

Comentarios de la Fundación Karisma a tres de los proyectos de decreto para regular la Ley 1915 de 2018

Bogotá, marzo 8 de 2024

El siguiente es el texto de comentarios a la convocatoria del Ministerio de Interior abierta al público:

<https://www.mininterior.gov.co/publicacion-proyectos-de-decreto-reglamentarios-ley-1915-de-2018-danda/>

Carolina Botero carobotero@karisma.org.co

Viviana Rangel viviana.rangel@karisma.org.co

1. Decreto reglamentario de Obras Huérfanas	2
Preámbulo: la inutilidad del modelo legal colombiano para autorizar el uso de obras huérfanas	2
Algunas consideraciones para permitir que la regulación colombiana en materia de obras huérfanas pueda tener alguna utilidad para las entidades autorizadas	3
1.1. Solicitud y explicación:	4
1.1.1. Modificaciones al artículo de búsqueda diligente y lista de fuentes.	4
1.1.2. Ajustar el artículo “Compensación equitativa a los titulares del derecho”	8
1.2. Sugerencia:	9
1.2.1. Al artículo sobre búsqueda diligente y lista de fuentes	9
1.2.2. La siguiente es la propuesta concreta de texto del artículo de Compensación equitativa:	9
2. Decreto reglamentario del Proceso de revisión periódica excepciones a Medidas Tecnológicas de Protección (MTP)	10
2.1. Solicitud y explicación:	11
2.2. Sugerencia:	11
3. Decreto reglamentario de la Audiencia periódica para analizar excepciones y limitaciones	12
3.1. Solicitud y explicación:	12
3.1.1. Quiénes están invitados a participar en la audiencia.	12
3.1.2. Plazo para presentar escrito para intervención en la audiencia.	12
3.1.3. Inscripciones	12
3.1.4. Intervenciones	13
3.1.5. Documento de conclusiones y proyecto de ley.	13
3.2. Sugerencia:	13
3.2.1. Quiénes están invitados a participar en la audiencia.	13

3.2.2. Plazo para presentar escrito para intervención en la audiencia.	13
3.2.3. Inscripciones	14
3.2.4. Intervenciones	14
3.2.5. Documento de conclusiones y proyecto de ley.	15

1. Decreto reglamentario de Obras Huérfanas

Preámbulo: la inutilidad del modelo legal colombiano para autorizar el uso de obras huérfanas

La regulación que se propone sobre obras huérfanas es insuficiente, compleja, burocrática y, por sobre todo, inútil. Esto en esencia no es culpa de la regulación, lo es de la propia ley 1915 de 2018.

En los análisis legislativos que se han hecho en otros países para actualizar el sistema de derecho de autor encontrar mecanismos que permitan el uso de las obras huérfanas siempre se rescata como una necesidad. La justificación para reglamentar las obras huérfanas se describe con el propósito de evitar que el derecho de autor sea una barrera para que bibliotecas, archivos, museos, instituciones educativas, entre otras, rescaten y reutilicen el acervo patrimonial. Esta preocupación aparece en los estudios adelantados en Australia¹ o Reino Unido², por ejemplo, y es por tanto la idea es permitir el uso, se ofrecen soluciones mucho más amplias que la que se adoptó en 2018 en Colombia. La versión colombiana de permitir el uso de las obras huérfanas es más parecida a una propuesta para entrar en el listado de países que permiten el uso de obras huérfanas pero en realidad lo hacen tan complicado que nadie podrá hacerlo.

Cuando la Ley 1915 no se tomó en serio abordar este problema le heredó esa ineficacia a la regulación y por tanto, en esta instancia no podemos pedir que por decreto se extienda la posibilidad de uso de obras huérfanas por personas naturales, o pedir que se regule el caso de las obras inéditas, o que queden comprendidas en su alcance las bases de datos, el software, las esculturas, las obras de arte, las fotografías digitales, los e-books, esta es una lista no exhaustiva de otras obras no incluidas. Algo que sí es posible en otras jurisdicciones que son referente en este tema.

Pero quizá el problema más grande del modelo adoptado en Colombia es que incluso frente al escaso alcance que se planteó la ley para desbloquear las obras huérfanas será difícil

¹ Se puede consultar en <https://www.alrc.gov.au/publication/copyright-and-the-digital-economy-dp-79/12-orphan-works/scope-of-the-orphan-works-problem/>

² Se puede consultar en <https://www.gov.uk/guidance/copyright-orphan-works>

que esto tenga éxito. El procedimiento es prácticamente imposible de cumplir y no se está protegiendo a las entidades autorizadas.

Pasar de una legislación que prohíbe a una que ofrece un marco regulatorio para determinadas acciones, supone realmente buscar permitir los usos y acordar un sistema de controles y balances justos. Sin embargo, la ley 1915 lo que diseñó fue un mecanismo para desbalanceado. Se les pide a las entidades autorizadas que cumplan con una lista de requisitos que no parece tener fin, si -por un milagro- alguien puede llegar a cabo todo lo que allí se pide, en todo caso la entidad mantendrá la responsabilidad como si no hubiera ley (¿para qué entonces?). Es decir, las entidades autorizadas a pesar de ser diligentes se enfrentan a posibles deudas de monto desconocido.

Todo esto a pesar de que los usos que supuestamente permitirá la ley al cumplimiento de la búsqueda diligente son extremadamente restringidos: a) la puesta a disposición al público de la obra y b) la reproducción para digitalizarla, ponerla a disposición del público, indexarla, catalogarla, conservarla o restaurarla siempre que se hagan con “el fin de alcanzar objetivos relacionados con su misión siempre y cuando este sea de interés público”. Esta realmente debería ser una excepción abierta para las entidades autorizadas no sujeta a pago bajo ninguna circunstancia. En cambio, en Colombia terminamos con una norma que dice autorizar obras huérfanas pero solo pone restricciones y además previene que se hagan modificaciones o distribuciones de la obra, no permite imaginar nuevos usos comerciales, ni alimenta el dominio público.

La disposición de la ley 1915 de que si aparece el titular de la obra para poner fin a su condición de huérfanas obliga a las entidades autorizadas a pagar por los usos realizados es realmente extrema, ¡ni que se tratara de usos comerciales por entidades con ánimo de lucro!. La ley solo se ocupa de entidades cuyos fines no incluyen el lucro sino el resguardo del interés público a las que la ley les está permitiendo hacer lo mínimo que deberían poder hacer para cumplir su misión y garantizar otros derechos, especialmente para ampliar el acceso al conocimiento, el disfrute de la cultura y la ciencia.

Después de todo esto la conclusión de cualquier análisis de riesgo que haga una organización que quiere usar una obra huérfana en estas condiciones es clara: “mejor no hacer nada”.

Algunas consideraciones para permitir que la regulación colombiana en materia de obras huérfanas pueda tener alguna utilidad para las entidades autorizadas

A pesar de que este análisis nos anticipa el fracaso del mecanismo colombiano, como el propósito de Karisma es participar en forma proactiva acá proponemos algunos aspectos que se pueden mejorar con el propósito de levantar la barrera del derecho de autor para los usos mínimos necesarios para el cumplimiento de la misión de las entidades autorizadas en la era digital. Como se verá más adelante, la inutilidad del sistema que se está montando

para Colombia no se trata de una intuición de Karisma solamente, dado que el modelo es el de la Unión Europea contamos con un estudio que fue encomendado por la Comisión Europea sobre el funcionamiento de la Directiva de Obras Huérfanas -que sirve de modelo a esta reglamentación- que confirma la inoperancia del modelo especialmente por los elementos que describiremos a continuación.

1.1. Solicitud y explicación:

Se reconocen dos modelos regulatorios a nivel mundial, el primero está basado en el licenciamiento, corresponde a una autorización otorgada por un tercero (sociedad de gestión colectiva³ -en adelante SGC-, o por una entidad pública⁴) que por mandato de la ley está legitimado para autorizar el uso de una obra. El segundo enfoque consiste en disponer legalmente de una excepción o limitación al derecho de autor, es decir, en limitar la responsabilidad en la que podría incurrir quien hace uso de la obra⁵, el propósito de ambos modelos es limitar la responsabilidad de las personas que sean autorizadas a usar las obras huérfanas para incentivar su uso y por tanto revitalizar el patrimonio cultural de las sociedades y en ambos casos se debe satisfacer una condición: cumplir con la búsqueda diligente del titular de la obra. Hay regulaciones como la del Reino Unido que adoptan aproximaciones mixtas.

La ley 1915 al no considerar dentro de los beneficiarios de la ley a las personas naturales, desechó el primer modelo. Se concentró en bibliotecas, centros de enseñanza y museos, accesibles al público, así como archivos, organismos de conservación del patrimonio cinematográfico o sonoro y organismos públicos de radiodifusión, con domicilio en Colombia y diseñó para ellas un modelo de limitación al derecho de autor que, como ya explicamos, no consigue el objetivo puesto que no limita la responsabilidad de las entidades, pero además tampoco cumple estándares internacionales por lo complicado de la búsqueda diligente que diseña. Si se quiere que el modelo colombiano sirva al menos para cumplir las funciones mínimas de estas instituciones por su compromiso con el interés público se puede dar un poco de balance dando seguridad jurídica en la búsqueda diligente y creando un espacio de limitación de responsabilidad basado en la buena fe de las entidades autorizadas. Pasamos a explicar.

1.1.1. Modificaciones al artículo de búsqueda diligente⁶ y lista de fuentes.

La realización de una búsqueda diligente de los titulares de las obras que se consideran huérfanas representa que el usuario individual deba incurrir en gastos. Estos gastos son bastante significativos y para nada despreciables. La Oficina de Propiedad Intelectual del

³ Esta aproximación es originaria de los países nórdicos.

⁴ Éste es el caso de Canadá, Japón, Corea del Sur y Hungría.

⁵ Es el caso de la UE que creo una excepción al derecho de autor para entidades patrimoniales.

⁶ Estamos retomando y actualizando a esta regulación las consideraciones que hicimos en 2014 a una propuesta del Cerlalc para la regulación de obras huérfanas en Colombia. Puede consultarse en <https://web.karisma.org.co/descargar/comentarios-propuesta-cerlalc-sobre-obras-huerfanas/>

Reino Unido en algún momento estimó que el costo para los usuarios de realizar una búsqueda diligente oscila entre £31m - £122m por año, y que el costo de la entidad encargada de su aprobación estaría alrededor de £0.5m - £1.8m por año⁷. Esto nos sirve como un parámetro para entender que hay costos asociados a este proceso, pero no nos dice cuánto vale cuando se trata de usuarios institucionales del proceso, mucho menos en Colombia y es algo que uno esperaría ver en la memoria justificativa de la regulación que nos cuenten que miraron este contexto y que el costo es razonable para las entidades involucradas, pero seguramente esto no existe porque de hacerse la conclusión es que el costo no es asumible por las entidades que deberían beneficiarse del proceso..

Por su parte la Oficina de Derecho de Autor de Estados Unidos ha sugerido en su Reporte sobre Obras Huérfanas⁸ que la extensión de la búsqueda debería variar de acuerdo a diferentes factores, entre ellos, si el uso propuesto de la obra es comercial o no comercial, si la obra fue ampliamente diseminada o si ésta juega un rol prominente en la actividad del usuario. Lo que la Oficina dice es que el mecanismo debe ser balanceado y razonable, que se le pide menos a usos que no son comerciales y se debe tener presente el rol frente a la actividad del usuario en este caso de la institución. Bien, esto no parece haber sido tenido en cuenta por quienes diseñaron la ley 1915, tampoco se intentó mitigar en la reglamentación para moderar los requisitos de búsqueda diligente por ejemplo. Al contrario, trata a las instituciones patrimoniales colombianas como a usuarios comerciales con fines comerciales. Sin contemplaciones.

La Declaración Conjunta sobre Obras Huérfanas de la International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) y International Publishers Association (IPA) dada en junio de 2007⁹, considera sobre el tema de búsqueda diligente que las iniciativas regulatorias deben abstenerse de exigir un número de pasos de búsqueda o fuentes de información a ser consultados. Por el contrario, se requiere de una aproximación flexible con el fin de garantizar una solución adecuada en relación con las circunstancias individuales de cada obra huérfana, de las fuentes de información disponibles en cada país, según el tipo de obra y los rápidos cambios tecnológicos en cuestiones de fuentes de información y técnicas de búsqueda.

La regulación de la búsqueda diligente exigida a las entidades listadas en la ley 1915 es demasiado onerosa. Se les impone requisitos que en el estándar internacional corresponde a personas naturales que están autorizadas a hacer usos comerciales, se ignora que en el sistema colombiano solo se ha autorizado a entidades como bibliotecas, museos y en general entidades sin ánimo de lucro que cumplen funciones vinculadas con el interés público.

⁷ Hansen, David R; Hinze, Gwen & Urban, Jennifer M. (2013). Op.Cit. p. 21 y 24. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2208163>. Página 20.

⁸ United States Copyright Office. (2006). Report on orphan works: a report of the Register of Copyrights. Disponible en: <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report-full.pdf>

⁹ IFLA/IPA Joint Statement on Orphan Works. (2007). Disponible en:

<https://www.ifla.org/publications/ifla-ipa-joint-statement-on-orphan-works-2007/>

Cuando se impone una búsqueda obra por obra, que se ve es en las autorizaciones a personas naturales que incluye usos comerciales, a las entidades beneficiarias del enfoque basado en la limitación, se les impone una obligación ineficiente e inviable pues son organizaciones que no cuentan con los recursos para efectuarla a ese nivel, por tanto, se contempla un trámite complejo que hace inoperante la solución.

La exigencia de trámites desproporcionados para una búsqueda diligente genera dificultades adversas al cumplimiento de la misión de las entidades que, como lo reconoce la propia ley 1915, están interesadas en la digitalización de sus colecciones para aprovechar la capacidad de las TIC con el fin de facilitar el acceso al conocimiento, la cultura, la ciencia y facilitar procesos de educación.

Colombia tomó como modelo los lineamientos de la Unión Europea (UE) de búsqueda diligente. En la Directiva de obras huérfanas en la UE se pide una búsqueda de buena fe por cada obra u otra prestación protegida en función de la categoría de obra o prestación a utilizar. Se establece que cada Estado Miembro determinará las fuentes que deban consultarse, pero como mínimo las que aparecen en el Anexo de la Directiva: bases de datos de SGC, registros ISBN, ISSN, ISWC, ISRC, ISAN, catálogos de biblioteca, depósito legal, ARROW, etc.

La Directiva prometía solucionar el preocupante problema que ha llevado al “agujero negro del siglo XX”¹⁰, es decir la forma como el derecho de autor se convirtió en una barrera para el acceso al conocimiento y generó un cerramiento del patrimonio cultural en el siglo XX. La Directiva enfrentó el problema creando una excepción a los derechos de autor para que las instituciones de patrimonio cultural puedan digitalizar y difundir obras de sus colecciones que sean “huérfanas”, sin necesidad de permiso de los titulares. “Sin embargo, además de un alcance limitado en los tipos de materiales, la Directiva se adoptó con importantes cargas administrativas para las instituciones del patrimonio cultural que utilizaban el sistema. Se percibió como demasiado costoso, lo que llevó a que muchas instituciones de patrimonio cultural no pudieran utilizarlo”¹¹. Todas las Directivas de la Unión Europea se revisan y evalúan para ver que estén cumpliendo su cometido, la evaluación de esta directiva incluyó un estudio independiente que se publicó en 2022¹² en donde se establece que “desde la perspectiva de las partes interesadas, la búsqueda diligente es el elemento más desafiante de la directiva de obras huérfanas”.

¹⁰ Una descripción del problema puede leerse en <https://pro.europeana.eu/post/the-missing-decades-the-20th-century-black-hole-in-europeana>

¹¹ Se puede consultar el análisis de Europeana en <https://pro.europeana.eu/post/discover-the-review-of-the-orphan-works-directive>

¹² Study on the application of the Orphan Works Directive (2012/28/EU) que puede consultarse en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3c880c5c-7065-11ed-9887-01aa75ed71a1/language-en>

Table 13: Overview of in Annex I).

As will be shown in the following Sections, from the **stakeholders' perspectives, the diligent search is the most challenging element of the OWD**. The vast majority of stakeholders highlighted the complexity of the procedure, which requires time, trained personnel and financial resources, while still carrying financial risks in case of reappearing rightholders. Given the work-by-work approach of the diligent search, using the OWD exception in the context of large digitisation projects proves extremely challenging in practice, and only within the reach of organisations possessing sufficient know-how and resources. In fact, all but one of the beneficiary organisations consulted for this Study who had been relatively successful in using the OWD stated that they do not carry out mass digitisation projects.

El estudio habla de fortalezas y debilidades de la búsqueda diligente y de la lista de fuentes en relación con la experiencia de las entidades beneficiarias, y recoge la experiencia y percepción de entidades beneficiarias. El informe habla específicamente de los temas que en Colombia fueron adoptados y que sin embargo no parece que la Dirección Nacional de Derecho de Autor haya considerado esto en su implementación en Colombia.

Así por ejemplo Europea¹³ al analizar este informe indica que “Sobre la base de este estudio independiente, la Comisión Europea reconoció en un informe sobre la aplicación de la Directiva sobre obras huérfanas que “el mecanismo de la Directiva [de obras huérfanas] rara vez se ha utilizado en la práctica y su relevancia como herramienta potencial para la digitalización masiva del patrimonio cultural ha demostrado ser limitado”. También señala que «**existen dificultades prácticas que afectan a la eficacia de la Directiva, especialmente en lo que respecta a los requisitos específicos para la búsqueda diligente**».” Como lo anticipamos, la complejidad, burocracia y excesivo detalle de la búsqueda hace que el sistema sea inútil en la UE y lo será en Colombia, esto incluye la lista de fuentes que es bastante compleja.

El escaso tiempo dado para esta consulta no nos permite hacer un análisis exhaustivo de este informe para extraer lecciones, pero está claro que si se usan las mismas respuestas al problema ya discutido en la UE no se vé como en Colombia -sin hacer cambios- vamos a tener resultados diferentes a un desastre en el que las entidades que deben ser beneficiarias seguirán en el problema que la ley 1915 busca enfrentar.

En todo caso, para no cerrar sin buscar ángulos más positivos de regulación creemos que vale la pena indicar que en la búsqueda diligente de la ley de Canadá se exigen esfuerzos razonables para localizar al titular. La Copyright Board (oficina de derecho de autor de ese país) tiene un margen de discrecionalidad para calificar los esfuerzos razonables, dependiendo del uso que se le quiere dar a la obra, la sofisticación del usuario o la notoriedad del autor. Por su parte en Corea del Sur se piden esfuerzos considerables de búsqueda. Estos esfuerzos incluyen averiguaciones en sociedades de gestión colectiva, publicación de avisos en diarios y páginas web.

¹³ ibidem

El tema es que si dentro del limitado alcance de la ley queremos que la búsqueda diligente colombiana tenga algún efecto positivo, en determinar la condición de orfandad de una obra se deben desarrollar criterios limitados y exhaustivos que incluyan además la claridad de que una búsqueda diligente puede basarse en otras búsquedas previas.

1.1.2. Ajustar el artículo “Compensación equitativa a los titulares del derecho”

Cuando el titular de la obra aparece, la ley 1915 obliga a dar una compensación equitativa por el uso realizado, dado que está en manos de la regulación definir su alcance debería establecerse que la entidad autorizada que cumple con todos los requisitos de la búsqueda diligente se presume que hace los usos en los términos de la ley 1915. Esto también es un elemento tomado de la Directiva de Obras Huérfanas de la UE. Este mecanismo también fue analizado en el informe publicado en 2022 sobre la aplicación de la Directiva de Obras Huérfanas de 2012. La forma como esto funciona también deja muchas lecciones, aunque la Directiva se usa poco, son pocos los titulares que terminan la condición de obra huérfana y son pocos los que cobran una compensación. A primera vista los resultados de esta evaluación nos obligan a indicar que se equivoca la ley colombiana cuando impone la compensación al aparecer el titular de la obra.

En todo caso, como lo dijimos en el punto anterior, no es posible hacer un análisis exhaustivo de las lecciones aprendidas en la UE también sobre este tema. Sin embargo las conclusiones extraídas por ese informe nos permite afirmar que si se puede generar un mecanismo en el que en algún punto las entidades autorizadas agoten la búsqueda diligente y sean acreedoras de la presunción de buena fe, se debe poder generar un mecanismo efectivo de limitación de la responsabilidad.

La presunción debe premiar el esfuerzo y la buena fé garantizando un pago mínimo como compensación equitativa. En Karisma proponemos que tal compensación sea de un salario mensual mínimo legal vigente dado que es un uso limitado, en el marco del interés público y que puede indicarse sea no comercial.

El mecanismo de balance sería que el titular puede reclamar ante las instancias de resolución de controversias y judiciales correspondientes la fijación de una compensación por el uso efectivamente realizado de la obra huérfana, cuando ese uso no se ajuste a lo determinado en la ley. Cuando el titular decida tomar ese camino deberá demostrar sus pretensiones y si prueba que el uso se hizo fuera del marco legal y/o tuvo fines comerciales quien resuelva la controversia usará los parámetros y las reglas que prevé el decreto en el artículo “compensación equitativa a los titulares de derecho”.

Una figura de este tipo sería balanceada: reconoce la buena fe de las entidades autorizadas que hacen el trámite y mantienen actualizada la información, valora que las entidades autorizadas están comprometidas con el interés público y que estamos hablando de usos

mínimos necesarios para el cumplimiento de su misión en la era digital. Por otra parte, la propuesta consiste en una medida que no desconoce los derechos de los titulares. Si el titular aparece y decide terminar la condición de obra huérfana puede recibir un reconocimiento mínimo por los usos autorizados por la ley, puede a partir de ese momento renegociar con la entidad -mantiene las condiciones o las cambia- y, en todo caso, puede también considerar que los usos excedieron lo permitido por la ley pero en ese caso tendrá la carga de la prueba y si demuestra que es así podrá pedir una compensación equivalente.

1.2. Sugerencia:

1.2.1. Al artículo sobre búsqueda diligente y lista de fuentes

Creemos que la Dirección Nacional de Derecho de Autor debe hacer un análisis exhaustivo del proceso que la UE ha tenido para ajustar la regulación con base en las lecciones aprendidas en la práctica en la aplicación de la directiva y, en articulación con las partes interesadas, replantear el sistema de búsqueda diligente.

En todo caso, considerando que la ley ya limita las entidades autorizadas a las patrimoniales y los usos a los misionales además limitando el tipo de uso, es claro que no se están permitiendo usos comerciales, creemos que puede hacerse es una mezcla de la aproximación de la UE con la Canadá y Corea del Sur: se puede limitar las fuentes consultadas y pedir algún requisito de publicidad como la publicación del proceso de búsqueda en diarios y en la página web de la institución para dar seguridad jurídica sobre el cierre del proceso y permitir así considerar que la institución ha actuado de buena fé.

1.2.2. La siguiente es la propuesta concreta de texto del artículo de Compensación equitativa:

Artículo 2.6.1.X.1. Compensación equitativa a los titulares de derechos: Los titulares de derechos que pongan fin a la condición de obra huérfana de sus obras u otras prestaciones protegidas recibirán una compensación equitativa por el uso que las entidades a que se refiere el artículo 20 de la Ley 1915 de 2018, hayan hecho de dichas obras y otras prestaciones protegidas con arreglo al artículo 23 ibidem.

Los titulares de estos derechos podrán solicitar a la entidad correspondiente una compensación equitativa por el uso que ésta haya realizado de la obra huérfana desde el momento en que adquiere la condición de huérfana hasta la presentación de la solicitud del fin de la condición de obra huérfana.

Las entidades a que se refiere el artículo 20 de la Ley 1915 de 2018 que hayan registrado la búsqueda diligente y tengan actualizada la información al público en los

términos de los artículos 2.6.1.X.1 y 2.6.1.X.1¹⁴ de este decreto sin que allí se incluya ningún uso comercial de la obra que ha finalizado su condición de obra huérfana, se presumirá que han actuado ajustada a los parámetros del artículo 23 de la ley 1915 de 2018 y por lo tanto, la tasación del monto a pagar será de un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

Los titulares de derechos sobre una obra o un fonograma que hayan dado fin a la condición de obra huérfana, pueden reclamar que la entidad beneficiaria realizó usos comerciales o excedió la autorización legal del artículo 23 de la ley 1915 de 2018 respecto de la obra registrada como huérfana. La reclamación la hará ante las instancias de resolución de controversias y judiciales correspondientes y presentará las pruebas correspondientes.

La instancia de resolución de controversias administrativa o judicial competente analizará las pretensiones y de ser probadas procederá a fijar la compensación equitativa por tales usos con base en las siguientes reglas.

Para la fijación de dicha compensación se tendrá en cuenta:

- a) El uso efectivamente realizado de la obra huérfana;
- b) La naturaleza ~~no~~ comercial de la utilización realizada por las entidades beneficiarias ~~con el fin de alcanzar los objetivos relacionados con su misión de interés público, como el fomento del estudio o la difusión de la cultura;~~
- c) El posible perjuicio causado a los titulares de derechos.

~~La cuantía concreta de la compensación equitativa se determinará mediante acuerdo entre el titular de los derechos y la entidad. En caso de no alcanzarse dicho acuerdo, los titulares de los derechos estarán legitimados para pretender la compensación ante las instancias de resolución de controversias y judiciales correspondientes.~~

2. Decreto reglamentario del Proceso de revisión periódica excepciones a Medidas Tecnológicas de Protección (MTP)

Este decreto busca reglamentar el artículo 13 de la ley 1915 de 2018 en la que se establece un procedimiento para que entre la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) y la CIPI Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual (CIPI) escuchen a todas las partes interesadas para que la DNDA produzca cada tres años un “concepto” sobre las necesidades de excepciones a las MTP. Aunque para Karisma dado que las MTP no son un derecho lo que la DNDA debería producir es un acto administrativo, tal y como sucede en EEUU nuestro socio comercial del que copiamos la medida, entendemos que esta situación deriva de la propia Ley 1915 y por tanto entendemos que el Decreto mantiene ese alcance. Debido a esto la norma del artículo 13 es un mecanismo muy débil para balancear el gran

¹⁴ Esto considerando que se ha ajustado la búsqueda diligente y las fuentes de información a un esquema acotado.

poder de las MTP en el control del acceso al conocimiento y la cultura, aún así como éste es el único mecanismo con el que contamos para actualizar la norma de MPT en materia civil, para balancear y moderar un delito muy estricto como es el de “elusión de medidas tecnológicas de protección” creemos que esta reglamentación es importante y una medida mínima necesaria y en términos generales la encontramos ajustada a los términos de la ley que le da origen.

A continuación proponemos un aspecto que se puede mejorar en relación al capítulo titulado “De la revisión periódica de los usos no infractores que han de ser objeto de la excepción prevista en el literal g) del artículo 13 de la Ley 1915 de 2018.”

2.1. Solicitud y explicación:

En el artículo Artículo 2.6.1.X.2. se expresa que la convocatoria de la revisión periódica se realizará a través de la página web del CIPI, sin especificar otro medio de difusión. Entendemos que, debido a la especificidad de la convocatoria, al exiguo plazo (20 días) de recepción y a que su frecuencia no es anual, hay una buena posibilidad de que los interesados no adviertan su existencia o no lleguen a presentar su solicitud a tiempo de no establecerse un momento predecible para que estas entidades estén pendientes y también un mecanismo de difusión complementario.

Corresponde alertar a aquellos actores que podrían ser directos beneficiarios de la convocatoria tales como las bibliotecas y archivos públicos y las bibliotecas y archivos de instituciones de educación superior y de investigación. Estos son los actores que suelen enfrentar los inconvenientes de las MTP y también son los que reciben las consultas de terceros sobre cómo gestionar las MTP, por lo que podrán difundir la existencia de la convocatoria entre otros posibles interesados en participar.

2.2. Sugerencia:

Artículo 2.6.1.X.2. Convocatoria. La Subcomisión de Derecho de Autor de la Comisión Intersectorial de Propiedad Intelectual (CIPI), coordinada por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, realizará la convocatoria, a través de la página web de esta última **durante los tres primeros meses del año en que están obligadas y además lo difundirán a través de un comunicado enviado al menos a las bibliotecas y archivos públicos y a las instituciones de educación superior y de investigación**, informando las fechas en las cuales los beneficiarios de las limitaciones y excepciones, así como ~~per~~ los titulares de derechos podrán remitir sus inquietudes.

3. Decreto reglamentario de la Audiencia periódica para analizar excepciones y limitaciones

El artículo 17 de la ley 1915 de 2018 es una norma interesante que contempla la obligación del Estado colombiano de analizar periódicamente las necesidades de la sociedad para ajustar y balancear el derecho de autor.

3.1. Solicitud y explicación:

3.1.1. Quiénes están invitados a participar en la audiencia.

El artículo “Audiencia pública, objeto y alcance” indica que se permitirá la participación de la sociedad civil y titulares. Aunque esto puede parecer una descripción amplia de las partes que estarían interesadas en esta audiencia, sin embargo dado que es una audiencia pública consideramos que esa expresión debería cambiarse por se permitirá la participación de “cualquier persona, natural o jurídica”. Es importante considerar que las bibliotecas, museos, archivos, instituciones de educación, y demás actores que garantizan la efectividad de los derechos a la educación, la cultura, la ciencia y la salud son con mucha frecuencia de carácter público y deberían tener la libertad de participar en esta audiencia también.

3.1.2. Plazo para presentar escrito para intervención en la audiencia.

Aunque en el artículo “Convocatoria” se está previendo un plazo que parece razonable de 30 días calendario para anunciar la realización de la audiencia, en la medida en que este plazo determina también el plazo que tienen las personas para presentar el escrito que les permite participar en la audiencia, éste no es suficiente. Alternativamente, dado que es una obligación de la autoridad adelantar esta audiencia cada tres años, se puede establecer un período en el que lo haga de modo que las personas interesadas estén pendientes y ya tienen adelantado el trabajo para presentar en la Audiencia.

3.1.3. Inscripciones

En línea con el comentario anterior, establecer en el artículo sobre inscripciones que éstas se hacen solo dentro de los primeros 15 días es restrictivo. El plazo de inscripción no debería tener límite de tiempo o de tenerlo tan sólo debería condicionar a quienes quieran intervenir en la audiencia en la medida en que para hacerlo deberán enviar el escrito 5 días antes de la fecha de celebración de la audiencia. Quizá se tengan otras consideraciones como el aforo del sitio en donde se llevará a cabo la audiencia, pero en materia de asistencia remota a la audiencia no debería haber restricción de inscripción que debería ser posible hasta al menos el día antes de realización de la audiencia.

Adicionalmente, consideramos que sería positivo establecer expresamente que toda persona que presente un escrito tendrá derecho a intervenir en la audiencia pública.

3.1.4. Intervenciones

En el artículo sobre Intervenciones, se establece que si una persona no interviene durante la audiencia, no responde al llamado, el documento escrito que haya presentado tampoco se considerará. Consideramos que esta es una medida excesiva, hay muchas razones que pueden significar que una persona no atienda una audiencia pero precisamente haber presentado el documento con antelación muestra el interés en ser escuchado y no justifica que sea desconocida su voz. Consideramos que esta disposición debe ser retirada.

3.1.5. Documento de conclusiones y proyecto de ley.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, Único Reglamentario del Sector Presidencia de la República, que ordena publicar los proyectos de acto administrativo para observaciones de la ciudadanía o grupos de interés, el documento de conclusiones y proyecto de ley debe ser publicado por la DNDA para comentarios públicos.

3.2. Sugerencia:

La siguiente es la propuesta concreta de textos a modificar:

3.2.1. Quiénes están invitados a participar en la audiencia.

Artículo 2.6.1.X.1. Audiencia pública, objeto y alcance. ...

En la audiencia pública se permitirá la participación de **cualquier persona natural o jurídica la sociedad civil y titulares de derecho de autor**, en la forma prevista en el presente decreto, para que manifiesten las opiniones que consideren relevantes para el proceso de revisión...

3.2.2. Plazo para presentar escrito para intervención en la audiencia.

Ofrecemos dos alternativas	
Artículo 2.6.1.X.1. Convocatoria. La Dirección Nacional de Derecho de Autor realizará la convocatoria, con una antelación no menor a noventa (90) treinta (30) días calendario a la realización de la audiencia, a través de	Artículo 2.6.1.X.1. Convocatoria. La Dirección Nacional de Derecho de Autor realizará la convocatoria dentro de los tres primeros días del año en que está obligada a realizar la audiencia indicando la fecha con una

<p>su página web, donde informará la modalidad, fecha, lugar y hora para la celebración de la audiencia pública</p>	<p>antelación no menor a treinta días calendario para la realización de la audiencia. La convocatoria se hará a través de su página web, donde informará la modalidad, fecha, lugar y hora para la celebración de la audiencia pública</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

3.2.3. Inscripciones

Artículo 2.6.1.X.1. Inscripciones. A partir de la convocatoria **y hasta el día calendario antes de la celebración de la audiencia, toda persona interesada** ~~y durante los quince (15) días~~

~~calendario siguientes, el interesado en atender~~ **participar** en la audiencia pública deberá inscribirse diligenciando el formulario que estará disponible en el sitio web o en la sede física de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en el cual deberá indicar si desea participar únicamente como asistente o si, además, desea realizar una intervención, precisando si lo hará de manera presencial o a través de los medios técnicos o tecnológicos señalados en la convocatoria.

Quien desee realizar una intervención deberá, además, remitir un documento en el cual se consignen las observaciones y opiniones que presentará en la audiencia pública. Este documento deberá remitirse vía correo electrónico, a la dirección indicada para el efecto en el texto de la convocatoria, o en la sede física de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, a más tardar cinco (05) días calendario antes a la fecha señalada para la realización de la audiencia pública. **Durante esos cinco (05) días calendario las inscripciones serán solo para asistentes que no podrán intervenir en la audiencia. Toda persona que se registre como interviniente y presente un documento deberá ser asignada un espacio para hablar en la audiencia.** ~~En caso contrario se anulará la inscripción y la persona no podrá realizar la intervención.~~

Solo se aceptará una inscripción y un documento por persona, organización o entidad.

3.2.4. Intervenciones

Artículo 2.6.1.X.1. Intervenciones. Sólo las personas inscritas, de conformidad con las formalidades señaladas en la presente resolución, podrán intervenir en la audiencia pública. Los asistentes serán meros espectadores y no tendrán voz para intervenir en la audiencia.

...

Si se llama a una persona inscrita y no interviene en dicho momento, se entenderá que **ésta** renunció a su **intervención en la audiencia pero participación y en consecuencia** el documento previamente remitido ~~no~~ será tenido en cuenta **en la revisión.**

3.2.5. Documento de conclusiones y proyecto de ley.

Artículo 2.6.1.X.1. Documento de conclusiones y proyecto de ley. Dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la finalización de la etapa de análisis, la Dirección Nacional de Derecho de Autor remitirá al Ministerio del Interior un documento en el cual se plasmen las conclusiones del análisis de las intervenciones realizadas en la audiencia pública.

En caso de que la Dirección Nacional de Derecho de Autor considere necesario y conveniente presentar ante el Congreso de la República un proyecto de ley que reforme, elimine o consagre nuevas limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos, deberá adjuntar un borrador del mencionado proyecto con la exposición de motivos correspondiente, para que sea analizado por el Gobierno Nacional, con el propósito de determinar la necesidad y conveniencia de su radicación ante el Congreso de la República.

En todo caso, antes de remitir estos documentos al gobierno nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.2.1.14 del Decreto 1081 de 2015, Único Reglamentario del Sector Presidencia de la República, publicará el documento de conclusiones y el posible proyecto de ley estos documentos para observaciones de la ciudadanía o grupos de interés. Estos insumos deberán servir a la Dirección Nacional de Derecho de Autor para hacer los ajustes que considere necesarios o convenientes y solo entonces remitirá los documentos finales al Gobierno Nacional.

La remisión correspondiente deberá ser publicada también en la página web de la Dirección Nacional de Derecho de Autor con el fin de informar a todas las personas sobre el resultado del trámite.