor de la obra arquitectónica. Esto, porque al establecer quién es el titular, todo tercero que desee explotar o usar la obra podrá evitar incurrir, en primer lugar, en una infracción al solicitar la respectiva autorización y, en segundo lugar, establecer de la mejor forma su plan de defensa, si ya ha infringido tales derechos.

En principio, se puede considerar que es el arquitecto el titular de los derechos morales y patrimoniales de la obra que ha creado. Sin embargo, gracias a la vocación natural de la obra arquitectónica tridimensional (construida) y de la profesión de quien la crea, esta está destinada a ser transferida a un tercero, ya sea para fines de habitación o exhibición. Dicha transferencia, al ser respecto un bien inmueble, deberá seguir todas las normas relativas a su tradición, es decir, su entrega junto con la inscripción de la escritura pública en la oficina de instrumentos públicos³⁸.

Entonces, al transferirse la propiedad sobre el soporte físico de la obra arquitectónica, es válido preguntarse si el arquitecto podrá aún ejercer ciertos derechos patrimoniales sobre esta. Para ello, es necesario traer a colación el artículo 43 de la Ley 23 de 1982, el cual establece que “el autor de un proyecto arquitectónico no podrá impedir que el propietario introduzca modificaciones en él, pero tendrá la facultad de prohibir que su nombre sea asociado a la obra alterada”.

La Corte Constitucional, al analizar la constitucionalidad de esta disposición en la sentencia C-871/10^[39], zanjó la incógnita con respecto a la titularidad de la obra arquitectónica terminada. Se estableció entonces que una vez un tercero adquiere la propiedad del inmueble, este obtiene automáticamente todos los derechos patrimoniales de la obra arquitectónica construida. Así, el adquirente podrá realizar transformaciones a la obra adquirida.

Por otro lado, el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011 estableció una presunción de transferencia de derechos patrimoniales de autor cuando la obra haya sido realizada en virtud de un contrato laboral o de prestación de servicios. Además, para que esta presunción opere será necesario que el contrato conste por escrito. Así, si un arquitecto o urbanista realiza una obra arquitectónica con ocasión a un contrato

38 Código Civil, artículo 756.

39 Corte Constitucional. Sentencia C-871 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

de esa estirpe, cederá automáticamente sus derechos patrimoniales, quedando solo con los derechos morales de la obra.

Al determinar quién es el verdadero titular de los derechos patrimoniales de autor, podrá, por ejemplo, un fotógrafo establecer a quien deberá solicitar autorización para poder reproducir una obra arquitectónica a través de su cámara, siempre que no se esté en el marco de una excepción y limitación a los derechos del arquitecto.

III. EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR SOBRE LA OBRA ARQUITECTÓNICA Y FOTOGRÁFICA

Nuestro régimen jurídico de Derecho de Autor no es absoluto. Los derechos de los autores se deben ponderar con los demás derechos que reconoce el sistema jurídico, más aún cuando los primeros protegen bienes inmateriales que se pueden considerar de interés cultural o público. Es por esto que, tanto la Decisión 351 como la Ley 23 de 1982 establecen ciertas limitaciones y excepciones a los derechos de autor, entre las cuales hay unas específicamente establecidas para la obra arquitectónica y fotográfica.

Estas excepciones y limitaciones buscan, siguiendo a Silva, permitir el uso de las obras sin solicitar autorización ni el pago al titular de los derechos en pro del interés público⁴⁰. En concreto, pueden promover el acceso al conocimiento, la superación de barreras de acceso a ciertas obras e, incluso, incentivar el desarrollo económico⁴¹. Además, sirven para determinar la veracidad de las infracciones a los derechos de autor.

Entre las limitaciones y excepciones —más relevantes para la fotografía arquitectónica— establecidas en el artículo 22 de la Decisión 351 y en la Ley 23 de 1982, se encuentran las siguientes:

– La reproducción, por medios reprográficos, para fines educativos sin ánimo de lucro (directo o indirecto)⁴²: en este caso será posible reproducir tanto una obra arquitectónica como una fotografía, cuyo objeto sea —por ejemplo— una construcción, para que estudiantes en una facultad de arquitectura puedan comprender como funcionan ciertas estructuras.

– La reproducción y puesta a disposición, a través de radiodifusión, fotografías o medios audiovisuales, de obras vistas u oídas en el curso de acontecimientos de actualidad, ajustado al fin de la difusión de la información⁴³: es el caso en el cual una obra arquitectónica esté situada en el lugar de un acontecimiento objeto de difusión por la prensa, su reproducción o comunicación al público no se entenderá como una infracción.

40 Alberto Cerda Silva, C. “Armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: hacia un nuevo régimen común”. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 17, n.º 2, 2011, pp. 258-259.

41 *Ibid.*

42 Decisión 351, artículo 22, literal b) y Ley 23 de 1982, artículo 32.

43 Decisión 351, artículo 22, literal f) y Ley 23 de 1982, artículo 34.

– El autor de un proyecto arquitectónico no puede impedir que el propietario del inmueble introduzca modificaciones a este, pero tendrá la facultad de evitar que su nombre se asocie a la obra alterada⁴⁴: refiere a la transferencia de derechos patrimoniales que se genera automáticamente al adquirente de un inmueble.

– La libertad de panorama: se presenta cuando, por ejemplo, se reproduce a través de una fotografía los monumentos o edificios situados permanentemente en el espacio público, tal como se explicará en las siguientes secciones.

A. EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTO INDISPENSABLE Y EL CASO CASA GEMELA

Las excepciones y limitaciones, establecidas tanto en la Decisión 351 como en la Ley 23, tienen la característica de ser taxativas. Sin embargo, el régimen andino, en su artículo 21, establece que los países miembros podrán establecer nuevas limitaciones y excepciones siempre 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”. Es decir, para promulgar este tipo de limitaciones a nivel interno es necesario que se siga la conocida regla de los tres pasos⁴⁵.

En virtud de la aplicación del principio de complemento indispensable, se permite a los países miembros de la CAN regular: i) aspectos no contemplados en la norma andina, ii) necesarios para la aplicación de la norma andina o iii) asuntos objeto de remisión expresa por parte de la norma andina⁴⁶. Así, el legislador colombiano, por autorización del artículo 21 de la Decisión 351, modificó y agregó ciertas limitaciones y excepciones no contempladas en el régimen supranacional. Ejemplo de esto es la limitación y excepción contemplada en el artículo 12 de la Ley 1680 de 2013 para garantizar el acceso de personas ciegas y con baja visión a obras literarias, científicas, artísticas y audiovisuales al permitir la reproducción, distribución, comunicación, traducción y transformación “en braille y en los demás modos, medios y formatos de comunicación accesibles”.

Con respecto a la fotografía arquitectónica, la DNDA tuvo la oportunidad de proferir la sentencia del 13 de agosto de 2019, en la que se discutió el alcance de una excepción y limitación en relación con la infracción de los derechos de autor del arquitecto Carlos Andrés Granada Garcés⁴⁷. Esto, gracias a que el demandante encontró en el diario *Portafolio* un aviso publicitario de la empresa Vidiplex

44 Ley 23 de 1982, artículo 43.

45 La regla de los tres pasos le exige al legislador interno, siguiendo el numeral 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, que las limitaciones se apliquen para casos específicos, que su aplicación no atente contra la normal explotación de la obra y que con ello no se cause un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular. En ese sentido, Guzmán, *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte, op. cit.*, pp.134-135.

46 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 107-IP-2018 del 28 de febrero de 2020.

47 Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 13 de agosto de 2019, Rad. 1-2018-38570, fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco.

Universal S.A. en el cual se realizó una reproducción fotográfica de su obra arquitectónica denominada Casa Gemela. La empresa demandada reprodujo también la obra en su página web sin autorización, sin reconocer su paternidad y con fines publicitarios.

La DNDA inició su análisis del caso estudiando la fotografía arquitectónica, respecto de la cual dijo que

es necesario distinguir que tanto la fotografía como la obra arquitectónica son susceptibles de protección por el derecho de autor de manera independiente, a pesar de que la segunda esté contenida en aquella, pues a través de la captura de la imagen puede reproducirse la obra arquitectónica, reconociéndose derechos independientes para cada titular.

Así, una vez establecido el régimen aplicable y que en efecto hubo una reproducción y puesta a disposición de la obra arquitectónica, la DNDA prosiguió a estudiar la excepción del demandado de “obligación inexistente de pedir autorización al arquitecto” con base en el artículo 39 de la Ley 23 de 1982. Esto por cuanto dicho artículo establece la siguiente excepción y limitación al derecho de autor:

Será permitido reproducir por medio de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas, las obras que estén colocadas de modo permanente en vías públicas, calles o plazas, y distribuir y comunicar públicamente dichas reproducciones u obras. En lo que se refiere a las obras de arquitectura esta disposición sólo es aplicable a su aspecto exterior [cursivas añadidas].

Esta norma tiene su símil en la excepción y limitación establecida en el literal h) del Artículo 22 de la Decisión 351, la cual dice:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo V y en el artículo anterior, será lícito realizar, sin la autorización del autor y sin el pago de remuneración alguna, los siguientes actos:

[...]

h) *Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público [cursivas añadidas].*

Es claro que la norma nacional modificó el alcance de la norma andina en virtud del principio de complemento indispensable. Mientras que la norma andina solo reconoce la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable de la imagen de la obra arquitectónica cuando se encuentra en un lugar abierto al público,

la norma local permite la reproducción, distribución y comunicación al público de aquella a través de pinturas, dibujos, fotografías o películas cinematográficas. De esa forma, lo correcto sería aplicar la norma nacional al existir, en el artículo 21 de la Decisión 351, la posibilidad de que los países miembros de la CAN establezcan sus propias excepciones y limitaciones. Sin embargo, la DNDA en este caso consideró lo contrario al afirmar que, con base en los principios de carácter prevalente y preeminente de las normas andinas, se debía aplicar la Decisión 351.

En todo caso, al estar la obra arquitectónica del demandante en un condominio privado, no es posible afirmar que se realizó una reproducción lícita de la obra. Además, al haber sido distribuida y comunicada al público, eran aún menos las posibilidades de admitir la defensa del demandado. No obstante, de haber estado la Casa Gemela en un lugar abierto permanentemente al público, la excepción invocada por el infractor hubiese legitimado sus actos.

Aunque todo parece apuntar a que las pretensiones del demandante iban a ser totalmente aceptadas y, consecuentemente, se le reconocería la indemnización solicitada, la DNDA tomó otro giro. En efecto, se declaró que la sociedad demandada infringió los derechos de paternidad, reproducción, distribución y comunicación al público de la obra arquitectónica, ordenando que, por los mismos medios que se realizó la infracción, se informase sobre la infracción a los usuarios. Pero, junto con el rechazo de la declaración de transformación de la obra, se negó la indemnización solicitada al no haberse probado sumariamente los supuestos perjuicios.

El demandante apeló la decisión de la DNDA, lo cual lleva a esperar cuál será el veredicto que tome el tribunal en segunda instancia. Se espera que se dé la oportunidad para revisar la aplicación de la excepción y limitación mencionada y, de esa manera, se prefiera la norma nacional sobre la andina. Asimismo, resta ver si el demandante logra en segunda instancia el reconocimiento de perjuicios.

B. LA LIBERTAD DE PANORAMA Y EL FOTÓGRAFO PETER LIÉVANO

A la excepción y limitación explicada en el acápite anterior también se le suele conocer como *libertad de panorama*. Al respecto, Llanos Cabedo afirma:

El impacto de esta excepción o limitación a los derechos de autor es enorme, tanto a nivel de los consumidores (los ciudadanos en general) como de empresas y profesionales. Desde el primer punto de vista, la excepción afecta a millones de personas, ya que las actividades de reproducir y compartir por Internet (sobre todo en redes sociales) las imágenes captadas de obras de arquitectura o arte expuestas en lugares públicos están a la orden del día y constituyen actualmente una forma de difusión de la cultura aceptada socialmente. Desde el segundo punto de vista, la excepción tiene un impacto económico importante, pues son muchas las empresas y los profesionales de los sectores culturales beneficiados por la misma, como editoriales, agencias de publicidad,

periódicos, fotógrafos y plataformas digitales (entre otros), así como empresas dedicadas al *merchandising* de obras de arquitectura y arte plásticas⁴⁸.

Esta apreciación se revela en extremo valiosa en el entorno digital en el que nos encontramos actualmente. Cualquier persona puede usar la cámara de su celular para capturar la imagen de una obra arquitectónica y posteriormente subirla a redes sociales. Es más, incluso puede ser una panorámica en la que incidentalmente aparece una obra de tal carácter. En este caso es necesario preguntarse si se está en el marco de la excepción y limitación de libertad de panorama o en el escenario de una infracción a los derechos de autor.

Para lograr contestar esa pregunta se analizarán dos casos en los que la DNDA reconoció una infracción sobre una fotografía, cuyo autor es el fotógrafo Peter Liévano. En el primero de estos, por medio de sentencia del 8 de junio de 2021⁴⁹, la DNDA analizó la demanda interpuesta por Liévano contra la Asociación Hotelera y Turística de Colombia Cotelco por haber usado sin autorización la “Fotografía panorámica de Bogotá” (figura 5) en su página web, como parte de un informe de proyectos hoteleros en desarrollo en 2016. En esta oportunidad, el demandante afirmaba que se habían infringido sus derechos patrimoniales de reproducción, comunicación al público y transformación e, igualmente, su derecho moral de paternidad.

FIGURA 5. PANORÁMICA DE BOGOTÁ HACIA EL NORTE



Fuente: Peter Liévano, 2009.

48 Llanos Cabedo Serna. “Difusión cultural y explotación comercial de imágenes de obras arquitectónicas y plásticas: la excepción ‘libertad de panorama’ a examen”. *Journal of Cultural and Creative Industries*, Universidad de Alicante, vol. 3, n.º 1, 2022, Art. 3, p. 3.

49 Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 8 de julio de 2021, Rad. 1-2019-56302, fallador: Nathalie Granados Bermeo.

Luego de determinar que, en efecto, se trataba de la misma fotografía⁵⁰, la DNDA declaró que hubo una violación a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública y el derecho moral de paternidad. El derecho de transformación en este caso no se infringió en tanto que el encuadrar levemente la fotografía a un determinado espacio en una página web no se puede considerar como una modificación. Así, se condenó a la demandada al pago de una indemnización a favor de Liévano por la cantidad de 114.579.585 millones de pesos.

Esta sentencia fue objeto de recurso de apelación y el Tribunal Superior de Bogotá solicitó al TJCA la interpretación prejudicial sobre el literal h) del artículo 22 de la Decisión 351: la excepción y limitación de libertad de panorama. La interpretación prejudicial 251-IP-2021, recientemente emitida el 10 de julio de 2024, menciona que la *ratio legis* de la norma “radica en el carácter común del espacio público en donde se encuentra la obra”. Además, recordó que la aplicación de la excepción debe estar en línea con el artículo 21 de la Decisión 351, es decir, “no debe atentar contra la normal explotación de estas obras ni implicar una afectación a los legítimos intereses del titular de derechos de autor”⁵¹. Así, afirma el TJCA que el análisis que realice el juez nacional depende del caso en concreto, pero podrá considerarse “criterios tales como si la finalidad del uso es lucrativa o no, y si la imagen de la obra situada en el espacio público es un elemento principal o accesorio dentro de la nueva creación”⁵².

El TJCA concluyó su análisis interpretativo con una de las consideraciones más importantes para el escenario de la fotografía arquitectónica y que, definitivamente, servirán al juez nacional para solucionar este caso:

La utilización lucrativa de la imagen que exponga como elemento central y principal a la obra situada en el lugar público es un indicio de afectación a la normal explotación de dicha obra. Contrario sensu, el uso lucrativo de una imagen en la que aparezcan obras situadas en el espacio público no constituiría una afectación a la normal explotación de estas si las obras retratadas ocupan un lugar secundario dentro de la totalidad de la imagen nueva. Por otro lado, una imagen en la que la obra situada en el lugar público ocupe un lugar principal sí podría afectar su normal explotación incluso cuando su uso no es lucrativo, si, por ejemplo, la reproducción de esta haya generado daños por lucro cesante.

50 El juez llegó a esa conclusión, ya que “de la observación de las imágenes anteriores se evidencia que enmarcan el mismo lugar, en este caso el Centro Internacional de la ciudad de Bogotá”. Asimismo, es posible apreciar aspectos característicos de la “Fotografía panorámica de Bogotá” que con bastante dificultad hubieran podido ser replicados en otra obra fotográfica, debido a que no son susceptibles de ser manejados por el fotógrafo y están relacionados con: i) la misma ubicación de los vehículos que se ubican en las carreras Décima y Séptima, igualmente, con los que se encuentran girando para tomar la calle 26; ii) la misma sombra de los edificios y árboles, que fueron encerradas en la obra fotográfica y en la Imagen 2 e Imagen 3 en color azul; y iii) con la coincidencia de la ubicación de las nubes, así como la nubosidad en general que presenta la fotografía.

51 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 251-IP-2021 del 10 de julio de 2024.

52 *Ibid.*

De esta forma, la fotografía de un monumento (obra escultórica) realizada por un turista, su reproducción y carga o subida a redes sociales no constituiría una infracción a los derechos de autor porque no se realiza con ánimo de lucro. Por el contrario, *sí podría constituir una infracción si esta persona tomase una fotografía cuyo contenido principal es la imagen de una escultura situada en un espacio público, y comience a utilizarla comercialmente en la venta de mercancía* [cursivas añadidas].

Con esta interpretación, el TJCA indica que incluso en los casos en que la obra arquitectónica esté en un lugar abierto al público de forma permanente, el ejercicio fotográfico de personas como Liévano podría considerarse una infracción por su carácter lucrativo, a menos que “las obras retratadas ocupan un lugar secundario dentro de la totalidad de la imagen nueva”. En este caso, solo resta esperar la decisión del tribunal, que dependerá, por un lado, de sí la captura de los edificios en la fotografía es incidental o no y, por otro lado, de sí alguno de dichos edificios está protegido por el derecho de autor.

El segundo caso es el de la sentencia del 16 de diciembre de 2021^[53]. En esta oportunidad, Liévano demandó a la sociedad Omicon S.A. por el uso sin autorización de la “Fotografía panorámica de Bogotá” al haberla reproducido y comunicado al público en su página web. Igualmente, la DNDA examinó si hubo una violación a los derechos patrimoniales de reproducción, comunicación pública, transformación y al derecho moral de paternidad del fotógrafo.

Se resalta que la parte demandada afirmó que, una vez notificada por el demandante de su infracción, procedió a retirar la fotografía de su página. Sin embargo, esto poco favoreció al infractor, porque la DNDA dijo:

Al respecto, es necesario precisar que la Decisión Andina 351 en su artículo 13 y la Ley 23 de 1982 en su artículo 12, confieren al autor derechos exclusivos de autorizar y prohibir la reproducción, la comunicación pública, la distribución de su obra, entre otros derechos. Sin embargo, dichas disposiciones no determinan un tiempo de uso de la obra sin autorización para considerar la existencia o no de la infracción de los derechos del titular.

Aunque luego se probó que la fotografía en realidad estuvo disponible en la página web del demandado por alrededor de cuatro años, la apreciación de la DNDA resulta de imperativa consideración para posibles infractores. Es irrelevante si la infracción duró una hora o dos años, por ejemplo, ya que una vez configurada, el titular podrá ejercer las acciones que el ordenamiento jurídico le otorga. Por esto, el juez condenó al demandado a pagar una indemnización al demandante por valor de 73.150.000 millones de pesos.

⁵³ Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 16 de diciembre de 2021, Rad. 1-2020-16002, fallador: Nathalie Granados Bermeo.

De estos dos casos no solo se infiere la necesidad de que las empresas y sus *community managers* se capaciten en temas de propiedad intelectual, sino también la naturaleza de la excepción de libertad de panorama. En la fotografía de Liévano claramente se puede advertir todos los edificios y construcciones del centro internacional de Bogotá, inmóviles por su naturaleza. Es posible además que algunos de ellos cuenten con protección del derecho de autor como obra arquitectónica, si es que aún no han entrado al dominio público. Así, lo importante, siguiendo la interpretación prejudicial 251-IP-2021, es determinar el uso lucrativo de las fotografías, el uso incidental o no de las obras arquitectónicas y el alcance de la protección de estas por el derecho de autor.

IV. CONCLUSIONES

Con base en el estudio realizado, es claro que la fotografía arquitectónica es un área creativa llena de vicisitudes jurídicas. Esto conlleva que los operadores jurídicos, fotógrafos y arquitectos deban ser precavidos al momento de analizar, para el caso de los primeros, la protección legal de las obras involucradas y, para los dos últimos, la creación, desarrollo y manejo de los activos intangibles. No obstante, tanto los agentes jurídicos como los creativos deben, en algún nivel, conocer la naturaleza tanto legal como técnica de la disciplina creativa, so pena de vulnerar los derechos en juego.

En concreto, se puede extraer de las anteriores páginas las siguientes conclusiones:

1. Ante la difusión de la cámara digital, parte de un sin número de dispositivos electrónicos portables y la cantidad de fotografías que se capturan cada día es prácticamente incontable. Por ello, es necesario que los jueces estén lo suficientemente instruidos, tanto técnica como jurídicamente, para declarar si una fotografía es original y, consecuentemente, protegida por el derecho de autor.

2. La fotografía se encuentra en una relación eterna con el objeto fotografiado, ya sea un ser humano, un paisaje, una construcción u otra obra artística (un cuadro, las páginas de un libro, una escultura, un edificio, etc.). Por esto, el fotógrafo debe solicitar las autorizaciones y licencias de uso correspondientes para poder difundir sus fotografías, so pena de vulnerar los derechos de los titulares de los objetos fotografiados.

3. Pese a la protección similar para las obras fotográficas y las obras arquitectónicas, estas últimas tienen un régimen de excepciones y limitaciones mucho más amplio. Esto permite que cualquier persona pueda fotografiar, por ejemplo, un edificio, siempre que esté en un lugar abierto al público y no viole los derechos morales del titular. Así se revela la lógica del legislador nacional y comunitario, ya que no tendría sentido prohibir tales usos respecto de objetos permanentemente situados ante el ojo público.

4. El TJCA, a través de la interpretación prejudicial 251-IP-2021, ha introducido una modificación a la excepción y limitación de libertad de panorama. Tal interpretación busca prevenir que se atente contra la normal explotación de las obras y que se genere una afectación a los legítimos intereses del titular de derechos de autor. Así, el juez nacional, en los casos que involucran una fotografía arquitectónica, deberá considerar si la obra arquitectónica es usada de forma incidental, de forma lucrativa y si está, en efecto, protegida por el Derecho de Autor. Esto, en últimas, se presenta como una forma de evitar el abuso de los fotógrafos sobre este tipo de obras, pues deberán considerar que, así el inmueble este situado permanentemente en un lugar público, la explotación de éste por medio de una fotografía se podría considerar como una infracción.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Guzmán, Diego. *Derecho del arte: el derecho de autor en el arte contemporáneo y el mercado del arte*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Stokstad, Marilyn y Cothren, Michael W. *Art History*. Pearson, 2014.
- Tobón Franco, Natalia. *Arquitectura y propiedad intelectual*. Grupo Editorial Ibáñez, 2016.

ARTÍCULOS

- Alonso García, Luis. “Lo que la fotografía es: el registro maquinal de una huella”. *Banda Aparte. Formas de Ver*, Ediciones de la Mirada, n.º 20, 2001, pp. 55-58.
- Báez Cardozo, Carlos Andrés y Martínez Salcedo, Juan Carlos. “Aspectos Legales de la obra fotográfica”. En: Juan Carlos Martínez Salcedo y Juan F. Córdoba-Marentes (eds.), *Encrucijadas del derecho de autor* (capítulo 3). Universidad de La Sabana, 2018.
- Bernal, Daniela y Conde, Carlos. “Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, Universidad Externado de Colombia, n.º 24, 2017, pp. 53-66.
- Cerda Silva, Alberto. “Armonización de los derechos de autor en la Comunidad Andina: hacia un nuevo régimen común”. *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, año 17, n.º 2, 2011.
- Cortés Fernández, Blanca. “Santiago calatrava y su puente Zubi Zuri: a la segunda va la vencida”. En: *La Tribuna del Derecho* [en línea], 27 de marzo de 2009.
- Gómez-Blanco Pontes, Antonio Jesús y García Quesada, Rafael. “Fotografía y realidad (arquitectónica)”. *EGA*, vol. 11, n.º 11, 2006, pp. 142-147.
- Halm, Nicole y Deus, María Emilia. “Fotografías de arquitectura y arquitectura de fotografías a comienzos del siglo XX”. *Anales de Investigación en Arquitectura*, Universidad ORT Uruguay, vol. 6, 2017, pp. 7-25.
- Cabedo Serna, Llanos. “Difusión cultural y explotación comercial de imágenes de obras arquitectónicas y plásticas: la excepción ‘libertad de panorama’ a examen”. *Journal of Cultural and Creative Industries*, Universidad de Alicante, vol. 3, n.º 1, 2022, Art. 3.

- Llopis-Verdú, Jorge. “El paradigma fotográfico del dibujo arquitectónico digital”. *Arte, Individuo y Sociedad*, vol. 30, n.º 3, 2018, pp. 557-573.
- Mattens, Filip. “The Aesthetics of Space: Modern Architecture and Photography”. *The Journal of Aesthetics & Art Criticism*, vol. 69, Iss. 1, 2011, pp. 105-114.
- Soler Masota, Paz. “Fotografía y derecho de autor”. *Anuario de Derecho Civil*, Universidad Pompeu Fabra, vol. 52, n.º 1, 1999, pp. 101-144.
- Tobón Franco, Natalia y Varela Pezzano, Eduardo. “Dos problemas jurídicos alrededor de las fotografías: la originalidad y el derecho a la intimidad”. *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, n.º 5, 2015, pp. 13-36.

JURISPRUDENCIA

Nacional

- Corte Constitucional. Sentencia C-871 de 2010, M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 29 de noviembre de 2018, Rad. 1-2017-91732, fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 13 de agosto de 2019, Rad. 1-2018-38570, fallador: Carlos Andrés Corredor Blanco.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 8 de julio de 2021, Rad. 1-2019-56302, fallador: Nathalie Granados Bermeo.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. Sentencia del 16 de diciembre de 2021, Rad. 1-2020-16002, fallador: Nathalie Granados Bermeo.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Rad. 11001310300520070062702, del 15 de agosto de 2013, magistrada sustanciadora: María Patricia Cruz Miranda.
- Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Rad. 11001310300520160056801, del 16 de septiembre de 2021, magistrada sustanciadora: Ruth Elena Galvis Vergara.

Internacional

- Audiencia Provincial de Vizcaya, España, Sección Cuarta. Sentencia del 10 de marzo de 2009, de Santiago Calatrava contra el Ayuntamiento de Bilbao y otros.
- Corte del Distrito del Norte de California, Naruto v. Slater, No. 15-cv-04324-WHO, N.D. Cal., 2016.
- Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony 111 U.S. 53, 4S. Ct. 279, 28 L. 349, 1884.
- Juzgado Mercantil No. 1 de Bilbao, España. Sentencia del 23 de noviembre de 2007, de Santiago Calatrava contra el Ayuntamiento de Bilbao y otros.

INTERPRETACIONES PREJUDICIALES

- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 044-IP-2013 del 16 de julio de 2013.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 121-IP-2013 del 31 de octubre de 2013.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 107-IP-2018 del 28 de febrero de 2020.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial 251-IP-2021 del 10 de julio de 2024.

CONCEPTOS

Dirección Nacional de Derechos de Autor. Concepto Jurídico No. 12470 de 2006.