

Usos incidentales de obras artísticas dentro de obras audiovisuales

Comentario al fallo *Massó Vs. Caracol Televisión SA*, sentencia 026 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, del 14 de mayo de 2024

* * * *

Julián David Ruiz Rondan

Asociado senior - Baker McKenzie

julian.ruiz@bakermckenzie.com

1. Los usos incidentales en el ámbito normativo internacional

El uso incidental se ha consagrado como una excepción al derecho de autor o *copyright* en algunas legislaciones y mediante jurisprudencia en algunos países. En la Comunidad Andina, no está expresamente consagrada como excepción al derecho de autor, aunque veremos que, por vía de interpretación prejudicial, se abrió esta puerta para que los jueces nacionales aplicaran esta excepción no consagrada taxativamente.

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, la palabra “incidental” tiene por definición: “dicho de una cosa o de un hecho: Accesorio, de menor importancia” (Real Academia Española, 2023, s.p.). En este sentido, esta excepción entiende que no se vulnera un derecho de autor o *copyright* (según la legislación de la que estemos hablando) cuando el uso o inclusión de una obra dentro de otra obra no fue deliberada o no tiene un propósito particular dentro de la obra, sino que se trata de un uso incidental o accesorio, sin relevancia dentro de la obra en la que se incluye.

Antecedentes legislativos de esta figura los podemos encontrar en la Copyright, Designs and Patent Act de 1988, en el Reino Unido, la cual establece en su Sección 31, lo siguiente:

Inclusión incidental de material protegido por derecho de autor:

(1) No se infringe el derecho de autor de una obra por su inclusión incidental en una obra artística, grabación sonora, película o emisión.

(2) Tampoco se infringe el derecho de autor por la emisión al público de copias, o la presentación, exhibición o comunicación al público de cualquiera cuya realización no haya sido, en virtud del apartado (1), una infracción del derecho de autor.

(3) Una obra musical, palabras habladas o cantadas con música, o una parte de una grabación sonora o emisión que incluya una obra musical o dichas palabras, no se considerará incluida incidentalmente en otra obra si se incluye deliberadamente.¹

En el mismo sentido, la Sección 67 de la Copyright Act de 1968 en Australia también se refiere a los usos incidentales:

Filmación o transmisión televisiva incidental de obras artísticas

Sin perjuicio de lo dispuesto en los dos últimos apartados anteriores, no se infringe el derecho de autor sobre una obra artística por la inclusión de la obra en una película cinematográfica o en una emisión televisiva si su inclusión en la película o emisión es sólo incidental respecto de los asuntos principales representados en la película o emisión.²

En Estados Unidos de América, se ha aplicado la figura de los usos incidentales a través de la doctrina del *fair use* y el *de minimis*. Un caso reciente ocurrió en el año 2023, en el estado de Nueva York, en el que se desestimó la demanda de un fotógrafo contra Morning Bee y Apple, que alegaba la vulneración de sus derechos de autor porque sus fotografías de aviones aparecieron en el fondo de una escena del documental *Billie Eilish: The World's A Little Blurry* en la que se muestra un recibimiento que un grupo folclórico le hizo a Billie en el aeropuerto de Auckland, en Nueva Zelanda. En este caso, la

1 UK Copyright, Designs and Patents Act 1988. Section 31. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/section/31>. Traducción propia.

2 Australian Copyright Act 1968. Section 67. <https://www.legislation.gov.au/C1968A00063/2019-01-01/text>. Traducción propia.

Corte concluyó que el uso de las fotografías, además de ser mínimo (*de minimis doctrine*), estaba cubierto por el *fair use*, por cuanto el documental duraba 170 minutos y las fotografías aparecían entre 7 y 14 segundos, constituyendo un 0,18% de la obra audiovisual en total. Adicionalmente, la Corte concluyó que el uso de estas fotografías no fue cualitativo ni significativo, pues aparecían en el fondo, en momentos desenfocadas y obstruidas y, en todo caso, el propósito de dichas fotografías (mostrar aviones) era distinto al propósito del documental (mostrar la vida de una cantante pop), por lo que no se consideró una infracción al *copyright*.³

Por su parte, Alemania también consagra la figura del uso incidental en la sección 57 de su Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz, UrhG), en la que establece:

Obras incidentales

Se permite la reproducción, distribución y comunicación pública de obras si éstas deben ser consideradas como un accesorio insignificante además del propio objeto de la reproducción, distribución o comunicación pública.⁴ (Traducción libre).

Así pues, vemos que la figura de los usos incidentales se ha consagrado como una excepción al derecho de autor reconocida por varios países dentro de sus legislaciones o desarrollos jurisprudenciales, que permite el uso de obras dentro de otra obra para fines de reproducción, comunicación al público o distribución cuando el uso de la obra artística es incidental, accesorio o no esencial, lo cual requiere un análisis particular según cada obra.

2. Los usos incidentales en la Comunidad Andina

Por su parte, la Comunidad Andina, que en su Decisión Andina

3 *Kelley v. MORNING BEE, INC.*, Dist. Court, SD New York 2023. https://scholar.google.com/scholar_case?case=18190057941464349492&hl=en&as_sdt=6&cas_vis=1&coi=scholarr

4 Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz, UrhG). https://www.gesetze-im-internet.de/urhg/_57.html. Traducción propia.

351 de 1993 establece un sistema de excepciones y limitaciones taxativas, no consagra dentro de su legislación la excepción de los usos incidentales, por lo que en principio se pensaría que no es aplicable dicha figura en los países de la Comunidad Andina. No obstante, una interpretación prejudicial emitida en el caso que derivó en la sentencia que aquí se comenta cambió el panorama.

Se trata de la Interpretación Prejudicial del 23 de enero de 2024, emitida en el proceso 135-IP-202,⁵ mediante la cual el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina interpretó los artículos 13 (literal b)⁶ y 15 (literal g)⁷ de la Decisión 351 y resolvió el problema jurídico de determinar si la aparición incidental de obras pictóricas —previamente vendidas a un tercero— en escenas de una obra audiovisual califica o no como una comunicación al público de dichas obras.

Esto quiere decir que si bien la Decisión Andina 351 no establece la figura de los “usos incidentales” como una excepción o limitación al derecho de autor, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina analizó dicha figura no como una excepción, sino como un criterio para determinar si un acto constituye o no comunicación al público.

Lo anterior cobra relevancia, pues no se evalúa un acto que sí se considera un uso de las facultades exclusivas del derecho de autor —como la comunicación pública—, pero exceptuado por la legislación, sino si el acto en sí mismo está enmarcado dentro de las facultades exclusivas del derecho de autor. Es decir, estamos hablando de una limitación al alcance del derecho *per se*.

En dicha interpretación prejudicial, el Tribunal de Justicia de la

5 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 135-IP-2020.

6 Decisión Andina 351 de 1993, artículo 13, literal b: “Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes”.

7 Decisión Andina 351 de 1993, artículo 15, literal g: “Artículo 15.- 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, y en especial las siguientes: g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones”.

Comunidad Andina estableció que la persona que compra una obra pictórica adquiere, “entre otros derechos patrimoniales”, el derecho a la “exposición privada de la pintura”, por lo que si el autor deseara restringir dicho derecho de exhibición, tendría que limitarlo expresamente, lo cual tendría implicaciones económicas en el contrato de compraventa de la obra pictórica.

Este mismo Tribunal menciona un punto clave cuando aclara que, “si bien se requiere autorización del autor para la exposición pública de una obra de arte, no se requiere tal autorización si se trata de una comunicación pública incidental de la obra de arte que puede ser una pintura”,⁸ es decir, este Tribunal reconoce que, por un lado, la venta de la pintura no cede *per se* el derecho patrimonial de comunicación al público, pues indica que requiere autorización, y, por otro lado, indica que la autorización no es necesaria cuando se trata de una “comunicación pública incidental”, es decir, incorpora un calificativo a la comunicación pública que debe considerarse para analizar si determinado acto está o no dentro de las facultades exclusivas que otorga el derecho de autor.

Para determinar si un uso es incidental o no, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina estableció que debe estipularse cuál es la intención de la obra audiovisual: si es mostrar la obra pictórica o si es mostrar el entorno, pues, en el primer caso, hay comunicación al público, mientras que en el segundo no.

Adicionalmente, el Tribunal establece que, tratándose de películas, novelas o series de televisión, el análisis debe ser más cuidadoso y se debe evaluar si la obra pictórica se usó de manera intencional para que cumpla un rol dentro de la trama, como también deberá observarse el tiempo durante el cual aparece la obra pictórica, su mera aparición en el escenario y el desconocimiento del autor, entre otros factores.

Resalta finalmente este Tribunal que en el contrato de compraventa de una obra artística se pueden pactar los tipos de exposición que el adquirente podrá hacer con la obra, incluyendo su inclusión en cualquier tipo de obra audiovisual, por ser el derecho a la exposición pública de la obra un derecho que puede ceder a cambio de una

8 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 135-IP-2020.

respectiva remuneración. Esta consideración se considera clave, pues como, se verá más adelante, riñe con un precepto normativo de una norma interna colombiana.

3. Antecedente: la sentencia de primera instancia

El presente caso inicia con la demanda que presenta el señor Carlos Alberto Massó Vasco en contra de Caracol Televisión S.A., por cuanto consideró que se le violaron sus derechos de autor sobre tres obras pictóricas donde representaba unos caballos, las cuales aparecieron exhibidas en algunas escenas de la serie de televisión *La Selección*, que fue vendida en distintos países, así como exhibida en las plataformas Claro Play y Netflix.

Específicamente, Massó consideró que se vulneraron sus derechos patrimoniales de reproducción, comunicación al público, puesta a disposición y distribución, así como sus derechos morales de paternidad e ineditud.

Por su parte, Caracol argumentó que sí contaba con la autorización de uso de las obras, pues tenían un contrato de locación con ASDEPASO, en el que este último autorizó a Caracol el uso de sus instalaciones, incluyendo las obras que están dentro de dichas instalaciones, que incluían las pinturas previamente había adquirido.

Al analizar este caso en primera instancia, la Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor en Colombia argumentó que la legislación nacional ha establecido un tratamiento especial para determinadas obras, para lo cual mencionó el artículo 185 de la Ley 23 de 1982, que establece:

Salvo estipulación en contrario, la enajenación de una obra pictórica, escultórica o de artes figurativos en general, no le confiere al adquirente el derecho de reproducción, el que seguirá siendo del autor o de sus causahabientes.⁹

Al citar este artículo, el juez de Primera Instancia argumentó que con la venta del soporte material de una pintura se entienden cedi-

9 Ley 23 de 1982, artículo 185.

dos todos los derechos patrimoniales de la obra pictórica contenida en dicho soporte material, menos el derecho de reproducción. Asimismo, alegó que dicha transferencia automática de los derechos plantea un equilibrio sensato, pues el dueño del soporte como bien mueble “seguramente espera libremente exhibir la obra pictórica, lo cual es un acto de comunicación al público; venderla nuevamente o prestarla a cambio de una remuneración”¹⁰.

Nótese que, si bien el argumento a primera vista parece tener sentido y estar alineado con la lógica que presenta el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre ciertos actos que no pueden ser perseguidos por el enajenante de la obra, el juez de Primera Instancia parece haber ido más allá en su interpretación del artículo 185 de la Ley 23 de 1982, pues contradice lo manifestado por el mismo Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que mencionó que un autor sí puede ceder de forma expresa su derecho de exhibición pública a cambio de una remuneración por tratarse de un derecho exclusivo del autor.

Sobre este punto, vale la pena cuestionarse si el juez de Primera Instancia debió dar aplicación al principio de preeminencia, según el cual la normativa comunitaria andina prevalece sobre las normas internas o nacionales, por lo que, en caso de incompatibilidad entre una norma nacional y una norma comunitaria, prevalece esta última, sin necesidad de que la norma nacional sea derogada, pues bastará su inaplicación.¹¹

Así pues, si el ordenamiento andino no limita los derechos de autor sobre una obra pictórica y no establece una presunción de transferencia de derechos por la venta de un soporte material, interpretar una norma nacional en el sentido en que la venta de un soporte material transfiere la totalidad de derechos de autor, menos el derecho de reproducción, pareciera contrariar la normativa andina y, por lo tanto, ser inaplicable.

Ahora bien, aplicando el artículo 185 de la Ley 23 de 1982, el juez

10 Dirección Nacional de Derecho de Autor. Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales. Informe de relatoría No. 36. Referencia: 1-2018-37921. <https://cecolda.org.co/images/noticias/junio2024/Relatoria-fallo-36.pdf>.

11 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación Prejudicial 735-IP-2018.

de Primera Instancia limitó su análisis al derecho de reproducción, pues consideró que los demás derechos habían sido cedidos. Frente a este derecho patrimonial, *a quo* encontró que hubo infracción por no haber mediado autorización de uso por parte del señor Masso, por lo que, al fijar dichas obras en el audiovisual, se reprodujo la obra.

En cuanto al derecho moral de paternidad, el juez *a quo* estableció que no se había vulnerado, pues su firma seguía incluida dentro de los cuadros, sin que haya sido editada u ocultada, por lo que se cumplió con el debido respeto a este derecho.

Finalmente, hizo referencia a la figura de usos incidentales alegada por la demandada y mencionó que dicha figura no está consagrada como una limitación o excepción al derecho de autor, en el ordenamiento nacional ni el ordenamiento andino, por lo que no es aplicable esta figura. Adicionalmente, expresó que, en su opinión, el uso de estas obras pictóricas en todo caso no sería incidental, pues hizo parte de una decisión consciente del departamento de arte para poder lograr la percepción esperada por parte del espectador.

4. El fallo del Tribunal Superior sobre el caso *Masso vs. Caracol Televisión*

El fallo que nos convoca es el resultado de la apelación presentada por ambas partes a la sentencia del juez *a quo*. El demandante Massó argumentó, entre otros puntos, que la interpretación del artículo 185 de la Ley 23 de 1982 que hizo el juez *a quo* fue contraria al ordenamiento jurídico. Por su parte, el demandado Caracol argumentó, entre otros puntos, que se trataba de un uso incidental, por lo que no hay lugar a ninguna violación del derecho de autor.

Dichas apelaciones entraron a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, el cual, por tratarse de un fallo de última instancia, en aplicación del artículo 33 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, solicitó previamente interpretación prejudicial, frente a la cual se emitió la Interpretación Prejudicial 135-IP-2020 antes mencionada y analizada.

Dando aplicación a dicha interpretación que admitió la aplicación de la figura de “usos incidentales” como un criterio para determinar la ausencia de comunicación al público, el Tribunal Superior

emitió la sentencia del 14 de mayo de 2024,¹² en la que analizó la forma en que se incluyeron las obras pictóricas de Massó dentro de la obra audiovisual *La Selección*.

En este análisis, el Tribunal Superior, después de hacer un recuento de los diálogos y escenas en las que aparecen las obras pictóricas de Massó, determinó que, en efecto, se trata de un uso incidental de las obras pictóricas, por cuanto en la obra audiovisual no se hace alusión a las obras pictóricas ni a su autor, y dichas obras no fueron trascendentales en las escenas en que aparecen.

El mencionado Tribunal le dio la razón a Caracol al aducir que se trató de una aparición incidental que no puede ser calificada como una reproducción, comunicación o exposición pública de estas obras, por cuanto se trató de una aparición fugaz en la que dichas obras eran parte del entorno, sin que fueran relevantes para la escena.

Finalmente, el Tribunal mencionó que no se observó documento alguno contentivo del acuerdo entre Massó y ASDEPASO para considerar si se emitió algún condicionamiento para fijar dichas obras pictóricas en las instalaciones de ASDEPASO, por lo que consideró el Tribunal que no hubo condicionamiento para fijarlas en las instalaciones de ASDEPASO ni mucho menos para considerar que su exposición en una producción audiovisual derivara en una violación a los derechos de autor de Massó.

En esta sentencia se observa que hay un enfoque y desarrollo en el material probatorio aportado en el proceso, pero se extraña un análisis jurídico más a fondo. Por ejemplo, permanece la duda sobre la aplicación del artículo 185 de la Ley 23 de 1982, con el que pareciera estar de acuerdo el Tribunal Superior al haber indicado que no se observó documento en el que Massó se reservara un derecho, pero sobre el cual no se hace ningún análisis expreso.

El Tribunal Superior se limitó a determinar si, en su criterio, se trataba de un uso incidental y, al haberlo encontrado, determinó que no podía haberse generado un acto de reproducción ni de comunica-

12 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. M.P. Sandra Cecilia Rodríguez Eslava. Sentencia 026 del 14 de mayo de 2024. <https://cecolda.org.co/images/noticias/junio2024/Tribunal-Super-del-Distrito-de-Bta-Sala-Civil%20026-2024.pdf>

ción o exposición al público. Por lo tanto, revocó la sentencia de primera instancia, negó las pretensiones de la demanda y declaró probada la “excepción de uso incidental de las obras”. Sobre este punto, es importante mencionar que con esta sentencia no se está creando una nueva excepción al derecho de autor que pueda ser aplicada indistintamente en cualquier caso, sino que tan solo se declara probada una excepción procesal propuesta por el demandante, al encontrarse la ausencia de un acto de comunicación al público y reproducción.

Ahora bien, es importante mencionar que en Colombia una sola sentencia no basta para cambiar el panorama legal ni para que los jueces deban empezar a decidir en un mismo sentido. Para que haya doctrina probable, deberán existir tres decisiones uniformes emitidas por la Corte Suprema de Justicia, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho.¹³

Como esta sentencia fue emitida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, corporación de menor jerarquía que la Corte Suprema de Justicia, y se trata de una sola sentencia, tan solo servirá como criterio auxiliar de interpretación, pero un juez en un caso similar podrá perfectamente apartarse de la interpretación dada en esta sentencia.

No obstante, lo que no podrá hacer un juez nacional es apartarse de los criterios orientadores dados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en su interpretación prejudicial, el cual determinó que es importante considerar si se trata de un uso incidental, salvo que el juez solicite una nueva interpretación prejudicial, exponiendo los motivos por los cuales considera que la previa interpretación no deberá aplicar al caso en concreto que se encuentre revisando.

Bibliografía

Real Academia Española. (2023). *Diccionario de la lengua española* (Edición del Tricentenario). <https://dle.rae.es/incidental>.

13 Ley 169 de 1896, artículo 4. Declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 del 9 de agosto de 2001. <https://www.alcaldiaabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=17773>