

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., dieciséis de septiembre de dos mil veintiuno.

Ponencia presentada en sesiones de 8 y 15 de septiembre y aprobada en Sala Civil de Decisión de esta última.

Proceso: Verbal.
Demandante: Juan David Quilaguy Bermúdez y otro.
Demandada: Publicaciones Semana S.A.
Radicación: 110013103005201600568 01
Procedencia: Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por los integrantes de la parte demandante contra la sentencia emitida el 30 de mayo de 2019 por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Los señores Daniel Robert Foster y Juan David Quilaguy Bermúdez, a través de apoderado judicial, instauraron demanda en contra de Publicaciones Semana S.A., en la que formularon las siguientes pretensiones:

1.1. Declarar que los comportamientos desplegados por Publicaciones Semana S.A., constituyen una infracción a los derechos morales y patrimoniales del señor Daniel Foster, en su calidad de autor de las obras fotográficas tituladas "*Talking on the Phone/Home Office*", "*Serious Business-Phone Call*" y "*Online Shopping*".

1.2. Declarar que los comportamientos desplegados por Publicaciones Semana S.A., vulneraron el derecho fundamental a la propia imagen del señor Juan David Quilaguy Bermúdez.

1.3. Ordenar a Publicaciones Semana S.A., abstenerse de utilizar sin previa y expresa autorización, las obras fotográficas del señor Daniel Foster y la imagen del señor Juan David Quilaguy Bermúdez, para ilustrar los artículos que publica en www.finanzaspersonales.com.co, o en cualquiera de las revistas o medios impresos o digitales que maneje o llegare a manejar, incluyendo redes sociales.

1.4. Condenar a Publicaciones Semana S.A., a reparar en forma integral los daños pecuniarios y no pecuniarios causados al señor Daniel Foster por el uso no autorizado de sus obras fotográficas, reparación que deberá comprender, además de todos los que resulten probados en el curso del proceso, los perjuicios que se relacionan a continuación:

Por concepto de daño pecuniario, condenar a la sociedad demandada al pago de \$11,880, que deberán ser cancelados en su totalidad, a la tasa representativa de cambio vigente al momento de ejecutoria de la sentencia.

Por concepto de Afectación a Bienes Jurídicos Constitucionalmente Protegidos, condenar a la sociedad demandada al pago del equivalente a 50 smlmv a la fecha de ejecutoria de la sentencia, o a una suma superior según *arbitrium iudicis*.

1.5. Condenar a Publicaciones Semana S.A., a reparar en forma integral los daños pecuniarios y no pecuniarios causados al señor Juan David Quilaguy Bermúdez, por el uso no autorizado de su imagen. Tal reparación deberá comprender, además de todos los perjuicios que se relacionan a continuación:

Daño Pecuniario: Por concepto de lucro cesante, condenar a la sociedad demandada al pago de €1.800, que deberán ser cancelados su totalidad, a la tasa representativa de cambio vigente al momento de ejecutoria de la sentencia.

Daño no pecuniario: Por concepto de Afectación a Bienes Jurídicos Constitucionalmente Protegidos, condenar a la sociedad demandada al pago de 73 SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia, o a una suma superior según *arbitrium iudicis*.

1.6. Que como forma de reparación no pecuniaria, se condene a Publicaciones Semana S.A., a publicar la parte resolutoria de la sentencia que decida el asunto en su contra, junto con una disculpa pública para cada uno de los demandantes, en el mismo medio en que tuvo lugar la infracción.

El contenido de la publicación deberá ser previamente avalado por los demandantes.

1.7. Condenar a Publicaciones Semana S.A., al pago de todas las expensas judiciales que se causen en el curso del proceso, incluyendo costas judiciales, agencias en derecho y honorarios de auxiliares de la justicia.

2. En sustento se expusieron los siguientes hechos:

Sobre el señor Daniel Robert Foster:

2.1. Daniel Foster es un reconocido fotógrafo independiente, con más de 4 años de experiencia y miembro de The Royal Photographic Society, con domicilio en la ciudad de Berlín-Alemania.

2.2. En ejercicio de su profesión, Daniel Foster ha trabajado para varias sociedades extranjeras, fundaciones y organizaciones internacionales, entre las cuales se destacan las siguientes:

The National Geographic Society.

The Smithsonian Institution: Smithsonian Magazine.

Architizer.

Der Freitag Mediengesellschaft mbH & Co. KG.

World Wildlife Fund.

Virgin Media Inc.

The United Nations (UN) - Naciones Unidas.

2.3. Desde 2007, Daniel Foster hace parte de Flickr, página web que permite a sus usuarios publicar y compartir obras fotográficas a través de internet, haciendo uso de licencias públicas bajo la modalidad Creative Commons (CC).

2.4. En su cuenta de Flickr, el señor Foster tiene cerca de 1500 (1.5 K), seguidores y a la fecha ha publicado un total de 1103 obras fotográficas de su autoría, entre las que cuales se encuentran las siguientes:

Talking on the Phone / Home Office. Tomada el 11 de junio de 2014.

Serious Business-Phone Cali. Tomada el 7 de diciembre de 2012.

Online Shopping. Tomada el 11 de junio de 2014.

2.5. El 15 de febrero de 2013, Daniel Foster registró ante la United States Copyright Office, la obra titulada Serious Business-Phone Call.

2.6. El 27 de junio de 2014, y ante la misma autoridad, Daniel Foster, registró las obras fotográficas Talking on the Phone/Home Office y Online Shopping.

2.7. Las mencionadas obras fotográficas fueron publicadas por Daniel Foster en Flickr bajo los términos y condiciones de la licencia genérica "*Attribution-NonComercial-ShareAlike*", que suministra Creative Commons en su versión 2.0.

2.8. El señor Daniel Foster, al implementar la licencia Creative Commons "*Attribution-NonComercial-ShareAlike 2.0*", condicionó el uso de sus fotografías al cumplimiento de estas condiciones: (i) que se haga un reconocimiento expreso del autor, (ii) que se trate de usos no comerciales y (iii) que cualquier modificación hecha a la obra sea compartida al público bajo la misma modalidad de licenciamiento Creative Commons.

2.9. El señor Daniel Foster estableció dos mecanismos para dar a conocer a los usuarios las condiciones para el uso de sus obras fotográficas: i) A partir del commons deed que acompaña cada una de las obras fotográficas. ii) A través de una advertencia preliminar que el mismo autor incorpora en cada una de las descripciones de sus obras.

Sobre el señor Juan David Quilaguy:

2.10. El señor Juan David Quilaguy Bermúdez, es un modelo independiente, fotógrafo y comentarista de moda desde 2013, con domicilio en Berlín-Alemania.

2.11. Desde 2013 y en ejercicio de su profesión, el señor Juan David Quilaguy Bermúdez ha cubierto la semana de la moda, y ha autorizado a terceros para comunicar públicamente su imagen y fotografías, en prestigiosos

sitios de venta de ropa en internet y publicaciones de moda, como las que se relacionan a continuación:

ASOS.comLimited.
Stylestalker.com

Humansofberlin.net
Couch Magazine.

2.12. En su trayectoria, ha tenido la oportunidad de trabajar como modelo para marcas representativas de la industria textil alemana como Brachmann y Gånseblümchen, razón por la cual su imagen se encuentra estrechamente relacionada con el sector de la moda.

2.13. En 2013 el señor Juan David Quilaguy Bermúdez, abrió su propia página de internet bajo el dominio www.Lefashionisto.com, con el ánimo de dar a conocer su trabajo como modelo, fotógrafo y sus opiniones en materia de moda masculina.

2.14. En el último año, la página www.Lefashionisto.com ha recibido en promedio 543.000 visitas, circunstancia que ha permitido al señor Juan David Quilaguy Bermúdez, consolidarse como una figura reconocida en el sector de la moda masculina internacional.

Sobre la parte demandada:

2.15. Publicaciones Semana S.A., es una sociedad mercantil legalmente constituida bajo las leyes de la República de Colombia, cuyo objeto social principal desde 1982, consiste en la producción, impresión y edición en Colombia de libros, revistas, folletos, colecciones, seriados o publicaciones de carácter científico o cultural.

2.16. En desarrollo de su objeto social, Publicaciones Semana S.A., edita y publica varias revistas, a través de medios impresos y digitales, entre las cuales se encuentran:

Revista Semana.
Revista Dinero.
Revista Soho.
Revista Fucsia.

Revista Jet-Set.
Revista Arcadia.
Finanzas Personales

2.17. Publicaciones Semana S.A., es titular del nombre de dominio www.finanzaspersonales.com.co, bajo el cual publica en internet, artículos en los que da

inversión, junto con consejos prácticos para el mejoramiento de la economía personal de sus lectores.

2.18. El dominio www.finanzaspersonales.com.co es utilizado por Publicaciones Semana S.A., para permitir a terceros pautar publicidad a través de tal página web, obteniendo una remuneración proporcional a la prestación de tales servicios.

2.19. El dominio www.finanzaspersonales.com.co de propiedad de Publicaciones Semana S.A., cuenta con un alto tráfico de usuarios en internet, pues recibe más de 90.000 por mes, más de 70.000 visitantes únicos al mes y más de 170.000 páginas vistas al mes.

2.20. A partir de 25 de marzo del 2015, Publicaciones Semana S.A., sin previa, ni expresa autorización, puso a disposición del público (i) las obras fotográficas de Daniel Foster, y (ii) la imagen de Juan David Quilaguy Bermúdez, para ilustrar artículos publicados en su dominio www.finanzaspersonales.com.co.

2.21. El sitio web www.finanzaspersonales.com.co, permite a sus usuarios imprimir los artículos y compartir su contenido a través de distintas redes sociales tales como Facebook, Twitter y LinkedIn.

2.22. Los artículos publicados por la parte demandada, en los que fueron incorporadas sin autorización las obras fotográficas del señor Daniel Foster y la imagen del señor Quilaguy Bermúdez, han sido compartidos en múltiples oportunidades a través de distintas redes sociales.

2.23. El uso no autorizado de las obras fotográficas de Daniel Foster, por parte de Publicaciones Semana S.A., constituye un uso a título comercial.

2.24. En ninguno de los artículos puestos a disposición del público, Publicaciones Semana S.A., reconoció la calidad de autor que ostenta Daniel Foster, en relación con las obras fotográficas incorporadas en ellos.

2.25. Publicaciones Semana S.A., nunca solicitó ni obtuvo una autorización previa y expresa por parte de Daniel Foster, para hacer un uso comercial de sus obras fotográficas.

2.26. Publicaciones Semana S.A., nunca solicitó ni obtuvo una autorización previa y expresa por parte de Juan David Quilaguy Bermúdez, para hacer uso comercial de su imagen.

2.27. El 18 de noviembre de 2015, la parte demandante citó a Publicaciones Semana S.A. a audiencia de conciliación extrajudicial en derecho, con el ánimo de resolver las controversias asociadas a la presunta vulneración a los derechos de autor y derecho a la propia imagen, de los señores Daniel Foster y Juan David Quilaguy Bermúdez, respectivamente.

2.28. Al 24 de noviembre de 2015, las obras fotográficas del señor Daniel Foster y la imagen del Señor Juan David Quilaguy, continuaban a disposición del público en la página web www.finanzaspersonales.com.co del demandado, sin contar con la autorización previa y anterior, de lo cual dio fe el Notario 11 de Bogotá D.C., mediante el Acta de Testimonio Especial correspondiente.

2.29. El 16 de diciembre de 2015 se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial en derecho entre las partes, que fue suspendida para el 22 de diciembre de 2015 y que en la misma fecha, se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar al acuerdo conciliatorio.

2.30. Los comportamientos adelantados por Publicaciones Semana S.A., han generado graves perjuicios de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria al señor Daniel Foster, que deben ser indemnizados en forma integral según los principios vigentes en la materia.

2.31. Los comportamientos adelantados por Publicaciones Semana S.A., han generado graves perjuicios de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria al señor Juan David Quilaguy Bermúdez, que deben ser indemnizados en forma integral según los principios vigentes en la materia.

3. Mediante auto de 21 de octubre de 2016, el Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda, y ordenó su traslado.

3.1. El 1 de diciembre de 2016 el *a quo* repuso parcialmente el auto admisorio, aclarando que la demanda se debía tramitar por vía de procedimiento verbal de mayor cuantía.

3.2. Publicaciones Semana S.A., se notificó mediante apoderada y se pronunció sobre los hechos de la demanda, aceptando como ciertos unos, dijo no constarle otros y negó otros. Igualmente se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes excepciones: *Cumplimiento de los términos de la Licencia Creative Commons bajo la cual las fotografías fueron puestas a disposición de cualquier tercero; Inexistencia de violación al derecho moral de paternidad; Inexistencia de los elementos que configuran responsabilidad extracontractual entre la supuesta terminación del vínculo contractual entre Juan David Quilaguy y “GreOrMARvel” y la conducta desplegada por Publicaciones Semana S.A.; Ausencia de los perjuicios legales para la pretensión de indemnización de perjuicios; y la genérica.*

4. El 14 de junio de 2017, se llevó a cabo audiencia de que trata el artículo 372 de la Ley 1564 de 2012, en la cual se declaró fracasada la conciliación, se llevó a cabo el interrogatorio de las partes, y se decretaron las pruebas del proceso.

5. El 27 de noviembre de 2017 se adelantó la audiencia que trata el artículo 373 *ídem*, la que se continuó el 25 de abril de 2019.

6. El 30 de mayo de 2019 se emitió la correspondiente sentencia en la cual se declaró parcialmente fundada la excepción *“Ausencia de los presupuestos legales para la pretensión de indemnización de perjuicios”* y próspera la excepción *“Inexistencia de los elementos que configura la responsabilidad extracontractual entre la supuesta terminación del vínculo contractual entre JUAN DAVID QUILAGUY BERMUDEZ y GreOrMARvel y la conducta desplegada por Publicaciones Semana SA”*. Declaró próspera la pretensión concerniente al daño no pecuniario para cada uno de los demandantes. Condenó a Publicaciones Semana SA en favor de Daniel Foster 25 smlmv y en favor de Juan Quilaguy 5 smlmv. Negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en un 20% de las costas a la demandada.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de hacer una síntesis del asunto, el *a quo* entró a resolver el litigio, para lo cual evocó abundante jurisprudencia sobre derechos de autor, propiedad *siu generis*, sobre la existencia de una doble protección, (i) los

derechos morales (protección a la personalidad del autor en relación con su obra) y (ii) los patrimoniales (relacionados a la explotación de la obra).

En los derechos de autor concurren dos dimensiones, (i) el derecho personal o moral (nacen con la misma obra por el acto de creación) y derechos patrimoniales (el titular tiene plena capacidad de disposición de la obra).

Al artículo 13 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el cual enumera derechos patrimoniales o pecuniarios de autor.

Destacó la jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de derechos de autor y su doble dimensión: Elemento moral y patrimonial. Hizo alusión al derecho moral, respecto a la paternidad de la obra y también a la facultad de oponerse a cualquier modificación de la misma o mantenerla inédita y el derecho del autor a suspender la circulación de su obra; y el control constitucional referente a la protección de los derechos de autor.

Anotó que los derechos patrimoniales de autor, refieren a la facultad de creación y disposición sobre la obra y en la definición otorgada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, implica que el titular del derecho de autor puede hacer toda clase de utilización pública de la obra previo abono de la remuneración.

Hizo alusión a la reproducción de la obra, el derecho de comunicación pública (artículos 11, 11 ter, 14 y 14 bis, de la Convención de Berna), el derecho a la redifusión (artículo 11 bis de la Convención de Berna) o televisiva, la transmisión; al derecho de transformación por autorización del autor; al derecho de distribución.

Enseguida, refirió que Flickr es una página web que permite almacenar, clasificar y compartir obras fotográficas, en la cual su autor puede autorizar bajo la Licencia Creative Commons, herramienta que permite a los usuarios hacer uso de las obras bajo tres condiciones: reconocimiento expreso del autor, uso no comercial, cualquier modificación a la obra sea compartida al público bajo la misma modalidad de la licencia.

Cuenta con una modalidad denominada “*atribución - No comercial - Compartir igual*”, que permite el uso de obras no

comercial siempre y cuando se dé crédito o reconocimiento a su autor. Modalidad implementada en las obras del señor Daniel Robert Foster.

El demandante reprocha que las obras fotográficas fueron publicadas en www.finanzaspersonales.com.co por la demandada, sin reconocer la calidad de autor del señor Foster y vulneración al derecho de la propia imagen al señor Quilaguy, al incumplir los términos de la licencia.

La demandada reconoció los hechos 24 y 26 como ciertos al contestar la demanda, y lo hizo también la representante legal cuando al contestar el interrogatorio señaló que las publicaciones de las obras fotográficas fueron por casi un año, omitiendo efectuar el reconocimiento.

Demarcó el litigio en resolver si las obras de autoría del señor Foster en una de las cuales incluía imagen de Juan David, usadas por la demandada constituyó un uso comercial.

Consideró el *a quo* que las obras fueron para ilustrar o ambientar los avisos publicitarios mediante la página www.finanzaspersonales.com.co, y no promocionar la obra sólo era con el fin de ilustrar, por lo que no pueden considerarse de uso comercial, debido que son de consulta abierta, ilimitada, libre y gratuita y de ello no se deriva un provecho económico.

Indicó que la omisión de efectuar el reconocimiento del señor Foster infringió los derechos de autor, y constituye incumplimiento de las condiciones de la licencia; empero, del daño pecuniario que se reclama no se aportó ningún documento que sirva para establecer su cuantía, pues en materia de perjuicios se debe demostrar la lesión o menoscabo de su patrimonio y su monto, pues el daño susceptible de reparación debe ser directo y cierto y no meramente eventual o hipotético. Anotó, que el artículo 57 de la Ley 44 de 1993, establece que para determinar los perjuicios materiales, se debe tener en cuenta el valor de la misma obra no otra cualquiera, así como lo intenta el demandante.

Solo procede la reclamación al daño no pecuniario, por cuanto no se reconoció su autoría en la difusión por cuenta de Publicaciones Semana S.A.

En cuanto concierne al señor Juan David Quilaguy, recordó que éste pretendía el pago de lucro cesante debido a que supuestamente se derivaba una pérdida de oportunidad contractual por tres meses terminada por la publicación realizada. Sin embargo no se aportó ningún documento que sirva de sustento probatorio. No se muestra como responsable a la demandada. Si bien es cierto que las fotografías en las que aparece el señor Quilaguy fueron publicitadas sin su autorización, solo se accedió al daño no pecuniario causado.

LA APELACIÓN

1. La apoderada del señor Daniel Robert Foster impugnó tal decisión frente a la cual presentó como reparos:

1.1. Inadecuada interpretación de los términos de las licencias “*Creative Commonn*”. El incumplimiento de una de las condiciones establecidas por el autor en la licencia, trae como consecuencia la terminación automática de la misma. Así se desprende de los términos y condiciones de la licencia y lo explicó el testigo técnico Juan Monroy, menciona que violándose cualquier exigencia establecida por el autor, la misma terminaba automáticamente; así la omisión en la mención del nombre del señor Daniel Foster en las obras fotográficas utilizadas por la demandada, califican como uso infractor.

Reprocha la manifestación que realiza la Juez en la parte motiva de la decisión, “*la infracción de los derechos de autor solo se presenta si existe expresa omisión de efectuar el reconocimiento expreso del autor*”, lo que no es procedente pues el uso que hizo Publicaciones Semana con la difusión de las fotografías, fue sin la autorización previa y expresa del autor, y como consecuencia de ello no sólo se vulneraron los derechos morales sino también los patrimoniales del demandante, lo cual fue ignorado en la sentencia apelada.

Y la defensa fundada en que el uso de las obras fue secundario y meramente decorativo no tiene fundamento ya que no existe limitación o excepción que permita el uso de las obras cuando su utilización sea para dichos fines, el uso de una obra sin pago de remuneración y sin autorización del autor debe estar expresamente consagrado en la ley.

El uso de las fotografías que hizo la demandada debía contar con la autorización previa y expresa del autor, pues como se acreditó el señor Daniel Foster es fotógrafo que cobra importantes sumas de dinero por la utilización de sus creaciones intelectuales y dejó de percibir una contraprestación a la que legítimamente tiene derecho con la utilización que de las 3 obras fotográficas realizó Publicaciones Semana durante un periodo de un año.

1.2. Usos comerciales a la luz de la licencia *Creative Commons* y los principios que rigen el derecho de autor.

La juzgadora menciona que las fotografías no constituyeron uso comercial, pues se utilizaron para ambientar o ilustrar los artículos. Lo que resulta contrario a los términos y condiciones de la licencia.

La licencia establece que el beneficiario de esta no puede ejercer ninguno de los derechos concedidos con intención de obtener un provecho comercial o compensación monetaria. Si bien es cierto que los artículos son de consulta abierta, ilimitada y gratuita, también se tiene en cuenta que como lo reconoció la demandada recibe ingresos por pautas publicitarias. Las publicaciones emitidas en el portal de finanzas tienen fines lucrativos y el uso fue comercial.

Vulneración a los principios de interpretación restrictiva de los contratos e *In Dubio Pro Auctore*, contemplados en la Ley 23 de 1982 en los artículos 73 y 257. La legislación en materia de derechos de autor no se detiene a analizar si el uso infractor fue con ánimo de lucro o sin él salvo las específicas limitaciones establecidas en la misma ley. Toda comunicación al público, aunque no haya ingresos requiere autorización previa del autor. Por lo anterior la finalidad lucrativa es irrelevante.

Se demostró el daño pecuniario sufrido por el apelante, y por ello la indebida interpretación del artículo 57 de la Ley 44 de 1993, Precepto que establece una serie de parámetros para el cálculo de los perjuicios materiales causados por la infracción los cuales son enunciativos y perfectamente acumulativos pudiendo el titular escoger a cuál de ellos se acoge: en efecto en el numeral primero se señala que se tendrá en cuenta para la tasación de perjuicios “el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización”, pero en la demanda se optó por

los parámetros de los numerales 2 y 3, a saber: el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita. Con esas pautas se tomaron un total de 10 facturas entre los años 2013 y 2015 con el fin de promediar el valor de cada licencia y ha dicho valor se le aplica un porcentaje adicional teniendo en cuenta que la infracción ocurrió por el lapso de un año, documentales que no fueron tachadas de falsas por la demandada; de allí que negar la pretensión pecuniaria por la ausencia de una factura específica por las obras fotográficas materia del litigio es desconocerle al autor el derecho que tiene a que sea resarcido por los valores que dejó de percibir de haber otorgado licencia para su uso, maxime teniendo en cuenta que no sólo se publicaron sino que permitía a sus lectores imprimirlas y compartirlas en redes sociales. En todo caso se debió aplicar la norma en mención de manera favorable al titular de los derechos de autor y con base en las facturas determinar un valor razonable para el resarcimiento de los derechos patrimoniales transgredidos.

Violación al derecho de paternidad de la obra, implica vulneración a derecho fundamental que debe ser reparado, argumento que se soporta en la Sentencia C-115 de 1998, en la que se hace mención de los derechos morales de autor. La Juez reconoció la vulneración del derecho de paternidad de la obra y por esa infracción condenó al pago de una suma de dinero a título de daño no pecuniario, sin embargo no se le permite reivindicar al autor mediante la publicación de la parte resolutive de la sentencia en el mismo medio en el que se cometió la infracción permitiendo al señor Robert Foster ser reconocido como autor de las obras fotográficas.

El valor señalado por la juzgadora de 25 smlmv no se compadece con la infracción del derecho de paternidad de la obra en la que incurrió Publicaciones Semana; y debe tenerse en cuenta la imposibilidad de reparar el daño sufrido *in natura*; el número de obras publicadas (3); el número de artículos en que se usaron (10); tiempo de la infracción (1 año); el carácter sistemático y reiterado de la conducta; la calidad del infractor; el número de veces que las fotografías fueron compartidas.

2. El apoderado del demandante Quilaguy Bermúdez, como soporte de su apelación criticó la sentencia de primer grado por incurrir en:

Indebida valoración probatoria: Pues el análisis realizado que llevó a declarar parcialmente exitosa la excepción de *“inexistencia de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual entre la supuesta terminación del vínculo contractual entre Juan David Quilaguy Bermúdez y “GreOreMARvel” y la conducta desplegada por Publicaciones Semana S.A.”*, es equivocado, pues obra en el expediente prueba de que producto de la conducta infractora en la que incurrió la demandada fue que el contrato que sostuvo con Gregor Marvel tuvo que llegar a su final, soporte suficiente para condenar por el daño pecuniario

Debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio de parte rendido por el señor Quilaguy, manifestó que el contrato con Gregor Marvel finalizó por la publicación de su imagen en sitio de internet Publicaciones Semana S.A., de igual forma presentó copia traducida de comunicación directa de Gregor Marvel, prueba que no fue objetada, tachada ni desconocida por la contraparte.

Debió el juez estudiar la incidencia de dicha ruptura contractual en la existencia del perjuicio patrimonial o el reconocimiento del daño pecuniario que fue solicitado en la demanda y no la existencia de responsabilidad extracontractual de la demanda en un contrato del que no hizo parte.

Censuró también la indebida tasación de los perjuicios extrapatrimoniales pues en su criterio el monto fijado por el daño no pecuniario, a pesar de que se tasa en virtud del arbitrio judicial no se acompasa con el padecido por el demandante y siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado al momento de fijar la condena por ese concepto, en materia de derecho de imagen es necesario tener en cuenta las calidades de la persona a la que se le ha vulnerado tal derecho, y en este caso debe ser significativamente superior dada imposibilidad de reparar el daño sufrido *in natura*; el número de artículos publicados en los cuales se reprodujo la imagen del demandante sin su consentimiento; el tiempo por el cual persistió la vulneración (1 año); el carácter sistemático y reiterado de la conducta; el número de veces que la imagen del demandante fue replicada en internet y redes sociales.

La calidad de las partes, víctima (modelo independiente y no comercial) y el infractor (proveedor de contenido imágenes de personas). Perjuicio extrapatrimonial que debe ser compensado en la suma equivalente a 73 smlmv.

3. En ejercicio del derecho de réplica, la apoderada de la demandada reiteró que es cierto que Semana utilizó las fotografías objeto del reclamo en el portal www.finanzaspersonales.com.co, empero su uso se hizo bajo la autorización general que el mismo fotógrafo Daniel Robert Foster concedió a los usuarios de Flickr mediante la licencia Creative Commons atribución-NoComercial-CompartirIgual 2.0, el demandante fue quien publicó en una red social las fotografías para permitir a terceros su reproducción. El uso hecho por la demandada no fue un uso comercial pues fueron utilizadas en un portal web de acceso abierto, libre, ilimitado y gratuito al público en su momento y no hay prueba de que la publicación de las fotografías haya impactado positivamente la pauta publicitaria, no hubo intención de comercializar la obra ni la imagen y su fin era ilustrar un contenido.

Agregó, que el fotógrafo Foster no probó ser profesional reconocido y cotizado, y tampoco se demostró el valor de los perjuicios, Semana no los usó en “versión reducida” como alega el actor; ni se demostró la existencia de las licencias esgrimidas al estimar los perjuicios y el mismo demandante confesó que no había otorgado licencia alguna, las facturas arrimadas consisten en unos textos que no dan cuenta de la existencia de relaciones comerciales reales, no tienen sello de recibido de ninguno de los terceros que allí menciona, no hay prueba de que por ellas se hubiese hecho el pago allí indicado, tampoco se probó que correspondían a una licencia para usar fotos similares a las que son objeto de este litigio.

La publicación de las fotografías no cercena per se el derecho de paternidad, pues no se atribuyeron a otro autor, Semana no reclamó autoría sobre las mismas de alguno de sus empleados o contratistas; sólo se omitió mencionar al autor.

En el expediente no aparece prueba técnica que provenga de un tercero y sustente la valoración de esas fotos. El mismo demandante manifestó no recordar haber firmado con terceros contrato de licencia. Luego no cumplió con la carga de probar el daño que le incumbía; y tampoco se

arrimaron elementos de juicio de los que pudiera servirse para verificar el monto del daño, si bien es cierto Semana recibía contraprestación por la pauta publicitaria, no existe nexo causal entre la publicación de las fotografías y la existencia o aumento de la pauta publicitaria. No se probó la correlación lógica entre el valor habitual de mercado de las fotografías para los usos como el objetado en el litigio y la cifra reclamada en la demanda.

De ser procedente la indemnización debe estar en el rango más bajo atendiendo a que el autor estaba dispuesto a la divulgación cuando puso las fotos en una red social.

En cuanto a la reparación deprecada por el señor Quilaguy, no se probó que fuera modelo profesional, sólo aficionado a la moda que se toma fotos y las sube a las redes sociales sin remuneración alguna; no se probó que alguna de sus fotos hayan sido usadas en campañas publicitarias pagas y en su interrogatorio dijo que solamente habían sido publicadas en su propio blog, y en sus cuentas de Facebook e Instagram; no se demostró la existencia de Gregor Marvel, ni sus funciones allí, ni de alguna foto que le tomaran en su trabajo para esa entidad, ni del supuesto despido, ni del monto que dejó de percibir al perder su trabajo. Además, su imagen sólo aparece en una de las fotos, y como él lo admitió se dejó tomar voluntariamente la foto y permitió al señor Foster la publicara en Flickr, red social a que cualquiera puede acceder, lo que muestra un bajo nivel de celo en el cuidado de su imagen. No hay prueba del valor comercial del uso de la imagen del señor Quilaguy en una fotografía para catálogo paga.

En cuanto a los daños morales reclamados resulta absurda la suma que se pide por la publicación de una fotografía con la imagen de una persona que no goza de un reconocimiento especial.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la instancia.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente a los reparos señalados por los apelantes en la primera instancia, sustentados ante esta Colegiatura, atendiendo la pretensión impugnaticia que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. En sí, el punto de inconformidad de ambos demandantes y apelantes son los montos reconocidos por concepto de perjuicios, pues consideran que la indebida valoración probatoria conllevó a que la juez de primera instancia reconociera un valor irrisorio que no se compadece con lo probado y pretendido.

4. Si bien es cierto la decisión se circunscribe al reclamo en punto del resarcimiento a los demandantes, se impone para contextualizar el tema aludir al venero de la indemnización reclamada: la infracción de los derechos de autor.

4.1. Recientemente estudió la Corte Suprema de Justicia el tópico y anotó que: *“Por tanto, lo que el derecho de autor salvaguarda, es la forma en que, de forma concreta, esa idea, siempre que sea original, es expresada de una determinada forma, con independencia del soporte que se utilice para ello pues allí, estará contenida la impronta personal del autor.”* Y recordó que:

“Tal regla tiene consagración explícita en varios instrumentos internacionales, los cuales han sido suscritos por el Estado colombiano. En efecto, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) dispuso que «[1]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí» (artículo 2º); y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) prescribió que «[1]a protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí» (artículo 9º, numeral 2º).

Asimismo, en el pacto subregional se previó: «Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras... No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial». (artículo 7º de la Decisión 351 de 1993).

Idéntica disposición está contenida en el inciso segundo del artículo 6º de la ley 23 de 1982, a saber: «Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son

objeto de apropiación. Esta ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias científicas y artísticas».

(...) De antaño había manifestado [la jurisprudencia] : «El medio de expresión es el resultado de toda producción espiritual que se proyecta a través de diversas formas. Por ello, su protección se produce mediante el reconocimiento y la reglamentación uniforme y universal del derecho intelectual», por medio del «monopolio o privilegio exclusivo de la explotación a favor del titular» el «[a]mparo del derecho moral del autor» y «[s]u temporalidad, referida exclusivamente al aspecto patrimonial del derecho»” (CSJ, Sala Plena, 4 jul. 1986 GJ n.º CLXXXVII, 2426, p. 8 y 9).”

4.2. La normativa en materia de derechos de autor, ley 23 de 1982 establece que:

“Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación, tales como: los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin ella; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabada, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias, y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”¹.

4.3. En lo atinente al régimen de reparaciones está previsto en el artículo 57 de la ley 44 de 1993²:

*“Artículo 57º.- Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta:
El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización.
El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación.
El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita.”*

¹ Artículo 2º Ley 23 de 1982

² Que modificó la ley 23 de 1982 y la ley 29 de 1944

4.4. El artículo 32 de la ley 1915 de 2018³ consagra las indemnizaciones preestablecidas así:

“La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la presente ley, relacionados con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos, podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido.”

4.5. Sobre las indemnizaciones preestablecidas la Corte Constitucional en la sentencia C-345/2019⁴, explicó:

*“[E]n principio solo después de que se ocasiona un daño es posible medir su magnitud y cuantificar monetariamente el valor de las afectaciones que este produjo. Contrario a tal dinámica, las indemnizaciones preestablecidas, como su nombre lo indica, son cuantificaciones de un daño **previas** a su ocurrencia y **generales**, en la medida en que están previstas para cualquier daño que en abstracto pueda suceder y que encaje en categorías abiertas y predeterminadas. En otras palabras, en las tasaciones previas de los daños siempre se juega con el riesgo de que el perjuicio pueda resultar siendo mayor o menor al daño efectivamente sucedido, pero tiene la característica de que exime de la carga de probar el importe del daño.*

(...)

*39. En definitiva, aunque aún el Gobierno nacional no ha reglamentado las indemnizaciones preestablecidas por la infracción de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la Ley 1915 de 2018 relacionadas con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos, de modo que todavía son inciertos los detalles y minucias de su funcionamiento, es posible afirmar que, de conformidad con el análisis de otras instituciones jurídicas análogas, esto es, la cláusula penal, las indemnizaciones a las víctimas del conflicto armado por la vía administrativa, las indemnizaciones por pérdida de capacidad laboral en el sistema de riesgos profesionales, la indemnización a forfait a favor de militares y policías y las indemnizaciones por infracción a los derechos de propiedad marcaria, la Corte entiende que las indemnizaciones preestablecidas son una figura que pretende valorar, con anterioridad a la ocurrencia de un daño, **el monto del perjuicio**, lo que supone que no debe probarse la tasación del daño efectivamente provocado, pero sí debe probarse el daño. Simultáneamente, las indemnizaciones preestablecidas se respaldan constitucionalmente, según el*

³ Por la cual se modifica la ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derechos de autor y derechos conexos

⁴ De 31 de julio de 2019. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado

caso, en los principios de economía procesal, de autonomía personal, de igualdad material, de celeridad en la protección de víctimas de daños para hacer efectivos sus derechos y de acceso a la administración de justicia.”

4.6. En materia de indemnizaciones preestablecidas en infracciones marcarias, por ejemplo, la ley 1648 de 2013⁵ en su artículo 3º previó: *“La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción marcaría podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido”*, normativa reglamentada por el decreto 2264 de 2014 que en el artículo 1º inciso 2º consagra:

“Para los efectos del presente decreto, se entenderá que si el demandante al momento de la presentación de la demanda opta por el sistema de indemnización preestablecida, no tendrá que probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción, tal como lo establece el artículo 243 de la Decisión Andina 486 y, por lo tanto, sujeta la tasación de sus perjuicios a la determinación por parte del Juez de un monto que se fija de conformidad con la presente reglamentación.”

Y en el artículo segundo se indica:

“En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada marca infringida. Esta suma podría incrementarse hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca.

Parágrafo. Para cada caso particular el juez ponderará y declarará en la sentencia que ponga fin al proceso el monto de la indemnización teniendo en cuenta las pruebas que obren en el proceso, entre otras la duración de la infracción, su amplitud, la cantidad de productos infracción y la extensión geográfica”

5. Directrices a aplicar al adoptar la decisión son las suministradas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, entidad que en emitió Interpretación Prejudicial el 21 de junio de 2021 para este proceso, en la que señaló *“que con relación con el derecho de imagen alegado por el señor JUAN DAVID QUILAGUY BERMÚDEZ, este asunto deberá ser resuelto conforme el derecho interno, toda vez que la Decisión 351 no regula este presupuesto”* y en tal sentido debe acudir al

⁵ Por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial

principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria, según el cual *“se deja a la legislación de los países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica”*.

En cuanto a la obra fotográfica señaló 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”*.

Indicó que *“los derechos morales protegen la correlación autor-obra sobre la base de los intereses intelectuales y espirituales del autor en relación con su obra”*, y conforme al artículo 11 de la decisión 351 se caracterizan por *“su imprescriptibilidad, inalienabilidad, inembargabilidad e irrenunciabilidad. **El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento,** (...) 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, derecho que se conoce como paternidad de la obra”*.

Refiriéndose a los derechos patrimoniales enseñó que *“éstos agrupan todas aquellas facultades que posee el autor de la obra en relación con las diferentes utilizaciones económicas de la misma”* tal como lo enlista el artículo 13 de la decisión 351; de conformidad con su naturaleza los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales y en cuanto a su carácter patrimonial tienen previsto una serie de excepciones que bien pueden ser libres y gratuitas o sujetas a remuneración, así la decisión 351 en su capítulo VII *“establece, de manera no taxativa, una serie de limitaciones y excepciones libres y gratuitas al derecho de autor, dentro de las que destacan: el derecho a citar las obras publicadas cumpliendo ciertos requisitos para ello, el uso para fines educativos, el uso para fines personales, el uso para actuaciones judiciales o administrativas, entre otros”*, por ello los derechos patrimoniales no son absolutos se encuentran restringidos por esa serie de limitaciones y excepciones *“las cuales para ser consideradas como tales, no deberán causar perjuicios*

injustificados a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos (usos honrados) y no deberán afectar la normal explotación de la obra”.

Enseguida explicó que los usos honrados, *“son los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”* tal como lo enseña el artículo 3º de la Decisión comentada; y puntualizó: *“Este Tribunal considera pertinente responder que la normal explotación de una obra implica una solicitud previa de autorización y/o permiso para poder usar la imagen o reproducción de la obra. Los titulares de los derechos patrimoniales y morales pueden o no autorizar el uso de la obra; y si lo hacen, tienen derecho a una contraprestación, si así fuere pactado. El uso de la imagen de una obra sin la respectiva autorización y/o permiso de sus titulares, ocasiona un perjuicio a sus legítimos intereses, al haber dejado de percibir una contraprestación a la que tenían pleno derecho, salvo en el supuesto de los usos honrados y honestos.”*

Haciendo remembranza del estudio elaborado por el Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI y el artículo 9.2 del Convenio de Berna destacó las 3 condiciones que deben respetarse para que una excepción al derecho de reproducción se justifique por el derecho interno *“a) el uso debe limitarse a usos no comerciales, b) los usos no entrarán en conflicto con la explotación normal de la obra y, c) el uso no puede causar perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*, criterios que deben verificarse a fin de determinar que una excepción al derecho de reproducción se está aplicando correctamente.

En lo concerniente a la explotación normal de la obra refirió que el Comité mencionado de la OMPI *“estableció que la frase ‘explotación normal’ incluye ‘además de las formas de explotación que generan actualmente ingresos importantes o apreciables, las formas de explotación que con cierto grado de probabilidad y plausibilidad, podrían adquirir considerable importancia económica o práctica’”*.

Iteró que *“los derechos patrimoniales, contrariamente a los derechos morales, en atención a su propia naturaleza, son exclusivos, de contenido ilimitado disponibles expropiables, renunciables, embargables y temporales”* y el artículo 13 de la Decisión 351, en una lista no taxativa, establece *“sobre los derechos exclusivos que le permiten al autor o sus derechohabientes realizar autorizar o prohibir los siguientes actos de explotación: a) la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento”*; facultad está que guarda relación con el artículo 9 del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, concluyendo que *“el derecho*

patrimonial de reproducción tiene como objetivo que el autor o titular pueda generar copias totales o parciales de la obra original o transformada, por cualquier medio o procedimiento, lo que implica la facultad de explotar la obra. Siendo ello así, cualquier persona que no cuente con la autorización del titular de la obra para su reproducción infringe este derecho, por lo tanto, esta conducta constituirá una infracción al derecho de autor y, en consecuencia, deberá ser sancionada”.

En cuanto a la facultad del literal “b) la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras los signos los sonidos o las imágenes”; explicó que “Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas” debiendo presentarse 2 elementos para entender que ese acto es indebido: i) que un tercero sin autorización del autor o titular de una obra la ponga a disposición de una pluralidad de personas o permita que tengan acceso a ella; ii) que no haya existido una previa distribución de ejemplares de la obra a dichas personas.

Respecto de la indemnización por daños y perjuicios en los casos de derechos de autor y con base en el literal a) del artículo 57 de la decisión 351 señaló el Tribunal que la reparación debe ser integral y por tanto incluir el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral; y ella implica el traslado de la afectación a aquella persona que la produjo. Rematando que “Corresponde a los países miembros regular, mediante su legislación interna, las vías (sede administrativa o instancia judicial) a través de las cuales las personas puedan obtener la reparación o indemnización por los daños generados por la configuración de infracciones contra sus derechos de autor”.

Ilustró que el artículo 30 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena “Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos” establece que “las licencias de uso en relación con las obras protegidas por el derecho de autor se regirán por lo previsto en la normativa interna de los países miembros”; de todas maneras en sus artículos 31 y 32 prevé pautas de actuación “Por un lado, propugna por el respeto de la autonomía de la voluntad privada al encuadrar las licencias de uso a las formas y modalidades de explotación pactadas en el contrato respectivo, lo que implica que las demás formas o modalidades de explotación no hacen parte del objeto contractual; y, por otro lado, fija un piso de protección frente a las licencias legales u obligatorias que puedan ser reguladas en la normativa interna: no ‘podrán exceder los límites permitidos por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas o por la Convención Universal sobre Derecho de Autor”, siendo el sistema internacional

multilateral de protección del derecho de autor un límite a la reglamentación interna.

Evocando el artículo 34 de la Decisión 351, indicó que ésta *“ha limitado el ejercicio del derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes, para autorizar o prohibir la comunicación pública de aquellas interpretaciones o ejecuciones que formen parte o se encuentren contenidas en una fijación realizada con su consentimiento previo; asimismo, tampoco se pueden oponer a la comunicación pública de una interpretación o ejecución, cuando constituya por sí misma una ejecución radiodifundida”*.

6. Como *ut supra* se anotó las fotografías fuente de controversia fueron publicadas por el señor Foster en la plataforma Flickr con la licencia nominada *Creative Commons*, cuyo texto y traducción oficial fueron allegadas con la demanda, según la *“Licencia de uso de Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 2. = Genérica (CC BY-NC-SA 2.0)”* se otorga libertad de compartir: copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato y, de adaptar: remezclar, retocar y crear a partir del material, siempre que se dé el crédito correspondiente, se proporcione un enlace a la licencia y se indique si se hicieron cambios; además, el material no puede ser utilizado con fines comerciales y si el material se remezcla se deben distribuir sus aportes bajo la misma licencia que el original y no se pueden aplicar términos legales o medidas tecnológicas que impidan a otros realizar cualquier cosa que permita la licencia.

Acerca de tales licencias se ha dicho:

“Las Licencias de derechos de autor Creative Commons y sus herramientas, forman un equilibrio dentro de la premisa tradicional de “todos los derechos reservados” que las leyes de propiedad intelectual establecen. Nuestras herramientas proporcionan a todo el mundo, desde el creador individual a grandes compañías, así como a las instituciones, una forma simple y estandarizada de otorgar permisos legales a sus obras creativas. La combinación de nuestras herramientas y nuestros usuarios conforma vasta y creciente patrimonio digital un conjunto de contenido que puede ser copiado, distribuido, editado, remezclado y desarrollado, todo ello dentro de los límites de la ley de propiedad intelectual”⁶.

Frente a su justificación se ha señalado:

⁶ [Creativecommons.org/licenses/?lang=es_ES](https://creativecommons.org/licenses/?lang=es_ES).

“Todas las licencias de Creative Commons tienen muchas características importantes en común. Cada licencia ayuda a los creadores - a los que llamamos licenciadores al utilizar nuestras herramientas - a retener los derechos de propiedad intelectual al mismo tiempo que permiten a otros copiar, distribuir y hacer algunos usos de su obra - al menos para finalidades no comerciales. Cada licencia de Creative Commons también asegura que los licenciadores sean reconocidos como autores de su obra como se merecen. Cada licencia de Creative Commons es vigente en todo el mundo y dura tanto como duran los derechos de propiedad intelectual aplicables (porque están construidas a partir de las leyes de propiedad intelectual). Estas características comunes sirven como base, sobre la cual los licenciadores pueden optar por otorgar permisos adicionales en el momento de decidir cómo quieren que sea utilizada su obra.

El licenciador de Creative Commons responde a unas pocas cuestiones sobre el camino de escoger una licencia – en primer lugar, quiero permitir el uso comercial o no? y segundo quiero permitir obras derivadas? Si el licenciador decide permitir obras derivadas, podrá a su vez exigir eso mismo a cualquiera que utilice la obra – las llamamos – para hacer una obra accesible bajo los mismos términos de licencia. Lo llamamos "Compartir Igual" y es uno de los mecanismos que (de ser escogido) permite que con el tiempo el patrimonio digital crezca. Compartir Igual se inspira por la GNU General Public License, utilizada por muchos proyectos libres y de software abierto.

Nuestras licencias no afectan a las libertades que la ley proporciona a los usuarios de obras creativas que de otra forma resultan protegidos por derechos de copyright tales como el de trato justo. Las licencias de “creative commons requieren a los licenciarios obtener permiso para utilizar una obra, de cualquier otra forma que siendo reservada de forma exclusiva al licenciador y no resulte expresamente permitido por licencia. Los licenciarios deben reconocer al licenciador, mantener los avisos legales intactos en todas las copias de la obra, y vincular la licencia a las copias de la obra. Los licenciarios no podrán utilizar ninguna medida tecnológica que restrinja a otras personas el acceso a la obra”.

Existen entre 6 y 7 tipos de licencias *creative commons*, entre ellas se encuentra la siguiente:

*“Reconocimiento-NoComercial
CC BY-NC*

Esta licencia permite a otros entremezclar, ajustar y construir a partir de su obra con fines no comerciales, y aunque en sus nuevas creaciones deban reconocerle su autoría y no puedan

*ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos”.*⁷

6.1. Conforme a lo anterior, se tiene que los elementos para determinar la infracción a los derechos de autor que está protegido con una licencia de *creative commons* es que se utilice y no se reconozca su autor, y que la utilización de la obra protegida se realice a fin de lograr un provecho económico para el infractor.

7. En el caso en concreto se tiene por probado que efectivamente se hizo uso de las fotografías registradas y, que, además, ellas fueron utilizadas digitalmente en la página web www.finanzaspersonales.com.co, sin indicar el nombre del autor. De ello dan cuenta las pruebas documentales allegadas, y, en todo caso es hecho admitido por la demandada al afirmar *“es cierto que Publicaciones Semana S.A. utilizó las fotografías respectivas, como elemento secundario y decorativo”*.

8. La excusa de la defensa en cuanto a que fueron utilizadas como *“elemento secundario”*, no es admisible toda vez que se emplearon en varias oportunidades en temas relacionados con las gráficas.

Obsérvese que la fotografía *talking on the phone / home office* (registrada) fue usada así:



El 25 de marzo de 2015, artículo *“Recomendaciones, la forma más útil para conseguir trabajo”*. Obra: *talking on the phone / home office* de propiedad del señor Daniel Foster, registro # VA1-859-408⁸. Imagen Juan David Quilaguy Bermúdez.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Folio 20 del cuaderno digital 1.

El 27 de abril de 2015, artículo *“Cómo trabajar desde la casa sin volverse loco”*.

El 7 de mayo de 2015, artículo *“Nueve formas distintas para ganar dinero extra desde su casa”*.

El 4 de junio de 2015, artículo *“Cómo salir a las 5 pm de su trabajo y haberlo hecho todo”*.

El 13 de julio de 2015, artículo *“Ganar dinero con encuestas, ¿De verdad funciona?”*.

El 3 de septiembre de 2015, artículo *“Una forma práctica para hacer sus pagos”*.

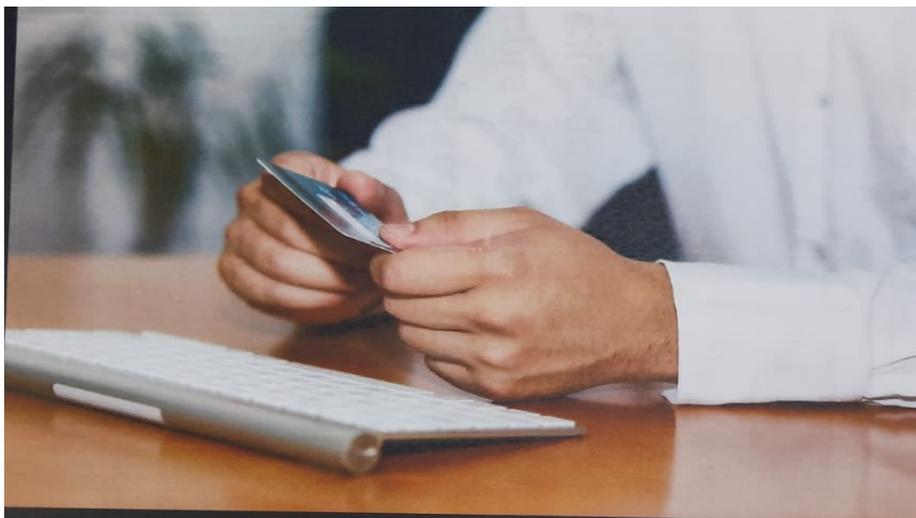
En tanto la fotografía *“serious business - phone call”* con registro # VA 001919051:



Imagen que se usó el 6 de octubre de 2015, con el artículo *“Más beneficios para los usuarios de telefonía celular”*⁹. Y también apareció el 22 de octubre de ese mismo año para ilustrar el artículo titulado *“Cansado de que lo llamen para venderle productos o servicios”*.

Y en cuanto a la obra *“Online shopping”* -sin registro- fue utilizada el 6 de marzo de 2015, con artículo *“Acuerdo tecnológico aumentará productividad en agencias de viaje”*

⁹ Folio 21 cuaderno digital 1.



8.1. Luego, para el caso examinado, de las obras fotográficas *talking on the phone / home office* y *serious business - phone call*, no se puede concluir que su uso fue meramente accesorio sino que con ellas se reafirmaba o respaldaba visualmente el contenido escrito de cada uno de los artículos expuestos, al punto que fueron utilizadas en varias oportunidades.

Entiende la Sala que con el actuar de la demandada exteriorizó el interés, gusto e identificación del contexto con las imágenes captadas por el demandante y, con los artículos acompañados de la foto en que aparece la imagen del señor Quilaguy, se creó una especie de seriado o secuencia engranando con la misma fotografía los temas tratados.

8.2. Respecto de la obra *“Online shopping”*, fue utilizada en una sola oportunidad, y aunque no se vislumbra un vínculo estrecho de la imagen con el texto, tampoco puede concluirse que sólo “decoraba” el artículo.

9. Todas las obras fueron expuestas en la página web [www.finanzaspersonales.com.co.](http://www.finanzaspersonales.com.co), por lo que pudieron reproducirse de forma masiva, así como también alterarse y transformarse muchas veces, sin tener en cuenta los derechos de autor que poseen por la falta de referencia de aquellos por parte de la demandada. Resalta la Sala que la tecnología digital ofrece la posibilidad de fácil difusión de la información. Desde la perspectiva de los derechos de autor, el Internet ha sido descrito como *“la máquina de copia más grande del mundo”*¹⁰ al punto que, se puede reproducir un número ilimitado de copias, casi instantáneamente, y

¹⁰ LAUREN GIBBONS, Paul. Current copyright law doesn't adequately cover the Internet. En: PC Week, 27 de enero de 1997. Disponible en: <http://www.securityonline.com/info/pcweek.html>

está disposición del público en todo el mundo y esto no puede ser ignorado en este asunto.

9.1. Es más, en el concepto emitido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se indicó que la transmisión también podía hacerse por radiodifusión, que incluía *“por cable distribución, el cual consiste en la distribución de señales portadores de imágenes y/o sonidos, para el público a través de hilo, cable, fibra óptica, entre otros”*.

El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna¹¹, y las excepciones permitidas en virtud del mismo son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida constituye una reproducción en el sentido del precepto en comento:

“[Derecho de reproducción: 1. En general; 2. Posibles excepciones; 3. Grabaciones sonoras y visuales]

1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

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.

3) Toda grabación sonora o visual será considerada como una reproducción en el sentido del presente convenio

Además, *“toda vez que esta reproducción beneficie económicamente a la persona que la realiza y se genere un perjuicio al titular del derecho de autor, se entenderá que se están infringiendo sus derechos patrimoniales, incluyendo el de reproducción”¹²*. Por tanto, para hacer uso de una obra protegida por el derecho de autor se debe contar con autorización previa de su creador, situación que no ocurrió aquí como está ampliamente probado.

Y es que el objeto social de la demandada, según da cuenta su certificado de existencia y representación, no está dirigido a fines altruistas o sin ánimo de lucro, como para predicar que por el mero acceso gratuito a su publicación

¹¹ Para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, aprobado por la ley 33 de 1987

¹² RICO CARRILO, Mariana. Derecho de las nuevas tecnologías. Buenos Aires: Roca Editorial, 2007, p. 446.

web finanzas personales, no reporta ningún beneficio, o al menos no tiene esa posibilidad.

10. Así las cosas, no cabe la menor duda que la demandada usó las obras fotográficas registradas del actor Daniel Foster y en una de ellas aparece el señor Quilaguy, e indiscutible es que no reconoció la autoría del fotógrafo ni del modelo.

Lo anterior imponía adentrarse en el estudio de la reparación de los daños, no a la luz de indemnizaciones preestablecidas, sino siguiendo las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, puesto que el titular del derecho infringido no optó por aquellas, sino por ésta (artículo 32 de la ley 1915 de 2018 *ut supra* citado) como se constata de la lectura integral del libelo inaugural.

Y para su estimación deben considerarse las pautas del artículo 57 de la ley 44 de 1993, particularmente en lo atinente al valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación y el lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita, que fueron los aspectos planteados por el extremo actor.

Contrario a la conclusión del juez de primer grado, considera la Sala que sí hay elementos de juicio que demuestran el daño pecuniario padecido por el titular del derecho de autor.

En efecto, el señor Daniel Robert Foster allegó certificación, con traducción oficial, que da cuenta de que es miembro de la Real Sociedad Fotográfica [The Royal Photographic Society] desde agosto de 2014; así como del registro de las Fotografías de Daniel Foster 2012 Vc11 y del material visual (integrado por las fotografías publicadas del 28 de marzo y el 17 de junio de 2014 entre las que se incluyen "*Talking on the Phone*" y "*Online Shopping*". que son materia aquí de discusión) ante la Oficina del Derecho de Autor de Estados Unidos.

Así mismo, se aportaron diversas facturas expedidas por el señor Foster por concepto de licencias de sus obras, con las que autorizaba a otras personas para la utilización de sus trabajos, en ellas se consignan los datos del emisor de la factura (domicilio, correo electrónico, número de identificación fiscal, cuenta bancaria) los del licenciatario, número de la factura, referencia, fechas de la factura y de

pago, la descripción del concepto y valor; documentos que no fueron tachados de falsos y de ellos se presume su autenticidad. Por lo cual nada impide su valoración.

Justipreciando tales documentos, para la ponderación buscada, se tomaran las facturas que guardan similares características, en cuanto a la época y moneda en que se extendieron, que corresponden a la descripción “*En línea/comercial*”

Factura	Obra	Valor
2014-0018	“Girls Riding a Bike”	£ 500,00
2014-0023	“Shard on the Thames”	£ 325,00
2014-0026-2	“Ligth Collector”	£ 175,00
2014-0028	“Online Banking”	£ 300,00
		£1.300,00

De allí que, en promedio el autor fotógrafo otorgaba licencias para el uso comercial de sus obras por una contraprestación de £320,00.

Las restante facturas no sirven de parámetro puesto que además de estar en otra moneda (euros) aluden a descripciones disímiles, para múltiples licencias y para varios años.

De otra parte se tiene que, la obra *titulada talking on the phone* fue reproducida en seis artículos digitales distintos, en la página web www.finanzaspersonales.com.co y, estuvo en esa red por lo menos casi ocho meses, entre el 25 de marzo de 2015, data de la primera publicación hasta por lo menos el 10 de noviembre de 2015, fecha en que se imprimieron las documentales que acreditan el uso de la imagen¹³.

Así mismo, ocurre con la obra “*serious business - phone call*” la cual fue reproducida en dos artículos digitales distintos, en la página web www.finanzaspersonales.com.co, y estuvo en la red por lo menos seis meses, del 29 de mayo de 2015 al 10 de noviembre del mismo año, data en que se imprimieron las pruebas documentales allegadas con la demanda.

La última fotografía “*Online shopping*”, como ya se dijo, sólo se publicó una vez.

¹³ Folio 127 del cuaderno digital 1.

En tal virtud y, considerando los diversos factores anunciados, habiendo sido utilizadas 9 veces las mencionadas fotografías, en el ejercicio de ponderación realizado, el total del derecho pecuniario asciende a £2880, que se reconoceran al demandante Daniel Foster.

10.1. Aquí es importante destacar que conforme al artículo 206 de la ley 1564 de 2012, el demandante estimó los perjuicios en £11.880; pero sólo resultaron probadas £2880, por tanto debe darse aplicación al inciso cuarto de dicho precepto según el cual *“<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.”*

10.2. Y en cuanto hace a la objeción a la estimación jurada, fue erigida en que el demandante pide sus perjuicios basado en el artículo 57 de la ley 44 de 1993, sin embargo el cálculo se sustenta en *“supuestas”* licencias otorgadas sobre obras distintas a las que son base del reclamo en este proceso, cuya existencia naturaleza y características se desconocen y *“muy seguramente”* difieren sustancialmente de las aquí involucradas. Argumentos que son vagos, imprecisos y carentes de prueba.

Dijo el objetante que la suma pedida resulta excesiva y no corresponde a las circunstancias en que Publicaciones Semana utilizó la obra, ni los parámetros de mercado que *“eventualmente”* la demandada paga para usar una obra de similares características; las fotografías se usaron en la versión digital de una publicación para Colombia dirigida al público colombiano, por tanto no puede reclamarse por un uso de alcance global o en otros continentes; además Publicaciones Semana *“usualmente”* paga por ese tipo de material en pesos colombianos. Alegato que agregó más hipótesis, sin que se acreditara que la revista digital www.finanzaspersonales.com, tuviere restricción nacional y que a ella no se puede acceder de ninguna otra parte del mundo. Por lo demás, debe reprochar la Sala el que se menosprecie ahora el trabajo del fotógrafo con el fin de minimizar la conducta infractora de la demandada; cuando tomó de la plataforma Flickr las fotos y las publicó, sin permiso, no le parecieron de poco valor o significado,

por el contrario tanta importancia les dio que las utilizó en repetidas oportunidades como ya se vio.

Concluyó que las fotografías nunca han sido objeto de licencia, lo que tampoco se demostró, pero en todo caso eso no significa que la demandada podía usarlas sin autorización y sin pagar contraprestación.

Indicó, nuevamente menospreciando el derecho del autor, que de haberse otorgado licencia su precio debía ser “ínfimo” sujeto a las particulares negociaciones que el fotógrafo adelanta con la parte interesada en utilizar sus obras. Tampoco explicó por qué debía ser “ínfimo” el precio.

Admitió que Publicaciones Semana ha pagado sumas que oscilan entre \$250.000 y \$2'000.000 por material fotográfico en similares condiciones a las utilizadas del demandante y bancos de imágenes ponen a disposición fotografías por precios entre \$80.000 y \$650.000 en www.fotocolombia.com; U\$49 por una fotografía y U\$1699 por 25 fotografías en www.shutterstock.com; entre U\$50 y U\$500 en www.gettyimages.es.

Siguiendo tal parámetro el justiprecio que aquí se ha realizado de £320 por fotografía, con base en las facturas antedichas, haciendo las respectivas conversiones se ubica dentro de tales rangos; y si Publicaciones Semana aspiraba negociar otro valor debió hacerlo con el fotógrafo antes de usarlas.

Objetó igualmente el daño moral deprecado, lo cual resulta impertinente pues el juramento estimatorio no aplica para la cuantificación del daño extrapatrimonial, como lo señala el artículo 206 de la obra procesal civil.

11. En cuanto concierne al derecho de paternidad de las obras emerge coruscante su procedencia, como quiera que, tal como lo advirtió el Tribunal Andino de Justicia, el artículo 11 de la Decisión 351 “ ***El goce de este derecho faculta al autor, entre otras cosas, para reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento, (...) 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, derecho que se conoce como paternidad de la obra***”.

Resulta indiscutible que, como ya se ha concluido y a riesgo de fatigar, el señor Daniel Foster es el autor de las

fotografías tantas veces mencionadas, que la demandada uso en las publicaciones reseñadas sin su autorización, pero sobre todo sin mencionar al fotógrafo quien legal y moralmente tiene el derecho de que se reconozca su autoría.

De allí que, la Sala habrá de acoger el pedimento en ese sentido para que la demandada, publique tal reconocimiento.

12. Finalmente, en lo que se refiere al derecho a la imagen cuyo amparo reclama el señor Quilaguy, pertinente es traer a colación la jurisprudencia nacional:

“5. El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia constitucional

5.1. La Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la propia imagen es autónomo e inherente a la persona, aun cuando puede ser lesionado de manera concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre. La jurisprudencia ha resaltado que el derecho a la propia imagen constituye una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona, y se encuentra estrechamente vinculado a su dignidad y libre desarrollo de la personalidad^[27].

Para la Corte, “una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad impiden que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación de terceros”^[28]. Por ende, se ha reiterado que es necesario el consentimiento del titular de la imagen para que terceras personas puedan hacer uso de esta, es decir, publicarla, exponerla, reproducirla o comercializarla de manera libre.

5.2. En cuanto al alcance de la autorización a terceros para difundir la imagen de una persona con fines comerciales en el marco de una relación contractual, la Corte ha precisado que dicha autorización no puede entenderse como una renuncia al derecho a la propia imagen. En este sentido se ha indicado:

“[C]uando en virtud de un contrato se permite la explotación comercial de la imagen o de la voz de una persona, en ejercicio de una actividad profesional (modelos, actores y locutores, por ejemplo), la utilización que se haga de aquéllas es lícita. Pero, una vez concluido el término del contrato y agotado el cometido del mismo, el dueño de la imagen o de la voz recupera su derecho a plenitud y, por tanto, quien la venía difundiendo queda impedido absolutamente para seguir

haciéndolo, si no cuenta con el consentimiento expreso del afectado o renueva los términos de la convención pactada.

Ahora bien, cualquier acto que desconozca este principio constituye ostensible abuso, contrario a los derechos fundamentales del titular de la imagen, que está, obviamente, sometido a la jurisdicción y competencia del juez constitucional. Este, que tiene a su cargo velar por aquéllos, goza de competencia para impartir las órdenes necesarias, con miras a impedir que la violación de tales derechos se prolongue en el tiempo, mediante la explotación no consentida de la imagen del solicitante”^[29].

5.3. Ahora bien, en la sentencia T-634 de 2013 la Corte delimitó el alcance que tiene la autorización del uso de la imagen por parte de terceros, y precisó que la mera autorización no implica que en todos los casos se excluya la posibilidad de una vulneración al derecho fundamental a la propia imagen. Por lo tanto, los jueces constitucionales deben estudiar cada caso concreto para determinar si existe una vulneración de un derecho fundamental, incluso cuando media una autorización para el uso de la propia imagen. En este sentido, en dicha sentencia la Corte fijó los siguientes parámetros:

“(i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv) la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general, encuentra un límite constitucional en el respeto a los derechos fundamentales”^[30]¹⁴.

13. También es innegable que la publicación de la fotografía *"Talking on the Phone/Home Office"*, en la que aparece el señor Quilaguy Bermúdez no contaba con autorización de éste, luego el quebrantamiento de su derecho es evidente.

14. Se sigue de ello que ameritaba ser resarcida la lesión sufrida; y, en cuanto a ello reprocha que el daño pecuniario rogado no se halla reconocido cuando en su criterio la conducta del infractor le generó la pérdida de oportunidad. Sobre este tópico debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de junio de 2008, en el expediente 2000-01141-01 indicó que consiste en: *“la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T407A/18 del 27 de septiembre de 2018. MP. Diana Fajardo Rivera

legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro o, para evitar una desventaja, pérdida o afectación ulterior del patrimonio.”

En el *sub lite*, el citado demandante dijo al responder el interrogatorio que le fue propuesto, que Gregor Marvel finalizó el contrato que tenía por haber sido exhibida su imagen en un sitio web, en Publicaciones Semana S.A. y, aseguró que de ello da cuenta la carta traducida aportada al expediente.

Remitidos a la traducción de la misiva que el 12 de junio de 2015 Gregor Marvel le envió al señor Quilaguy se lee: *“Como bien sabe, GreOrMarvel se destaca por su diseño alternativo y no comercial y nos esforzamos por ofrecerles a nuestros clientes un pedazo de exclusividad que no es fácil de encontrar. Su llegada a nuestra empresa al principio del año representó una nueva faceta en nuestro concepto; sin embargo, pensamos que es hora que usted pase a un campo más comercial, ya que nuestras necesidades han cambiado”*.

De tal comunicación no se extrae, por tanto, que la génesis de la decisión de terminación del contrato fue porque fotografías del demandante hubiesen aparecido publicadas en la revista Finanzas Personales, el motivo expuesto fue que las necesidades de la compañía cambiaron; además, no se aportó algún documento que implicara exclusividad por parte del señor Quilaguy con dicha compañía.

En tal virtud, la mera aseveración del actor, o por sí solo el referido documento no acreditan la privación de una oportunidad legítima; como tampoco se demuestra que tal situación persistió en el tiempo.

Corolario de ello es la ausencia de prueba del daño pecuniario cuya reparación se deprecó. Ergo, la censura no puede tener acogida.

15. Ambos demandantes manifestaron su disenso respecto del monto que les fuera asignado como reparación al daño no pecuniario, por lo que aquí se examina conjuntamente.

En la esfera de daños extrapatrimoniales debido a la constitucionalización del derecho privado, cuya fuente

normativa es el artículo 90 de la Constitución Nacional, la jurisprudencia ha involucrado otras afectaciones:

“el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial –además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.

Así fue reconocido por esta Sala en providencia reciente, en la que se dijo que ostentan naturaleza no patrimonial: “...la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad –verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.–, o a la esfera sentimental y afectiva...” (Sentencia de casación de 18 de septiembre de 2009) [Se subraya]

Estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisonomía y peculiaridades que las distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo.

(...) el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: i) mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); ii) como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, iii) como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.

(...)

Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una

especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda."¹⁵

Y en cuanto a la cuantificación de la indemnización anotó:

“La reparación del daño no patrimonial, por el contrario, no cumple una función resarcitoria en sentido estricto, pues ningún bien material es equiparable al valor absoluto de la dignidad humana, el cual es, por lo tanto, irremplazable.

De manera que, por regla general, el desagravio del perjuicio no patrimonial carece de la virtualidad de producir un enriquecimiento injusto, pues los bienes jurídicos inherentes a la persona humana no tienen equivalencia en dinero. Luego, si la medida de satisfacción que se reconoce no lleva implícito un provecho económico sino más bien de simple consolación, satisfacción o compensación, entonces es desacertado afirmar que la misma puede dar lugar a cualquier tipo de lucro.

(...)

La pauta de esta justa proporción la marca el criterio de razonabilidad del juez, pues es esa noción intelectual que le permitirá determinar en cada caso concreto si la medida de satisfacción que otorga en razón del daño a la persona es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa infligida a su dignidad.”

15.1. Guiados por las anteriores premisas, para el caso concreto los montos justipreciados por la funcionaria de primera instancia por el concepto en cuestión, no lucen desproporcionados, pues si bien es cierto la demandada infringió los derechos de autor y de imagen de uno y otro demandante, no lo es menos que no constituyó una afrenta a su dignidad como personas; tampoco la parte actora alegó y probó el detrimento que soportaron, la intensidad del agravio ni la magnitud de la afectación a los bienes jurídicos de los que son titulares y constitucionalmente protegidos.

Los factores que relacionan los apelantes se deben tener en cuenta, a más que no aparecen respaldados probatoriamente, tampoco guardan relación con el daño extrapatrimonial deprecado; y es que debe procederse con cautela para no confundirlo con otra especie de daño extrapatrimonial y menos con el patrimonial.

En criterio de la Sala entonces, las sumas reconocidas se muestran razonables y ponderadas.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 5 de agosto del 2014, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez (SC10297-2014, Rad. 11001310300320030066001)

16. Finalmente se observa que la sentencia de primer grado, aunque impuso condenas a la demandada omitió hacer pronunciamiento expreso en su parte resolutive sobre la fuente de tal condena, y de manera contradictoria en su numeral 4º dispuso “*Negar las demás pretensiones de la demanda*”. Considera la Sala que si bien ello no fue objeto de apelación, resulta imperioso proceder a ajustar y complementar las determinaciones que definen la controversia (artículos 281, 287 y 328 de la ley 1564 de 2012).

En cuanto a la condena en costas, se condenará a la parte demandada al pago del 80% a favor de la actora.

En este orden de ideas, se modificará la decisión de primer grado.

DECISIÓN

Por lo explicado en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

MODIFICAR la sentencia emitida el 30 de mayo de 2019, por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, cuya parte resolutive para mayor claridad quedará así:

PRIMERO: Declarar probada la excepción de “*Inexistencia de los elementos que configuran responsabilidad extracontractual entre la supuesta terminación del vínculo contractual entre Juan David Quilaguy y “GreOrMARvel” y la conducta desplegada por Publicaciones Semana S.A.*”, propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: Declarar infundados los restantes medios exceptivos formulados por la demandada.

TERCERO: Declarar que Publicaciones Semana S.A., infringió los derechos morales y patrimoniales del señor Daniel Robert Foster, en su calidad de autor de las obras fotográficas tituladas “*Talking on the Phone/Home Office*”, “*Serious Business-Phone Call*” y “*Online Shopping*”.

CUARTO: Declarar que Publicaciones Semana S.A., transgredió el derecho fundamental a la propia imagen del señor Juan David Quilaguy Bermúdez.

QUINTO: Ordenar a Publicaciones Semana S.A., abstenerse de utilizar sin previa y expresa autorización, las obras fotográficas del señor Daniel Foster y la imagen del señor Juan David Quilaguy Bermúdez, en cualquiera de sus publicaciones y formatos.

SEXTO: Condenar a Publicaciones Semana S.A., a reparar en forma integral los daños pecuniarios y no pecuniarios causados al señor Daniel Robert Foster por el uso no autorizado de sus obras fotográficas, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, así:

Por concepto de daño pecuniario, DOS MIL OCHOCIENTAS OCHENTA LIBRAS ESTERLINAS (£2.880), que deberán ser cancelados, a la tasa representativa de cambio vigente al momento de ejecutoria de esta decisión.

Por concepto de afectación a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, el equivalente a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

SEPTIMO: Condenar a Publicaciones Semana S.A., a reparar en forma integral los daños causados al señor Juan David Quilaguy Bermúdez, por el uso no autorizado de su imagen, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Daño no pecuniario: por la afectación a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

OCTAVO: Ordenar a Publicaciones Semana S.A., que en el término máximo de un (1) mes, proceda a publicar la parte resolutive de esta sentencia, en el mismo medio en que tuvo lugar la infracción haciendo reconocimiento expreso de la paternidad de las obras fotográficas tituladas "*Talking on the Phone/Home Office*", "*Serious Business-Phone Call*" y "*Online Shopping*" al señor Daniel Robert Foster.

NOVENO: Condenar al señor Daniel Robert Foster a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente a NOVECIENTAS LIBRAS ESTERLINAS (£900) que deberá ser cancelada a la tasa representativa de cambio vigente al momento de ejecutoria de esta decisión (artículo 206 de la ley 1564 de 2012). Oficiese a la entidad beneficiaria a quien se enviara copia de esta providencia con constancia de ejecutoria.

DÉCIMO: Condenar a la parte demandada al pago del 80% de las costas causadas en ambas instancias.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103005201600568 01

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada

110013103005201600568 01

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

110013103005201600568 01

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b4d8522b8e49f030adf1378ddc5e8286270caa351413c7bc3d95faf80163acbf**
Documento generado en 16/09/2021 11:51:31 AM