


Radicación Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 68 de la Ley 44 de 1993 que adiciona un literal al artículo 3 de la Ley 23 de 1982

Angy Lorena Martínez Corredor <angylorenamartinezcorredor@gmail.com>

Mié 30/06/2021 11:38

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

 1 archivos adjuntos (393 KB)

API- art. 3 Ley 23 1982- 140421.pdf;

Señores

Honorables Magistrados

Corte Constitucional

Ciudad

Referencia. Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 68 de la Ley 44 de 1993 que adiciona un literal al artículo 3 de la Ley 23 de 1982.

Favor remitirse al documento adjunto.

Nota: Recibiré notificaciones en la siguiente notificación electrónica gapc40@gmail.com o al número de celular (+57) [310 2318871](tel:3102318871).

Cordialmente,

--

Gustavo Adolfo Palacio Correa

Bogotá, Colombia

Cel (+57) 310 2318871

Bogotá D.C., junio de 2021.

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
E.S.E.

Ref. Acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 68 de la Ley 44 de 1993 que adiciona un literal al artículo 3 de la Ley 23 de 1982.

GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA, identificado como aparece al pie de la firma, respetuosamente presento ante la Honorable Corte Constitucional la presente Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el artículo 68 de la Ley 44 de 1993 que adiciona un literal al artículo 3 de la Ley 23 de 1982, por vulnerar los artículos 13, 14, 16, 38, 58 y 333 de la Constitución Política, relacionados con los principios de autonomía de la voluntad privada y libertad contractual; de libertad de empresa; y de igualdad.

NORMA DEMANDADA

Ley 44 de 1993

Diario Oficial No. 40.740, de 5 de febrero de 1993

Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944

ARTÍCULO 68. Adiciónese el artículo 3, de la Ley 23/82 con un literal así:

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.

NORMAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

A continuación, se transcriben las normas constitucionales vulneradas:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

ARTICULO 14. Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

ARTICULO 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

ARTICULO 38. Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad.

ARTICULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.

ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

COMPETENCIA

La Corte Constitucional es competente para conocer la presente demanda con fundamento en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política. Debido a que la norma ya fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1994, la competencia de la Corte se mantiene por dos razones: **i)** dos de los cargos formulados-violación autonomía de la voluntad privada y libertad contractual y la violación a la libertad de empresa- no fueron estudiados por la Corte en dicho fallo, configurándose la cosa juzgada relativa; y **ii)** frente al cargo por violación al principio de igualdad es aplicable la excepción a la cosa juzgada con fundamento en

el concepto de “*Constitución viviente*” dados los cambios en el contexto social relacionados con la industria musical; los cambios en el marco normativo que regula la propiedad intelectual; y el cambio de valoración del principio de igualdad con relación al juicio integrado de igualdad establecido por la Corte. Además, el cargo de violación al principio de igualdad plantea un escenario de vulneración distinto al estudiado por la Corte en la sentencia C-040 de 1994, por lo que también se configura el fenómeno de la cosa juzgada relativa frente a dicho escenario.

SÍNTESIS DE LA ACCIÓN

Esta acción pública de inconstitucionalidad formula tres cargos en contra del artículo 68 de la Ley 44 de 1993 que adiciona un literal al artículo 3 Ley 23 de 1982.

La norma objeto de demanda establece que los titulares del *derecho patrimonial de autor* tienen el derecho prevalente de recibir un 60% del total de la remuneración que se obtenga en el recaudo por divulgación o ejecución pública de la obra. Esto se traduce en que los titulares de *derechos patrimoniales conexos* por comunicación pública de la obra únicamente reciben el 40% restante. La norma, adicionalmente, presenta discusiones en su interpretación respecto de su escenario de aplicación, en la medida en que no es claro si aplica únicamente frente al recaudo que adelantan las sociedades de gestión colectiva, si aplica también para quienes negocien dicha remuneración de manera individual, o si la norma no aplica frente al recaudo que realizan las sociedades de gestión colectiva.

Independientemente del alcance interpretativo de la norma cuya constitucionalidad se demanda, esta acción pretende mostrar las razones por las cuales la Corte Constitucional debe declarar su inexequibilidad. Para ese efecto, en primer lugar, se presentará un análisis del contenido y alcance de la norma demandada. En segundo lugar, se presentarán los argumentos por los cuales dicha norma contraviene el principio constitucional de autonomía de la voluntad privada y libertad contractual. En tercer lugar, se indicarán las razones por las cuales la norma es contraria al principio de libertad de empresa. Finalmente, en cuarto lugar, se señalarán los motivos por los cuales, pese a la existencia de una cosa juzgada constitucional relativa, existe una violación al principio de igualdad, de conformidad con los escenarios interpretativos planteados en la presente demanda.

Respecto de la violación al principio constitucional de autonomía de la voluntad privada y libertad contractual, en la presente acción se señala que, al establecer un

porcentaje diferenciado e inequitativo en la remuneración por divulgación o comunicación pública de la obra para titulares de derechos patrimoniales de autor y conexos, se impone un límite injustificado para la libre disposición de los referidos derechos como consecuencia de las acciones de un tercero al momento de adelantar la negociación. Esta limitación resulta inconstitucional, en la medida en que no persigue la protección de derechos fundamentales y fomenta la disparidad de posiciones de negociación al proteger intereses particulares de unos determinados titulares de derechos patrimoniales.

En relación con el principio de libertad de empresa, la presente acción señala por qué la norma demandada es contraria al artículo 333 de la Constitución, como consecuencia de una limitación impuesta a los titulares del derecho patrimonial de autor o conexos por divulgación o comunicación pública de la obra, que son agentes económicos que, de acuerdo con el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de empresa, deberían poder recibir un tratamiento igualitario en la libertad de negociación de sus derechos, con el fin de recibir un lucro razonable por su actividad económica.

Por último, respecto del derecho a la igualdad, se señalarán las razones por las que este cargo puede ser estudiado nuevamente por la Corte Constitucional, en la medida en que únicamente ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional relativa, ya que la interpretación dada por la Corte a la norma en la Sentencia C-040 de 1994 y el criterio relacional que utilizó en su momento es distinto al que se plantea en este cargo. Además, se demostrará que en los criterios relacionales planteados en este cargo existe un trato desigual que no goza de justificación constitucional acorde con el test integrado de igualdad aplicable.

Por estos motivos, se solicitará a la Corte Constitucional que declare inexecutable el artículo 68 de la Ley 44 de 1993, por medio del cual se adiciona un literal al artículo 3º de la Ley 23 de 1982.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA ACCIÓN

1. Alcance de la disposición acusada

En primera instancia, para comprender el alcance de la disposición acusada, es importante resaltar que la propiedad intelectual está protegida por el artículo 61 de la Constitución Política y que esta disposición protege, entre otros, tanto los derechos

de autor como los derechos conexos. Al igual, de ella se desprende la protección de los derechos morales cuanto de los derechos patrimoniales (tanto de autor como conexos). Los primeros, como lo ha establecido la Corte Constitucional, son derechos fundamentales, mientras que los segundos son derechos de rango constitucional no fundamental¹. Las características de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual (autor y conexos) implican: **i)** las facultades con las que cuentan, titulares de unos y otros, de forma autónoma, de explotar económicamente las obras tuteladas por el derecho de autor y las otras prestaciones amparadas por los derechos conexos a través de su reproducción, transformación, distribución, comunicación pública, traducción o adaptación²; **ii)** la disposición de estos derechos a término gratuito u oneroso³; **iii)** la posibilidad de autorizar o prohibir el uso de la obra⁴; **iv)** la posibilidad de transferir estos derechos a terceros, bien sean personas naturales o jurídicas a título singular o universal⁵; **v)** la posibilidad de que su titularidad sea, por tanto, originaria o derivada⁶; **vi)** que son heredables y su protección se extiende por el tiempo establecido legalmente para cada caso. Estas características, por tanto, son propias de cada uno de los derechos patrimoniales de autor o conexos, que, además, son independientes entre sí⁷.

El artículo 68 de la Ley 44 de 1993 adicionó un literal (d) al artículo 3 de la Ley 23 de 1982 que establece que los titulares del derecho de autor tienen el derecho prevalente de recibir un 60% del total de la remuneración que se obtenga en el recaudo por divulgación o ejecución pública de la obra. Esto implica que, la disposición impone, a la vez, que a los titulares de derechos conexos (artistas intérpretes y productores) les corresponde el 40% restante, en aquellos casos -como lo enuncia la norma- en donde el derecho de autor prime sobre los demás. De esta manera, la disposición acusada regula el régimen de propiedad intelectual en lo que concierne al derecho patrimonial de remuneración por comunicación pública de la obra del cual son titulares tanto autores (del derecho patrimonial de autor) como interpretes, artistas, ejecutantes y productores (del derecho patrimonial conexo), o, en su defecto, cualquier persona que ostente dicha titularidad en virtud de un negocio jurídico.

Así, en caso de que una obra sea susceptible de generar una remuneración económica por su comunicación o ejecución pública, debe considerarse lo dispuesto en la

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. G. Ortiz.

² Corte Constitucional, Sentencia C-011 de 2013, M.P. A.J. Estrada.

³ Ley 23 de 1982, arts. 3, 166, 168, 172.

⁴ Ley 23 de 1982, arts. 3, 12, 76, 158, 172.

⁵ Ley 23 de 1982, art. 182.

⁶ Decisión Andina 351 de 1993, art. 10.

⁷ Ley 23 de 1982, art. 77.

disposición acusada y, dicha remuneración, debe repartirse en la proporción establecida de 60% para los titulares de derechos patrimoniales de autor y 40% para los titulares de derechos patrimoniales conexos sobre la obra que ha sido ejecutada o comunicada públicamente. El establecimiento de dicha suma dependerá del tipo de obra y de la aplicación de distintas situaciones reguladas por la Ley 23 de 1982. De esta manera, el alcance de la norma y el criterio relacional que establece es sobre titulares del derecho patrimonial de autor de obtener remuneración por la comunicación pública de la obra versus titulares del derecho patrimonial conexo de la misma naturaleza. Esto implica que el alcance del criterio comparativo no es, como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1994, entre autores con relación a artistas, intérpretes, ejecutantes y productores.

En primera instancia, la disposición acusada aplica exclusivamente para obras que sean susceptibles de ser comunicadas o ejecutadas públicamente y sobre las que versen derechos de autor y derechos conexos. En segundo lugar, la norma aplicará en los casos en los que, tal como se expone literalmente, “prime el derecho de autor sobre los demás”. Sin embargo, la legislación no establece de forma explícita cuándo se da esa primacía. No obstante, si se interpreta sistemáticamente la norma, es posible darle una lectura acorde al artículo 2 de la Ley 23 de 1982 que establece, en su inciso final, que *“Los derechos de autor se reputan de interés social y son preferentes a los de los intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, y en caso de conflicto primarán los derechos del autor.”* De forma que, con base en dicha estipulación, se entendería que su primacía es general y la disposición acusada aplica en todo caso.

En tercer lugar, es necesario establecer si la disposición acusada aplica para toda forma en la que se recaude una remuneración por ejecución o divulgación pública de la obra. Frente a ello, se presentan tres posibles interpretaciones de la norma. La primera interpretación, se enmarca en que la disposición acusada solo aplica para el recaudo hecho por parte de sociedades de gestión colectiva, en la medida en que la disposición enuncia que dicha remuneración porcentual se da sobre el “total recaudado” y son estas sociedades quienes ejercen la función de recaudo.

La segunda interpretación, enmarca que la disposición acusada aplica también para la remuneración obtenida a través de lo que negocien, autónomamente, aquellos titulares del derecho patrimonial de autor o derecho conexo que no están asociados a

una sociedad de gestión colectiva y explotan sus derechos a través de la gestión individual⁸.

La tercera interpretación, conforme a una lectura sistemática de las normas que rigen la gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, implicaría que esta norma no rige para el reparto que hacen estas sociedades por cuanto cuentan con normas específicas que indican otra lógica de remuneración.

En específico, la Ley 44 de 1993 establece el deber de las sociedades de gestión colectiva de negociar con terceros la remuneración equitativa de los derechos patrimoniales que administran (art. 13); de distribuir el importe de la remuneración entre los derechohabientes con proporción con la utilización efectiva de dichos derechos (art. 14); el deber de elaborar reglamentos internos que establezcan de forma equitativa el reparto de las remuneraciones recaudadas entre sus socios. Esta lógica, que excluiría la aplicación de la disposición acusada también se daría en el caso de la comunicación pública de la obra cinematográfica, ya que el parágrafo 1 del artículo 98 de la ley 23 de 1982, establece una remuneración equitativa tanto para autores de la obra como para el productor. Finalmente, esta interpretación también resultaría lógica con relación a la lectura de los artículos 168 y 173 de la Ley 23 de 1982, que establece el derecho de los artistas, intérpretes y ejecutantes y de los productores de gozar de una remuneración equitativa por la comunicación pública de su obra a través del reparto que hacen las sociedades de gestión colectiva⁹.

Esta última interpretación es compatible con el derecho comunitario. En efecto, la Decisión 351 de 1993, en su artículo 45, literal e, sobre las sociedades de gestión colectiva, establece:

“Que las normas de reparto, una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, garanticen una distribución equitativa entre los titulares de los

⁸ Es importante recordar que la Corte Constitucional ha establecido que los titulares de derechos de autor o conexos no están obligados a asociarse a una sociedad de gestión colectiva y pueden gestionar sus derechos patrimoniales individualmente. Esta cuestión se da con el fin de proteger la dimensión negativa del derecho de asociación, en la medida en que nadie puede estar obligado a asociarse. Al respecto, ver: Corte Constitucional, Sentencia C-784 de 2012, M.P. M. Calle.

⁹ Al respecto, el artículo 159 de la Ley 23 de 1982 establece que se considerarán ejecuciones públicas las que se realicen en teatros, cines, salas de concierto o baile, bares, clubes de cualquier naturaleza, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios e industriales y en fin donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales, o se transmitan por radio y televisión, sea con la participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales.

derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso (...)” (Negrilla fuera de texto).

Esa distribución equitativa ha sido reforzada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina¹⁰. Además, es necesario señalar que en caso de que exista un conflicto normativo -como el que se daría en este caso- por el principio de preeminencia, debe aplicarse de forma directa y preferente la norma comunitaria¹¹ - que establece una distribución equitativa- sobre la norma nacional que establece una distribución inequitativa del 60% /40%.

Como se demostrará en los cargos que se formulan a continuación, indistintamente el alcance interpretativo que se le dé a la norma, la disposición acusada resulta inconstitucional ya que no existe ninguna interpretación que resulte compatible con la Constitución.

2. Cargo por violación a la autonomía de la voluntad privada y a la libertad contractual

El primer cargo sostiene que la disposición acusada vulnera el principio de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual que se enmarca en los artículos 14, 16, 38, 39, 58 y 333 de la Constitución¹². Esta vulneración se da en la medida en que el legislador, al establecer un porcentaje inequitativo en la remuneración por divulgación o comunicación pública de la obra, impone un límite injustificado a los titulares de los derechos patrimoniales de autor y conexos de disponer libremente de estos en su negociación y configuración ya que esta está limitada por las acciones que tome un tercero ajeno a su negociación. Para sustentar este cargo, en primer lugar, se expondrá brevemente el alcance del principio de la autonomía de la voluntad privada y de libertad contractual. En segundo lugar, se hará el análisis de constitucionalidad de la disposición acusada con relación a dicho principio. En tercer lugar, se expondrá la respectiva conclusión sobre la inexequibilidad de la norma.

¹⁰ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Interpretación Prejudicial N° 300-IP-2017 de fecha 16 de julio de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena N° 3361 del 24 de agosto de 2018.

¹¹ Ibíd.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2011, M.P. H. Sierra.

2.1. El principio constitucional de autonomía de la voluntad privada y libertad contractual

El principio de la autonomía de la voluntad privada se desprende de distintas normas constitucionales y constituye un elemento central de la dignidad humana¹³. Su configuración está relacionada con los artículos 13, en cuanto se nace libre ante la ley; el artículo 14, que establece la personería jurídica y la subsecuente capacidad de crear relaciones vinculantes; el artículo 16, que implica la libertad de desarrollarse y de dirigir los asuntos personales autónomamente; los artículos 38 y 39, que establecen la libertad de asociarse y la imposibilidad de ser forzado a hacerlo; el artículo 58, en cuanto dispone el derecho a la propiedad privada, su uso, goce y disposición; y el artículo 333, que establece la libertad de empresa y su dimensión de libre iniciativa privada. De esta manera, una lectura armónica y sistemática de estos elementos constitucionales dan cuenta de la transversalidad de este principio y su relevancia en el ordenamiento legal.

El alcance del principio de la autonomía de la voluntad enmarca el derecho que tienen las personas para *“disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación”*¹⁴. Este derecho de disposición de sus intereses implica la libertad que tiene la persona de *“(i) celebrar contratos o no celebrarlos, (ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos y (iii) crear relaciones obligatorias entre sí”*¹⁵.

En un desarrollo más específico, y con relación a la libertad contractual, la Corte Constitucional ha dicho que este derecho enmarca cuatro expresiones de la voluntad:

*“(i) la libertad de selección que consiste en la facultad de elegir con quién se contrata (un proveedor, cliente, empleado y socio, entre otros); (ii) la libertad de negociación que consiste en decidir de qué forma se inician las tratativas preliminares; (iii) la libertad de configuración que comprende todas aquellas decisiones sobre cómo se estructura un contrato y cuáles son las obligaciones y derechos, y (iv) la libertad de conclusión que significa decidir si se celebra o no el negocio jurídico correspondiente”*¹⁶.

¹³ Ibíd.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2017, M.P. A. Linares.

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 2019, M.P. L.G. Guerrero.

De esta manera, es comprensible que la autonomía de la voluntad privada está intrínsecamente relacionada con la libertad contractual, en cuanto de esta autonomía se desprende la libertad que gozan las personas de autorregularse y, con ello, establecer regulaciones a sus propios intereses para suplir la incapacidad del Estado de prever todas las necesidades sociales o de las personas y para servir de medio de concreción de las finalidades del Estado Social de Derecho a través de la mejora del desarrollo del mercado¹⁷.

El principio de autonomía de la voluntad privada y de libertad contractual puede ser sujeto a límites por parte del legislador, quien goza de un amplio margen de configuración legislativa en la materia. Estos límites, sin embargo, no pueden afectar el núcleo esencial del derecho ni desprenderse de decisiones arbitrarias, carentes de proporcionalidad y racionalidad¹⁸. En ese sentido, la Corte Constitucional ha entendido que la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual pueden ser limitadas cuando se persigue la protección de derechos fundamentales; el asunto verse sobre servicios públicos; una de las partes tenga una posición dominante en el mercado; las negociaciones impliquen límites a la libre competencia; se busque la satisfacción del interés general; o para evitar el abuso del derecho con relación al orden público y las buenas costumbres¹⁹.

En específico, las libertades contractuales pueden estar limitadas con base en esos criterios. Así, las libertades de selección y conclusión no pueden implicar *“un abuso de la posición dominante, una práctica restrictiva de la libre competencia, una restricción injustificada en el acceso a un servicio público o una discriminación contraria a la Constitución”*²⁰. La libertad de negociación impone un deber de actuar con buena fe y la libertad de configuración implica que esta debe ajustarse al orden público, las buenas costumbres, el no abusar del derecho y el garantizar los derechos fundamentales²¹.

En suma, la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual constituye un principio constitucional de especial relevancia dada su interrelación con distintas disposiciones constitucionales, en particular, como se mencionó, con la dignidad humana en cuanto su ejercicio depende de la libertad de autorregulación que debe

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2011, M.P. H. Sierra.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-069 de 2019, M.P. L.G. Guerrero.

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

gozar la persona en un Estado Social de Derecho. Este principio se enmarca, además, en la filosofía económica que rige el Estado Social de Derecho, en cuanto busca garantizar el libre desarrollo de la economía de mercado, pero admite los límites necesarios para garantizar los derechos y las finalidades constitucionales en materia de bienestar general.

2.2. Análisis de constitucionalidad de la disposición acusada con relación al principio de autonomía de la voluntad privada y libertad contractual

Para demostrar que la disposición acusada vulnera el principio de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, esta sección desarrollará los siguientes puntos: **a)** se evaluará cómo la disposición acusada supone una limitación del principio de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual con relación a la disposición del derecho patrimonial (de autor y conexo) de remuneración por la comunicación pública de la obra; **b)** se demostrará que no existe ninguna justificación constitucional respecto de tal limitación y, por tanto, **c)** se concluirá que esta resulta inconstitucional acorde con lo expuesto.

a) La disposición acusada impone un límite a la autonomía de la voluntad privada y libertad contractual de titulares del derecho patrimonial de comunicación pública de la obra

La disposición acusada impone un límite a la autonomía de la voluntad privada y libertad contractual a los titulares del derecho patrimonial (de autor y conexo) de remuneración por la comunicación pública de la obra. De su aplicación se desprende un límite a los titulares de este derecho de disponer de sus intereses libremente y de determinar el contenido de sus obligaciones, lo que -como se observó- constituye el ejercicio básico de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual. Esta limitación se configura dependiendo de la interpretación que se haga de la norma, acorde al alcance establecido en el primer punto de esta acción.

La primera interpretación se da en los casos en los que la norma solo aplica para la remuneración obtenida a través de la gestión colectiva. En dicho caso, los titulares de derecho de autor y de derechos conexos están limitados en su capacidad de negociación en la medida en que la tarifa que fijen no dependerá exclusivamente de los parámetros propios de negociación entre partes iguales y libres que hagan como representantes de titulares de derechos de autor y de derechos conexos. La imposibilidad de negociar y configurar sus derechos libremente estaría fijada en dos

escenarios. El primer escenario se daría en sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y conexos, en la medida en que estas sociedades, internamente, no podrían fijar libremente, en el ejercicio de su libertad contractual (en especial su libertad de negociación y configuración), unos estatutos y reglamentos internos que definan, acorde con sus voluntades y la ley, la forma de hacer el reparto equitativo de las remuneraciones que obtengan por la comunicación pública de la obra. Por el contrario, estarían limitados por la disposición acusada a una única forma de establecerlo, sin que importe, por ejemplo, la valoración que se pueda hacer sobre el aporte de cada titular (de derecho de autor o conexo) a la obra y a su posibilidad de ser divulgada o ejecutada libremente.

El segundo escenario se daría a partir de la coexistencia de sociedades de gestión colectiva, unas para la gestión del derecho de autor y otras para los derechos conexos y, por tanto, para los titulares del derecho patrimonial de remuneración por comunicación pública de la obra, el fonograma y las interpretaciones. En tal escenario, tanto una sociedad como otra, estaría limitada en su libertad contractual a lo que negocie la otra con los usuarios de las obras. En este escenario, a modo de ejemplo, se podría dar que una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor negocie con un usuario una remuneración económica por la comunicación pública de la obra. Si esta negociación se hizo primero, la sociedad de gestión colectiva que administre, sobre la misma obra, lo correspondiente para los derechos conexos, verá limitada su capacidad de negociación y de configuración del valor de sus derechos dependiendo lo que haya definido un tercero ajeno a la negociación (la sociedad de gestión colectiva de derechos de autor). Así, si la sociedad de gestión colectiva de derecho de autor definió una tarifa de \$100 por la divulgación pública de la obra, este valor sería el 60% del total recaudado. Por tanto, la sociedad de gestión colectiva de derechos conexos no podrá negociar un valor distinto al 40% restante, que sería de \$66,6 pesos. En otras palabras, cada sociedad de gestión colectiva dependerá de lo que negocie la otra, siendo un tercero ajeno y, por tanto, supeditándose a lo que esta decida para establecer y disponer de los derechos patrimoniales que administra²², sin que exista una justificación legal o constitucionalmente válida para dicha limitación.

La segunda interpretación de la disposición acusada supone que esta también aplica para aquellos titulares de derecho de autor o conexos que gestionan individualmente sus obras y la tercera que solo aplica para estos casos. En ambos escenarios, la

²² Esta situación se puede presentar a la inversa. La sociedad de gestión colectiva de derechos de autor no podrá establecer una cifra que supere el 60% del total recaudado con base a la tarifa que negocie la sociedad de gestión colectiva de derechos conexos, por lo que su libertad de negociación y configuración contractual dependerá de lo que haga un tercero ajeno a sus derechos.

disposición acusada recae sobre la gestión individual e implicaría la vulneración de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual tanto de titulares de derechos patrimoniales de autor como titulares de derechos patrimoniales conexos. Esta se daría por cuanto la disposición acusada, como se expuso, limita la capacidad de negociación y configuración contractual con la que deben contar los titulares de los derechos patrimoniales de remuneración por divulgación de la obra. Esta limitación se da por cuanto su capacidad de negociación se ve limitada según lo que disponga un tercero ajeno a la negociación.

Un ejemplo de ello sería el caso de un autor que quiera negociar la remuneración por la divulgación pública de su obra musical en una serie de televisión. Si su negociación es posterior a la que hicieren los titulares de los derechos conexos, entonces su margen de configuración se verá limitado hasta un 60% del valor que se desprendería de la tarifa que negociaron esos titulares por el 40%. Así, si los titulares de derechos conexos fijaron una remuneración por su derecho de comunicación pública por un valor de \$66.6, entonces el titular del derecho de autor solo podrá establecer y negociar una tarifa de \$100, indistintamente sus intereses.

En suma, en los escenarios interpretativos descritos, la disposición acusada impone un límite a la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual de los titulares de derechos patrimoniales de autor y conexos de obtener remuneración por la divulgación pública de la obra de negociar, según las reglas del mercado y sus intereses, el valor de su derecho. Esto implica que no gozan plenamente de la libertad de disponer de sus derechos e intereses según su autonomía ni de poder celebrar contratos negociando y configurando sus obligaciones de forma libre, por cuanto esta dependerá de lo que disponga un tercero ajeno a la negociación, únicamente por razón de la oportunidad en el tiempo en la que este realiza la negociación.

b) El límite establecido por la disposición acusada a la autonomía de la voluntad privada y libertad contractual carece de justificación constitucional

Como se mencionó, la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual admiten límites, siempre que estos correspondan con lo establecido por la Constitución y su desarrollo interpretativo. En ese sentido, es necesario analizar si el límite que impone la disposición acusada a la autonomía de la voluntad privada y libertad contractual se enmarca en alguno de esos escenarios. Para ello, se analizará cada escenario en concreto.

i. ¿La limitación de la disposición acusada protege derechos fundamentales o recae sobre la prestación de un servicio público?

Es claro que la limitación no se deriva de la protección de ningún derecho fundamental, ya que los derechos patrimoniales de propiedad intelectual no son derechos fundamentales. En ese sentido, impedir que los titulares de derechos de autor y derechos conexos puedan disponer libremente de su derecho patrimonial a la remuneración por la comunicación pública de la obra no supone la protección de derecho fundamental alguno. Adicionalmente, la propiedad intelectual y, en particular, el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y conexos no configura un servicio público, ya que el legislador no lo ha establecido de esta manera ni su ejercicio supone la garantía de bienes o derechos fundamentales²³.

ii. ¿La limitación de la disposición acusada evita una posición dominante en el mercado o busca el equilibrio entre posiciones dispares?

La limitación dispuesta por la disposición acusada no evita una posición dominante en el mercado ni genera equilibrio entre posiciones dispares. Esto por cuanto la titularidad de un derecho patrimonial de autor o conexo puede estar en cabeza de distintos actores, incluso diferentes a aquellos que crean las obras, las interpretan o las producen. En efecto, como se expuso en la primera parte de esta acción, los derechos patrimoniales de la propiedad intelectual son transferibles y su titularidad puede estar tanto en personas naturales como en personas jurídicas. De esta manera, distintos agentes del mercado pueden tener la titularidad de un derecho patrimonial de autor o de un derecho patrimonial conexo. Así, a modo de ejemplo, el titular del derecho patrimonial de autor puede ser una persona jurídica, como una multinacional de productos audiovisuales, mientras que el titular de un derecho patrimonial conexo, puede ser un artista o intérprete nacional que, muy probablemente, está en desventaja con relación a la multinacional. De esta manera, la disposición acusada no solo no estaría evitando una posición dominante en el mercado o un desequilibrio entre las partes, sino que podría estar fomentando tal posición y disparidad.

iii. ¿La limitación de la disposición acusada previene prácticas contrarias a la libertad de competencia?

La limitación de la disposición acusada no previene prácticas contrarias a la libertad de competencia en cuanto a que establecer un límite en la disposición de los derechos

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-378 de 2010, M.P. J. Palacio.

patrimoniales de autor y conexos no evita que existan agentes económicos que impidan la concurrencia al mercado de la propiedad intelectual de otros agentes; no evita que se limite la libertad de ofrecer las condiciones comerciales que se consideren adecuadas; y no limita la posibilidad de que los consumidores contraten con quien consideren el mejor ofertante²⁴. Por el contrario, la limitación más bien parece facilitar prácticas contrarias a la libertad de competencia en cuanto elimina -como se evidenció- la capacidad libre y autónoma de los titulares de derechos patrimoniales de propiedad intelectual de disponer de estos, acorde a las reglas del mercado y la libre configuración de sus intereses y obligaciones.

iv. ¿La limitación de la disposición acusada persigue el interés general?

La limitación de la disposición acusada no persigue la satisfacción del interés general por cuanto esta versa sobre la disposición de derechos particulares de carácter patrimonial que no repercuten en la satisfacción de fines generales o que afecten a la sociedad. Si bien la protección a la propiedad intelectual persigue dentro de sus finalidades cuestiones de interés general como el crecimiento económico y la promoción y el acceso a la cultura²⁵, imponer un límite a la disposición de los derechos patrimoniales de remuneración por divulgación pública de la obra no guarda nexo causal alguno con la promoción de estas finalidades. Por el contrario, su existencia simplemente fija un beneficio de un mínimo porcentual que reciben las personas, naturales o jurídicas, como particulares, que tengan la titularidad de dicho derecho patrimonial de autor. En concreto, la disposición otorga un privilegio de remuneración económica que solo repercute en particulares (personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras) que sean titulares del derecho patrimonial de autor de obtener remuneración por la comunicación pública de una obra en la que ni siquiera tienen que haber participado para su creación y posterior divulgación. En ese sentido, la norma acusada contravendría el interés general de los titulares de derechos patrimoniales de autor y conexos, privilegiando la posición particular de unos u otros según sea el caso.

v. ¿La limitación de la disposición acusada evita el abuso del derecho, la afectación al orden público o a las buenas costumbres?

²⁴ Al respecto del alcance de la libertad económica de competencia ver: Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017, M.P. A. Rojas.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. G. Ortiz.

La limitación de la disposición acusada no evita el abuso de un derecho por cuanto la posibilidad de disponer libremente de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, al fijar la remuneración que se puede recibir por la divulgación pública de una obra, no es una actividad que suponga desbordar los límites que configuran este derecho, ni tampoco representa un uso que se contraponga a los fines de dicha prerrogativa²⁶. Por su parte, la limitación de la disposición acusada no se relaciona, bajo ningún concepto, con la protección del orden público o las buenas costumbres en cuanto a que la libertad de disposición de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, dentro del marco de legalidad, no afecta ni se vincula con condiciones de seguridad, tranquilidad o sanidad medioambiental²⁷.

En suma, como se puede observar, la limitación de la disposición acusada no se justifica bajo ninguno de los preceptos constitucionales que legitiman la intervención en el ámbito de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual. Por el contrario, esta resulta irrazonable y desproporcionada ya que no persigue ninguna finalidad constitucional legítima, puesto que la titularidad del derecho patrimonial de autor de remuneración por divulgación pública de la obra puede recaer sobre cualquier tipo de agente económico, persona natural o jurídica, puede ser un titular derivado -es decir, distinto a su creador- y, por tanto, no se estaría protegiendo, privilegiando o premiando la creación artística o al creador²⁸. También, esta puede generar una situación de desequilibrio entre distintas partes, ya que en ocasiones el titular de un derecho patrimonial de autor puede ser un agente económico que está en ventaja frente a los titulares de derechos conexos. Además, la norma impone un límite arbitrario a la capacidad de la negociación de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual por cuanto, dependiendo de quién sea primero en el tiempo de una negociación (titular del derecho de autor o titular del derecho conexo), el otro será afectado por dicha negociación.

Finalmente, en materia de propiedad intelectual y de límites a la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual en el ejercicio de los derechos patrimoniales que de esta se desprenden, la Corte Constitucional ha entendido que esta resulta injustificable cuando: **i)** la protección de los derechos de autor o conexos derive en afectaciones a derechos interrelacionados con su desarrollo; **ii)** la aplicación de una limitación atente contra la normal exploración de la obra; **iii)** la aplicación de una limitación no genere un perjuicio injustificado al titular del derecho y sus intereses

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-631 de 2017, M.P. G. Ortiz.

²⁷ Al respecto del concepto de orden público ver: Sentencia C-128 de 2018, M.P. J. Reyes.

²⁸ Al respecto, en la Sentencia C-040 de 1994, M.P. A. Martínez, la Corte entendió que la finalidad de la disposición acusada era la de premiar la labor artística del creador.

legítimos; **iv)** la limitación no resulte desproporcionada en cuanto no repercuta en la satisfacción del interés social y el goce efectivo de derechos constitucionales²⁹.

Como se observó, la limitación de la disposición acusada -so pena de proteger los derechos de autor- en efecto genera afectaciones en el ejercicio del mismo derecho patrimonial de autor (por cuanto la negociación de un titular de derecho conexo afecta la libertad de configuración contractual de su derecho) y, por supuesto, el ejercicio de los derechos conexos. Además, esta atenta contra la normal explotación de la obra porque supedita a decisiones de terceros ajenos al negocio la disposición patrimonial que se puede hacer de la misma. También, como se observó, de esta limitación se pueden generar perjuicios injustificados a los titulares de derechos patrimoniales de propiedad intelectual ya que, la mala negociación de un titular afectaría necesariamente al otro. Por último, al ser derechos particulares de carácter patrimonial que pueden tener todo tipo de titulares, la disposición es desproporcionada porque no persigue el interés social ni el goce efectivo de los derechos fundamentales, ya que solo beneficia a los particulares que ostenten la titularidad de un derecho patrimonial.

c) La disposición acusada resulta inexecutable

De acuerdo con lo señalado, la disposición demandada impone un límite a la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual que no cuenta con justificación constitucional alguna, en la medida en que, al generar unos parámetros porcentuales específicos para diferenciar la remuneración por la comunicación pública de una obra que reciben los titulares de derechos patrimoniales de autor y los titulares de derechos patrimoniales conexos, no se persigue la protección de derechos fundamentales o intereses públicos, se promueve una posición de disparidad que puede generar afectaciones en la libre competencia y se enmarca en una defensa de intereses particulares que resulta constitucionalmente inadmisibles. Por lo tanto, la disposición acusada debe ser declarada inexecutable.

3. Cargo por violación a la libertad de empresa

El segundo cargo sostiene que la disposición acusada vulnera el principio de la libertad de empresa que se enmarca en el artículo 333 de la Constitución. Esta vulneración se da en la medida en que la disposición acusada, al establecer un porcentaje inequitativo en la remuneración por divulgación o comunicación pública de la obra, impone un

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. G. Ortiz.

limite a los agentes económicos que son titulares del derecho patrimonial (de autor o conexo) a la remuneración por comunicación pública de la obra, a recibir un tratamiento no discriminatorio y a recibir un lucro razonable por su actividad económica. De esta manera, la disposición acusada vulnera el núcleo esencial de la libertad de empresa y carece de razonabilidad o proporcionalidad. Para sustentar este cargo, en primer lugar, se expondrá brevemente el alcance del principio de la libertad de empresa. En segundo lugar, se hará el análisis de constitucionalidad de la disposición acusada con relación a dicho principio. En tercer lugar, se expondrá la respectiva conclusión sobre la inexequibilidad de la norma.

3.1. Alcance de la libertad de empresa

La libertad de empresa se enmarca en la garantía constitucional de la libertad económica. Esta garantía implica *“la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio”*³⁰. Dicha facultad se protege siempre que la actividad que se despliegue sea susceptible de ser explotada económicamente por particulares y que el objeto de su acción no sea ilícito³¹. Además, el Estado no debe intervenir en su desarrollo salvo por razones relacionadas con los asuntos dispuestos en el artículo 334 de la Constitución frente a la intervención del Estado en la economía y por motivos de garantía del interés social, del ambiente o del patrimonio cultural de la Nación³².

En desarrollo de esa libertad económica, el artículo 333 de la Constitución consagra el principio de la libertad de empresa. Esta ha sido definida por la Corte Constitucional como una libertad para *“(...) la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”*³³. De igual manera, la Corte ha indicado que la libertad de empresa incluye la libertad contractual, *“(...) que ejercida por el sujeto económico libre, atiende la finalidad de que en el mercado confluya un equilibrio entre los intereses de los distintos agentes”*³⁴. Además, la libertad económica implica la manifestación de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica a partir de aprovechar la capacidad creadora de los particulares y su libre iniciativa privada. Por tanto, el Estado

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-359 de 2016, M.P. L. Guerrero.

³¹ *Ibíd.*

³² *Ibíd.*

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2018, M.P. D. Fajardo.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001, M.P. R. Gil.

no debe obstruir o restringirla por regla general, y debe prevenir abusos de posiciones dominantes en el mercado³⁵.

La Corte Constitucional ha establecido que la libertad de empresa admite ciertas limitaciones, pero que estas deben obedecer a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese sentido, las limitaciones deben hacerse por vía legislativa, sin afectar el núcleo esencial del derecho y obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen limitar dicha garantía, así como al principio constitucional de solidaridad³⁶. Las limitaciones, en todo caso, deben ser acordes al sistema de valores, principios y derechos de la Constitución³⁷.

En diversas oportunidades, la Corte Constitucional ha reiterado la necesidad de que dichas limitaciones sean serias y razonables pues, al tratarse de una libertad propia de un ámbito de actuación privado, cuenta con un límite en el que no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de afectar su núcleo esencial³⁸. De acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional, el núcleo esencial de la libertad de empresa incluye los derechos:

“(...) (i) a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) a concurrir al mercado o retirarse; (iii) a la no interferencia del Estado en los asuntos internos de la empresa como la organización y los métodos de gestión; (iv) a la libre iniciativa privada; (v) a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley, y (vi) a recibir un lucro razonable por su actividad económica.”³⁹

En esa medida, las restricciones que el Estado efectúe a la libertad de empresa deben tener en cuenta que no pueden afectar el equilibrio entre competidores en el mercado, que no pueden referirse a asuntos internos de la actividad empresarial, particularmente en cuanto a su organización, que no pueden traspasar los límites legales para la iniciativa privada y que deben permitir que el lucro de la actividad económica cumpla con parámetros de razonabilidad. De igual manera, la Corte ha adelantado juicios leves de proporcionalidad con el fin de determinar si las medidas

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2018, M.P. D. Fajardo.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2004 M.P. C. Vargas.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-851 de 2013, M.P. M. González.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-415 de 1994, M.P. E. Cifuentes; y, Corte Constitucional, Sentencia C-352 de 2009, M.P. L. Vargas.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2018. M.P. D. Fajardo.

que generan límites a la libertad de empresa se ajustan a los fines constitucionales, estableciendo que dicha prerrogativa no puede ser utilizada para abusos de posición dominante ni para engañar sistemas esenciales del ordenamiento constitucional⁴⁰.

3.2. Análisis de constitucionalidad de la disposición acusada con relación al principio de libertad de empresa

Para demostrar que la disposición acusada vulnera el principio libertad de empresa, esta sección desarrollará los siguientes puntos: **a)** se evaluará cómo la disposición acusada supone una trasgresión al núcleo esencial del principio de libertad de empresa; **b)** se demostrará que no existe ninguna justificación constitucional respecto de tal trasgresión y, por tanto, **c)** se concluirá que la disposición acusada resulta inconstitucional acorde con lo expuesto.

a) La disposición acusada supone una transgresión al núcleo esencial del principio de libertad de empresa

El núcleo esencial de la libertad de empresa, como se observó, se manifiesta a través de, entre otros, *“un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (...) y a recibir un lucro razonable por su actividad económica”*⁴¹. En primer lugar, la disposición acusada, dependiendo de la interpretación que se le dé, vulneraría el tratamiento igual o no discriminatorio entre empresarios o competidores dentro del mercado del derecho patrimonial de propiedad intelectual a recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra. Lo anterior en la medida en que, si como se mencionó, la norma aplica exclusivamente para el recaudo hecho por las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y conexos, los titulares de derechos de autor y conexos asociados estarían supeditados a un reparto del 60% para unos y del 40% para otros, mientras que aquellos titulares que gestionen sus derechos individualmente podrán recibir remuneraciones según su capacidad de negociación caso a caso y lo que libremente dispongan en el ejercicio económico de la libertad contractual. Si, por el contrario, la norma solo aplica para la gestión individual de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, aquellos titulares que gestionen así estarían en desventaja con respecto a los titulares asociados a sociedades de gestión colectiva quienes podrían libremente establecer repartos equitativos entre sus asociados.

⁴⁰ Al respecto, véase: Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 2019, M.P. G. Ortiz.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2018. M.P. D. Fajardo.

Ahora bien, si la norma aplica para todo caso de gestión de derechos patrimoniales de propiedad intelectual, esta también resultaría en un trato desigual y discriminatorio entre titulares de derechos de autor y conexos. Lo anterior, por cuanto -como se expuso en el punto dos de esta acción- la norma impacta de manera diferente la capacidad de negociación que tiene un titular del derecho (autor o conexo) dependiendo de la oportunidad con la que lo negocie y su capacidad económica en el mercado. Es decir, la norma promueve que aquellos agentes que negocien primero su derecho con el usuario impongan las condiciones de configuración contractual que impedirán que se efectúe una negociación libre por parte del otro titular. En esa medida, hay un trato desigual entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición, dependiendo de cuándo, en el tiempo, negocien sus derechos.

En segundo lugar, la disposición acusada, en cualquier escenario interpretativo, implica un obstáculo para que los titulares del derecho patrimonial de propiedad intelectual a recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra, reciban un lucro razonable por su actividad económica. El obstáculo consiste en que, al establecer la obligación de hacer un reparto del 60% para titulares del derecho de autor y 40% para titulares del derecho conexo, el lucro que recibirán no dependerá de los precios que se fijen libremente a través de negociaciones y reglas del mercado, sino de la posición dominante que se le otorga a un tercero no legitimado para ello en virtud de la misma norma. Así, a modo de ejemplo, si un titular de un derecho patrimonial conexo a recibir remuneración por la comunicación pública de la obra dispone que su tarifa para que esta sea difundida en la radio es de tan solo \$50, el usuario adquiriente puede establecer unilateralmente que, por virtud de la disposición acusada, el valor a pagarle al titular del derecho de autor será de tan solo \$75, independientemente de si ese lucro resulta razonable para este último.

b) La limitación al núcleo esencial a la libertad de empresa impuesto por la disposición acusada no goza de justificación constitucional alguna

La libertad de empresa, como se mencionó, admite limitaciones por parte del legislador siempre que estas persigan la garantía del interés social, del ambiente o del patrimonio cultural de la Nación, no afecten el núcleo esencial del derecho y resulten razonables y proporcionales. Para demostrar que la limitación a la libertad de empresa de la disposición acusada no se enmarca en ninguna de estos escenarios, en primer lugar, se expondrá cómo esta no persigue la garantía del interés social, del ambiente o del patrimonio cultural de la Nación. En segundo lugar, se reafirmará que esta limitación en efecto vulnera el núcleo esencial de la libertad de empresa. En tercer

lugar, se demostrará que la disposición acusada no supera el análisis de proporcionalidad en los términos establecidos por la Corte Constitucional.

i. La limitación a la libertad de empresa de la disposición acusada no persigue la garantía del interés social, del ambiente o del patrimonio cultural de la Nación

La limitación a la libertad de empresa de la disposición acusada no guarda ningún nexo causal con la garantía del interés social, del ambiente o del patrimonio cultural de la Nación en cuanto se regula relaciones meramente patrimoniales entre particulares que no impactan o repercuten en la satisfacción, como se mencionó en el segundo punto de esta acción, con el interés general. Además, la disposición acusada no protege, promueve ni incentiva la creación artística. Como se ha expuesto, los titulares de los derechos patrimoniales de propiedad intelectual pueden ser distintos tipos de agentes (naturales o jurídicos, nacionales o extranjeros), dedicados a actividades diversas que no necesariamente guarden relación con la industria cultural. Bajo esa misma lógica, la disposición acusada, lejos de proteger a una parte débil o de garantizar un equilibrio económico crea un privilegio en manos del titular del derecho patrimonial de autor, por lo que no se avizora que esta se dirija a la concreción del principio constitucional de solidaridad.

ii. La limitación de la disposición acusada vulnera el núcleo esencial a la libertad de empresa

Como se expuso, la limitación de la disposición acusada en efecto vulnera el núcleo esencial de la libertad de empresa ya que impone un trato desigual y discriminatorio entre empresarios y competidores que explotan económicamente el derecho patrimonial (de autor o conexo) a recibir remuneración por la comunicación pública de una obra artística. Además, dada la imposición de una fórmula porcentual de reparto de la remuneración y los límites a la negociación que dicha imposición genera, se afecta drásticamente la facultad de recibir un lucro razonable por la actividad económica.

iii. La limitación de la disposición acusada no supera un examen de proporcionalidad

La Corte Constitucional ha dispuesto que las limitaciones a la libertad de empresa deben ser razonables y proporcionales⁴². Para evaluar ello, por tratarse de medidas económicas donde el legislador goza de un amplio margen de configuración legislativa, la Corte ha dispuesto que se debe hacer un juicio de proporcionalidad leve⁴³. Sin embargo, la Corte Constitucional también ha mencionado que las medidas que impactan los derechos constitucionales no fundamentales, como los derechos patrimoniales de propiedad intelectual, deben ser analizadas a partir de un juicio intermedio de proporcionalidad⁴⁴. Así, en la medida en que se está analizando la libertad de empresa, pero con relación al goce de derechos patrimoniales de propiedad intelectual el juicio podría ser, o bien leve, o bien intermedio. No obstante, como se mostrará, la disposición acusada no supera siquiera el test leve de proporcionalidad. Para elaborar el test leve, en primer lugar, es necesario determinar el fin de la norma y si este, y el medio empleado, son constitucionalmente legítimos. En segundo lugar, se deberá determinar si el medio resulta adecuado para alcanzar el fin propuesto.

- **La finalidad la disposición acusada no es constitucionalmente legítima**

La Corte Constitucional, en la sentencia C-040 de 1994, estableció que el fin de la disposición acusada es “...otorgarle un plus al autor de una obra artística sobre el monto total de la remuneración causada por derechos de propiedad intelectual, así: al autor de la obra le corresponde el 60% de dichos ingresos, y a los titulares de los derechos conexos les corresponde el 40% restante...luego el 10% adicional que introduce el texto que nos ocupa tiene por objetivo “premiar” al autor con respecto a los porcentajes de las demás personas”⁴⁵. Para la Corte, en su momento, este fin resultaba constitucional porque la Constitución protege la dignidad humana y, con ello, el respeto por la cultura y los derechos de sus creadores⁴⁶.

Esta interpretación sobre el fin de la norma no refleja la literalidad de la disposición acusada, los sujetos a los que les es aplicable y las consecuencias que esta trae. Al contrario de lo que interpretó la Corte en su momento, la norma no le otorga un “plus al autor” por cuanto, como se ha dicho, la titularidad del derecho patrimonial de autor

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 2004, M.P. C. Vargas.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 2019, M.P. G. Ortiz.

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. G. Ortiz.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1994, M.P. A. Martínez.

⁴⁶ *Ibíd.*

a recibir una remuneración por la comunicación pública de su obra puede recaer en titulares derivados, quienes adquieren dicha titularidad, como consecuencia de un acto o hecho jurídico (compraventa, sucesión, cesión de derechos, donación, obra por encargo, entre otros) y no como artistas creadores de la obra.

De esta manera, es falso que la norma tenga como fin “premiar” al autor para garantizar su “modus vivendi” ya que su finalidad y alcance está limitada a privilegiar al titular del derecho patrimonial, indistintamente este privilegio repercute en la dignidad del autor y el respeto por la cultura y los derechos de los creadores de la obra. Este fin, no encuentra asidero en ninguna disposición constitucional, por cuanto la Constitución no establece en sus normas privilegios a particulares titulares de derechos patrimoniales de propiedad intelectual.

- **La medida está constitucionalmente prohibida y no es adecuada para alcanzar la finalidad**

La medida, como se advierte, otorga un beneficio económico superior a un titular indeterminado del derecho patrimonial de autor a recibir una remuneración por la comunicación pública de su obra frente a los titulares de los derechos conexos. Esta medida está constitucionalmente prohibida ya que afecta directamente el núcleo esencial del derecho a la libertad de empresa al generar un trato discriminatorio y desigual entre particulares que se encuentran en una misma situación e impedir que reciban un lucro razonable por su actividad económica.

Además, en gracia de discusión, si realmente la finalidad de la norma fuera la de proteger la creación artística a partir de premiar al autor de la obra, es claro que el medio no resultaría adecuado para alcanzar dicho fin, ya que -como se ha insistido- el titular del derecho patrimonial de autor a recibir una remuneración por la comunicación pública no necesariamente es el autor de la obra, quien, incluso, pudo haber cedido este derecho a título gratuito a un tercero ajeno a la creación de la misma o de cualquier otra obra, o se puede tratar de una obra por encargo, donde la titularidad de los derechos patrimoniales recae sobre la persona (natural o jurídica) que encargó la obra.

c) La disposición acusada resulta inexecutable

La limitación impuesta por la disposición acusada a la libertad de empresa no goza de ninguna justificación constitucional. Por el contrario, la disposición acusada resulta

irrazonable y desproporcional ya que afecta el núcleo esencial de la libertad de empresa, lo que afecta el goce efectivo del derecho que gozan titulares de derechos patrimoniales de propiedad intelectual. De esta manera, la Corte Constitucional, con base en este cargo, debe declarar inexecutable la disposición acusada.

4. Cargo por violación al principio de igualdad

Este cargo se formula con relación a la violación del principio de igualdad, causada por la disposición acusada, en dos posibles escenarios. El primer escenario, señala que la disposición acusada impone un trato discriminatorio entre titulares del derecho patrimonial de autor de recibir una remuneración por la comunicación pública de su obra y los titulares del derecho conexo de la misma naturaleza. El segundo escenario señala que, dependiendo del alcance interpretativo de la norma, tal como se expuso en la primera parte de esta acción, esta vulneraría el principio de igualdad con relación a los titulares de derechos de autor o conexos que gestionan sus intereses de manera individual versus los que lo hacen de manera colectiva.

Para desarrollar el cargo, se seguirá la siguiente estructura. En primer lugar, se argumentará que los dos escenarios pueden ser estudiados por la Corte ya que ambos escenarios proponen un alcance interpretativo y unos criterios relacionales del juicio de igualdad distintos al que analizó la Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1994. Por lo tanto, en ambos escenarios del cargo que acá se propone opera la cosa juzgada relativa. En segundo lugar, se hará una breve exposición del alcance del principio de igualdad y se explicará que, para los dos escenarios, es procedente un test integrado de igualdad en intensidad intermedia. En tercer lugar, se implementará el test respecto al primer escenario para analizar la constitucionalidad de la norma con relación al principio de igualdad. En cuarto lugar, se hará el mismo ejercicio con relación al segundo escenario. Finalmente, se presentarán las respectivas conclusiones.

4.1. Sobre la viabilidad de estudio del cargo por existencia de la cosa juzgada relativa

La disposición acusada fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1994. En dicha decisión, la Corte declaró executable el artículo 68 de la Ley 44 de 1993 (parcial) que modifica el artículo 3 Ley 23 de 1982, por cuanto consideró que esta no vulneraba el principio de igualdad al establecer un reparto inequitativo de la remuneración obtenida por divulgación o ejecución pública de la

obra entre titulares del derecho patrimonial de autor y titulares del derecho patrimonial conexo correspondiente. Acorde a lo establecido por la Corte, esta disposición no vulneraba dicho principio porque el trato diferencial que introduce está justificado en la medida en que:

- Autores y titulares de derechos conexos están en situaciones diferentes;
- El trato desigual persigue la finalidad de proteger y ponderar el trabajo creativo, en específico premiar al autor de la obra;
- Esta finalidad es razonable a la luz de la Constitución, ya que esta busca la protección de la cultura y los autores que la fomentan;
- La medida goza de una racionalidad interna, ya que establecer un plus para la labor del autor;
- La medida es proporcional, por cuanto no deja de reconocer al titular del derecho conexo⁴⁷.

Para llegar a dicha conclusión, el criterio relacional que usó la Corte en su momento se estableció en el siguiente problema jurídico:

*“¿El otorgamiento del 60% del total recaudado por la ejecución pública o divulgación de una propiedad intelectual **al autor** de la misma constituye una discriminación o una diferenciación constitucional respecto de los **derechos de los intérpretes, productores y divulgadores**?”⁴⁸ (Negrilla fuera de texto)*

Así, la comparación hecha por la Corte se dio con relación a autores versus intérpretes, productores y divulgadores de una obra. En ese sentido, el criterio relacional se basó y analizó las situaciones fácticas y jurídicas de estos sujetos y, a partir de ello, determinar si el trato desigual de la norma frente a dichos sujetos resultaba constitucional. Sin embargo, los dos escenarios interpretativos que se formulan en este cargo son distintos al estudiado por la Corte Constitucional en la C-040 de 1994 y, por lo tanto, frente a ellos no opera la cosa juzgada absoluta, sino la cosa juzgada relativa.

Al respecto, la Corte Constitucional ha entendido que la cosa juzgada relativa se da cuando *“la Corte en una decisión anterior juzgó la validez constitucional solo desde la perspectiva de algunos de los cargos posibles.”⁴⁹* Esta puede ser explícita, cuando el

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1994, M.P. A. Martínez.

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-007 de 2016, M.P. A. Linares.

Tribunal establece que la decisión solo se atiene al cargo analizado en la parte resolutive de la sentencia o implícita cuando de una lectura de la decisión es claro que solo se analizó una perspectiva constitucional sobre la disposición acusada. En este caso, este cargo presenta dos escenarios distintos de análisis con relación a la violación al principio de igualdad estudiado por la Corte Constitucional. El primer escenario establece que el criterio relacional de la interpretación literal de la norma se da entre titulares del derecho patrimonial de autor a recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra con titulares del derecho patrimonial conexo de la misma naturaleza. Es decir, son sujetos distintos, porque jurídica y fácticamente hay diferencias entre ser el autor de una obra y ser el titular de derechos patrimoniales de autor. Igual sucede con ser artista, intérprete, ejecutante o productor a ser titular de derechos patrimoniales conexos. Por su parte, el segundo escenario también presenta un alcance interpretativo que supone un criterio relacional distinto al estudiado por la Corte en 1994. Este propone que la disposición acusada vulneraría el principio de igualdad con relación a los titulares del derecho patrimonial de remuneración por comunicación pública de la obra (autores y conexos) que deciden gestionar colectivamente sus derechos con aquellos que lo hacen de forma individual.

Existe un último elemento que fortalece la procedencia de estudio de este cargo y se relaciona con el cambio material que se ha dado en la forma en la que la Corte Constitucional ha desarrollado la metodología de análisis del principio de igualdad con relación a los derechos patrimoniales de propiedad intelectual. En efecto, la Corte Constitucional, unificó la metodología con la que se analizan los cargos de violación al principio de igualdad, estableciendo los pasos concretos del denominado “test integrado de igualdad”, lo que supone -como se evidenciará adelante- un análisis distinto y más riguroso al que hiciera en su momento la Corte en la Sentencia C-040 de 1994 y que, en efecto, haría derivar a este Tribunal en una conclusión de inexequibilidad de la norma acusada.

Dicho cambio no solo implica unos pasos metodológicos distintos y más robustos, sino que la Corte, recientemente, ha reiterado que los derechos patrimoniales de autor y conexos son derechos constitucionales no fundamentales. Por tal motivo, el juicio de igualdad debe tener un nivel de intensidad intermedio y no leve, cuestión que, en palabras de la Corte, es una forma más garantista de proteger estos derechos:

“De manera que la mejor forma para proteger estos derechos constitucionales no fundamentales y, por ese camino, la Constitución, es a través de un juicio más robusto que, en este caso particular, corresponde al intermedio.”⁵⁰

Esa variación, que implica que en el análisis de igualdad sobre medidas que impacten derechos patrimoniales de propiedad intelectual debe adelantarse un juicio intermedio de igualdad, supone un paso fundamental que no analizó la Sentencia C-040 de 1994 y es si el medio es efectivamente conducente para la consecución del fin que persigue la medida. En este caso, como se expondrá, ese elemento valorativo deriva en que el medio que fija la disposición acusada no es efectivamente conducente por cuanto no hay nexo causal alguno entre medio y fin⁵¹.

Por tales motivos, el cargo acá formulado en dos escenarios es distinto al estudiado en la sentencia C-040 de 1994, y por tanto sobre este cargo no se configura el fenómeno de la cosa juzgada absoluta y su estudio resulta procedente.

4.2. Sobre el alcance del principio de igualdad y el test integrado de igualdad

La igualdad es uno de los pilares centrales del Estado Social de Derecho⁵². Su alcance se da a partir de una triple valoración: la igualdad como derecho, como principio y como valor⁵³. En su dimensión de derecho, la igualdad es un derecho fundamental de aplicación directa y reforzada y cuenta con acciones legales y constitucionales para su reclamo efectivo por cuanto está relacionada con la dignidad humana⁵⁴. Esto impone a las autoridades el deber de trato igualitario a quienes se encuentren en situaciones fácticas similares⁵⁵. En su dimensión de principio, la igualdad impone un mandato de optimización para que se maximice el trato igualitario para la población. Ese trato no debe limitarse a la dimensión formal, que se refiere al trato objetivo que debe desprenderse de la ley y la autoridad pública, sino a la dimensión material que implica propende realmente por la igualdad material de todas las personas⁵⁶. Por último, en su dimensión como valor, la igualdad tiene el carácter de axioma fundante del

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. G. Ortiz.

⁵¹ La exposición detallada de este argumento se encuentra en la aplicación del test integrado de igualdad que se hace más adelante.

⁵² Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-296 de 2012, M.P., J. Henao.

⁵³ Corte Constitucional, C-586 de 2016, M.P. A. Rojas.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 2014, M.P. L. Vargas.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 1993, M.P. E. Cifuentes.

⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-266 de 2019, M.P. G. Ortiz.

ordenamiento constitucional ya que se constituye como un pilar necesario para la interpretación y adjudicación del derecho⁵⁷.

El carácter axiológico del derecho a la igualdad hace que sea un concepto relacional, en la medida en que la forma en la que puede estudiarse dicho derecho depende de determinar una relación, elemento o característica común entre dos situaciones fácticas o jurídicas⁵⁸. Es por esto que, el concepto mismo de igualdad, implica un mismo trato para quienes se encuentran cobijados bajo hipótesis iguales, aun cuando la regulación sea distinta respecto de quienes presentan características desiguales, ya que es imperativo que el Estado busque concretar la justicia, a través de criterios de proporcionalidad⁵⁹.

De esta manera, el principio de igualdad, en sus dimensiones formal y material, impone al Estado el deber de dar un trato igual a quienes se encuentran en situaciones idénticas y a aquellos que se encuentran en situaciones semejantes donde las similitudes sobrepasan las diferencias. Así mismo, supone la posibilidad de dar un trato desigual a quienes se encuentran en situaciones completamente disímiles o aquellas que, aunque guardan ciertas semejanzas, suponen más diferencias que similitudes⁶⁰.

Para determinar si una medida vulnera al principio de igualdad, la Corte Constitucional ha unificado su metodología en el año 2019 y definido los pasos que implica esta determinación⁶¹. Para ello, la Corte ha establecido el juicio integrado de igualdad que consiste en dos pasos sustanciales. El primer paso supone establecer, *prima facie*, si existe una violación o afectación a la igualdad por parte de la medida estudiada⁶². Esto es, si la medida, a priori, establece jurídica o fácticamente un trato desigual entre iguales o un trato igual entre desiguales⁶³. Una vez establecido, *prima facie*, que existe una afectación a la igualdad hay que analizar si esta está constitucionalmente justificada.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-586 de 2016, M.P. A. Rojas.

⁵⁸ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-352 de 1997, M.P. E. Cifuentes; Sentencia C-090 de 2001, M.P. C. Gaviria.

⁵⁹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-094 de 1993, M.P. J. Hernández; Sentencia T-152 de 2007, M.P. R. Escobar.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2016, M.P. L. Guerrero.

⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. G. Ortiz.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Corte Constitucional, Sentencia C-521 de 2019, M.P. C. Pardo.

Para ello, en primera instancia, se debe establecer la intensidad del test, que varía dependiendo de la medida a estudiar. Así, el test puede ser leve, intermedio o estricto⁶⁴. Si el test es leve versa sobre “(i) *materias económicas y tributarias*, (ii) *con política internacional*, (iii) *cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional*, (iv) *cuando se examina una norma preconstitucional derogada que aún produce efectos* y (v) *cuando no se aprecia, en principio, una amenaza para el derecho en cuestión*”⁶⁵. El juicio intermedio versa sobre medidas que puedan afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; presenten un indicio de arbitrariedad que afecte la libre competencia; o se trate de acciones afirmativas⁶⁶. El juicio estricto se da sobre medidas que contienen una calificación sospechosa no taxativa como las enunciadas en el artículo 13 de la Constitución; afectan a población vulnerable; en principio afectan gravemente un derecho fundamental; o crean un privilegio⁶⁷.

Si el juicio es leve se debe analizar si “*la finalidad y el medio utilizado no se encuentran prohibidos por la Constitución y si el medio es idóneo o adecuado para alcanzar el fin propuesto*”⁶⁸. Si el juicio es intermedio se debe analizar “*que el fin sea constitucionalmente importante y que el medio para lograrlo sea efectivamente conducente*”⁶⁹.y, si el juicio es estricto, se evalúa

*“(i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto.”*⁷⁰

Conforme a lo anterior, con relación a la disposición acusada, es procedente hacer un juicio integrado de igualdad de intensidad intermedia en cuanto -tal como lo ha establecido este tribunal- los derechos patrimoniales de autor y conexos son derechos constitucionales no fundamentales y, de tal manera, el juicio intermedio es la forma más adecuada y robusta de analizar su constitucionalidad⁷¹. Por tanto, para los tres

⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, M.P. G. Ortiz.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ *Ibíd.*

escenarios propuestos en este cargo, se procederá a i) establecer si la medida, *prima facie*, genera una afectación a la igualdad y ii) analizar si, de haberla, dicha afectación está constitucionalmente justificada analizando que el fin sea constitucionalmente importante y el medio sea efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

4.3. Análisis de la constitucionalidad de la disposición acusada con relación a la violación del principio de igualdad entre titulares de derechos de autor y titulares de derechos conexos

A continuación, se hará el test integrado de igualdad en intensidad intermedia con relación a la disposición acusada respecto al escenario de desigualdad entre titulares de derechos de autor y titulares de derechos conexos del derecho patrimonial a recibir remuneración por la comunicación pública de la obra. En primera instancia se demostrará que existe un trato desigual entre iguales y, en segunda instancia, que dicho trato desigual carece de justificación constitucional alguna.

a) La disposición acusada causa un trato desigual entre titulares del derecho patrimonial de autor y conexo a recibir remuneración por la comunicación pública de la obra

Como se ha descrito, el artículo 68 de la Ley 44 de 1993 adiciona un literal al artículo 3 de la Ley 23 de 1982, relativo a las facultades exclusivas de los titulares del derecho de autor. Este párrafo dispone que, en casos en los que se obtenga remuneración por ejecución o divulgación pública de la obra, al titular de los derechos de autor le corresponde el 60% del total recaudado. En esa medida, la disposición acusada establece un porcentaje de remuneración desigual entre los titulares de derechos de autor y los titulares de derechos conexos en lo relativo al derecho patrimonial a recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra.

En la sentencia C-040 de 1994, la Corte Constitucional estableció que existía una diferencia de hecho entre “*el autor de una obra artística y las demás personas que intervienen en la ejecución, producción o divulgación de la misma*” ya que el primero “*creó algo nuevo original y distinto*”⁷². Sin embargo, la Corte no observó correctamente el parámetro de comparación o criterio relacional de la norma estudiada ya que esta no dispone un trato desigual entre autores y personas que intervienen en la ejecución, producción o divulgación de una obra. Por el contrario, los sujetos a comparar a partir de la disposición acusada son los titulares del derecho de autor a recibir una

⁷² Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1994, M.P. A. Martínez.

remuneración por la comunicación pública de la obra y los correlativos titulares del mismo derecho pero conexo.

En esa medida, distintas disposiciones legales existentes al momento de aquél fallo y los desarrollos posteriores a este dan cuenta de que, entre titulares de un derecho patrimonial de propiedad intelectual, bien sea de autor o conexo, no deben existir jerarquías⁷³. Por el contrario, el régimen jurídico de propiedad intelectual, en lo relativo a los derechos patrimoniales de autor y conexos, establece con claridad todas las similitudes entre ambos. Como se mencionó al inicio de esta acción, la ley protege de igual forma **i)** las facultades con las que cuentan, titulares de unos y otros, de forma autónoma, de explotar económicamente las obras a través de su reproducción, transformación, distribución, comunicación pública, traducción o adaptación⁷⁴; **ii)** la disposición de estos derechos a término gratuito u oneroso⁷⁵; **iii)** la posibilidad de autorizar o prohibir el uso de la obra⁷⁶; **iv)** la posibilidad de transferir estos derechos a terceros, bien sean personas naturales o jurídicas a título singular o universal⁷⁷; **v)** la posibilidad de que su titularidad sea, por tanto, originaria o derivada⁷⁸; **vi)** que son heredables y su protección se extiende por el tiempo establecido legalmente para cada caso.

Un análisis de distintas disposiciones legales relativas a la propiedad intelectual y los derechos de autor y conexos dan cuenta de la equiparación entre estos dos tipos de titulares y el mandato de darles un trato equitativo:

Instrumento jurídico	Objeto normativo	Relevancia
Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio- Anexo 1C del Acuerdo por el que se establece la OMC- suscrito por Colombia	El objeto de este acuerdo versa, entre otros, “fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual” para que estos se incorporen en un comercio libre y justo.	Dentro de las disposiciones del Acuerdo, el artículo 14 protege especialmente los derechos de artistas, intérpretes, ejecutantes y productores, ampliando sus prerrogativas en materia de su posibilidad

⁷³ Ley 23 de 1982, art. 165.

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-011 de 2013, M.P. A.J. Estrada.

⁷⁵ Ley 23 de 1982, arts. 3, 166, 168, 172.

⁷⁶ Ley 23 de 1982, arts. 3, 12, 76, 158, 172

⁷⁷ Ley 23 de 1982, art. 182.

⁷⁸ Decisión Andina 351 de 1993, art. 10.

mediante la ley 170 de 1994.		-como la de autores- de autorizar el uso de sus obras.
Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (aprobado por la Ley 545 del 23 de diciembre de 1999 y declarado exequible en Sentencia C-1139 de 2000).	Este tratado busca, entre otras, actualizar la protección a los titulares de derechos conexos con relación a los cambios económicos y tecnológicos. En específico, refuerza la protección a sus derechos patrimoniales.	El tratado da cuenta de la importancia de proteger equitativamente a los artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de obras. Al igual, desarrolla los derechos morales de los artistas, intérpretes y ejecutantes, lo que aumenta el nivel de equivalencia con los de autor. Finalmente, el artículo 15 del tratado consagra explícitamente el derecho de artistas, intérpretes, ejecutantes y productores de recibir una remuneración equitativa por la comunicación pública de la obra.
TLC Colombia-Estados Unidos (aprobado ley 1143 de 2007)	Una de las finalidades de este tratado se enmarca en armonizar y actualizar los regímenes de propiedad intelectual de los países suscribientes.	Dentro de las medidas dispuestas se destacan, con relación al análisis de la disposición acusada, la importancia de que no se generen jerarquías entre los derechos de autor y los derechos conexos (art. 16-7) y de que no haya medidas que puedan obstruir el libre comercio de los derechos de propiedad intelectual y eviten abuso del derecho o

		prácticas anticompetitivas (art.16.1).
Ley 1403 de 2010 o “Ley Fanny Mikey”.	Esta norma tiene por objeto establecer una remuneración por comunicación pública a los artistas intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales.	La norma, a diferencia de la disposición acusada, establece el derecho de los artistas, intérpretes o ejecutantes de una obra audiovisual de recibir una remuneración equitativa por la comunicación pública de la obra.
Ley 1834 de 2017	Esta ley busca el fomento, protección y desarrollo de las industrias creativas que crean valor a partir de la propiedad intelectual.	Se destaca que la protección y fomento se hace sin distinción al tipo de derechos (de autor o conexos) y al tipo de industria (audiovisual, fonográfica, editorial, etc.)
Ley 1835 de 2017 o “Ley Pepe Sánchez”	Esta ley establece una remuneración por comunicación pública a los autores de obras cinematográficas.	Acorde a la ley, la remuneración a los autores de obras cinematográficas, por la comunicación pública de la misma, se dará de forma equitativa .
Ley 1915 de 2018	Esta ley modifica la ley 23 de 1982 con relación a la actualización de disposiciones de derechos de autor y conexos. Entre otras, la modificación busca actualizar el régimen de propiedad intelectual con relación a los cambios tecnológicos y a la inclusión en el ordenamiento de tratados de libre comercio.	Dentro de las normas que se destacan, con relación a modificaciones sustanciales que impactan el análisis de la disposición acusada, están: art. 6, sobre la no jerarquía entre derechos de autor y conexos y la importancia de que esta igualdad no afecte la distribución o comunicación de la obra;

		arts. 32-35 incluye disposiciones relacionadas con la protección legal de derechos de autor y conexos en igualdad de condiciones; art. 10, ratifica la calidad de titulares de derechos de autor o conexos a las personas naturales o jurídicas que se les hayan transferido dichos derechos.
--	--	---

De esta manera, es claro que los titulares de derechos patrimoniales de propiedad intelectual, de autor o conexo, gozan de diversas semejanzas y, por tanto, al legislador se le impone -acorde al mandato de igualdad derivado del artículo 13 de la Constitución- el deber de dar un trato igual a destinatarios “*cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias*”⁷⁹ (subrayado fuera de texto). Al respecto, vale la pena reiterar que la diferencia identificada por la Corte Constitucional en la sentencia C-040 de 1994, solo sería predicable de autores con relación a personas que intervienen en la ejecución, producción o divulgación de la obra. Pero, como se señaló, la norma no fija una diferencia entre unos y otros, sino entre titulares de derechos patrimoniales de propiedad intelectual, que no son necesariamente concurrentes con los sujetos analizados por la Corte en ese entonces.

Por último, en gracia de discusión, también es cierto que el legislador ha propendido por dar un trato igual incluso a autores con relación a artistas, intérpretes, ejecutantes y productores. Al menos eso es visible en lo relativo a la obra audiovisual o cinematográfica. En efecto, a diferencia de lo que se desprendería de la disposición acusada, para autores y artistas, intérpretes y ejecutantes de las obras audiovisuales se ha establecido una remuneración equitativa por comunicación pública de la obra. Es decir, a diferencia de lo que la disposición acusada genera en, por ejemplo, artistas, intérpretes y ejecutantes de obras musicales, que están sometidos tan solo al 50% del 40% obtenido (al otro 50% es para productores de fonogramas), los artistas,

⁷⁹Corte Constitucional, Sentencia C-179 de 2016, M.P. L. Guerrero.

intérpretes y ejecutantes de obras cinematográficas sí tienen derecho a una remuneración equitativa por la explotación económica del mismo tipo de derecho patrimonial⁸⁰.

En suma, es claro que, *prima facie*, la norma establece un trato desigual frente a sujetos iguales ya que determina un porcentaje de distribución de la remuneración que se obtenga por la comunicación pública de una obra desigual (60% vs. 40%) entre titulares del respectivo derecho patrimonial de propiedad intelectual, bien sea de autor o conexo.

b) El trato desigual establecido por la disposición acusada no cuenta con justificación constitucional

Para determinar si la desigualdad que establece la disposición acusada se encuentra constitucionalmente justificada, como se señaló, es necesario analizar i) si la finalidad que persigue es constitucionalmente importante y ii) si el medio es idóneo, es decir, efectivamente conducente para conseguir dicha finalidad.

i. Sobre la importancia constitucional de la finalidad de la medida

Como se señaló en el cargo segundo de esta acción, la disposición acusada no parece tener una finalidad constitucional legítima en cuanto esta no persigue -como en apariencia lo hace- la protección de los autores de obras artísticas. Por el contrario, la medida premia o privilegia a los titulares del derecho patrimonial de autor de recibir una remuneración del 10% adicional al total recaudado por la comunicación pública de una obra. En ese sentido, no es dable ni identificable en el ordenamiento constitucional disposición alguna que justifique o promueva un privilegio al titular de un derecho de autor patrimonial por cuanto quien ostenta esta condición es una persona indeterminada, ya que -como se ha insistido- esta titularidad puede recaer en personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que hayan adquirido dicha condición. Por tal motivo, la disposición debería ser declarada inconstitucional.

Sin embargo, en gracia de discusión, se puede suponer que la finalidad de la disposición acusada sí es -como lo interpretó la Corte Constitucional en la Sentencia C-040 de 1994, “...otorgarle un plus al autor de una obra artística sobre el monto total de la remuneración causada por derechos de propiedad intelectual, así: al autor de la obra le corresponde el 60% de dichos ingresos, y a los titulares de los derechos conexos

⁸⁰ Al respecto, ver la Ley 1403 de 2010, o Ley “Fanny Mikey” y la Ley 1835 de 2017, o Ley “Pepe Sánchez”.

les corresponde el 40% restante...luego el 10% adicional que introduce el texto que nos ocupa tiene por objetivo “premiar” al autor con respecto a los porcentajes de las demás personas”⁸¹. En dicho caso, pareciera que la medida sí persigue una finalidad constitucionalmente legítima e importante por cuanto se trata de proteger al creador de obras artísticas que se corresponde con los mandatos constitucionales relacionados con la protección de la dignidad humana y el fomento de su contribución al desarrollo cultural y artístico de la nación. No obstante, como se verá, si esta es la finalidad, el medio con el que se persigue no es efectivamente conducente.

ii. Sobre la idoneidad del medio

Como se estableció, suponiendo que la finalidad de la disposición acusada de imponer un trato desigual en el reparto de la remuneración que se obtenga por la comunicación pública de una obra es la de proteger y premiar al creador de la misma, el medio con el que se dispone no es efectivamente conducente para ello. Esto en la medida en que la disposición acusada, al establecer que el reparto de la remuneración que se obtenga por la comunicación pública de la obra sea del 60% para el titular del derecho patrimonial de autor y el 40% restante para los otros titulares, no está necesariamente premiando la labor del autor. Por el contrario, está premiando a quien sea el titular del derecho patrimonial de autor de recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra. Esto es, a cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que mediante los canales legales se haya hecho titular de tal derecho. En esa medida, el medio no conduce efectivamente al fin, porque puede estar premiando a sujetos diferentes al autor en desmedro de los titulares del derecho patrimonial conexo de remuneración por comunicación pública de la obra.

En ese sentido, al carecer de un fin constitucional importante o, de tenerlo, al establecer un medio que no es efectivamente conducente para la consecución de tal fin, la medida acusada no supera el juicio integrado de igualdad y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional por la Corte.

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-040 de 1994, M.P. A. Martínez.

4.4. Análisis de la constitucionalidad de la disposición acusada con relación a la violación del principio de igualdad entre titulares de derechos de autor conexos que gestionan colectivamente sus derechos y aquellos que lo hacen de forma individual

En el primer punto de esta acción se estableció que la disposición acusada puede ser interpretada de distintas maneras. Una de las interpretaciones expuestas establece que la norma solo es aplicable al reparto que se hace del recaudo sobre la remuneración que se obtiene por comunicación pública de una obra, lo que implicaría que esta solo es aplicable para los titulares de derechos patrimoniales de autor y conexos que gestionan su explotación a través de sociedades colectivas. Así, en esta interpretación, los titulares de derechos patrimoniales de autor y conexos que deciden gestionar la explotación de sus derechos de forma individual, no estarían condicionados a un reparto del 60% - 40% que establece la remuneración mencionada. En un sentido inverso, la otra posible interpretación de la disposición acusada -relevante para este cargo- implicaría que la disposición acusada solo aplica para titulares del derecho patrimonial de autor y conexo que lo gestionen de forma individual. Lo anterior, como se indicó, porque otra interpretación supondría una inconsistencia sistemática con las normas que rigen a la gestión colectiva con relación a la remuneración equitativa de sus asociados. Interpretación que, además, resulta - como se indicó- consistente con el derecho comunitario aplicable en la materia.

En cualquiera de los dos casos interpretativos propuestos, la disposición acusada generaría un trato desigual entre titulares del derecho patrimonial (autor o conexo) a recibir una remuneración por la comunicación pública de la obra que deciden gestionar la explotación de su derecho de forma colectiva con aquellos que deciden hacerlo de forma individual. En ambos casos, como se desarrollará, dicho trato desigual carece de justificación constitucional. A continuación, se hará el juicio integrado de igualdad para este escenario.

a) La disposición acusada causa un trato desigual entre titulares del derecho patrimonial de autor y conexo a recibir remuneración por la comunicación pública de la obra dependiendo de si lo gestionan individual o colectivamente

La primera parte de esta acción establece que la disposición acusada puede tener al menos dos interpretaciones. La primera interpretación establece que la norma debe interpretarse en el sentido que el reparto de la remuneración del 60% para titulares de derechos de autor y el 40% para titulares de derechos conexos por la comunicación

pública de la obra solo puede ser aplicada en casos en los que existe gestión colectiva de derechos de autor y conexos a través de una sociedad de gestión colectiva. Esta interpretación tiene fundamento ya que la misma norma habla de un reparto de “el total recaudado”. Luego, se podría entender que se trata del recaudo que hacen dichas sociedades. Además, esto guardaría sentido ya que, como se examinó en los puntos dos y tres de esta acción, sería impráctico y casi imposible poder aplicar dicha disposición a la gestión individual ya que la tarifa del recaudo no sería concertada entre ambos titulares del derecho patrimonial de propiedad intelectual (de autor o conexo).

En tal caso, si ese es el alcance interpretativo de la disposición acusada, la misma establecería un trato desigual entre los titulares del derecho patrimonial de propiedad intelectual (de autor o conexo) a recibir remuneración por la comunicación pública de la obra que deciden gestionar su explotación de forma individual o de forma colectiva. Así, los que lo hacen de forma individual no estarían sujetos a dicho reparto porcentual y podrían negociar libremente su derecho y remuneración. Por ejemplo, los titulares del derecho conexo no estarían limitados a recibir el 40% como les pasaría a aquellos que sí están asociados.

Frente a dicha situación, es importante recalcar que no existe ninguna diferencia jurídica o fáctica entre un titular de un derecho patrimonial de propiedad intelectual que decide gestionar su explotación de forma individual o de forma colectiva ya que ni el régimen jurídico de propiedad intelectual así lo establece ni la Constitución lo consagra. Por el contrario, la forma en la que se gestiona la explotación de un derecho patrimonial de propiedad intelectual es voluntaria y de libre elección⁸². En ese sentido, un trato desigual implicaría una restricción al derecho a la libertad de asociación, tanto en su dimensión positiva -que implica la libertad de asociarse- como en su dimensión negativa -que implica la imposibilidad de que a alguien lo obliguen a asociarse-⁸³. Esto por cuanto, si se quiere recibir, por ejemplo, el 60% de la remuneración, el titular del derecho de autor debe estar afiliado a una sociedad de gestión colectiva. También, si no se quiere ser sometido a dicho reparto, el titular del derecho conexo, por ejemplo, estaría desestimulado a asociarse. De esta manera, es claro que se da un trato desigual entre iguales, ya que -dependiendo del ejercicio del derecho a la libertad de asociación- un tipo de titular de derecho patrimonial de propiedad intelectual está sometido a un régimen de remuneración distinto al otro por la explotación del mismo derecho.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C-784 de 2012, M.P. M. Calle.

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-077 de 2017, M.P. L. Vargas.

Caso similar ocurre con la otra posible interpretación de la norma. Si esta solo aplica para la gestión individual en cuanto -como se expuso en la primera parte de esta acción- las sociedades de gestión colectiva cuentan con normas específicas sobre el deber de hacer un reparto equitativo de lo que se recaude por la explotación de los derechos patrimoniales de autor y conexos (que además es consecuente con el derecho comunitario), entonces habría un trato desigual inverso al descrito con anterioridad. Es decir, solo quienes gestionan de forma individual sus derechos están sometidos al régimen de la disposición acusada, lo que podría derivar en forzarlos, para evitar el trato desigual, a asociarse. Cuestión que vulneraría, como se dijo, su derecho a la libertad de asociación. Como se verá, ni en este ni en el anterior escenario hay una razón constitucional que justifique este trato desigual.

b) El trato desigual establecido por la disposición acusada no cuenta con justificación constitucional

Para determinar si la desigualdad que establece la disposición acusada se encuentra constitucionalmente justificada, como se señaló, es necesario analizar i) si la finalidad que persigue es constitucionalmente importante y ii) si el medio es idóneo, es decir, efectivamente conducente para conseguir dicha finalidad.

i. Sobre la importancia constitucional de la finalidad de la medida

Al igual que en el análisis previo de igualdad, se reitera que la medida no parece perseguir finalidad constitucional alguna ya que esta aplica para titulares de derechos patrimoniales de autor que, como se ha insistido, pueden ser personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Esto implica que la supuesta finalidad de la norma no está dirigida a proteger o fomentar la creación artística ni al autor de la misma. Sin embargo, si esa fuese la verdadera finalidad de la norma -que cuenta con respaldo constitucional- en los escenarios interpretativos mencionados, el medio no sería eficazmente conducente para obtener la finalidad y, además, estaría constitucionalmente prohibido.

ii. Sobre la idoneidad del medio

Ya se ha establecido en esta acción que el medio no es efectivamente conducente ni guarda relación alguna con el fin perseguido. Establecer un reparto del 60% para titulares del derecho patrimonial de autor sobre la remuneración que se obtenga por la comunicación pública de la obra no garantiza ni supone necesariamente que ese

“plus” del 10% esté dirigido al autor de una obra. Además, en el escenario de este supuesto del cargo, la norma desprotegería o bien a los autores que gestionan individualmente la explotación de su obra o bien a aquellos que los hacen colectivamente. Esto implicaría que la norma sólo protegería a un tipo de autor, dependiendo de cómo ejerce este su derecho a la libertad de asociación. En tal caso, el medio -además- estaría constitucionalmente prohibido porque estaría vulnerando el derecho a la libertad de asociación, en su dimensión negativa, si solo aquellos asociados a una sociedad de gestión colectiva obtienen ese “plus” del 10%. En contraste, el medio estaría violando el derecho a la libertad de asociación, en su dimensión positiva, si solo reciben ese “plus” del 10% los que gestionan su derecho de forma individual.

Por tales motivos, es claro que, en estos alcances interpretativos de la norma, no existe justificación constitucional para establecer un trato desigual entre titulares de derechos patrimoniales de autor o conexos que gestionan sus derechos de forma individual con aquellos que lo hacen de forma colectiva. Por lo tanto, la disposición acusada, en este escenario interpretativo, de aplicar, debe ser declarada inconstitucional.


PRETENSIONES

PRIMERA. Declarar la inconstitucionalidad artículo 68 de la Ley 44 de 1993 mediante el cual se adiciona un literal al artículo 3 de la Ley 23 de 1982” acorde a las razones expuestas en esta acción pública de inconstitucionalidad.

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en la siguiente notificación electrónica gapc4o@gmail.com o al número de celular (+57) 310 2318871.

Cordialmente,



GUSTAVO ADOLFO PALACIO CORREA
C.C. 10.135.259 de Pereira, Risaralda