

## **DERECHOS DE AUTOR – Pago / DERECHOS MORALES DE AUTOR / DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD / INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE – No configuración**

[S]olo serán parte del bloque de constitucionalidad aquellas normas de la Decisión Andina 351 de 1993 que se refieran a la protección de los derechos morales de autor, esto es, entre otros, de conservación de la obra, reivindicación de la paternidad y posibilidad de oposición ante cualquier deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro o la reputación de dicho titular. Así las cosas, están excluidas del bloque de constitucionalidad aquellas normas relativas a los derechos patrimoniales de autor. La Sala encuentra, entonces, respecto de las normas comunitarias que se enunciaron como violadas, que los artículos 13 y 15 de la Decisión 351 de 1993 hacen parte del capítulo V «DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES» por lo que no puede entenderse incluidos dentro del bloque de constitucionalidad. En lo atinente a los artículos 43, 45, 48, 49 y 54 de la norma comunitaria, se advierte que los artículos 43, 45, 48 y 49 se encuentran dentro del capítulo XI «DE LA GESTIÓN COLECTIVA» y el artículo 54 establece la prohibición de autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante, normas que están íntimamente ligadas con los derechos patrimoniales y, por tanto, tampoco harían parte del bloque de constitucionalidad. De acuerdo con lo anterior, no es posible realizar el control de juridicidad de las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por el Director Nacional del Derecho de Autor, frente a los artículos 13, 15, 43, 45, 48, 49 y 54, bajo el mecanismo de la inconstitucionalidad sobreviniente, como lo sugiere el agente del Ministerio Público, por tratarse de disposiciones que no integran el bloque de constitucionalidad y por haberse expedido con posterioridad a dichos actos administrativos, la autoridad administrativa no las pudo tener en cuenta –Recuérdese que el juicio de legalidad de los actos acusados debe realizarse a la luz de las normas superiores vigentes al momento de su expedición–.

### **ACCIÓN DE NULIDAD – Procedencia**

La Sala concluye, entonces, que la acción de nulidad era la vía procesal pertinente para cuestionar la legalidad de las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por el Director Nacional de Derecho de Autor, en la medida en que tales resoluciones son actos administrativos de carácter general pues no van dirigidos a crear una situación jurídica de carácter particular y concreto sino que, por el contrario, establecen supuestos de hecho de carácter abstracto dirigidos a un grupo indeterminado de personas a quienes son aplicables las tarifas supletorias en ellos contenidas. Cabe advertir que si bien es cierto que los tres primeros cargos de nulidad se dirigen a proteger el orden jurídico en abstracto, la legalidad en sentido lato y no se vislumbra un interés particular y concreto en los mismos, también lo es que no sucede lo mismo con el cuarto cargo, en tanto que con el mismo se busca obtener un pronunciamiento subjetivo relativo a los perjuicios ocasionados en los derechos de los titulares representados por SAYCO y ACINPRO, razón por la cual el mismo no puede ser objeto de esta acción – la acción de nulidad– ni ser posible una trasgresión concreta de tales derechos en virtud de la naturaleza de los actos acusados –actos administrativos de carácter general–

**CONTROL DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO – Se hace con las normas vigentes al momento de su expedición**

[L]a Sala considera que no era posible emprender el control de legalidad de las precitadas Resoluciones en relación con los artículos 11 y 11bis del Convenio de Berna, aprobado mediante la Ley 33 de 1987; el numeral 4° del artículo 13 y 30 de la Ley 44 de 1993; el artículo 9.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, aprobado mediante la Ley 170 de 1994; los artículos 14 y 26 del Decreto 162 de 1996; el artículo 15 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI– sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, aprobado mediante la Ley 545 de 1999; el artículo 8° del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, aprobado mediante la Ley 565 de 2000; y los apartados a) y d) del artículo 2° del Decreto 1278 de 1996, en la medida que se trata de disposiciones expedidas con posterioridad a los mismos, el juicio de legalidad que realiza el juez se hacen a la luz de las normas superiores vigentes al momento de su expedición.

**FUENTE FORMAL:** LEY 23 DE 1982 – ARTÍCULO 73 PARÁGRAFO / DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993

**NORMA DEMANDADA:** RESOLUCIÓN 009 DE 1985 (28 de enero) UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR (No anulada) / RESOLUCIÓN 010 DE 1985 (1 de marzo) UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR (No anulada)

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 11001-03-24-000-2008-00458-00**

**Actor: SAYCO Y ACINPRO**

**Demandado: NACIÓN – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR**

**Referencia: NULIDAD**

**Tema: DERECHOS DE AUTOR – REGULACIÓN EN LA COMUNIDAD ANDINA / CONTROL DE JURIDICIDAD – EL CONTROL DE JURIDICIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SE REALIZA, POR REGLA GENERAL, DE ACUERDO CON LAS NORMAS VIGENTES AL MOMENTO DE SU EXPEDICIÓN / INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE – PROCEDENCIA DEL CONTROL DE JURIDICIDAD CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE 1991 / INTERVENCIÓN ECONÓMICA – FIJACIÓN DE TARIFAS SUPLETIVAS /**

# COMUNIDAD ANDINA – INAPLICACIÓN INMEDIATA DEL ORDENAMIENTO INTERNO CONTRARIO AL ORDENAMIENTO ANDINO

## SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La Sala decide, en única instancia, la demanda que en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo –en adelante CCA– presentaron la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia –en adelante SAYCO– y la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos –en adelante ACINPRO–, en contra de las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor –en adelante Dirección Nacional de Derecho de Autor–.

### I.- ANTECEDENTES

#### I.1. La demanda<sup>1</sup>

1. Las asociaciones **SAYCO** y **ACINPRO**, actuando por intermedio de sus representantes legales y en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del CCA, presentaron demanda ante esta jurisdicción, formulando las siguientes pretensiones:

[...] **PRIMERA.-** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 009 del 28 de enero de 1985, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección Nacional del Derecho de Autor.

**SEGUNDA.-** Que se declare la nulidad de la Resolución No. 010 del 1 de marzo de 1985, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial, Dirección Nacional del Derecho de Autor.

**TERCERA.-** Que se ordene el cumplimiento de la sentencia definitiva dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

**CUARTA.-** Que se condene a la demandada al pago de las costas a que haya lugar [...]

#### I.1.1. Los hechos

2. Afirmaron que la **Dirección Nacional de Derecho de Autor**, en las Resoluciones núms. **009 de 28 de enero** y **010 de 1 de marzo, ambas de 1985**, y publicadas en el Diario Oficial núm. 45.311 del 15 de septiembre de 2003, resolvió fijar tarifas supletorias por ejecución pública de música tanto en establecimientos abiertos al público como en emisoras de radio y televisión.

---

<sup>1</sup> Folios 2-133, Cuaderno Principal.

3. Manifestaron que «[...] dichas resoluciones son contrarias al artículo 61 de la Constitución Política de Colombia, como a las leyes 33 de 1987, 170 de 1993, 48 de 1975, 545 de 1999, 565 de 2000, y, particularmente, a los artículos 13, 15, 48 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993, norma de carácter preferente y de aplicación directa, tal como procederemos a demostrarlo más adelante [...]».

4. Indicaron, además, que las tarifas establecidas en los actos administrativos enjuiciados nunca han sido actualizadas «[...] por lo que no corresponde a la realidad económica del uso de las obras y prestaciones protegidas por el derecho de auto[r] y los derechos conexos», lo que ha causado un agravio injustificado a los afiliados a las asociaciones **SAYCO** y **ACINPRO** «[...] quienes no recibirían, en el eventual caso de aplicación de las mismas, una retribución justa por el uso de sus obras y prestaciones».

5. Señalaron que, posteriormente, dicha entidad expidió la Resolución No. 096 de 26 de mayo de 2006, en la cual resolvió negativamente la petición de revocatoria directa de las resoluciones acusadas, presentada el 9 de marzo de 2006 por **SAYCO**.

6. Mencionaron que la **Dirección Nacional de Derecho de Autor**, mediante el Oficio 2-2006-8296 de 22 de agosto de 2006, respondió negativamente la solicitud de actualización de tarifas supletorias fijadas en las resoluciones acusadas, la cual fue presentada el 28 de junio de 2006 por **SAYCO**.

### **I.1.2. Fundamentos de derecho y concepto de la violación**

#### **I.1.2.1. Las normas violadas**

7. La parte demandante consideró que la **Dirección Nacional de Derecho de Autor**, con la expedición de los actos acusados, trasgredió los artículos 4°, 13, 61, 93, 333 y 334 de la Constitución Política; los artículos 13, 15, 43, 45, 48, 49 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993 –Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos–; el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, **a la cual Colombia se adhirió mediante la Ley 48 de 1975<sup>2</sup>**; los artículos 11 y 11bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971, **aprobado mediante la Ley 33 de 1987<sup>3</sup>**; el numeral 4° del

---

<sup>2</sup> «por medio de la cual se autoriza la adhesión de Colombia a los siguientes Instrumentos Internacionales: 'Convención Universal sobre Derecho de Autor', sus Protocolos I y II, revisa (sic) en París el 24 de julio de 1971 y se aprueba la '**Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión**', hecha en Roma el 26 de octubre de 1961»

<sup>3</sup> «por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas", del 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896,

artículo 13 y 30 de la **Ley 44 de 1993**<sup>4</sup>, el artículo 9.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, aprobado mediante la **Ley 170 de 1994**<sup>5</sup>; los artículos 14 y 26 del Decreto 162 de 1996; el artículo 15 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI– sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, aprobado mediante la **Ley 545 de 1999**<sup>6</sup>; el artículo 8º del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, aprobado mediante la **Ley 565 de 2000**<sup>7</sup>; y los apartados a) y d) del artículo 2º del Decreto 1278 de 1996.

### **I.1.2.2. El concepto de la violación**

8. La parte actora al formular los cargos señaló lo siguiente: (i) las resoluciones acusadas son manifiestamente contrarias a la Constitución Política y a la ley; (ii) las resoluciones acusadas son manifiestamente contrarias a la Decisión Andina 351 de 1993; (iii) las resoluciones acusadas establecieron una discriminación entre las sociedades de gestión colectiva y todas las personas que deciden gestionar de manera individual el derecho de autor que les corresponde; y (iv) las resoluciones acusadas lesionan derechos de los titulares representados por **SAYCO y ACINPRO**.

#### **(i) Primer cargo. Las resoluciones acusadas son manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley.**

9. Las asociaciones demandantes, inicialmente, hicieron referencia a la naturaleza privada del derecho de autor.

10. Explicaron, citando los artículos 61 de la Carta Política; 13 y 54 de la Decisión 351 de 1993; y 12 de la Ley 23 de 1982, que una de las características fundamentales del derecho de autor y los derechos conexos, en cuanto a su contenido patrimonial, es que se trata de un derecho exclusivo, lo cual apareja, como toda forma de propiedad, un monopolio de explotación a favor de su titular y en virtud de cual solo el autor –o quien sea titular del derecho– o sus representantes –entre los que se encuentran las sociedades de gestión colectiva– puede decidir la forma que puede ser utilizada.

11. Es así como, el recaudo del derecho de autor y de los derechos conexos proveniente de la comunicación pública de la música, se puede realizar directamente por el autor o a través de las denominadas sociedades de gestión

---

revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas, el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y en París el 24 de julio de 1971»

<sup>4</sup> «Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944»

<sup>5</sup> «por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino»

<sup>6</sup> «por medio de la cual se aprueba el "Tratado de la OMPI -Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)", adoptado en Ginebra el Veinte (20) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996)»

<sup>7</sup> «Por medio de la cual se aprueba el "Tratado de la OMPI -Organización Mundial de la Propiedad Intelectual- sobre Derechos de Autor(WCT)", adoptado en Ginebra, el veinte (20) de diciembre demil (sic) novecientos noventa y seis (1996)»

colectiva, las cuales agrupan a titulares de estos derechos –de autor– y de derechos conexos y que se encargan de gestionar, en nombre de los mencionados titulares, el derecho que individualmente corresponde a sus asociados.

12. Mencionaron que las tarifas que cobran las entidades de gestión colectiva y cuyo objeto sea el derecho de autor o los derechos conexos deberían responder al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, a las condiciones de mercado, a la concertación de los respectivos contratos siempre que no sean contrarios a los principios del derecho de autor, en tanto que: *«[...] son bienes intelectuales de carácter privado en donde el autor, titular o representante, tiene el derecho exclusivo de autorizar o prohibir su utilización»*.

13. Lo anterior significa que:

[...] las tarifas fijadas por la comunicación pública de la música, no son cosa distinta al precio, que tal como sucede con cualquier otro bien tangible o intangible, debe cancelar quien pretenda hacer uso de un bien que pertenece a un tercero (...) Por lo tanto, la fijación a cobrar por comunicación pública de la música por parte de una autoridad administrativa, se erige como un atentado en contra del carácter privado y exclusivo del derecho de autor y los derechos conexos; además vulnera compromisos internacionales y comunitarios adquiridos por nuestro país. En efecto, el artículo 48 de la Decisión Andina 351 de 1993, consagra como criterio para la determinación de las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva (no del Estado) la proporcionalidad entre aquellas y los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones [...]

14. Recordaron que el parágrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 confirió a la **Dirección Nacional de Derecho de Autor** la competencia para fijar tarifas supletorias a las inicialmente concertadas o a las que no se acordaron entre las asociaciones de autores y los usuarios, con ocasión de la utilización de las obras.

15. Sin embargo, de conformidad con lo normado en el artículo 61 de la Carta Política y, especialmente, en los artículos 48 y 54 de la Decisión 351 de 1993, tal Dirección no podía fijar las tarifas por concepto de comunicación pública de obras musicales puesto que ello contradice la naturaleza misma de los bienes protegidos por el derecho de autor y desconoce los compromisos internacionales adquiridos por Colombia.

16. Adujeron que, de acuerdo con el citado artículo 54 de la precitada decisión, las tarifas por la utilización de las obras son el resultado exclusivo del consenso entre el autor o titular del derecho de autor o de los derechos conexos y el usuario, y ello fue ratificado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la interpretación prejudicial rendida en el Proceso 24-IP-98, añadiendo que:

[...] En efecto, y no obstante la clara finalidad proteccionista de la disposición que sirvió de fundamento a los actos atacados, la cual fue

incluso reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la época (tal como lo expondremos más adelante); transcurrido más de 23 años desde su expedición los mismos, devienen violatorios del artículo 61 de la Constitución Política, pues con ellos el Estado, lejos de garantizar la efectiva protección de la propiedad intelectual, lo que ha hecho es permitir a los usuarios que desconozcan la necesidad de contar con la autorización previa y expresa del titular del derecho y que además paguen unas tarifas irrisorias que no se compadecen con la realidad económica del mercado, haciendo nugatorio del derecho de autor y burlándose de los mismos [...]

17. Manifestaron, luego de abordar la naturaleza privada del derecho de autor, que las resoluciones acusadas eran manifiestamente contrarias a la Carta Política y a la ley. Destacaron, en tal sentido, que las resoluciones números 009 y 010 de 1985 se encontraban en oposición al artículo 61 de la Carta Política puesto que desconocían el carácter privado de la propiedad intelectual, reiterando que, pese a la finalidad protectora del párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, que incluso fue reconocida por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, transcurridos más de 23 años de su expedición, se han tornado violatorias del citado norma constitucional, al permitir que los usuarios desconozcan la necesidad de contar con la autorización previa y expresa del titular del derecho y que, además, se reciba una remuneración a tarifas irrisorias que desconocen la realidad económica del mercado.

18. También resaltaron que tales actos administrativos desconocerían, igualmente:

[...] b. La Ley 33 de 1987, a través de la cual se ratificó el Convenio de Berna, el cual establece en los artículos 11 y 11 bis, el carácter exclusivo del derecho de comunicación pública, y la facultad de autorizar o prohibir el uso de las obras por parte del autor (...) c. La Ley 170 de 1994, a través de la cual se ratificó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de propiedad Intelectual (sic) relacionados con el Comercio, ADPIC; el cual dispone en su artículo 9.1. la obligación de observar los artículos 1 a 21 (a excepción del 6 bis) del Convenio de Berna (...) d. La Ley 565 de 2000, a través de la cual se ratificó el tratado de la OMPI sobre Derecho de autor (sic), el cual consagra en el artículo 8 el carácter exclusivo del derecho de comunicación pública, y la facultad de autorizar o prohibir el uso de las obras por parte del autor (...) e. La Decisión Andina 351 de 1993, en sus artículos 13, 15, 48 y 54, por las razones expuestas en el presente documento (...) f. El artículo 333 de la Constitución Política, por las siguientes razones: (...) En desarrollo del modelo de Estado social de derecho (sic), nuestra Constitución introdujo una serie de principios e instituciones pretendiendo armonizar la intervención del Estado con la libertad de los ciudadanos (...) Entre estos principios surge la libertad económica de los individuos (libertad de empresa y la libre competencia), la cual debe enmarcarse dentro de los límites del bien común y el interés social (...) Así las cosas, la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad del individuo de desarrollar económicas que considera necesarias para la satisfacción de sus intereses, al mismo tiempo, que se autoriza al Estado para intervenir y crear las

condiciones necesarias para garantizar que aquellas se materialicen en armonía con las disposiciones de la Carta Política (...) en ese orden de ideas, y al tenor de lo establecido en el artículo 334 (sic) de la Carta Política, la intervención del Estado en la economía, solo se justifica en los casos expresamente contemplados en dicha norma, los cuales, nada tiene que ver con la fijación de tarifas por el uso de un derecho privado como lo es el derecho de autor y los derechos conexos (...) g. El artículo 12 de la Convención de Roma aprobada mediante la Ley 48 de 1975 que establece, cuando un fonograma es publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma son utilizadas directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, que el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas (...) h. El artículo 15 del Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, aprobado mediante la Ley 545 de 1999 que consagra el derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público, de los fonogramas pertenecientes a los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas».

**(ii) Segundo cargo. Las resoluciones acusadas son manifiestamente contrarias a la Decisión Andina 351 de 1993.**

19. Señalaron que los pilares fundamentales sobre los cuales se edifica el derecho comunitario son la aplicación directa de las normas comunitarias derivadas y la prevalencia normativa de las mismas frente al derecho interno.

20. Indicaron, frente a la aplicación directa de las normas comunitarias, que una vez expedida, confiere derechos y obligaciones sin necesidad de ratificación alguna, a los estados miembros, sus habitantes y a las propias instituciones comunitarias, añadiendo, desde tal perspectiva, que todo conflicto entre el derecho comunitario y el derecho nacional solo podrá resolverse mediante el reconocimiento de la primacía del primero sobre el segundo, de tal forma que el derecho comunitario sustituye las normas nacionales que no estén acordes con las disposiciones comunitarias.

21. Manifestaron, en lo que tiene que ver con la prevalencia del derecho comunitario, previa cita de la sentencia de 17 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que la existencia de una disposición de derecho interno que desconozca o esté en contravía de una norma de carácter comunitario deriva en que *«[...] aquella aunque vigente, resulta totalmente inaplicable»*.

22. Destacó que la **Dirección Nacional de Derecho de Autor**, en diversos conceptos, ha *«[...] reconocido que las Resoluciones 09 y 010 de 1985 contradicen el artículo 54 de la Decisión Andina 351 y por lo tanto son inaplicables [...]»*, citando para el efecto los conceptos emitidos por esta entidad en los años 2001 y 2003, para concluir, frente al citado cargo, lo siguiente:

[...] Así las cosa[s], es claro que con fundamento en el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, se expidieron las Resoluciones 009 y 010 de 1985, a través de las cuales el para la época Ministerio de Gobierno fijó unas tarifas supletorias por concepto de ejecución pública de música para aquellos casos en que no exista contrato, acuerdo o concertación entre los titulares del derecho y sus usuarios, o aquellos hubieren perdido vigencia (...) **No obstante, esta circunstancia ha cambiado ante la promulgación de la Decisión Andina 351 de 1993, la cual se caracteriza por ser de aplicación inmediata y preferente sobre el ordenamiento interno. La mencionada norma, transcrita en párrafos precedentes, indica que ninguna autoridad pública puede suplir o remplazar la voluntad del autor o titular de derechos cuando éstos no han autorizado la utilización de sus obras** (...) Debe observarse que el artículo anteriormente citado, se encuentra acorde con la naturaleza jurídica del derecho de autor, en relación con su carácter privado, que le proporciona los mismos derechos que se ostentan respecto de la propiedad de un bien, otorgándole al titular del derecho la facultad exclusiva de autorizar o prohibir el uso de sus obras, planteamiento este, que ha sido de manera reiterada expuesto por la jurisprudencia emitida tanto por la Corte Suprema de Justicia como por la Corte Constitucional de nuestro país (...) **Resulta claro por tanto, que en consonancia con la norma andina, ninguna autoridad se encuentra facultada para autorizar la utilización de las obra[s] señaladas, y por lo tanto pese a estar fijadas una tarifas supletorias, su aplicación depende de la autorización previa y expresa que debe conceder el titular del derecho o su representante, como lo son las sociedades de gestión colectiva** [...] (Resaltado y subrayado fuera de texto)

- (iii) **Tercer cargo. Las resoluciones acusadas establecen una discriminación entre las sociedades de gestión colectiva y todas las personas que deciden gestionar de manera individual el derecho de autor que les corresponde**

23. Consideraron que los actos administrativos acusados establecen una discriminación entre las sociedades de gestión colectiva y todas las personas que deciden gestionar de manera individual el derecho de autor que les corresponde, puesto que «[...] *mientras las primeras tienen que sujetarse al contenido de las aludidas resoluciones, quien pretenda ejercer su derecho en forma individual (no colectivamente) estaría exento de tal regulación [...]*».

24. Indicaron que la **Dirección Nacional de Derecho de Autor** desconoce el concepto de sociedad de gestión colectiva contenido en la Decisión 351 de 1993 y la regulación de la gestión colectiva prevista en la citada norma comunitaria y en la Ley 44 de 1993 y en el Decreto 162 de 1996, en tanto que:

[...] al actuar dichas personas de derecho, se entiende que lo hace en nombre y representación de sus socios, lo cual se conoce como “legitimación presunta” que consagrada por el artículo 49 de la Decisión 351 de 1993, el numeral 4° del artículo 13 de la Ley 44 de 1993 y el Decreto 162 de 1996 en su artículo 26 (...) A su vez, las sociedades de gestión colectiva se encuentran en el deber de elaborar reglamentos

internos en los que se precise la forma como se fijan las tarifas por concepto de las diversas utilidades de las obras, prestaciones artísticas y de las copias o reproducciones de fonogramas. Incluso sometiendo dicho cumplimiento, a la autorización de funcionamiento por parte de la DNDA (...) La facultad de las sociedades de gestión colectiva para fijar sus tarifas mediante los respectivos reglamentos se encuentra consagrada en los artículos 43 y 45 de la Decisión 351 de la CAN, el artículo 30 de la Ley 44 de 1993 y el artículo 14 del Decreto 162 de 1996, por ende, dicha atribución no solo es una manifestación del derecho de naturaleza eminentemente privada que corresponde a los titulares de derechos, sino también una condición legal que limita incluso, la autorización de funcionamiento de la respectiva sociedad concedida por la oficina nacional competente a la que se refiere el artículo 43 de la Decisión 351 de 1993, que en nuestro caso es la Dirección Nacional de Derecho de Autor [...]

**(iv) Cuarto cargo. Las resoluciones acusadas lesionan los derechos de los titulares representados por SAYCO y ACINPRO.**

25. Afirieron, con base en lo expuesto en los demás cargos, que resultaba claro que los actos administrativos cuestionados lesionaban los derechos de sus representados, en tanto que, de un lado, hacen nugatoria la libertad que tienen estas asociaciones para establecer, de manera autónoma, el precio por el uso de los bienes que administran a nombre de aquellos –sus representados– y, de otro lado, en la práctica las tarifas establecidas en las resoluciones acusadas no retribuyen en forma equitativa y justa la utilización de las obras y demás prestaciones protegidas por los derechos conexos, atendiendo que no han sido actualizadas desde el año 1985.

26. Lo anterior se traduce en que:

[...] para un usuario, resulta mucho más beneficiosos (sic) usar las obras y prestaciones representadas por las Sociedades de Gestión Colectiva SAYCO y ACINPRO, sin que exista contrato entre él y la sociedad, y por lo tanto sin (sic) que exista autorización previa y expresa del legítimo titular del derecho, y luego amparado en su ilegalidad acogerse a las tarifas supletorias, paga una suma irrisoria y de esta forma dotar de una “supuesta ilegalidad”, la clara defraudación de los derechos de autor y conexos que ha cometido [...]

## **I.2. La contestación de la demanda**

27. La Nación – Dirección Nacional de Derecho de Autor, a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad procesal respectiva, contestó la demanda a fin de que esta Corporación negara sus pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

28. Inicialmente presentó unas consideraciones de orden procesal relativas al tipo de acción ejercida por las asociaciones demandantes. Se refirió, entonces, a la teoría de los móviles y finalidades, según la cual, siempre que el eventual fallo

de nulidad genere un restablecimiento del derecho a favor del demandante, la acción procedente no sería la de nulidad, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho.

29. Señaló, desde la anterior perspectiva, que si bien se ha ejercido la acción de simple nulidad frente a las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por la **Dirección Nacional de Derecho de Autor** –las cuales fueron consideradas por las entidades demandantes como actos administrativos de carácter particular–, se pretende un restablecimiento de los derechos de los titulares representados por las entidades demandantes y como muestra de ello cita el hecho quinto de la demanda<sup>8</sup>, por lo que la prosperidad de las pretensiones, de ser cierto lo afirmado por los demandantes, aparejaría un restablecimiento automático de los derechos particulares de sus asociados.

30. Añadió que el fin resarcitorio puede evidenciarse en los hechos sexto y octavo de la demanda, en tanto que **SAYCO** ha solicitado la revocatoria de los actos acusados así como la actualización de las tarifas en ellos establecidas, las cuales han sido resueltas de manera desfavorable «[...] *generando, posiblemente, una inconformidad en los demandantes, de la cual pretenden liberarse, ejerciendo erróneamente una acción de simple nulidad [...]*».

31. Destacó, además, que, en el concepto de la violación, se dedicó un numeral para explicar cómo las resoluciones acusadas lesionan los derechos de los titulares representados en **SAYCO** y **ACINPRO**, por lo que considera que «[...] *la acción procedente, hubiere sido la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (...) que podría ser encausada, en aras de la prevalencia del derecho sustancial, salvo cuando, como sucede en el presente caso, se encuentre caducada [...]*», solicitando que se niegue la demanda por indebida escogencia de la acción.

32. Posteriormente se refirió al fondo de la controversia, mencionando que el problema jurídico que se debe resolver es determinar si las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, son contrarias al ordenamiento jurídico.

33. Afirmó que las resoluciones acusadas se encuentran ajustadas al ordenamiento jurídico advirtiendo, inicialmente, que el parágrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, norma con base en la cual se expidieron aquellas, fue

---

<sup>8</sup> «[...] QUINTO: Las resoluciones en cuestión jamás han sido actualizadas, por lo que las mismas no corresponden a la realidad económica del uso de las obras y prestaciones protegidas por el derecho de auto[r] y los derechos conexos (...) El hecho que no se hayan actualizado las tarifas por parte de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, ha causado un agravio injustificado a los miembros de la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, SAYCO (autores, compositores y editores nacionales y extranjeros), y de la Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos, ACINPRO (artistas intérpretes o ejecutantes y productores fonográficos) quienes no recibirían, en el eventual caso de aplicación de las mismas, una retribución justa por el uso de sus obras y prestaciones [...]

declarado constitucional tanto por la Corte Suprema de Justicia –en vigencia de la Carta Política de 1886–, mediante sentencia de 13 de septiembre de 1990, como por la Corte Constitucional, en sentencia C-519 de 22 de julio de 1999, agregando lo siguiente:

[...] no ha sido expuesto en la demanda, fundamento alguno para considerar que los actos administrativos atacados infringen la norma en la cual se encuentran fundados, es decir, el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 (...) Tampoco se puede considerar que las Resoluciones demandadas hayan sido expedidas por “funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”, pues acorde con las sentencias citadas, la entidad competente para fijar las tarifas contenidas en los actos atacados es la Dirección Nacional de Derecho de Autor, Entidad que a través del Director General de entonces, expidió las Resoluciones 009 y 010 de 1985, ciñéndose a los parámetros consagrados en el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, con la única finalidad de “precarer la burla del pago de los derechos de autor por la ejecución, exhibición o representación de una obra literaria o artística”, y salvaguardar el interés general, tal y como lo reconocen los propios demandantes (...) De suerte, que al realizar una simple y elemental confrontación de las resoluciones demandadas frente a la norma legal en que se funda (esto es el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, que valga la pena tener presente no es objeto de la presente demanda), se observa que dichas resoluciones se ajustan perfectamente a la disposición legal que les dio origen [...]

34. Consideró, asimismo, que la fijación de tarifas subsidiarias por el uso de obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o fonogramas no es contraria a la filosofía del derecho de autor y los derechos conexos, en la medida en que el Estado puede intervenir, bajo determinadas condiciones, en la explotación de bienes, como lo son las obras y prestaciones musicales, sin que ello implique desconocimiento alguno del carácter privado y exclusivo del derecho de autor y de los derechos conexos.

35. Aludió a la naturaleza del derecho de autor y resaltó que los derechos patrimoniales que el autor ejerce sobre sus obras se entienden como una forma especial de propiedad privada que recae sobre bienes intangibles denominados obras y, en ese orden de ideas, el autor tiene la facultad exclusiva de realizar, autorizar y prohibir cualquier forma de utilización que se haga de su creación, señalando que:

[...] no se discute la naturaleza eminentemente privada del derecho de autor, ni el carácter exclusivo de las prerrogativas reconocidas a los creadores de obras artísticas o literarias. De allí que la facultad de fijar la contraprestación económica causada por la utilización de una obra corresponda en principio al autor de la misma o a la sociedad de gestión colectiva que represente y administre los derechos de este (...) No obstante, téngase presente que el carácter privado y exclusivo del

derecho de autor no excluye la posibilidad que en excepcionales casos el Estado pueda intervenir dentro del proceso de fijación de tarifas por el uso de obras o prestaciones protegidas con miras al salvaguardar los intereses de los mismos creadores y/o el interés general, tal como se verá a continuación [...]

36. Abordó lo relativo a la intervención del Estado en la economía, de acuerdo con el artículo 334 de la Carta Política, en la siguiente forma:

[...] es legítima desde el punto de vista constitucional, la intervención del Estado en la fijación de tarifas supletorias por derecho de autor, como un mecanismo tendiente a establecer o mantener el equilibrio que debe existir entre los intereses de los autores en la protección de sus obras como el de la comunidad en general de tener acceso a las mismas y a sus contenidos culturales y educativos, cuando quiera que la sociedad de gestión colectiva y los usuarios de las obras no acordaren el valor de la contraprestación que justamente le corresponde al creador. En tal caso la administración debe actuar con miras a mantener el bienestar de los asociados, fin último del Estado Social de Derecho (...) De acuerdo con la experiencia, un modelo exitoso de gestión del derecho de autor requiere que las sociedades de gestión colectiva tengan la capacidad de representar ante los usuarios la totalidad o, por lo menos, la inmensa mayoría de las obras y prestaciones musicales que se utilizan en un determinado mercado (...) A esta característica algunos la han llamado “*agrupamiento de derechos*” y se da cuando la gestión de derechos para un determinado territorio o región se encuentra en manos de pocas o una sola sociedad de gestión colectiva (...) No obstante, esta situación eventualmente puede dar lugar a situaciones de abuso del derecho que perturbaría el mismo orden público, de allí que la más autorizada doctrina en materia de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos hubiere reconocido la excepcional posibilidad de intervención estatal en el proceso de fijación de tarifas por derecho de autor con el único fin de corregir abusos en el ejercicio de estas prerrogativas (...) la misma legislación internacional del derecho de autor admite la posibilidad de intervención estatal en el proceso de fijación de tarifas por el uso dado a obras literarias o artísticas. Así, luego que el artículo 11 bis del Convenio de Berna (Ley 33 de 1987), reconoce a favor de los autores la facultad exclusiva de autorizar la radiodifusión de sus obras, la comunicación pública, por hilo o sin hilo de las mismas y la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo, también permite a los Estados contratantes establecer condiciones para el ejercicio de tales derechos (...) En todo caso, aclara el numeral 2 del citado artículo 11 bis, tales condiciones “*no tendrán más que un resultado estrictamente limitado al país que las haya establecido*” no podrán atentar contra los derechos morales del autor y, sobre todo, no podrán atentar en ningún caso contra el derecho que le corresponde al autor de “*obtener una remuneración equitativa, fijada, en defecto de acuerdo amistoso, por la autoridad competente*” (...) En síntesis, es claro que la intervención subsidiaria y excepcional por parte del Estado en la fijación de tarifas por el uso de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor, no es un fenómeno ajeno y del todo extraño al régimen autorial. De allí que no pueda

afirmarse, como lo hacen los demandantes “*que la fijación de las tarifas a cobrar por comunicación pública de la música por parte de una autoridad administrativa, se erige como un atentado en contra del carácter privado y exclusivo del derecho de autor y de los derechos conexos*” [...]

37. Concluyó, entonces, que la intervención del Estado bajo el establecimiento de tarifas no contradice la legislación del derecho de autor, por lo que cada Estado puede implementar modelos de intervención sin que esto implique el desconocimiento de los derechos de los creadores.

38. Expuesto lo anterior, consideró que los actos administrativos objeto de análisis no contravienen el principio de libertad económica ni la protección constitucional a la propiedad intelectual, puesto que la administración pública puede intervenir en los procesos económicos con miras a garantizar el interés general, en tanto que la libre competencia no puede erigirse en derecho absoluto ni en barrera infranqueable para la actividad de intervención del Estado, por lo que, en el caso concreto, la intervención estatal se reputa aún más necesaria si se tiene en cuenta que, conforme al artículo 61 de la Constitución Nacional, la propiedad intelectual se constituye en un derecho social, económico y cultural de los colombianos.

39. Subrayó que la regulación de las sociedades de gestión colectiva deriva, de acuerdo con la Corte Constitucional, de la constitución económica y no del derecho de asociación, atendiendo el contenido patrimonial de estas asociaciones, pues su misión se centra en la recaudación de las remuneraciones provenientes del pago de los derechos patrimoniales ligados al derecho de autor y conexos y su reparto entre los beneficiarios afiliados, por lo que las Resoluciones 009 y 010 de 1985, constituyen una muestra de la intervención en las funciones ejecutadas por aquellas sociedades, la cual se desarrolló conforme al mandato legal previsto en el artículo 73 de la Ley 23 de 1982, y resalto que tales actos administrativos únicamente resultan aplicables:

[...] cuando insuperables dificultades impidan un acuerdo entre las sociedades de gestión colectiva y los usuarios de sus repertorios y, sobre todo, una forma de intervención proporcional, pues su eventual pago no exonera al usuario de la posible responsabilidad civil o penal por la utilización indebida de obras y prestaciones protegidas por el régimen autoral (...) Dicha proporcionalidad se hace aún más clara, en la medida que las tarifas dictadas por la respectiva entidad competente “no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares”, siendo evidente que las mismas no tienen como fin desplazar la voluntad de las partes sino, por el contrario, servir como un medio subsidiario en caso de silencio contractual (...) Por otro lado, es pertinente resaltar que los actos administrativos demandados no establecen una discriminación entre las sociedades de gestión colectiva y las personas que deciden gestionar de manera individual sus derechos de autor y conexos, pues si bien las mismas solo se aplicarían a las sociedades de gestión colectiva, no puede perderse de

vista que éstas no se encuentran en pie de igualdad frente al autor o titular que gestionan de manera individual. Lo anterior, como quiera que las sociedades de gestión colectiva, agrupan a un importante número de titulares de derecho de autor (autores, compositores y editores de música) y a titulares de derechos conexos (artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas), y se encargan de gestionar a nombre de dichos titulares, por medio de un mandato, el derecho que individualmente corresponde a todos sus asociados, lo cual les da unas mejores posibilidades de negociación y por ende, una posición relevante en el mercado. Posición que en ningún momento puede predicarse de un titular de derechos individualmente considerado. Por lo que, mal haría el Estado al fijar unas tarifas supletorias, aplicables a los titulares que gestionen sus derechos de manera individual, que en ningún momento “podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares” [...]

40. Explicó que las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, no se encontraban derogadas sino suspendidas y, en consecuencia, no procedía su nulidad, producto de la vigencia de la Decisión Andina 351 de 1993, toda vez que, atendiendo a la aplicación directa e inmediata y a la aplicación preeminente de la norma comunitaria, cuando una norma comunitaria entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento andino «[...] *no es que aquella pierda su vigencia, pues en estricto sentido no se ha presentado el fenómeno de la derogación; tampoco es ilegal y en consecuencia nula. Lo que sucede es que se encuentra en un estado de latencia, es decir, suspendida mientras su contenido normativo no se amolde a lo dispuesto en la legislación comunitario* [...]».

41. Estimó necesario realizar el análisis de la vigencia y aplicabilidad de las resoluciones acusadas antes y después de la promulgación de la Decisión Andina 351 de 1993, anotando que antes de la expedición de dicha norma comunitaria regía la Ley 23 de 1982 y con fundamento en el parágrafo del artículo 73, se expidieron tales actos administrativos, y agregó:

[...] La situación descrita en precedencia cambió trascendentalmente cuando fue promulgada la Decisión Andina 351 de 1993, la cual como ya se observó, tiene una aplicación inmediata y preferente sobre el ordenamiento interno (...). En efecto, dicho estatuto comunitario en su artículo 54 indicó que: [se cita] (...) Lo anterior implica que ninguna autoridad pública puede entrar a suplir la voluntad del autor o titular de derechos cuando éstos no han autorizado la utilización de dichas prestaciones. De allí que la Dirección Nacional de Derecho de Autor no pueda, so pena de incurrir en una posible responsabilidad administrativa, autorizar la comunicación pública de obras musicales sin el consentimiento previo de sus creadores o de quien los represente (...) Ahora bien, surge la duda en relación con las tarifas consagradas en las Resoluciones 0009 de 0010 de 1985. Frente a esto, la Dirección Nacional de Derecho de Autor ha considerado que *“Bajo el anterior precepto es claro que las autoridades no se entienden facultadas para autorizar la utilización de ningún tipo de obra, y por lo tanto mal podrían fijar una tarifa cuya aplicación depende de la autorización previa y*

*expresa que debe conceder el titular del derecho o su representante, como lo son las sociedades de gestión colectiva” (...)* En este punto es pertinente recordar que cuando una norma interna entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento andino, no significa que aquella sea nula, pues el efecto de ello es la suspensión y no la derogatoria. Quiere ello decir que la norma continúa vigente pero no se puede aplicar (...) Lo anterior significa que las Resoluciones 009 y 010 de 1985 se fundan en una norma que actualmente está vigente (el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, pero suspendida, luego en estricto sentido estos actos administrativos mantienen su fundamento legal y se encuentran vigentes, sólo que su aplicación pasa por un estado de latencia o suspensión (...)) Quiere ello decir que mientras la Decisión Andina 351 de 1993 esté vigente, tanto el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1992 y las Resoluciones 009 y 010 están suspendidas, no derogadas, pero no por ello puede predicarse que tal disposición legal y las correspondientes resoluciones son ilegales o nulos. Y en el eventual caso en que la citada Decisión Andina dejara de regir (...) estas normas nuevamente entraría en vigor (...) En conclusión, si bien tanto el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 como las Resoluciones 009 y 0010 de 1985 no se encuentran derogadas (porque se insisten (sic) la normatividad andina propiamente no deroga el ordenamiento interno, simplemente se aplica de manera preferente respecto de éste), si se encuentran suspendidas, es decir, aun cuando está vigentes resultan totalmente inaplicables. De allí, que actualmente resulte impertinente su actualización o la declaratoria de nulidad, que ahora se pretende [...].

### **I.3. Los alegatos de conclusión y el concepto del Ministerio Público**

42. El magistrado a cargo de la instrucción del proceso, mediante auto de 25 de agosto de 2015, corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, de estimarlo pertinente, rindiera concepto.

43. La **Dirección Nacional de Derecho de Autor** presentó sus alegaciones de conclusión y el agente del Ministerio Público, por su parte, emitió el respectivo concepto respecto de la controversia. La parte actora guardó silencio.

44. En efecto, la **Dirección Nacional de Derecho de Autor** reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso judicial y agregó que las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, fueron derogadas mediante la Resolución Núm. 315 de 11 de noviembre de 2010.

45. El agente del Ministerio Público, mediante Concepto Núm. 104/15 de 25 de septiembre de 2015, solicitó declarar la nulidad de las resoluciones acusadas, en virtud de su ilegalidad sobreviniente respecto de la Decisión Andina 351 de 1993.

46. Descartó inicialmente la existencia de la excepción de indebida escogencia de la acción formulada por la parte demandada puesto que los actos administrativos acusados no tienen por finalidad la de crear situaciones jurídicas

particulares, lo que quiere indicar que las asociaciones demandantes sí acudieron a la acción correcta para atacarlos.

47. Luego analizó los cargos formulados en la demanda, evidenciando que:

[...] La Decisión de la Comunidad Andina 351 de 1993 en su artículo 54 dispone expresamente que para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión o prestación de apoyo para su utilización se debe contar siempre con la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, en consecuencia, este requisito se convierte en requisito esencial para su uso (...) Vemos en este caso, cómo existe una clara contradicción entre una norma de derecho interno sobre una norma de derecho comunitario, pues de un lado, encontramos que la Ley 23 de 1982 que sirvió de fundamento para la expedición del acto que aquí se acusa dispone que en caso de no existir acuerdo o contrato, se aplicarían unas tarifas supletorias entre los titulares de los derechos de autor y los usuarios, lo que en la práctica se traduce en que los usuarios puedan hacer uso de las obras pagando las tarifas sin que medie el consentimiento previo y expresa del titular de que trata la normativa comunitaria. Resulta, en este sentido reiterar lo dicho en la Interpretación Prejudicial rendida dentro de este proceso que expresa: [se cita] (...) Nótese que, de acuerdo con lo rendido dentro de la interpretación prejudicial aludida, quien debe cobrar las tarifas de conformidad con la Decisión Andina son las sociedades de gestión colectiva, el cual debe tener como soporte un reglamento elaborado por la sociedad de gestión colectiva, las cuales deben ser publicadas por los menos en un medio de amplia circulación, además de ser proporcionales (...) Ante esta evidente contradicción entre la norma de derecho interno con la norma de normativa comunitaria (sic) y en aplicación del Principio de Primacía de la Normatividad Comunitaria, el artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y los decretos reglamentarios expedidos con fundamento en esa misma norma resultan inaplicables [...]

48. Afirmó que la Decisión Andina 351 de 1993 se integra en el ordenamiento jurídico dentro del llamado bloque de constitucionalidad siguiendo para el efecto el artículo 93 de la Carta Política y, en esa medida, tal normatividad es parámetro para confrontar la legalidad de los actos administrativos demandados, por ser un tratado que afecta los derechos de autor, los cuales han sido reconocidos como derechos fundamentales.

49. Desde tal perspectiva, realizó el estudio de legalidad de los actos administrativos acusados a la luz de las normas internas vigentes al momento de su expedición y frente a la Decisión Andina 351 de 1993 –por integrar el bloque de constitucionalidad–, en los siguientes términos:

[...] Esta Delegada pone de presente que, en efecto, los actos demandados fueron expedidos con fundamento en la Ley 23 de 1982, la cual fue declarada constitucional primero por la Corte Suprema de Justicia y después por la Corte Constitucional en las sentencias antes referidas, por lo que los mismos gozan de presunción de legalidad (...)

Ahora bien , a partir de la Decisión Andina 351 de 1993 de aplicación inmediata – lo que significa que no requirió de una norma de trasposición para incorporarse al derecho interno – y en atención al principio de irretroactividad (sic) que rige en el derecho internacional, por ser palpable su contradicción con [la] Decisión Andina 351 de 1993, tanto la Ley 23 de 1982 y los actos expedidos con fundamento en esa Ley resultan inaplicables (...) 5.5. La ilegalidad Sobreviniente dentro del presente proceso (...) En relación con el objeto del litigio y el fundamento de la pretensión invocada por el extremo actor, esto es, la nulidad de los actos acusados, es menester precisar por este Agente del Ministerio Público que la jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa ha reconocido la posibilidad jurídica, que en vía de control de legalidad de actos administrativos se declare su nulidad en virtud de la ilegalidad sobreviniente, al respecto ha sostenido esa corporación [se cita: Consejo de Estado, 4490 de 1998. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa] (...) De acuerdo con ello, es indiscutible el reconocimiento que ha hecho la H. Corte Constitucional del Tratado – Decisión 351 de 1993– al considerar que la misma hace parte del Bloque de Constitucionalidad, o que implica su carácter supranacional, aunado a su legitimidad constitucional y legal respecto de su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico colombiano [...]

## **II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA**

50. Esta Sala de Decisión, para desatar la presente controversia abordará: i) su competencia; ii) los actos administrativos cuestionados; iii) la cuestión previa relacionada con la excepción planteada; iv) el problema jurídico; v) el caso concreto; y, vi) las conclusiones.

### **II.1. La competencia**

51. La Sección Primera del Consejo de Estado es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 numeral 1° del CCA y el artículo 13 del Acuerdo núm. 80 de 12 de marzo de 2019, expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

### **II.2. Los actos administrativos acusados**

52. Los actos administrativos acusados son *i)* la Resolución Núm. 009 de 28 de enero de 1985, y *ii)* la Resolución Núm. 0010 de 1 de marzo de 1985, ambas expedidas por el Director Nacional del Derecho de Autor.

53. Mediante la Resolución Núm. 009 de 28 de enero de 1985, se fijaron las tarifas supletorias por ejecución pública de la música, así:

[...] EL DIRECTOR NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR (...) en uso de las facultades conferidas en el parágrafo del Artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y del Artículo 25 del Decreto 3116 de 1984, y (...) CONSIDERANDO (...) Que de conformidad con el parágrafo del **Artículo 73 de la Ley 23 de 1982** y el Artículo 25 del Decreto 3115 de

1984 corresponde a la Dirección Nacional del Derecho de Autor, fijar las tarifas en los casos en que no exista contrato, acuerdo o concertación entre los titulares del derecho de ejecución pública y sus usuarios o estos hayan perdido vigencia (...) Que para la fijación de tales tarifas se debe tener en cuenta, entre otros factores, la categoría de los establecimientos, sitios o lugares donde se ejecute música (...) Que de conformidad con lo expuesto anteriormente se debe proceder a fijar las tarifas supletorias por derechos de autor y conexos (...) RESUELVE: (...) ARTÍCULO 1o.- Las tarifas supletorias por concepto de ejecución pública, representación, o exhibición a que se refiere el párrafo del Artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 25 del Decreto 3116, serán las siguientes: (...) a) Para discotecas, casetas de baile, griles, cabarets, coreográficos, whyskerías, bares, cantinas, cafés, tabernas, estaderos, cafés concierto, hoteles de 5 y 4 estrellas y similares; el 80% sobre el impuesto de industria y comercio determinado en la correspondiente declaración, del año inmediatamente anterior (...) b) Para hoteles de 3 estrellas sin clasificación, moteles amoblados, residencias apartahoteles, cafeterías, restaurantes, fuentes de soda, clubes sociales, saunas, baños turcos, salas de belleza, peluquerías, supermercados, supertiendas, circos, ferias, espectáculos musicales, toros, hipódromos, autódromos y similares el 70% sobre el impuesto de industria y comercio determinado en la correspondiente declaración del año inmediatamente anterior (...) c) Para los establecimientos, sitios o lugares no contemplados en los literales a) y b) el 30% sobre el impuesto de industria y comercio determinado en la correspondiente declaración del año inmediatamente anterior (...) d) Para los establecimientos sitios o lugares en donde se ejecute públicamente la música, exentos del pago del impuesto de industria y comercio, pagarán anualmente una tarifa de mil pesos (\$1.000) [...]

54. Mediante la Resolución Núm. 0010 de 1 de marzo de 1985, se fijaron las tarifas supletorias por ejecución pública de la música, de emisoras de radio y programadoras de televisión, en la siguiente forma:

[...] EL DIRECTOR NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR (...) en uso de las facultades conferidas en el párrafo del Artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y del Artículo 25 del Decreto 3116 de 1984, y (...) CONSIDERANDO (...) Que de conformidad con el párrafo del Artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y el Artículo 25 del Decreto 3116 de 1984 corresponde a la Dirección Nacional del Derecho de Autor, fijar las tarifas por ejecución pública de la música en los casos en que no exista contrato, acuerdo o concertación entre los titulares del derecho y sus usuarios, o estos hayan perdido vigencia (...) Que para la fijación de las tarifas supletorias se tomó como referencia las concertadas por los titulares del derecho de ejecución y los usuarios (...) Que de conformidad con lo anteriormente expuesto se debe proceder a fijar las tarifas supletorias por ejecución pública de emisoras y programadoras de televisión (...) RESUELVE (...) ARTÍCULO 1°.- Las tarifas supletorias por concepto de ejecución pública, a que se refiere el párrafo del Artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 25 del Decreto 3116, serán las siguientes (...) A.- Las emisoras que transmitan música ambiental pagaran por ellas y por sus abonados el 1.5% neto de lo que el suscriptor les page (sic) mensualmente por este

servicio (...) B.- Las demás emisoras pagarán las siguientes tarifas mensual por radio kilovatio.

RADIO Kilov.	MENSUAL
0-4	1.496.00
5-9	2.992.00
10-9	4.490.00
20-29	5.985.00
30-39	7.480.00
40-49	8.979.00
50-59	10.475.00
60-69	11.970.00
70-79	13.466.00
80-89	14.962.00
90-99	16.460.00
100-más	17.955.00

C.- Las tarifas supletorias para las programadoras de televisión serán las que resulten de aplicar los porcentajes que a continuación se relacionan, al valor mensual del contrato de concesión suscrito con Inravisión.

1.	Musicales	1.43%
2.	Telenovelas nacionales, teatro, recreativos que utilicen música	0.80%
3.	Programas deportivos, informativos, humorísticos y culturales que utilicen música	0.57%
4.-	Para los programas que utilicen música no contemplados en los numerales 1°, 2° y 3° la tarifa será	0.57%

[...]

### II.3. Cuestión previa – excepción de indebida escogencia de la acción

55. Esta Sala, como cuestión previa a abordar el problema jurídico que debe desatarse en este proceso, determinará si existe una indebida escogencia de la acción parte de la sociedad SAYCO Y ACINPRO, tal y como lo propone la entidad accionada.

56. El apoderado de la **Dirección Nacional del Derecho de Autor** afirmó, siguiendo la teoría de los móviles y finalidades, que las resoluciones acusadas debían ser cuestionadas por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA, puesto que, las asociaciones demandantes, por un lado, manifestaron que tales actos administrativos eran de carácter particular y concreto y, por el otro, buscan, en últimas, el restablecimiento del derecho de sus representados, en la medida en que, presuntamente, los actos acusados les han causado a las asociaciones demandantes y a sus representados un agravio injustificado y una lesión a sus derechos, acción que, en concepto de la demandada, encuentra caducada.

57. Para resolver, esta Corporación, entre otras decisiones, en sentencia de 14 de mayo de 2020<sup>9</sup>, abordó los conceptos de acto administrativo de carácter general y particular, como su diferenciación, en la siguiente forma:

[...] En primer lugar, los actos administrativos de contenido particular son aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, es decir, afectan a personas claramente individualizadas y determinadas. Este tipo de actos tienen efectos jurídicos directos e inmediatos sobre personas identificadas o identificables individualmente, independientemente del número de ellas.

Esta corporación ha señalado que: *“el carácter individual de un acto no está dado por la posibilidad de que los sujetos a los cuales está dirigido sean fácil o difícilmente individualizables o identificables, **sino que ellos estén efectivamente individualizados e identificados**, de tal manera que el contenido del acto es aplicable **exclusivamente** a esas personas y no a otras que puedan encontrarse en la misma situación. De no ser así, todos los actos podrían ser calificados de individuales o subjetivos en la medida en que, por principio, los actos de las autoridades públicas tienen vocación de aplicación individual a quienes se encuentren en la situación prevista por el acto”*<sup>10</sup>. (Se destaca)

Como puede apreciarse, los actos administrativos de contenido particular tienen efectos **única y exclusivamente** respecto de una o varias personas que se encuentran **claramente identificadas e individualizadas, o que se pueden identificar**.

---

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veinte (2020). Radicación número: 68001-23-31-000-2005-03490-01.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 11 de marzo de 1994, radicado número 2756, M.P. Libardo Rodríguez Rodríguez.

Por su parte, esta Corporación ha sostenido que el acto administrativo de carácter general es aquél que define una situación abstracta e impersonal, **dirigida a personas indeterminadas**.<sup>11</sup> El contenido y los efectos de este tipo de actos abarcan esferas jurídicas diferentes al estricto carácter individual o particular, es decir, todas aquellas manifestaciones de la voluntad de la administración con características impersonales, abstractas y objetivas, las cuales contienen reglas de derecho que exceden la órbita individual y concreta. Estas formas de expresión de la voluntad de la administración pueden ser reglamentarias o reguladoras de situaciones, pero que se caracterizan por su generalidad y que tienen como fundamento directo la Constitución o la ley.

En sentencia de 18 de junio de 2015<sup>12</sup>, esta Sala, al prohiar un criterio de la Sección Segunda de la Corporación, tuvo la oportunidad de explicar cómo se determina la diferencia entre un acto administrativo de carácter general y uno de carácter particular, así:

*“De igual forma, esta Corporación ha señalado que:*

*“La diferencia entre los actos de contenido particular y general depende del grado de indeterminación que tengan los sujetos destinatarios del mismo, como lo ha precisado esta Sala: ‘Para diferenciar un acto administrativo general de uno particular es necesario tener presente los siguientes aspectos: El acto administrativo se entiende, entre otras perspectivas, como una decisión adoptada o expedida en función administrativa a través de la cual la autoridad crea, modifica o extingue una posición de una persona o conjunto de personas determinadas o indeterminadas frente a una norma de derecho (situación jurídica). El acto singular o particular no necesariamente tiene un destinatario único, por cuanto puede ir dirigido tanto a una persona como a un grupo determinado de personas; **en tanto que el acto general se expide siempre para un grupo indeterminado de personas a quienes se les crea, modifica o extingue una situación jurídica, dependiendo de las conductas o roles que ellas mismas asuman**”.*<sup>13</sup> (Se destaca)

Como puede apreciarse, el grado de indeterminación de los sujetos destinatarios de un acto administrativo, permitirá establecer si se está en presencia de un acto de carácter particular y concreto o uno de carácter general y abstracto. En el primer caso, el acto se dirige a un destinatario concreto o a un grupo determinado, identificado **o identificable de personas en quienes recaen exclusivamente los efectos o resultan siendo beneficiarios**. En cambio, en la segunda situación, el acto siempre tendrá efectos sobre un grupo indeterminado

---

<sup>11</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ, Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-24-000-2019-00091-00, Actor: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA – CRC, Demandado: CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CAUCA – CRC

<sup>12</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015), CONSEJERA PONENTE: DOCTORA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, REF.: Expediente núm. 2011-00271-00, Acción: Nulidad, Actora: FABIOLA PIÑACUÉ ACHICUE.

<sup>13</sup> Sentencia de 4 de marzo de 2010, Expediente: 2003-00360-01(3875-03), Sección Segunda, Subsección “A”, Magistrado Ponente: Alfonso Vargas Rincón.

de personas a quienes les crea, modifica o extingue una situación jurídica, según los comportamientos que ellas mismas asuman [...]

58. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala recuerda que al tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del CCA, la jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado.

59. Los actos administrativos, como decisiones unilaterales de la Administración, encaminadas a producir efectos jurídicos creadores, modificadores o extintores de situaciones jurídicas, constituyen una de las expresiones de dicha actividad.

60. En este sentido, el juzgamiento de la legalidad de dichas manifestaciones se realiza a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho establecidas en los artículos 84 y 85 del CCA, esto es, dependiendo de la naturaleza que tengan los actos administrativos contra los cuales se ejercen (generales, particulares) y conforme con los motivos y finalidades que busca el accionante con el libelo de demanda.

61. El artículo 84 de aquella normatividad establece que *«[...] toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general [...]»*.

62. Por su parte, el artículo 85 dispone que toda persona que se creyera lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podía pedir la anulación del acto administrativo y el restablecimiento del derecho; como también la reparación del daño.

63. Como se observa el punto de diferencia entre uno y otro medio de control lo marca la naturaleza del acto y la pretensión del accionante, pues mientras el medio de control del artículo 85 permite advertir en el restablecimiento un interés particular de quien se cree lesionado en su derecho por un acto que adolece de alguna de las causales de nulidad; la del artículo 84 simplemente prohíja la anulación para restablecer el orden jurídico quebrantado, sin pretender una orden de restablecimiento concreta para quienes se ven lesionados por dicho acto.

64. En atención a lo anterior y en primer lugar, la Sala encuentra que los actos acusados, esto es, las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por el Director Nacional del Derecho de Autor, son actos administrativos de carácter general pues no van dirigidos a crear una situación jurídica de carácter particular y concreto sino que, por el contrario, establecen supuestos de hecho de carácter abstracto dirigidos a un grupo indeterminado de personas a quienes son aplicables las tarifas supletorias en ellos contenidas.

65. En segundo lugar y en cuanto a los motivos y finalidades que busca el accionante, la Sala encuentra que, en relación con los tres primeros cargos de nulidad, la demanda se dirige a proteger el orden jurídico en abstracto, la legalidad en sentido lato y no se vislumbra un interés particular y concreto en los mismos.

66. En efecto, se tiene que la parte actora formula como proposición jurídica la relativa a que con los actos administrativos se desconoció: (i) lo dispuesto en la Constitución Política y en la ley; (ii) lo dispuesto en la Decisión Andina 351 de 1993; (iii) y, finalmente, que se creó una discriminación entre las sociedades de gestión colectiva y todas las personas que deciden gestionar de manera individual el derecho de autor que les corresponde, de lo que se desprende que se propone un contencioso objetivo.

67. Cabe advertir que no sucede lo mismo en relación con el último cargo formulado, en tanto que con el mismo se busca obtener un pronunciamiento subjetivo relativo a los perjuicios ocasionados en los derechos de los titulares representados por **SAYCO** y **ACINPRO**; la Sala observa que el cargo se relaciona con: (i) los actos acusados hacen nugatorio la libertad que estas asociaciones tienen de establecer, en forma autónoma, el precio por el uso de los bienes que administran en nombre de sus afiliados y (ii) que la tarifas allí fijadas no retribuye en forma equitativa y justa a los titulares de derechos por la utilización de las obras y demás prestaciones protegidas por los derechos conexos, pues no han sido actualizadas desde el año 1985.

68. En este sentido, es claro que dicho motivo de inconformidad no puede ser objeto de decisión por vía de la acción de nulidad simple, puesto que aquella persigue «*la defensa de la legalidad, del orden jurídico en abstracto*» y no «*el resarcimiento de un derecho subjetivo lesionado con un acto de la administración*», pretensión propia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ajena a esta proceso.

69. En este contexto y en el marco de la teoría de los motivos y las finalidades, el Despacho considera que el medio de control procedente en el presente caso es el de nulidad, como bien lo impetró la parte actora, toda vez que con la solicitud de nulidad respecto de los tres primeros cargos no se busca el restablecimiento de ningún derecho conculcado sino la protección del orden jurídico y la legalidad abstracta y su finalidad es la de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo, por lo que dicha excepción, en lo atinente a tales cargos, no se encuentra probada.

70. Esta Sala, de acuerdo con los conceptos anteriores, concuerda con la posición esgrimida por el agente del Ministerio Público que considera acertada la escogencia de la acción de simple nulidad para cuestionar los actos acusados –en tanto no tienen por finalidad crear situaciones jurídicas particulares–, salvo en lo relativo al cargo por los perjuicios ocasionados a los derechos de los titulares representados por **SAYCO** y **ACINPRO**, el cual no será objeto de pronunciamiento por ser un pretensión ajena a dicha acción –simple nulidad–.

71. Aunado a ello, la Sala resalta que con la eventual nulidad de los actos acusados no se generaría un restablecimiento del derecho de situaciones

particulares de los titulares de derechos de autor afiliados a **SAYCO** y **ACINPRO**, en la medida que cada actuación administrativa surtida goza de la presunción de legalidad y se requiere de la evaluación y juzgamiento de todas y cada una de ellas.

72. Cabe destacar que al juez le corresponde evitar que se produzcan decisiones inhibitorias, por lo que debe buscar alternativas dirigidas a proferir sentencias que resuelvan el fondo del asunto, tal y como se presenta en el caso *sub examine*. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-031 de 2018, destacó lo siguiente:

[...] 32. De las sentencias en cita, se extrae que las decisiones inhibitorias constituyen **una denegación de justicia que desconoce la razón de ser de la administración de justicia**, dado que en un ejercicio de hermenéutica jurídica, **los jueces deben buscar distintas alternativas para evitar emitir una providencia con dicho resolutivo**. En otras palabras, una inhibición debe ser la última opción por la cual debe decantarse la autoridad judicial, pues de lo contrario, su actuación constituye un excesivo apego al procedimiento, perdiendo de vista que la función judicial propugna por:“(i) *impartir justicia*,<sup>14</sup> (ii) *buscar que las sentencias se basen en una verdad judicial que se acerque lo más posible a la verdad real*,<sup>15</sup> y (iii) *evitar pronunciamientos inhibitorios que dificulten la eficacia de las actuaciones de la Administración de Justicia y de los derechos materiales*.<sup>16</sup>” [...]

#### II.4. El problema jurídico

73. La Sala, para efectos de concretar el problema jurídico que se debe resolver en el presente asunto, debe recordar que, como lo ha reiterado esta Corporación, el juicio de legalidad de los actos acusados debe realizarse a la luz de las normas superiores vigentes al momento de su expedición.

---

<sup>14</sup> Ver por ejemplo, la sentencia T-264 de 2009. En esa oportunidad, esta Corporación precisó que puede “*producirse un defecto procedimental en una sentencia cuando el funcionario judicial, por un apego excesivo a las formas*” se aparta de sus obligaciones de impartir justicia sin tener en cuenta que los procedimientos judiciales son medios para alcanzar la efectividad del derecho y no fines en sí mismos. La Corte consideró que la autoridad judicial accionada había incurrido en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, actuando en, “*contra de su papel de director del proceso y del rol protagónico que le asigna el ordenamiento en la garantía de los derechos materiales, al omitir la práctica de una prueba imprescindible para fallar, a pesar de la presencia de elementos que le permitían concluir que por esa vía llegaría a una decisión indiferente al derecho material. Por esta vía, la autoridad accionada cerró definitivamente las puertas de la jurisdicción a la peticionaria, olvidó su papel de garante de los derechos sustanciales, su obligación de dar prevalencia al derecho sustancial, y su compromiso con la búsqueda de la verdad en el proceso como presupuesto para la adopción de decisiones justas*”.

<sup>15</sup> Ver por ejemplo, la sentencia T-268 de 2010, en la que la Corte al referirse al defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, concluyó que el mismo se presenta, “*cuando el funcionario judicial, por un apego extremo y aplicación mecánica de las formas, renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, derivándose de su actuar una inaplicación de la justicia material y del principio de prevalencia del derecho sustancial*”. Lo anterior, fue reiterado por las Sentencias T-386 y T-637 de 2010.

<sup>16</sup> La Corte ha señalado que el derecho al acceso de la administración de justicia, supone la garantía de obtener respuestas definitivas a las controversias planteadas, así que los jueces se encuentran obligados adoptar todas las medidas pertinentes para evitar los pronunciamientos inhibitorios, bien sea de forma manifiesta, o de forma implícita, cuando una decisión es solo en apariencia de mérito. Ver por ejemplo, las sentencias T-134 de 2004 y T-1017 de 1999.

74. Al respecto, esta Sección<sup>17</sup>, en la Sentencia de 3 de noviembre de 2011<sup>18</sup>, indicó:

[...] En ocasiones anteriores la Sala ha prohijado la tesis, según la cual, el examen de legalidad de los actos acusados debe realizarse necesariamente a la luz de normas superiores que regían al momento de su expedición. Así por ejemplo, en Sentencia proferida por la Sección Primera el 1° de agosto de 2002, se dijo lo siguiente:

El examen de legalidad de los actos acusados, esto es la Resolución Núm. 102 de 15 de marzo de 2000, publicada en el Diario Oficial de 16 de junio de 2000, y la que la aprueba, **se hará a la luz de las normas vigentes en el momento de su promulgación** y, en segundo lugar, que con posterioridad se expidió la Ley 658 de 14 de junio de 2001, la cual reproduce textualmente el contenido de aquella resolución, de modo que se produjo así una legalización de la materia, es decir que su regulación fue asumida por el legislador mediante la citada ley. Así las cosas, como quiera que esa ley fue publicada en el Diario Oficial Núm. 44.461 de 20 de junio de 2001, debe entenderse que hasta tal fecha rigió el acto acusado.<sup>19</sup>

En ese mismo sentido, al pronunciarse con respecto a la legalidad de unos actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, la Sala hizo la siguiente reflexión:

Ahora bien, en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio aparece que mediante la Resolución N° 4348 del 28 de febrero de 2005 dicha entidad canceló el registro de la marca SENSOGARD a favor de COLGATE PALMOLIVE. En ese orden de ideas, se aclara que aun cuando al momento de proferir este fallo no existe la causal de irregistrabilidad por existencia de un registro previo a favor de un tercero, no se puede entender que los actos demandados sean nulos, pues **el examen de legalidad se realiza de acuerdo con las normas vigentes y la situación fáctica al momento de dictar las resoluciones demandadas.**<sup>20</sup> [...] (Subrayado y resaltado fuera de texto)

---

<sup>17</sup> Posición reiterada, entre otras, en CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), Radicación número: 11001-03-24-000-2018-00387-00 Y 11001-03-24-000-2018-00399-00 (acumulados).

CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 11001-03-24-000-2011-00262-00.

<sup>18</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D.C., tres (03) de noviembre de dos mil once (2011). Radicación número: 23001-23-31-000-2005-00641-01. Actor: CECILIA DEL SOCORRO ENCINALES LEON. Demandado: OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS DE MONTERIA.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 1° de agosto de 2002, Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6674-01(6674), Consejero ponente: MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 26 de noviembre de 2008, Radicación número: 11001-03-24-000-2002-00234-01, Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON.

75. Asimismo, en reciente decisión de 29 de abril de 2021<sup>21</sup>, la Sección Cuarta de esta Corporación, reiteró, que:

[...] Sobre el alcance del control de legalidad de un acto administrativo derogado.

(...)

7. En todo caso, se precisa que **la legalidad de los actos administrativos se examina por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con base en las normas superiores vigentes al momento de su expedición**<sup>22</sup> [...] (subrayado y resaltado fuera de texto)

76. Lo expuesto en atención a que los accionantes señalan como normas violadas, entre otras, los artículos 11 y 11bis del Convenio de Berna, aprobado mediante la Ley 33 de 1987; el numeral 4° del artículo 13 y 30 de la Ley 44 de 1993; el artículo 9.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, aprobado mediante la Ley 170 de 1994; los artículos 14 y 26 del Decreto 162 de 1996; el artículo 15 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI– sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, aprobado mediante la Ley 545 de 1999; el artículo 8° del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, aprobado mediante la Ley 565 de 2000; y los apartados a) y d) del artículo 2° del Decreto 1278 de 1996, **todas estas normas expedidas con posterioridad a la expedición de las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985** y, por ello, no pudieron ser tenidas en cuenta por la autoridad administrativa, razón por la cual no se abordará el examen de juridicidad en relación con las precitadas normas.

77. Sin embargo, cuestión distinta ocurre con las normas constitucionales que se enuncian como violadas, esto es, los artículos 4°, 13, 61, 93, 333 y 334 de la Carta Política –la cual entró en vigencia con posterioridad a la expedición de las resoluciones acusadas–; así como el artículo 12 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, hecha en Roma el 26 de octubre de 1961, a la cual Colombia se adhirió mediante la Ley 48 de 1975, toda vez la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha señalado que para preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y dando cabal cumplimiento al principio fundamental estatuido en su artículo 4° de la misma, el juzgador debe analizar el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, a

---

<sup>21</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. Consejera ponente: MYRIAM STELLA GUTIÉRREZ ARGÜELLO. Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021). Radicación número: 11001-03-27-000-2019-00054-00(25056).

<sup>22</sup> En este sentido ver: *i*) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 11001-03-27-000-2014-00051-00 (21206). Sentencia del 24 de julio de 2020. CP: Julio Roberto Piza Rodríguez (E); y *ii*) Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Proceso: 11001-03-27-000-2018-00020-00 (23727). Sentencia del 18 de marzo de 2021. CP: Myriam Stella Gutiérrez Argüello.

partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional, tal y como se observa a continuación:

[...] La Sala ha venido sosteniendo reiteradamente que los actos administrados solamente pueden ser enjuiciados frente a normas superiores de derecho vigentes y preexistentes al momento de su expedición. Igualmente, que la incompatibilidad sobreviniente, esto es, la contrariedad que se presenta con posterioridad a la expedición del acto, entre éste y una norma constitucional o legal que nace a la vida jurídica después de él, da lugar a su derogatoria, fenómeno jurídico éste para el cual esta Jurisdicción no está facultada constitucional ni legalmente para hacer dicha declaratoria, pues sólo puede disponer la de nulidad.

No obstante lo anterior, considera que el artículo 4o. de la Constitución Política es claro al señalar que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Con igual perspectiva jurídica la Ley 153 de 1887 prescribe que “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente” (artículo 9o.); y que se estima insubsistente una disposición legal “por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería” (artículo 3o.).

De las reglas de hermenéutica antes reseñadas fluye con meridiana claridad que la incompatibilidad entre la Constitución y cualquier norma jurídica produce como consecuencia la inaplicabilidad de esta última en un caso concreto.

Tratándose del análisis de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, como es el caso de la acción sub exámine, considera la Sala, y con ello rectifica su posición anterior, que en aras de preservar la supremacía de la Constitución Política en el ordenamiento jurídico y para dar cabal cumplimiento al principio fundamental estatuido en su artículo 4o. se impone para el juzgador frente al fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente disponer la declaratoria de nulidad del acto administrativo que se encuentra incurso en ella, a partir de la entrada en vigencia de la norma constitucional [...] <sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995). Radicación número: 2943. Posición reiterada en: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995). Radicación número: 2918.  
CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo mil novecientos noventa y cinco (1995). Radicación número: 3235.  
CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), Radicación número: 2288

78. En esa misma línea, la Sala analizará si los artículos 13, 15, 43, 45, 48, 49 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993 –Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos– hacen parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Carta Fundamental, para establecer si resulta procedente su análisis con fundamento en lo anteriormente expuesto.

79. De esta manera, el problema jurídico que se debe resolver en el presente asunto es determinar si la Dirección Nacional de Derecho de Autor, con la expedición de las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, infringió «[...] las normas en que deberían fundarse [...]» esto es, en relación con lo dispuesto en los artículos 4°, 13, 61, 93, 333 y 334 de la Constitución Política; los artículos 13, 15, 43, 45, 48, 49 y 54 de la Decisión Andina 351 de 1993 –Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos–; y el artículo 12 de la Convención Universal sobre Derecho de Autor, a la cual Colombia se adhirió mediante la Ley 48 de 1975, –por el fenómeno de inconstitucionalidad sobreviniente–.

80. Lo anterior en razón a que, según la parte actora, las resoluciones acusadas: (i) son manifiestamente contrarias a la Carta Política y a la ley; (ii) son manifiestamente contrarias a la Decisión 351 de la Comunidad Andina; y (iii) establecen una discriminación entre las sociedades de gestión colectiva y todas las personas que deciden gestionar de manera individual el derecho de autor.

## **II.5. La interpretación prejudicial**

81. El Consejero de Estado encargado de la instrucción del proceso, mediante auto de 1 de noviembre de 2013, ordenó suspender el proceso y solicitar, en aplicación del artículo 33 de la Decisión 472 de la Comunidad Andina, aprobada mediante la Ley 457 de 1998, la interpretación prejudicial de las normas comunitarias respectivas al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, solicitud remitida –vía digital– por la Secretaría de la Sección Primera a través del Oficio Núm. 2238 de 21 de julio de 2014.

82. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió la Interpretación Prejudicial solicitada el 20 de noviembre de 2014, Proceso Núm. 85-IP-2014, (i) respecto de los artículos 13, 15, 48 y 54 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina; (ii) de oficio, sobre el artículo 43 de la Decisión 351 y, (iii) conforme lo solicitó la demandada, frente a los artículos 2°, 3° y 4° de la Decisión 472 de la Comunidad Andina.

83. Sin embargo, el despacho sustanciador del proceso evidenció que si bien la interpretación prejudicial fue rendida en la mencionada fecha –20 de noviembre de 2014– y remitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina mediante Oficio Núm. 82-S-TJCA-2015 de 5 de febrero de 2015 a quien para entonces fungía como Consejero de Estado instructor de esta controversia y mediante el Oficio Núm. 121-S-TJCA-2015 de 10 de febrero de 2015 al secretario de la

Sección Primera de esta Corporación, la misma no se encontraba incorporada al expediente.

84. Por tal razón, el Consejero de Estado instructor del proceso solicitó al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por intermedio de la Secretaría de la Sección Primera –mediante oficio de 14 de enero de 2021–, la remisión de tal interpretación prejudicial, la cual fue allegada a este proceso vía mensaje de datos de 26 de julio de 2021 –índice 94–, entendiéndose incorporada al expediente en aquella fecha –26 de julio de 2021–.

85. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la Interpretación Prejudicial 85-IP-2014, llegó a las siguientes conclusiones, así:

### [...] **EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA**

#### **CONCLUYE:**

**PRIMERO:** La normativa comunitaria por tener el carácter supranacional, prevalece sobre la normativa interna de cada uno de los Países Miembros. El Tribunal al interpretar el Ordenamiento Jurídico Comunitario debe velar por su aplicación uniforme en asuntos que se deban regir por una norma comunitaria y que se estén adelantando ante un Juez Nacional de uno de los Países Miembros.

En caso de presentarse antinomias entre el Derecho Comunitario Andino y el Derecho Interno de los Países Miembros, prevalece el primero, al igual que cuando se presente la misma situación entre el Derecho Comunitario Andino y las normas de derecho internacional; por lo anterior, la norma contraria al Derecho Comunitario Andino es automáticamente inaplicable.

La norma comunitaria es de aplicación directa desde su expedición, la ley rige para lo venidero y mal podría una norma regir para hechos que aún no existían, en razón de lo cual, cuando se promulga una nueva norma andina, ésta se aplica inmediatamente, respecto de la norma nacional, dejándose sin aplicación la norma interna que es contradictoria o no comparte con la comunitaria.

Todos los hechos pasados no regulados por una norma comunitaria se rigen por la norma interna y en aplicación del principio de Complemento Indispensable, incluso estando vigente la norma andina, en todos aquellos casos no contemplados por la misma, siempre y cuando, no sean contradictorios con la legislación nacional, deberá aplicarse la norma nacional.

La Corte consultante deberá aplicar la norma comunitaria sobre la norma interna, para todos aquellos casos que surgieron a partir de la vigencia de la Decisión 351, dejando sin efecto la aplicación de la norma interna, en caso de que sea contradictoria a la norma andina.

**SEGUNDO:** La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve,

como se advirtió anteriormente, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; además, genera igualdad de trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución.

“Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características:

1. Las tarifas a cobrar deben estar soportadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva. (Artículo 45, literal g).
2. Las tarifas generales por el uso de los derechos de sus afiliados, deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación. (Artículo 45, literal h).
3. Deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los Países Miembros establezca algo diferente. (Artículo 48). Esta previsión es muy lógica, ya que, si el objeto protegible por el derecho de autor genera más ingresos, pues el pago por su explotación debe ser mayor al que genera menos ingresos.

Las tarifas supletorias, en la práctica ocasionarían que se pudieran utilizar las obras pagando unas tarifas establecidas, obviando la autorización previa y expresa del titular de los derechos o su representante. Esto claramente riñe con la normativa comunitaria sobre derechos de autor. Los titulares no pueden perder la posibilidad de autorizar la utilización de sus obras por parte de terceros, salvo ciertas excepciones consagradas positivamente, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho de exclusividad que soporta el sistema de protección de los derechos de autor. Aún en el caso que el usuario pagara o consignara una suma de dinero establecida por terceros (el Estado en el caso de las tarifas supletorias), **no es viable a la luz de la normativa comunitaria andina obviar la autorización previa y expresa del titular de los derechos de autor o conexos.**

De conformidad con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Juez Nacional consultante, al emitir el fallo en el proceso interno, deberá adoptar la presente interpretación. Asimismo, deberá dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el párrafo tercero del artículo 128 del Estatuto vigente.

Notifíquese al Juez consultante mediante copia certificada y remítase copia a la Secretaría General de la Comunidad Andina, para su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. [...]

## **II.6. El análisis de los cargos formulados**

**II.6.1. Primer cargo. Las resoluciones acusadas son manifiestamente contrarias a la Constitución y a la Ley, específicamente, a los artículos 4°, 61, 93, 333 y 334 de la Constitución Política; así como del artículo 12 de la**

**Convención Universal sobre Derecho de Autor, a la cual Colombia se adhirió mediante la Ley 48 de 1975.**

86. La Sala, en primer lugar, siguiendo la posición expuesta líneas atrás, se pronunciará de fondo respecto de la alegada violación de los artículos 4°, 61, 93, 333 y 334 de la Carta Política<sup>24</sup>, para determinar si existe una inconstitucionalidad sobreviniente de las resoluciones acusadas.

87. Para el efecto, se debe advertir que la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 13 de septiembre de 1990 y en vigencia de la Carta Política de 1886, declaró la constitucionalidad del **parágrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, sustento normativo de las resoluciones acusadas**, cuyo tener es el siguiente:

[...] Artículo 73. En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición, y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán la aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.

**Parágrafo. En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares [...]**

88. La decisión judicial fue la siguiente:

[...] Desde la Carta Constitucional de Cundinamarca expedida en 1811, en los albores de nuestra independencia y que constituye por ello el primer ensayo de organización institucional, se consagró en el Título XIV la protección de la propiedad respecto de las creaciones del talento humano, en los siguientes términos:

"La ley debe fijar recompensa para los inventos y velar en la conservación de la propiedad exclusiva por tiempo señalado de su descubrimiento o de sus producciones". A la vez se tutelaba "la inviolabilidad de todas las propiedades" y se establecía "la justa indemnización de aquellas cuyo sacrificio pueda exigir la necesidad pública, legalmente manifestada".

---

<sup>24</sup> En relación con la violación de los artículos 4° y 93 de la Carta Política, las asociaciones demandantes manifestaron: «[...] Así mismo, fundamentamos esta demanda en la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4° de la Constitución Nacional que expresa: (...) Así pues, considero que las resoluciones atacadas violaron el derecho fundamental de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, así como las disposiciones vertidas en los artículos 61 y 93 del mismo texto normativo [...]». En relación con el artículo 93 de la Carta Política no se esgrimió una acusación específica.

El texto constitucional vigente (al momento de darse el fallo), data de la Constitución de 1886, que incluyó por iniciativa del señor Caro entre los derechos civiles, la propiedad literaria y artística. Dijo así ante el Consejo de Delegatarios para explicar el concepto de la propiedad literaria cuya protección proponía:

"Los conocimientos científicos pertenecen al dominio público, las ideas se esparcen y propagan sin prescripción alguna. Las formas literarias que comprenden el método, el estilo y el lenguaje, son por el contrario esencialmente personales y a éstas solo a éstas se refiere la propiedad literaria".

Queda garantizada así esta forma de creatividad y se la distinguió de aquella que constituyen inventos útiles, descubrimientos científicos o métodos industriales, que son objeto de protección mediante patente de privilegio temporal que se concede a sus autores con arreglo al ordinal 18 del artículo 120 de la Constitución Nacional.

El texto constitucional adoptado sobre propiedad literaria y artística, la tutela como propiedad transferible por el tiempo de la vida del autor y ochenta años más, mediante las formalidades que prescriba la ley y la hace extensiva a los propietarios de obras publicadas en países de lengua española, siempre que el país respectivo consagre en su legislación el principio de la reciprocidad y sin que sea necesario para el efecto, celebrar convenios internacionales.

Este principio fundamental ha sido desarrollado por las leyes 32 de 1886, 86 de 1946 y 23 de 1982, cuestionadas parcialmente en este proceso, por medio de las cuales se establecen las formalidades conforme a las cuales se garantizan los derechos del autor en todas sus manifestaciones literarias o artísticas, cualquiera que sea su forma de expresión y prescribiendo los requisitos que buscan dar mayor seguridad jurídica a los titulares de los derechos que se protegen.

Conviene memorar para el cabal entendimiento de la acusación y para el examen y decisión sobre la validez constitucional del precepto, que la Ley 23 de 1982, acogió la distinción doctrinaria, universalmente aceptada, entre los derechos morales y los patrimoniales de los autores de obras literarias o artísticas. Entre los primeros se hallan aquellos que conceden a su autor el derecho a preservar la autenticidad y fidelidad de su creación, a reivindicar en cualquier tiempo la paternidad de la obra, a conservarla inédita o anónima, a reformarla, a publicarla o a suspender en cualquier tiempo su utilización, derechos éstos que tienen el carácter de perpetuos, inalienables e irrenunciables; al segundo grupo pertenece la libre disposición y explotación económica de la obra, por el tiempo que indica el artículo 35 de la Constitución (se refiere a la Constitución de 1886).

A fin de salvaguardar los derechos de los autores en todas las manifestaciones de su talento, dispone el legislador que el derecho patrimonial de éstos surge, cuando la obra o producción susceptible de estimación económica "se divulgue por cualquier forma o modo de expresión".

El artículo 73 cuestionado parcialmente, regula un aspecto del derecho patrimonial de los autores, cual es el relativo a los que se causan por la

representación, exhibición y en general por el uso o explotación de las obras protegidas en la Ley, los cuales se liquidan conforme a las tarifas concertadas en los contratos que celebren, con este propósito, sus autores o las asociaciones a que éstos pertenecen, con los usuarios o con quienes los representen.

Para mayor protección de los artistas y compositores y a fin de dotarlos de un mecanismo eficaz para lograr el aprovechamiento económico que les garantiza el Constituyente, la ley previó en el párrafo que se demanda, que cuando no exista contrato o los celebrados no estén vigentes, de todas formas deberán pagarse los derechos que corresponden a sus autores por la utilización que se haga de su obra, de acuerdo con la tarifa que fije la autoridad competente, que para el caso es la Dirección Nacional del Derecho de Autor.

Considera la Corte que no existe fundamento sólido alguno para declarar inexecutable el párrafo acusado, toda vez que no se advierte en él finalidad distinta a la de precaver la burla del pago de los derechos de autor por la ejecución, exhibición o representación de una obra literaria o artística, que le pertenecen en forma exclusiva a su autor, en el evento en que éste no pueda controlar su utilización, como sería el caso de los compositores musicales, para quienes sería imposible suscribir contratos con todos los propietarios de establecimientos en donde se ejecute su música.

De otra parte, la previsión legal no desconoce el derecho que tienen los autores y que les reconocen otras disposiciones de la misma ley, de autorizar o prohibir, en cualquier momento, que su obra se comunique al público por cualquier medio, ni tampoco el de disponer en forma gratuita u onerosa de ella; solo crea un mecanismo adecuado para que en todo caso se paguen los derechos que corresponden a sus autores por su utilización en las circunstancias que describe el precepto impugnado.

Además, cabe señalar que, el pago de la tarifa que señale la Dirección del Derecho de Autor no libera de la responsabilidad civil o penal que pudiera derivarse de una exhibición, representación o ejecución indebida, fraudulenta o ilícita, pues la misma ley establece en estos eventos sanciones de prisión o multa para quien se aproveche de una producción literaria o artística, inédita o publicada, sin autorización del autor o de sus causahabientes.

De tal manera que, el pago de los derechos que fije la autoridad competente con arreglo a la ley, no torna lícita la utilización de la obra, si en principio no lo fue, ni impide que su autor pueda devolver la suma que recibe por sus derechos a quien pagó, en el supuesto de que no le interese obtener beneficio económico de ella. [...]

89. Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-519 de 1999 y en vigencia de la Constitución Política de 1991, se pronunció respecto de la constitucionalidad del párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982.

90. Esa Corporación sintetizó la intervención del ciudadano Jaime Felipe Rubio Torres, quien esgrimió similares argumentos a los expuestos por las asociaciones demandantes, en la siguiente forma:

[...] El ciudadano JAIME FELIPE RUBIO TORRES ha presentado a la Corte un escrito mediante el cual coadyuva la demanda interpuesta, pues considera que la disposición impugnada vulnera el artículo 61 de la Carta Política.

Luego de presentar algunas consideraciones respecto de lo que, en su criterio es el derecho de autor, el coadyuvante se declara de acuerdo con los planteamientos expuestos por la jurisprudencia constitucional y por la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en cuanto a que **la posibilidad de autorizar la utilización de obras protegidas por el derecho de autor sólo corresponde a los propios autores o a quienes hayan adquirido la condición de titulares de las prerrogativas patrimoniales que surgen por el hecho de la creación de una obra.**

**A su juicio, esta circunstancia conduce a que la facultad que tiene la Dirección Nacional del Derecho de Autor para estipular y recaudar las tarifas por concepto de uso y goce de este derecho, no es posible jurídicamente, en atención a que, de no darse el acuerdo entre las partes, no existe consentimiento del autor o titular de los derechos y mal podría pensarse que en forma supletoria esta entidad lo otorgara** [...] (Subrayado y resaltado fuera de texto)

91. En el citado fallo se declaró la constitucionalidad del párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, de acuerdo con la siguiente argumentación, así:

[...] Antes de entrar a hacer el juicio de constitucionalidad, es necesario aclarar cuál es el verdadero alcance de la disposición acusada. La norma establece la posibilidad de que "la autoridad competente" fije las tarifas que deben pagar los usuarios por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general por el uso y explotación de las obras que protege la mencionada Ley, cuando no exista contrato celebrado entre los autores y las asociaciones que éstos conformen, de una parte, y de la otra los usuarios o las organizaciones que los representen. Y el órgano competente, a la luz de lo dispuesto por el artículo 253 de la Ley 23 de 1982, es la Dirección del Derecho de Autor, pues expresamente dicho precepto determina que cuando la Ley hace alusión a "la autoridad competente", se refiere al mencionado organismo.

Así pues, el párrafo demandado no está estableciendo, como lo deduce erróneamente el actor, ninguna carga de carácter tributario. No se trata de un impuesto, tasa o contribución. Lo que la norma contempla **es simplemente la posibilidad de que, no existiendo un acuerdo entre el autor y el usuario de la obra, o entre las organizaciones que respectivamente los representen, sea la Administración la que determine las tarifas, teniendo en consideración para tal efecto, entre otros factores, la categoría del**

**establecimiento donde se ejecute la obra, la finalidad y duración del espectáculo. Se trata en realidad de la fijación, con carácter de orden público y con sentido supletorio de la voluntad de las partes de la justa contraprestación que se deriva del uso o la explotación de una obra. Igualmente, la ley fija un tope máximo, al señalar que las aludidas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares.**

**Es decir, el legislador, a través de este mecanismo, que entra a regir solamente cuando la voluntad entre las partes no existe o no ha sido manifestada, ha buscado la protección de los derechos de autor, en desarrollo del artículo 61 de la Carta Política. De esta forma, la Ley ha creado una medida que entra a operar solamente de manera subsidiaria, pues tiene vigencia únicamente ante el silencio de las partes concernidas, y con el fin de velar por el respeto al carácter patrimonial inalienable de los derechos de autor. Es en realidad un mecanismo que tiende a lograr la justicia, pues evita que haya un enriquecimiento sin causa por parte del usuario de la obra.**

Ahora bien, uno de los cargos se dirige a atacar la norma legal por la posible violación del derecho a la igualdad, ya que el demandante estima que a los comerciantes de pequeñas ciudades se les cobran las mismas tarifas que aquellas que rigen para los que desarrollan su actividad en las grandes urbes. Al respecto, cabe aclarar que una cosa es el contenido de la norma legal y otra muy diferente el desarrollo o ejecución de la misma, aspectos estos últimos sobre los cuales la Corte no puede pronunciarse por carecer de competencia, toda vez que la reglamentación o aplicación concreta de las disposiciones legales constituyen actos administrativos sobre los cuales ha de pronunciarse el juez de lo contencioso administrativo, en caso de que dichas disposiciones sean demandadas.

Desde otra perspectiva, si el argumento del actor está dirigido a lograr la declaración de inconstitucionalidad por omisión, en cuanto la ley no previó dentro de los criterios que deben tenerse en cuenta para la fijación de las aludidas tarifas, el tamaño o desarrollo de la ciudad donde se usa o explota la obra, la Corte considera lo siguiente:

Dicho cargo no puede prosperar, pues la determinación de los factores que deben ser tenidos en cuenta por la Dirección del Derecho de Autor para señalar las referidas tarifas, obedecen al arbitrio legislativo - aunque también es cierto que la Ley no goza de una discrecionalidad absoluta, en tanto que su límite se encuentra precisamente en el respeto a los preceptos constitucionales-. Ahora bien, en relación con los factores que ha fijado expresamente la Ley, la cual no descarta que la Administración fije otros, la Corte encuentra que resultan ser razonables y que pretenden en gran medida lograr la aplicación real del principio de igualdad consagrado en la Carta de 1991. Así, pues, la categoría del establecimiento, la finalidad y la duración del espectáculo son factores que van dirigidos a desarrollar dicho principio.

Pero, en cuanto atañe al factor que echa de menos el demandante, no es forzoso que la materia tratada deba desarrollarse en la forma en que él lo requiere. Puede haber múltiples posibilidades en la consagración

de factores que deban tenerse en cuenta para la fijación de las tarifas, y éstas, en cuanto no sean irrazonables o carentes de proporcionalidad, pueden ser determinadas por vía administrativa, justamente con base en la facultad que confiera la ley.

Por ahora, debe decirse que la manera como la Administración desarrolle su atribución de fijar concretamente las tarifas escapa al presente juicio, que no recae sobre todos los aspectos específicos que haya de tomar la autoridad competente a manera de criterios con tal fin, sino sobre la autorización legal para suplir la voluntad de las partes, la que, se repite, no choca con los preceptos constitucionales, y sobre los criterios expresamente previstos en la norma -la categoría del establecimiento donde la obra se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo-, los cuales, en concepto de la Corte, son perfectamente razonables y aparecen ligados, casi necesariamente, a cualquier modalidad de liquidación de los derechos de autor.

Finalmente, la Corte reitera que no es propio de los procesos de constitucionalidad comparar las normas legales con las decisiones proferidas por organismos internacionales -en este caso la 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena-, sino la de verificar su conformidad con la Carta Política colombiana (Cfr. Sentencia C-246 del 21 de abril de 1999. Ms. Ps.: Drs. Antonio Barrera Carbonell y José Gregorio Hernández Galindo) [...] (subrayado y resaltado fuera de texto)

92. Dicha Corporación, entonces, se expresó en forma clara respecto de la constitucionalidad del párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 –se reitera, sustento normativo de las resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985– frente al artículo 61 de la Carta Política, lo cual conduce a afirmar que tales resoluciones no infringen el mandato constitucional, en la medida en que, únicamente, materializan lo dispuesto en la norma de orden legal.

93. En efecto, lo que la norma contempla es simplemente la posibilidad de que, no existiendo un acuerdo entre el autor y el usuario de la obra, o entre las organizaciones que respectivamente los representen, sea la Administración la que determine las tarifas, teniendo en consideración para tal efecto, entre otros factores, la categoría del establecimiento donde se ejecute la obra, la finalidad y duración del espectáculo. Como lo precisó la Corte Constitucional, se trata en realidad de la fijación, con carácter de orden público y con sentido supletorio de la voluntad de las partes de la justa contraprestación que se deriva del uso o la explotación de una obra.

94. Ahora bien, las asociaciones demandantes expusieron, asimismo, la violación de los artículos 333 y 334 de la Carta Política y para desatar la acusación formulada resulta pertinente acudir a las decisiones proferidas por la Corte Constitucional que se han referido a la libertad económica y la intervención del Estado en la economía.

95. Esa Corporación, en la sentencia C-873 de 2013, en la que abordaron asuntos relacionados con el derecho de autor<sup>25</sup>, destacó frente a los aspectos señalados, lo siguiente:

**[...] Los aspectos esenciales de las libertades económicas**

21. El artículo 333 C.P. prevé que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero a su vez impone un límite definido en la defensa del bien común y la función social de la propiedad y de la empresa. Es por esta razón que el artículo 334 C.P. determina que la dirección general de la economía corresponde al Estado, a quien se le otorgan herramientas de intervención dirigidas a (i) la racionalización de la economía; (ii) la búsqueda, en un marco de sostenibilidad fiscal, del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; (iii) el logro de una política de pleno empleo y de acceso progresivo a los bienes y servicios básicos, especialmente a favor de las personas de menores recursos; y (iv) la promoción de la productividad y competitividad, al igual que el desarrollo armónico de las regiones. De la misma manera, la previsión constitucional en comento impone un límite preciso, que otorga carácter prioritario al gasto público social.

La jurisprudencia constitucional, a partir de este marco de referencia, ha señalado que la Carta Política no es neutra en lo que refiere al modelo económico, sino que adopta lo que se ha denominado como una *economía social de mercado*. Este concepto se funda en considerar que el Estado tiene deberes específicos en dos aspectos definidos: De un lado, está llamado a proteger y dar garantías a un mercado libre y competitivo, donde los diferentes agentes que ofrecen bienes y servicios puedan concurrir equitativamente. De otro lado, debe corregir las imperfecciones de ese mercado, pero no solamente en lo que refiere a la promoción de la libre competencia, sino especialmente frente a la vigencia de los derechos fundamentales de las personas, los cuales están necesariamente atados a las situaciones de mercado. De allí que, en últimas, la intervención estatal en la economía se fundamenta en la compatibilización entre el mercado y los fines del Estado Social y Democrático de Derecho. Ello quiere decir, entonces, que lo que se privilegia es la eficacia de los derechos, que deben tener lugar y vigencia en un escenario que alienta un mercado competitivo.

Esta ha sido la posición expresada por la Corte, la cual, al determinar los elementos esenciales de la libertad de empresa, ha puesto de presente que “[e]xiste, de acuerdo con las normas superiores descritas, un mandato constitucional de doble contenido: La Carta Política reconoce que la libertad económica y la libre competencia económica son derechos que deben promoverse, en el entendido que el desarrollo y ampliación de los mercados es una condición necesaria para la consecución de las condiciones materiales y la prosperidad de los

---

<sup>25</sup> En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, se solicitó a la Corte Constitucional que declarara la inexequibilidad de los artículos 2°, 3° y 21 (parciales) de la Ley 98 de 1993, por medio de la cual se dictaron normas sobre democratización y fomento del libro colombiano.

*habitantes. Empero, limita esos derechos, mediante el ejercicio de acciones de intervención estatal en la economía, con el fin de evitar que prácticas al interior de esos mismos mercados se tornen en barreras para el cumplimiento de los fines estatales, en especial la vigencia y eficacia de los derechos. || A este respecto, decisiones anteriores de la Corte han sostenido, en relación concreta con la libertad económica, que “la Constitución, al referirse a la actividad económica de manera general, está reconociendo y garantizando al individuo una multiplicidad de sectores dentro de los cuales puede desplegar su libre iniciativa en orden a la satisfacción de sus necesidades, sin que se permita privilegiar unos sujetos, en detrimento de otros. Por ello, esta garantía constitucional se extiende por igual a empresas organizadas y a las que no lo están, a las personas naturales o jurídicas.|| La libertad económica que, se encuentra reconocida y garantizada por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho. De esta manera, así como la libertad de empresa se orienta a permitir la posibilidad real del individuo de desarrollar actividades económicas que considera necesarias para la satisfacción de sus intereses, también, se autoriza al Estado para intervenir y crear las condiciones necesarias para que éstas se materialicen en armonía con los valores superiores previstos en la Carta.”<sup>26</sup><sup>27</sup>*

22. Por ende, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el Estado está habilitado para intervenir en el mercado, con el fin de cumplir con los objetivos mencionados y con base en el cumplimiento de determinados requisitos. Al respecto, se ha sostenido<sup>28</sup> que el Estado se encuentra facultado, a través de la ejecución de medidas de intervención en la economía, para corregir aspectos del mercado que impidan el cumplimiento de los fines constitucionales de dicha intervención. Ello, incluso, mediante de instrumentos que, de forma material, puedan limitar a la libertad económica y la libre competencia. Sin embargo, tales límites deben estar fundados en motivos razonables y proporcionados, que guarden una relación de identidad con la consecución de los fines estatales antes descritos, en especial aquellos que se derivan de (i) las funciones esenciales del Estado, descritas en el artículo 2º Superior; y (ii) los objetivos constitucionales de la intervención del aparato estatal en la economía, previstos en el artículo 334 C.P. En consecuencia, cuando la medida de intervención no esté vinculada a dichas finalidades, se está *prima facie* ante una restricción injustificada de dichas garantías constitucionales de los participantes del mercado.

En consonancia con lo expuesto, la Corte se ha ocupado de definir los requisitos para la legitimidad de las medidas de intervención económica. A ese respecto, ha indicado que tal intervención “...: i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, sentencia C-361/02

<sup>27</sup> Corte Constitucional, sentencia C-287/09

<sup>28</sup> *Ibidem*.

*proporcionalidad.*<sup>29</sup> En últimas, de lo que se trata es que la medida de intervención económica corresponda a un motivo identificable y acorde con el ámbito propio de las funciones constitucionales del Estado respecto del mercado [...]

96. Como lo destacó la Corte Constitucional en la Sentencia C-519 de 1999, el parágrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 –que le da sustento normativo a las resoluciones acusadas– tiene como propósito velar por el respeto al carácter patrimonial de los derechos de autor, evitando un enriquecimiento sin causa de los usuarios de las obra, en desarrollo del artículo 61 de la Carta Política, posibilitando a la administración la fijación de tarifas por el uso y explotación de las obras, a las cuales solo puede acudir en caso de que no exista acuerdo entre el autor –o las sociedades que los representan– y los usuarios de aquellas.

97. Lo anterior permite evidenciar que las resoluciones acusadas reflejan una intervención legítima de la Administración en la economía en la medida en que tienen sustento en un mandato legal –el parágrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, obedecen a motivos adecuados y suficientes que justifican la intervención – velar por el respeto al carácter patrimonial de los derechos de autor, evitando un enriquecimiento sin causa de los usuarios de las obras, en desarrollo del artículo 61 de la Carta Política–, además de resultar razonables y proporcionales en tanto los actos administrativos atacados, se reitera, únicamente materializan el mandato legal, por lo que no puede predicarse una inconstitucionalidad sobreviniente en relación con los artículos 333 y 334 de la Constitución Política y no existiría, por tal razón, una contradicción con el artículo 4° Constitucional.

98. En segundo lugar y en lo que atañe al examen de las resoluciones acusadas frente al artículo 12 de la Convención de Roma –relativa a la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión–, la Sala recuerda que Colombia se adhirió a la misma mediante la Ley 48 de 1975, norma vigente al momento de expedirse los actos administrativos cuestionados. El artículo establece lo siguiente:

[...] Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración [...]

99. Del contenido de la norma citada se puede advertir que se debe remunerar –única y equitativamente– por la radiodifusión o cualquier otra forma de comunicación al público de fonogramas o reproducciones de estos, fin que se cumplió con las resoluciones acusadas, en la medida en que la disposición de orden legal que les dio origen, en los términos de la Corte Constitucional y la Corte

---

<sup>29</sup> *Ibidem.*

Suprema de Justicia, tenía como propósito precaver la burla del pago de los derechos de autor y que existiera, en todo caso, una remuneración al autor por la utilización de las obras, aun en el evento en que no existiera acuerdo entre aquel y el usuario de la obra, cuando el autor no pudiera controlar su utilización.

100. La previsión legal que le dio origen a las resoluciones acusadas –ni los actos administrativos cuestionados que solo materializan el mandato legal– no desconocen que los derechos de autor y los derechos conexos son derechos exclusivos, en la medida en que no excluyen, como lo señaló la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el derecho «[...] *que tienen los autores y que les reconocen otras disposiciones de la misma ley, de autorizar o prohibir, en cualquier momento, que su obra se comuniqué al público por cualquier medio, ni tampoco el de disponer en forma gratuita u onerosa de ella [...]*», sino que establece un mecanismo –se reitera, materializado en las resoluciones atacadas– «[...] *para que en todo caso se paguen los derechos que corresponden a sus autores por su utilización en las circunstancias que describe el precepto impugnado [...]*», por lo que no se advierte la violación de la precitada norma de la Convención de Roma, a la cual se adhirió el estado colombiano mediante la Ley 48 de 1975.

#### **II.6.2. Segundo cargo. Las resoluciones acusadas son manifiestamente contrarias a la Decisión Andina 351 de 1993, en particular, a los artículos 13, 15, 43, 45, 48, 49 y 54**

101. La Sala, para desatar la acusación formulada por la asociaciones demandantes, inicialmente, analizará la postura del agente del Ministerio Público consistente en considerar que la Decisión 351 de 1993 integra en su plenitud el llamado bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Constitución Política, por ser, un tratado que afecta los derechos de autor reconocidos como derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede predicar una eventual inconstitucionalidad sobreviniente.

102. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1400 de 2000, se refirió extensamente a esta cuestión, en la siguiente forma:

**[...] 3. La Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que contiene el Régimen Común sobre derecho de autor y conexos, dado que regula los derechos morales de autor, que son derechos fundamentales, a la luz de lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P. se incorpora al bloque de constitucionalidad; no ocurre lo mismo con el Acuerdo a través del cual se estableció la “Organización Mundial de Comercio - OMC-, cuya materia no puede incorporarse al bloque de constitucionalidad, pues no corresponde a aquellas a las que se refiere el citado artículo 93 superior.**

El primer cargo de inconstitucionalidad que estudiará la Corte, es el que corresponde al punto 2.1 del numeral 2 de esta providencia, esto es, si sobre las disposiciones impugnadas recae el fenómeno de la

inconstitucionalidad sobreviniente, dado que las mismas contradicen y vulneran normas de instrumentos internacionales suscritos y aprobados por Colombia con posterioridad a la expedición de aquellas, que al ser incorporados a nuestro ordenamiento interno, según los actores, adquieren el rango de normas superiores y por lo tanto entran a hacer parte del denominado bloque de constitucionalidad, que en el caso específico resultaría transgredido.

Para resolver la cuestión es pertinente, en primer lugar, establecer si en efecto los tratados internacionales a los que aluden los actores, aprobados e incorporados por Colombia a nuestro ordenamiento interno, en efecto hacen parte del bloque de constitucionalidad, al detentar ellos, según los demandantes, el rango de normas superiores.

Los tratados internacionales que en opinión de los demandantes resultan vulnerados con las disposiciones impugnadas, son la Decisión Andina 351 de 1993, por la cual se adopta un Régimen Común sobre Derecho de Autor y derechos conexos para los cinco países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, expedida en desarrollo del Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 8ª. de 1973, y el Acuerdo por el cual se establece la Organización Mundial de Comercio OMC, aprobado por el Congreso Colombiano a través de la Ley 170 de 1994.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional sobre la materia, el bloque de constitucionalidad, definido como "...el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes ..." <sup>30</sup>, admite que en él se incluyan tratados internacionales, una vez éstos se incorporen debidamente en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, una vez hayan sido aprobados por el Congreso de la República y superado el control de constitucionalidad que para los mismos establece el artículo 241-10 de la Carta Política; ahora bien, no todos los tratados internacionales incorporados en nuestro ordenamiento pueden ser incluidos en el bloque de constitucionalidad, pues el Constituyente introdujo esa prerrogativa únicamente para aquellos tratados que versen sobre derechos humanos o sobre la prohibición de limitarlos en los estados de excepción, tal como lo dispone el artículo 93 de la Carta.

Sobre el particular esta Corporación ha dicho lo siguiente:

"Es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: *stricto sensu*, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario. De otro lado, la noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que "tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias", aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

(...)

En principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo, (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P. art. 93), (iv) las leyes orgánicas y, (v) las leyes estatutarias. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexecutable de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución.

No todos los tratados y convenios internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues tal y como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha señalado en varias oportunidades, “los tratados internacionales, por el sólo hecho de serlo, no forman parte del bloque de constitucionalidad y, por tanto, no ostentan una jerarquía normativa superior a la de las leyes ordinarias”. En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, sólo constituyen parámetros de control constitucional aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos (i) y, que prohíben su limitación en estados de excepción (ii). Es por ello, que integran el bloque de constitucionalidad, entre otros, los tratados del derecho internacional humanitario, tales como los Convenios de Ginebra, los Protocolos I y II y ciertas normas del Pacto de San José de Costa Rica.

Así las cosas, deberá ahora verificar la Corte, si los tratados que en opinión de los demandantes son vulnerados por las disposiciones impugnadas, regulan la materia de derechos humanos o prohíben su limitación en estados de excepción, pues solo así de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la C.P., podría aceptarse que los mismos hacen parte del bloque de constitucionalidad.

En cuanto a la Decisión 351 de 1993, ésta fue expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por los Plenipotenciarios de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador, y el Perú, Acuerdo que fue aprobado por el Congreso de nuestro país mediante la Ley 8ª. de 14 de abril de 1973.

Dicho instrumento fue aprobado por el legislador colombiano e incorporado a nuestro ordenamiento interno, con fundamento en lo dispuesto el artículo 76-18 de la Constitución de 1886, por entonces vigente, que le atribuía al Congreso Nacional, la función de “aprobar o improbar los tratados o convenios que el gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional”, por medio de los cuales, agregaba dicha norma, “... podrá el Estado obligarse para que, sobre bases de igualdad y reciprocidad, sean creadas instituciones supranacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados”.

Sobre el objetivo del mismo, la doctrina especializada coincide en catalogarlo como “...un instrumento de integración económica multinacional, que exige una organización comunitaria, que articule funcionalmente la economía de los países participantes en el proceso,

por impulso de los respectivos Estados, los organismos comunitarios, los empresarios y los trabajadores de sus pueblos (...), que adquiere el perfil de sujeto de derecho internacional público.”<sup>31</sup>

“Una comunidad económica como la andina es una organización personificada, de origen internacional, que dispone de poder suficiente y autónomo para promover y conseguir el desarrollo de los países que la constituyen, mediante un proceso de unificación de sus actividades económicas, dentro del marco jurídico del Estatuto de su creación, mediante decisiones obligatorias para sus fundadores y habitantes.”<sup>32</sup>

Ahora bien, el máximo órgano del Acuerdo según el artículo 6º del mismo es la Comisión, la cual tiene una composición intergubernamental, siendo su principal función, la de “...formular la política general del Acuerdo y adoptar las medidas que sean necesarias para el logro de sus objetivos”, ésta expide “Decisiones” con el voto de los dos tercios de sus miembros, que tienen efectos *erga omnes*, todo lo cual permite catalogarla como un órgano político decisorio.

Tales decisiones, según lo disponen los artículos 12 y 15 del Acuerdo, se producen siempre a propuesta de la Junta, lo que indica, “...que son ejercicio de una competencia normativa ejercida con base en la iniciativa de un órgano de carácter técnico...”<sup>33</sup>

“Las decisiones, desde el punto de vista de su contenido normativo, o se ocupan de dictar las regulaciones que sobre las materias específicas ordenó expedir en forma expresa el Acuerdo, u obedecen al ejercicio de la potestad legislativa ordinaria para ejercer las demás competencias de la Comisión, incluidas las administrativas.

“(...)”

“Las Decisiones [que carecen de carácter legislativo se pueden agrupar en dos categorías], “... las que determinan mecanismos necesarios para dinamizar el proceso, y las puramente administrativas.

“Entre las primeras pueden señalarse **aquellas que contienen programas de armonización de instrumentos y mecanismos de comercio (art.30)**, aprobación de programas sectoriales de desarrollo industrial (art.33), determinación de los productos reservados para los anteriores programas (art.47) ...”<sup>34</sup>

Al analizar el contenido de la Decisión 351 de 1993, se encuentra que la misma fue expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en desarrollo del artículo 30 del mismo, lo que indica claramente, que se trata de una Decisión “...que contiene programas de armonización y mecanismos de comercio”, dirigidos a dinamizar el proceso de integración; en efecto, el artículo 30 del Acuerdo, que se invoca como fundamento de la citada Decisión dice lo siguiente:

---

<sup>31</sup> Sábica, Carlos, “Derecho Comunitario Andino”, Edit. TEMIS, segunda edición, 1990

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

“Artículo 30. La Comisión, a propuesta de la Junta, acordará un programa de armonización de los instrumentos y mecanismos de regulación del Comercio exterior de los países miembros que será puesto en práctica por éstos antes del 31 de diciembre de 1972. ...”

En cumplimiento de esa disposición, la Junta expidió la Propuesta 261 que dio origen a la citada Decisión 351 de 1993, cuyos objetivos, según lo dispone el artículo 1º de la misma son los siguientes:

“Artículo 1º. Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico y científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino. Así mismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el Capítulo X de la presente Decisión.”

Así las cosas, la Decisión en comento, expedida en desarrollo del Acuerdo de Cartagena, que como se anotó antes es un acuerdo de integración económica, tiene por objeto armonizar instrumentos y mecanismos de regulación en comercio exterior necesarios para impulsar el proceso de integración, específicamente en materia de Derecho de Autor, lo que implica que regule de manera minuciosa tal derecho, el cual presenta dos **categorías: los derechos morales y los derechos patrimoniales de autor; en esas circunstancias y atendiendo el carácter de fundamental que la Corte le reconoció a los derechos morales de autor, se produce la incorporación de la citada decisión al bloque de constitucionalidad, dado que su materia, a la luz del artículo 93 de la C.P. así lo impone.**

“... los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condicional racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza, Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derecho que emana de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado. (Corte Constitucional, Sentencia C155 de 1998, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa) [...] (Resaltado y subrayado fuera de texto)

103. Posteriormente, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-857 de 2013, aludiendo a la sentencia C-1400 de 2000, resaltó lo siguiente:

[...] **5.4. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la Decisión Andina 351 de 1993<sup>35</sup>, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, forma parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, constituye parámetro de control, en lo relativo a la protección de los derechos morales de autor. La Corte ya había otorgado el carácter de fundamental a estos derechos, considerando que “la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre. Por su parte, los derechos patrimoniales derivados de los derechos de autor, aunque no se consideran fundamentales, merecen también la protección del Estado”<sup>36</sup>.**

5.5. La propiedad intelectual comprende la propiedad industrial, que protege en general todo lo relativo a marcas y patentes, y los derechos de autor y conexos que buscan salvaguardar las obras literarias, científicas y artísticas y amparan igualmente los derechos de artistas, intérpretes, ejecutantes, y productores de fonogramas, así como a los organismos de radiodifusión respecto de su emisión<sup>37</sup>.

5.6. En particular, a los derechos de autor se les reconoce una doble dimensión jurídica<sup>38</sup>:

**5.6.1. El derecho moral o personal, que es inalienable, irrenunciable, extrapatrimonial y perpetuo. Se refiere a la posibilidad de que el autor de determinada creación, reivindique en cualquier momento la paternidad de su obra, exigiendo que se indique su nombre o seudónimo cuando esta se haga pública por cualquier medio. Comprende igualmente el derecho a oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación de su obra que desconozca su reputación, así como a la posibilidad de mantenerla inédita o anónima, o modificarla antes o después de hacerla pública<sup>39</sup>. En esta dimensión se reconoce también el derecho del autor de suspender la circulación de su obra, así la haya autorizado previamente reconociendo los respectivos perjuicios a terceros.**

---

<sup>35</sup> La sentencia C-1490 de 2000 se estableció que, atendiendo al carácter fundamental de los derechos morales de autor, la Decisión Andina 351 de 1993, por la cual se regula el régimen común sobre derechos de autor, hace parte del bloque de constitucionalidad.

<sup>36</sup> C-155 de 1998.

<sup>37</sup> C-276 de 1996, C-975 de 2002.

<sup>38</sup> Ver entre otras sentencias, C-276 de 1996, C-533 de 1993, C-924 de 2000, C-1139 de 2000, C-053 de 2001, C-975 de 2002, C-509 de 2004, SU-913 de 2009, C-523 de 2009.

<sup>39</sup> C-523 de 2009.

5.6.2. De otro lado, los derechos patrimoniales de autor, corresponden a la facultad del autor de una creación, de disponer de la misma, esto es a la posibilidad de cederla, transferirla, renunciar a ella, esto sin contar que también puede ser objeto de embargo y medidas cautelares<sup>40</sup>. Así, de acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual **“estos derechos implican que dentro de las limitaciones impuestas por la legislación de derecho de autor, el titular del derecho de autor pueda hacer toda clase de utilizaciones públicas de la obra previo abono de una remuneración. En particular, los derechos patrimoniales comprenden la facultad para hacer o autorizar que se haga lo siguiente: publicar o reproducir de otro modo la obra para su transmisión (distribución) al público: comunicarla al público mediante representación o ejecución, mediante radiodifusión o por hilo; hacer traducciones o cualquier tipo de adaptaciones de la obra y utilizarlas en público, etc.”**<sup>41</sup>.

5.7. Lo anterior se traduce en primer lugar, en el derecho de reproducción de la obra, mediante su edición, inclusión en audiovisual, fonograma o fijación en medio magnético.

También comprende el derecho de comunicación pública a través de la representación o ejecución pública<sup>42</sup>, la radiodifusión<sup>43</sup> radial o televisiva, la transmisión de las obras por cualquier medio, y otras formas de representación de la misma.

Se incluye igualmente en esta dimensión de los derechos de autor, el derecho de transformación mediante la autorización del autor para la traducción, adaptación, arreglo o cualquier modificación de la obra.

Finalmente, el derecho de distribución que comprende la posibilidad de alquilar, prestar el importar la obra<sup>44</sup>.

Los diferentes derechos comprendidos en los derechos patrimoniales de autor pueden ser utilizados o ser objeto de disposición por parte de sus titulares de manera independiente entre sí y están sometidos a una mayor o menor restricción dependiendo del caso<sup>45</sup>.

5.8. Por su parte, los derechos conexos a los de autor son propios de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión en relación con sus interpretaciones o ejecuciones, fonogramas y radiodifusiones, y comprenden también una dimensión patrimonial y una moral [...]

---

<sup>40</sup> Ibídem.

<sup>41</sup> C-124 de 2013.

<sup>42</sup> Regulado por los artículos 11, 11 ter, 14 y 14 bis. En términos generales, la Convención de Berna incluye en este apartado todas las obras, independientemente de su género, susceptibles de ser representadas.

<sup>43</sup> Regulada por el artículo 11 bis de la Convención de Berna. Autoriza a los Estados a imponer medidas más restrictivas que en el caso de los derechos de representación que son derechos exclusivos.

<sup>44</sup> Ríos Ruiz, Wilson. “Derechos de autor y derechos conexos en la televisión por satélite y televisión por cable”. En: Revista la propiedad inmaterial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

<sup>45</sup> Ibídem.

104. De tal suerte que, solo serán parte del bloque de constitucionalidad aquellas normas de la Decisión Andina 351 de 1993 que se refieran a la protección de los derechos morales de autor, esto es, entre otros, de conservación de la obra, reivindicación de la paternidad y posibilidad de oposición ante cualquier deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro o la reputación de dicho titular. Así las cosas, están excluidas del bloque de constitucionalidad aquellas normas relativas a los derechos patrimoniales de autor.

105. La Sala encuentra, entonces, respecto de las normas comunitarias que se enunciaron como violadas, que los artículos 13<sup>46</sup> y 15<sup>47</sup> de la Decisión 351 de 1993 hacen parte del capítulo V «*DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES*» por lo que no puede entenderse incluidos dentro del bloque de constitucionalidad.

106. En lo atinente a los artículos 43<sup>48</sup>, 45<sup>49</sup>, 48<sup>50</sup>, 49<sup>51</sup> y 54<sup>52</sup> de la norma comunitaria, se advierte que los artículos 43, 45, 48 y 49 se encuentran dentro del

---

<sup>46</sup> «CAPÍTULO V (...) DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES (...) Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra».

<sup>47</sup> «CAPÍTULO V (...) DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES (...) Artículo 15.- Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y en especial las siguientes:

- a) Las representaciones escénicas, recitales, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales, mediante cualquier medio o procedimiento;
- b) La proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas y de las demás obras audiovisuales;
- c) La emisión de cualesquiera obras por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la difusión inalámbrica de signos, sonidos o imágenes.

El concepto de emisión comprende, asimismo, la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicación;

- d) La transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono;
- e) La retransmisión, por cualquiera de los medios citados en los literales anteriores y por una entidad emisora distinta de la de origen, de la obra radiodifundida o televisada;
- f) La emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión;
- g) La exposición pública de obras de arte o sus reproducciones;
- h) El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas; e,
- i) En general, la difusión, por cualquier procedimiento conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes».

<sup>48</sup> «Artículo 43.- Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento».

<sup>49</sup> «Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;
- b) Que las mismas tengan como objeto social la gestión del Derecho de Autor o de los Derechos Conexos;
- c) Que se obliguen a aceptar la administración del Derecho de Autor o Derechos Conexos que se le encomienden de acuerdo con su objeto y fines;

capítulo XI «*DE LA GESTIÓN COLECTIVA*» y el artículo 54 establece la prohibición de autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante, normas que están íntimamente ligadas con los derechos patrimoniales y, por tanto, tampoco harían parte del bloque de constitucionalidad.

107. De acuerdo con lo anterior, no es posible realizar el control de juridicidad de las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por el Director Nacional del Derecho de Autor, frente a los artículos 13, 15, 43, 45, 48, 49 y 54, bajo el mecanismo de la inconstitucionalidad sobreviniente, como lo sugiere el agente del Ministerio Público, por tratarse de disposiciones que no integran el bloque de constitucionalidad y por haberse expedido con posterioridad a dichos actos administrativos, la autoridad administrativa no las pudo tener en cuenta –Recuérdese que el juicio de legalidad de los actos acusados debe realizarse a la luz de las normas superiores vigentes al momento de su expedición–.

108. Cuestión distinta es que, en virtud del principio de aplicación directa del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, el parágrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y las Resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por el Director Nacional de Derecho de Autor, por su evidente conflicto con el artículo 54 de la Decisión 351 de 1993, hayan sido

---

d) Que se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad;

e) 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 derechos, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas, según el caso;

f) Que de los datos aportados y de la información obtenida, se deduzca que la sociedad reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;

g) Que tengan reglamentos de socios, de tarifas y de distribución;

h) Que se obliguen a publicar cuando menos anualmente, en un medio de amplia circulación nacional, el balance general, los estados financieros, así como las tarifas generales por el uso de los derechos que representan;

i) Que se obliguen a remitir a sus miembros, información periódica, completa y detallada sobre todas las actividades de la sociedad que puedan interesar al ejercicio de sus derechos;

j) Que se obliguen, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas no se destinen a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir el importe restante de las remuneraciones, una vez deducidos esos gastos;

k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;

l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros».

<sup>50</sup> «Artículo 48.- Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto».

<sup>51</sup> «Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales».

<sup>52</sup> «Artículo 54.- Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable»

desplazadas y sean inaplicables a partir de la entrada en vigencia de la citada decisión<sup>53</sup>, **contradicción que fue evidenciada por la propia entidad demandada** y que emerge de la interpretación prejudicial rendida para este proceso, en la siguiente forma:

### **La contestación de la demanda**

[...] 2.2.4.3. Vigencia y aplicación de las Resoluciones 009 y 010 de 1985 después de la promulgación de la Decisión Andina 351 de 1993 (...) No obstante, la situación descrita en precedencia cambió trascendentalmente cuando fue promulgada la Decisión Andina 351 de 1993, la cual como ya se observó, tiene una aplicación inmediata y preferente sobre el ordenamiento interno (...) En efecto, dicho estatuto comunitario en su artículo 54 indicó que: [se cita] (...) Lo anterior implica que ninguna autoridad pública puede entrar a suplir la voluntad del autor o titular de derechos cuando éstos no han autorizado la utilización de dichas prestaciones. De allí que la Dirección Nacional de Derecho de Autor no pueda, so pena de incurrir en una posible responsabilidad administrativa, autorizar la comunicación pública de obras musicales sin el consentimiento previo de sus creadores o de quien los represente (...) Ahora bien, surge la duda en relación con las tarifas consagradas en las Resoluciones 0009 y 0010 de 1985. Frente a esto, la Dirección Nacional de Derecho de Autor ha considerado que *“Bajo el anterior precepto es claro que las autoridades no se entienden facultadas para autorizar la utilización de ningún tipo de obra, y por lo tanto mal podrían fijar una tarifa cuya aplicación depende de la autorización previa y expresa que debe conceder el titular del derecho o su representante, como lo son las sociedades de gestión colectiva”* (...) **En este punto es pertinente recordar que cuando una norma interna entra en contradicción total o parcial respecto de una norma del ordenamiento andino, no significa que aquella sea nula, pues el efecto de ello es la suspensión y no la derogatoria. Quiere ello decir que la norma continúa vigente pero no se puede aplicar (...) Lo anterior significa que las Resoluciones 009 y 010 de 1985 se fundan en una norma que actualmente está vigente (el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982), pero suspendida, luego en estricto sentido estos actos administrativos mantienen su fundamento legal y se encuentran vigentes, sólo que su aplicación pasa por un estado de latencia o suspensión (...) Quiere ello decir que mientras la Decisión Andina 351 de 1993 este vigente, tanto el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 y las Resoluciones 009 y 010 están suspendidas, no derogadas, pero no por ello puede predicarse que tal disposición legal y las correspondientes resoluciones son ilegales o nulos. Y en el eventual caso en que la citada Decisión Andina dejara de regir, como por ejemplo por retiro de Colombia o extinción de la Comunidad Andina de Naciones, estas normas nuevamente entrarían en vigor** (...) En conclusión, si bien tanto el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982 como las Resoluciones 009 y 0010 de 1985 no se encuentran derogadas, (porque se insisten la normatividad andina propiamente no deroga el ordenamiento interno,

---

<sup>53</sup> Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año X – Número 145, Lima, 21 de diciembre 1993

simplemente se aplica de manera preferente respecto de éste), si se encuentran suspendidas, es decir, aun cuando están vigentes resultan totalmente inaplicables. De allí, que actualmente resulte impertinente su actualización o la declaratoria de nulidad, que ahora se pretende [...] –fol. 237 y 238, contestación demanda.

#### **La Interpretación Prejudicial PROCESO 85-IP-2014**

[...] B. DE LAS TARIFAS POR USO DE OBRAS DE DERECHO DE AUTOR. DE LAS TARIFAS SUPLETORIAS (...) 40. Dentro del proceso en análisis, el tema central se enfoca respecto de las tarifas fijadas por la autoridad nacional competente, respecto del pago por el uso de derechos de autor, en razón de lo cual, es necesario que el Tribunal haga un análisis de lo que se entiende por ellas.

41. En relación a este aspecto el Tribunal ha expresado lo siguiente:

“La tarifa es el precio que debe pagar quien pretende usar el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva. Sirve, como se advirtió anteriormente, para soportar las acciones administrativas y judiciales en caso de infracción a los derechos administrados por la sociedad; además, genera igualdad de trato en todos los usuarios del repertorio administrado por la institución.

Las tarifas que deben cobrar las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con la Decisión 351, tienen las siguientes características:

1. Las tarifas a cobrar deben estar soportadas en un reglamento de tarifas elaborado por la sociedad de gestión colectiva. (Artículo 45, literal g).

2. Las tarifas generales por el uso de los derechos de sus afiliados, deben ser publicadas por lo menos una vez al año en un medio de amplia circulación. (Artículo 45, literal h).

3. Deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los Países Miembros establezca algo diferente. (Artículo 48). Esta previsión es muy lógica, ya que si el objeto protegible por el derecho de autor genera más ingresos, pues el pago por su explotación debe ser mayor al que genera menos ingresos”.

42. La tarifa que cancela un tercero a favor del autor viene a ser la retribución económica que el titular del derecho solicita en contraprestación por la explotación de sus obras protegidas.

43. En la interpretación prejudicial antes citada, el Tribunal analizó, si a la luz de la normativa comunitaria andina, es posible que un País Miembro prevea un sistema de tarifas en caso de no existir un contrato entre el titular de los derechos de terceros y usuarios, que es uno de los argumentos aducidos por la demanda. En tal virtud, estableció lo siguiente:

“Uno de los pilares básicos del sistema comunitario de protección de los derechos de autor es la libre disposición de los derechos patrimoniales de autor por parte de los titulares de los mismos, salvo ciertas excepciones expresamente consagradas.

De conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales son transferibles, renunciables y temporales. Son derechos exclusivos, lo que significa que nadie puede explotar el objeto protegible sin la respectiva autorización de su titular. El artículo 54 de la Decisión 351 es una consecuencia de lo anterior, ya que establece que para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión, o prestación de apoyo para su utilización, se debe contar siempre con la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, por lo tanto, nadie puede autorizar su utilización sin este requisito esencial.

Lo anterior, está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular lo autorice. Salvo excepciones expresamente consagradas, la explotación sin autorización previa y expresa constituiría una infracción a los derechos de autor y daría lugar a trámites administrativos e interposición de acciones judiciales para el cese de la actividad ilícita y la búsqueda de una reparación. Es más que lógico, que el titular de los derechos de autor esté interesado en autorizar la utilización y acordar los términos de la misma”.

Las tarifas supletorias son aquellas que se aplican en caso de no existir acuerdo o contrato entre los titulares de los derechos de autor y los usuarios. Para el caso particular, se plantea la aplicación de tarifas supletorias por ejecución pública de las obras musicales.

Las tarifas supletorias, en la práctica ocasionarían que se pudieran utilizar las obras pagando unas tarifas establecidas, obviando la autorización previa y expresa del titular de los derechos o su representante. Esto claramente riñe con la normativa comunitaria sobre derechos de autor. Los titulares no pueden perder la posibilidad de autorizar la utilización de sus obras por parte de terceros, salvo ciertas excepciones consagradas positivamente, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho de exclusividad que soporta el sistema de protección de los derechos de autor. Aún en el caso que el usuario pagara o consignara una suma de dinero establecida por terceros (el Estado en el caso de las tarifas supletorias), no es viable a la luz de la normativa comunitaria andina obviar la autorización previa y expresa del titular de los derechos de autor o conexos.

(...”).

**44. Por lo antes expuesto, la aplicación de tarifas supletorias van en contra del derecho de exclusividad del que goza el titular de un derecho de autor y están en desacuerdo con las normas comunitarias andinas, toda vez que se desnaturaliza el derecho del autor a autorizar el uso de sus obras. Sin embargo, las tarifas que la Sociedad de Gestión Colectiva debe aplicar, deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o**

**producciones fonográficas, salvo que la normativa interna de los Países Miembros establezca algo diferente** [...] –Interpretación Prejudicial PROCESO 85-IP-2014.

109. De esta manera, como se expuso anteriormente, la aplicación de las resoluciones números 009 de 28 de enero y 010 de 1 de marzo de 1985, expedidas por la **Dirección Nacional de Derecho de Autor**, fue suspendida desde la entrada en vigencia de la Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993<sup>54</sup> hasta su derogatoria por parte de la Resolución Núm. 315 de 11 de noviembre de 2010<sup>55</sup>, por su contrariedad, se reitera, con el artículo 54 de la citada norma comunitaria, contradicción que fue puesta en evidencia por este último acto administrativo –Resolución Núm. 315 de 2010–, en la siguiente forma:

[...] Que Colombia es miembro de la Comunidad Andina de Naciones, en virtud del Acuerdo de Cartagena o Pacto Andino, aprobado por el Congreso mediante la Ley 8ª de 1973.

Que la Comunidad Andina de Naciones cuenta con un ordenamiento jurídico supranacional, integrado, entre otras normas, por las Decisiones Andinas, las cuales se caracterizan por ser de aplicación directa, inmediata, prevalente y preeminente<sup>56</sup> en el ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la Comunidad Andina.

Que el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena dispone en sus artículos 2, 3 y 4:

Que el Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena dispone en sus artículos 2, 3 y 4:

“Artículo 2. Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina;

***Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.***

*Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.*

---

<sup>54</sup> Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año X – Número 145, Lima, 21 de diciembre 1993

<sup>55</sup> Diario Oficial Núm. 47.912 de 3 de diciembre de 2010.

<sup>56</sup> En sentencia C-231 del 15 de mayo de 1997, la Corte Constitucional manifestó: “Una característica fundamental del ordenamiento comunitario andino se relaciona con la aplicación directa de las decisiones que crean derecho secundario, **las cuales son obligatorias desde el momento mismo de su promulgación**, salvo que expresamente se consagre que la norma concreta deba ser incorporada al derecho interno de cada país. Asimismo, debe destacarse que **las normas comunitarias prevalecen sobre las normas locales.**” (Negrilla fuera de texto). M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

*Artículo 4. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.*

***Se comprometen, así mismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.*** (Negrilla fuera de texto).

Que la Decisión Andina 351 de 1993, “*Régimen Común Andino en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos*”, en su artículo 54<sup>57</sup>, prohíbe a cualquier autoridad pública suplir, directa o indirectamente, la voluntad del autor o titular de derechos cuando no han autorizado expresamente la utilización de sus obras o prestaciones artísticas<sup>58</sup>.

Que el 25 de octubre del presente año entró en vigencia el Decreto 3942 de 2010, el cual dispone en el artículo 4°, parágrafo 2°: “*Ninguna persona diferente a las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, podrá fijar tarifas por la utilización de obras, interpretaciones, ejecuciones artísticas o fonogramas...*” (Subrayado fuera de texto).

Que mediante las Resoluciones 009 del 28 de enero de 1985 y 010 del 1° de marzo de 1985, se expidieron una serie de tarifas supletorias por concepto de ejecución pública de la música, las cuales se aplicaban cuando no existieran, o hubieran dejado de tener vigencia, contratos entre los titulares de derecho de autor y los usuarios para licenciar la ejecución pública de las obras musicales de los primeros.

**Que las Resoluciones 009 y 010 de 1985, al disponer la aplicación de tarifas supletorias por la ejecución pública de la música, permiten la utilización de obras musicales sin que medie la previa y expresa autorización del titular de los derechos sobre las mismas, contrariando lo dispuesto el artículo 54 de la Decisión Andina 351 de 1993, norma de carácter prevalente y preeminente en el ordenamiento jurídico colombiano, así como el artículo 4°, parágrafo 2°, del Decreto 3942 de 2010.**

**Que a fin de garantizar la integridad y coherencia del ordenamiento jurídico, y en particular evitar contradecir la Decisión Andina 351 de 1993 y el Decreto 3942 de 2010, resulta necesario derogar las Resoluciones 009 del 28 de enero de 1985 y 010 del 1° de marzo de 1985.** [...] (Resaltado y subrayado fuera de texto)

#### II.4. La conclusión

110. La Sala concluye, entonces, que la acción de nulidad era la vía procesal pertinente para cuestionar la legalidad de las Resoluciones números 009 de 28 de

<sup>57</sup> “Artículo 54. Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento, será solidariamente responsable.”

<sup>58</sup> Interpretaciones, producciones fonográficas o emisiones de radiodifusión.

enero y 010 de 1 de marzo, ambas de 1985, expedidas por el Director Nacional de Derecho de Autor, en la medida en que tales resoluciones son actos administrativos de carácter general pues no van dirigidos a crear una situación jurídica de carácter particular y concreto sino que, por el contrario, establecen supuestos de hecho de carácter abstracto dirigidos a un grupo indeterminado de personas a quienes son aplicables las tarifas supletorias en ellos contenidas.

111. Cabe advertir que si bien es cierto que los tres primeros cargos de nulidad se dirigen a proteger el orden jurídico en abstracto, la legalidad en sentido lato y no se vislumbra un interés particular y concreto en los mismos, también lo es que no sucede lo mismo con el cuarto cargo, en tanto que con el mismo se busca obtener un pronunciamiento subjetivo relativo a los perjuicios ocasionados en los derechos de los titulares representados por SAYCO y ACINPRO, razón por la cual el mismo no puede ser objeto de esta acción – la acción de nulidad– ni ser posible una trasgresión concreta de tales derechos en virtud de la naturaleza de los actos acusados –actos administrativos de carácter general–.

112. Asimismo, la Sala considera que no era posible emprender el control de legalidad de las precitadas Resoluciones en relación con los artículos 11 y 11bis del Convenio de Berna, aprobado mediante la Ley 33 de 1987; el numeral 4° del artículo 13 y 30 de la Ley 44 de 1993; el artículo 9.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, aprobado mediante la Ley 170 de 1994; los artículos 14 y 26 del Decreto 162 de 1996; el artículo 15 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual –OMPI– sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, aprobado mediante la Ley 545 de 1999; el artículo 8° del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, aprobado mediante la Ley 565 de 2000; y los apartados a) y d) del artículo 2° del Decreto 1278 de 1996, en la medida que se trata de disposiciones expedidas con posterioridad a los mismos, el juicio de legalidad que realiza el juez se hacen a la luz de las normas superiores vigentes al momento de su expedición.

113. Destaca, asimismo, que no era posible realizar el control de legalidad de las precitadas resoluciones en relación con los artículos 13, 15, 43, 45, 48, 49 y 54 de la Decisión 351 de la Comunidad Andina, bajo el mecanismo de la inconstitucionalidad sobreviniente, por tratarse de disposiciones que no integraban el bloque de constitucionalidad y, en esa medida, tal juicio, se reiteró, debe realizarse a la luz de las normas superiores vigentes al momento de su expedición.

114. La Sala encuentra que las resoluciones cuestionadas, al momento de su expedición, no eran contrarias a las normas en que debieron fundarse ni establecieron discriminación alguna entre las sociedades de gestión colectiva y aquellos que han decidido gestionar de manera individual el derecho de autor.

115. Ciertamente, cuando fueron expedidas las resoluciones acusadas, las mismas reflejaban una intervención legítima de la Administración en la economía en la medida en que tenían sustento en un mandato legal –el párrafo del artículo 73 de la Ley 23 de 1982–, además obedecieron a motivos adecuados y

suficientes que justifican la intervención –velar por el respeto al carácter patrimonial de los derechos de autor, evitando un enriquecimiento sin causa de los usuarios de las obras, en desarrollo del artículo 61 de la Carta Política–, aunado a que resultaban razonables y proporcionales en tanto que, se reitera, únicamente materializan el mandato legal, tal y como lo consideraron la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 73 de la Ley 23 de 1982, fundamento de los actos analizados.

116. Ahora bien, con posterioridad y con ocasión a la expedición y entrada en vigencia de la Decisión 351 de 17 de diciembre de 1993, la Sala evidencia que la aplicación de las resoluciones acusadas fue suspendida, en la medida que iban en contravía de lo dispuesto en esta nueva regulación andina.

117. No debe olvidarse que de conformidad con su naturaleza, los derechos patrimoniales que resultan de la explotación y uso de las obras son transferibles, renunciables y temporales, pero se trata de derechos exclusivos, lo que significa que nadie puede explotar el objeto protegible sin la respectiva autorización de su titular.

118. La Sala verificó que el artículo 54 de la Decisión 351 es una consecuencia de tal lineamiento, toda vez que establece que para la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica, emisión de la radiodifusión, o prestación de apoyo para su utilización, se debe contar siempre con la autorización previa y expresa del titular del derecho o su representante y, por lo tanto, nadie puede autorizar su utilización sin este requisito esencial.

119. Como lo consideró el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo anterior está en consonancia con el manto de exclusividad que cubre el derecho de autor, impidiendo que se explote el objeto protegido sin que el titular lo autorice.

120. En este sentido y a partir de dicha decisión, se consideró que las tarifas supletorias ocasionarían que se pudieran utilizar las obras pagando unas tarifas establecidas, obviando la autorización previa y expresa del titular de los derechos o su representante, lo cual desconocería la normativa comunitaria sobre derechos de autor, desnaturalizando el derecho del autor a autorizar el uso de sus obras.

121. Con fundamento en lo anterior la entidad demandada derogó el acto acusado a través de la Resolución Núm. 315 de 11 de noviembre de 2010, por su contrariedad, con el artículo 54 de la citada norma comunitaria, garantizando los derechos de que gozan los autores y titulares de derechos de autor.

**En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,**

**F A L L A:**

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ENVIAR** copia de esta providencia al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de conformidad con lo establecido en el artículo 128 de la Decisión 500 de la Comunidad Andina.

**TERCERO:** En firme esta providencia, **ARCHIVAR** el expediente, previas las anotaciones de rigor.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

*(Firmado electrónicamente)*  
**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**  
Consejero de Estado  
Presidente

*(Firmado electrónicamente)*  
**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**  
Consejero de Estado

*(Firmado electrónicamente)*  
**NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN**  
Consejera de Estado

*(Firmado electrónicamente)*  
**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**  
Consejero de Estado

[P4]