



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

Bogotá, D.C., 5 de octubre de 2021

**Honorables Magistrados**  
**Corte Constitucional**  
Ciudad

**Expediente:** D-14340

**Referencia:** Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Gustavo Adolfo Palacio contra el artículo 68 de la Ley 44 de 1993, "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944".

**Magistrado Ponente:** Alberto Rojas Ríos

**Concepto No.:** 7002

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 278.5 de la Constitución Política<sup>1</sup>, rindo concepto en el asunto de la referencia.

#### **I. Antecedentes**

El ciudadano Gustavo Adolfo Palacio interpone demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 68 de la Ley 44 de 1993, mediante el cual se adiciona el literal d) del artículo 3° de la Ley 23 de 1982, cuyo texto se subraya a continuación:

**"Artículo 3°.** Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas:

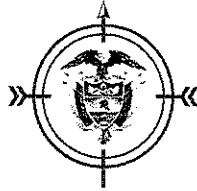
**a)** De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte.

**b)** De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación, o difusión conocido o por conocer.

**c)** De ejercer las prerrogativas, aseguradas por esta Ley, en defensa de su "derecho moral", como se estipula en el Capítulo II, Sección Segunda, artículo 30 de esta Ley.

**d)** De obtener una remuneración a la propiedad intelectual por ejecución pública o divulgación, en donde prime el derecho de autor sobre los demás, en una proporción no menor del sesenta por ciento (60%) del total recaudado".

<sup>1</sup> "Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad".



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

El actor solicita que la Corte Constitucional declare la inexecutable de la norma demandada, argumentando que desconoce la libertad contractual, la autonomía de la voluntad privada y la prohibición de discriminación. Lo anterior, porque al establecer una fórmula abstracta para la distribución de la remuneración de la propiedad intelectual, limita de manera desproporcionada la posibilidad negociación de los sujetos involucrados en el sector artístico, así como crea escenarios de arbitrariedad para algunos intérpretes o titulares de derechos conexos dadas las dinámicas actuales del mercado<sup>2</sup>.

## II. Concepto del Ministerio Público

La libertad contractual es un componente esencial del bien constitucional de la autonomía de la voluntad privada<sup>3</sup>, que se concreta en el derecho fundamental<sup>4</sup> de *“disponer de la propia esfera patrimonial y personal”*, así como del *“poder de obligarse frente a otras personas con el objeto de satisfacer necesidades propias y ajenas”*. Esta prerrogativa económica *“si bien permite a la persona tomar decisiones en el mercado y ejecutarlas, no puede ser arbitraria, pues como toda libertad está gobernada por el marco axiológico de la Constitución”*<sup>5</sup>.

En este sentido, se ha indicado que el legislador, en ejercicio de su margen de configuración normativa, puede establecer límites razonables y proporcionales a la libertad contractual. Específicamente, la Corte Constitucional ha sostenido que:

*“(…) en materia económica el legislador tiene un amplio margen de configuración, y correlativamente no opera un control de constitucionalidad estricto, debido a que la Constitución consagra la dirección de la economía por el Estado: ‘El juez constitucional deberá entonces respetar las razones de conveniencia invocadas por los órganos de representación política.*

*La Corte considera que en esta materia se impone el criterio de inconstitucionalidad manifiesta, por lo cual, sólo si de manera directa la norma vulnera los derechos fundamentales, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez declarar la inconstitucionalidad de la norma”*<sup>6</sup>.

*En consecuencia, si la ley que regula y limita una determinada actividad económica no vulnera claramente la carta fundamental o establece regulaciones manifiestamente irrazonables debe ser considerada constitucional, por cuanto hay cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía”*<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> El actor señala como disposiciones constitucionales vulneradas por la norma demandada los artículos 13, 14, 16, 38, 85 y 333 de la Carta Política.

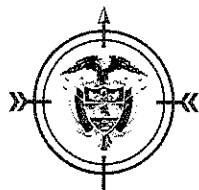
<sup>3</sup> Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-934 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

<sup>4</sup> La libertad contractual encuentra fundamento en los artículos 1, 14, 16, 38, 39, 42 y 333 de la Constitución.

<sup>5</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-240 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

<sup>6</sup> *“Sentencia C-265 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)”*.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2007 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

Así pues, con el propósito de realizar el control de conformidad con la Carta Política de las restricciones legales a la libertad contractual, se ha indicado que, en el juicio correspondiente, la Corte Constitucional debe verificar:

*“(i) Si la limitación, o prohibición, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida en la Constitución; (ii) si la restricción impuesta es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”<sup>8</sup>.*

En la presente oportunidad, se advierte que la norma demandada limita la libertad contractual en lo atinente a la remuneración de la propiedad intelectual por ejecución pública o divulgación, pues le otorga primacía al titular del derecho de autor sobre los demás sujetos titulares de derechos conexos, en una proporción no menor del 60% al total del recaudo.

Al respecto, se evidencia que la mencionada restricción persigue una finalidad que no se encuentra prohibida por la Constitución, puesto que, en desarrollo del artículo 61 superior<sup>9</sup>, busca otorgarle *“un plus al autor de una obra artística sobre el monto total de la remuneración causada por derechos de propiedad intelectual”*, teniendo en cuenta que *“aquél creó algo nuevo, original y distinto”* y, por lo general, se trata de un individuo que deriva su sustento *“de dicha creación”*, encontrándose en una situación de indefensión frente a los empresarios del entretenimiento<sup>10</sup>.

Sin embargo, se observa que dicha limitación no es potencialmente adecuada para conseguir el fin propuesto, porque no tiene en cuenta que el titular del derecho de autor no siempre es el creador de la obra, en tanto el mismo puede ser transferido a terceros por cesión, producto de un contrato de obra por encargo o por ministerio de la ley (v. gr. mortis causa)<sup>11</sup>. Entonces, si bien la norma acusada en algunos casos podría proteger al creador de la obra, lo cierto es que en otros eventos salvaguarda a quien adquirió el derecho de autor, que no necesariamente se encuentra en una posición de inferioridad, como sucede, por ejemplo, con los referidos empresarios del entretenimiento.

Ciertamente, en el caso de las obras audiovisuales, ante los distintos aportes de diferentes sujetos (director, guionista, actores, compositor, director de fotografía, etc.), para articular la comercialización de las mismas se realizan cesiones de derechos en favor de la sociedad productora. A su turno, en la industria musical las grandes compañías adquieren el derecho de autor sobre una composición y luego negocian con el intérprete, que no sólo se encuentra en indefensión frente a la empresa, sino que, por ministerio de la norma demandada, tiene limitado su margen

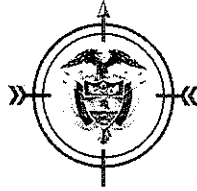
---

<sup>8</sup> *Ibídem.*

<sup>9</sup> *“Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”.*

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

<sup>11</sup> En relación con este punto se puede consultar la intervención de la Universidad Externado de Colombia, en la que se refirió la normatividad sobre la cesión y los contratos de obra por encargo.



PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION

de negociación a menos del 40%. En consecuencia, la disposición cuestionada no es idónea para evitar eventuales abusos del derecho.

Además, al fijar la norma demandada un porcentaje mínimo protector del derecho de autor (60%), sin realizar distinción alguna en razón del tipo de obra o de los sujetos que concurren en la industria del entretenimiento, permite que se presenten escenarios de desproporción<sup>12</sup>. Para ilustrar, como lo reseña uno de los intervinientes:

*“Desde el punto de vista de la producción audiovisual, por ejemplo, la interpretación de los actores dramáticos goza de una relevancia particular que, según el mercado, puede tasarse en un valor que puede ser mayor incluso que el de la obra misma, dadas las características particulares del intérprete y de la obra que interpreta. En industrias como la audiovisual o la musical, las características del intérprete actor o músico según el caso pueden dar a la interpretación que ésta o éste hagan de determinada obra, un valor adicional que en ocasiones puede superar el valor individual de la obra, hecho que determinará por sí solo el mercado y las condiciones del mismo, y que de ninguna manera puede pretender regular para todos los casos la ley, como pretende hacerlo la norma demandada”<sup>13</sup>.*

Finalmente, se estima que el núcleo esencial de la libertad contractual es afectado, porque el mismo se compone, entre otros aspectos, de la prohibición de discriminación *“entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición”* y del *“derecho a recibir un beneficio económico razonable”<sup>14</sup>*, prerrogativas que son desconocidas por la norma acusada. Ello, pues al otorgarse dicha protección al titular del derecho de autor y no al creador de la obra, se permite que el beneficio orientado a amparar a este último pueda ser injustificadamente aprovechado por agentes en posición dominante, quienes podrían competir en el mercado sin protección estatal alguna. Igualmente, bajo el amparo de la misma puede llegarse a afectar al intérprete de la obra, quien, por lo general, al ser una persona natural (v. gr. actor o cantante), es más proclive a estar en una posición de indefensión.

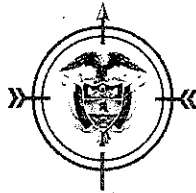
En consecuencia, el Ministerio Público solicitará que se declare la inexecutable de la norma demandada. Empero, teniendo en cuenta que la expulsión del ordenamiento jurídico de dicha disposición puede generar la desprotección de algunos sujetos, en especial, de los creadores de obras que optan por no ceder su derecho de autor, se pedirá que la decisión tenga efectos diferidos a *“dos legislaturas”<sup>15</sup>*.

<sup>12</sup> Sobre los efectos arbitrarios de fórmulas únicas en la libertad contractual puede consultarse la Sentencia C-409 de 2020 (M.P. Luis Javier Moreno Ortiz).

<sup>13</sup> Cfr. Intervención de Caracol Televisión S.A.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

<sup>15</sup> Al respecto, el Ministerio Público resalta que ha sido una constante de la Corte Constitucional, en sus últimas decisiones con efectos diferidos, concluir que el término de dos legislaturas es un plazo razonable y suficiente para que el Congreso de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales, proceda a expedir una regulación que reemplace la declarada inconstitucional (Cfr. Sentencias C-219 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerro Pérez; C-068 de 2020, M.P. Diana Fajardo Rivera; y C-047 de 2021, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo).



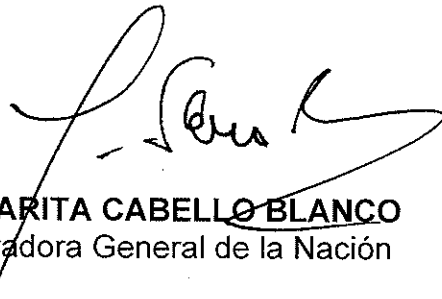
**PROCURADURIA  
GENERAL DE LA NACION**

Lo anterior, con el fin de que el Congreso de la República en el mencionado lapso expida una reglamentación completa sobre la remuneración de la propiedad intelectual, que atienda la realidad del mercado y la imperiosa protección que merecen los actores más vulnerables del mismo<sup>16</sup>.

### **III. Solicitud**

Por las razones expuestas, el Ministerio Público solicita que declare la **INEXEQUIBILIDAD**, con efectos diferidos a dos legislaturas, del artículo 68 de la Ley 44 de 1993, "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944".

Atentamente,



**MARGARITA CABELLO BLANCO**  
Procuradora General de la Nación

Proyectó: Nelly Roa Mosquera – Profesional Universitario Grado 17.

Aprobó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSUR



---

<sup>16</sup> A partir de la valoración del impacto de los fallos judiciales, la Corte Constitucional ha entendido que "cuando el retiro inmediato del sistema jurídico de la disposición legal o el cuerpo normativo declarado inexecutable envuelve un menoscabo o detrimento de los valores, principios y reglas del ordenamiento superior, podrían ser viables los fallos de inexecutable diferida" (Cfr. Sentencia C-280 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).