



Honorables Magistradas y Magistrados

**CORTE CONSTITUCIONAL**

Magistrado ponente: **JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR**

Palacio de Justicia, Calle 12 N.º 7-65, Bogotá D.C.

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

La Ciudad

**Demandante:** Tatiana Londoño Camargo.

**Referencia:** Expediente D-14038. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 181 (parcial) de la Ley 1955 de 2019, “Por [la] cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

**Asunto:** Intervención ciudadana según Decreto 2067 de 1991 art. 7, inc. 2º.

**JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN**, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** y **JENNER ALONSO TOBAR TORRES**, actuando como ciudadano, **Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre** y miembro **del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal, de conformidad con lo establecido en el art. 242 numeral 1 de la CP. y el art. 7 Decreto 2067 de 1991. Esta intervención la hacemos dentro del término establecido en el Auto del 30 de noviembre de 2020 y la fijación en lista que hizo la Secretaría General de la Corte Constitucional hasta el 22 de septiembre de 2022. Presentamos la siguiente intervención ciudadana en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución Política de Colombia de 1991.

## 1. NORMAS DEMANDADAS

Se presenta demanda de constitucionalidad parcial contra el artículo 181 (parcial) de la Ley 1955 de 2019, “Por [la] cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”. Específicamente el texto demandado señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 181. ACUERDOS SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES. Modifíquese el artículo 183 de la Ley 23 de 1982, el cual quedará así:

ARTÍCULO 183. ACUERDOS SOBRE DERECHOS PATRIMONIALES. Los acuerdos sobre derechos patrimoniales de autor o conexos, deberán guiarse por las siguientes reglas.

Los derechos patrimoniales de autor o conexos pueden transferirse, o licenciarse por acto entre vivos, quedando limitada dicha transferencia o licencia a las modalidades de explotación previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen contractualmente.

La falta de mención del tiempo limita la transferencia o licencia a cinco (5) años, y la del ámbito territorial, al país en el que se realice la transferencia o licencia.



Los actos o contratos por los cuales se transfieren, parcial o totalmente, los derechos patrimoniales de autor o conexos deberán constar por escrito como condición de validez.

Todo acto por el cual se enajene, transfiera, cambie o limite el dominio sobre el derecho de autor, o los derechos conexos, así como cualquier otro acto o contrato que implique exclusividad, deberá ser inscrito en el Registro Nacional del Derecho de Autor, para efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros.

Será ineficaz toda estipulación en virtud de la cual el autor transfiera de modo general o indeterminable la producción futura, o se obligue a restringir su producción intelectual o a no producir.

**Será ineficaz toda estipulación que prevea formas de explotación o modalidades de utilización de derechos patrimoniales de autor o conexos, que sean, inexistentes o desconocidas al tiempo de convenir la transferencia, autorización o licencia”**

## 2. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

La accionante estructura su demanda a partir de la presentación de varios cargos de constitucionalidad, que pueden resumirse así:

- A. **Violación del preámbulo y los artículos 9, 150.16 y 227 de la Constitución Política por usurpación de funciones de órganos supranacionales por parte del legislador.** La accionante considera que con la norma demandada, al ser manifiestamente contraria a la Decisión Andina 35, el legislador desconoció el mandato de promover la integración regional y específicamente la integración regional normativa en materia de derechos de autor.
- B. **Violación de los artículos 61 y 150.24 constitucionales.** En la demanda se sostiene que la norma bajo legal impone condiciones irrazonables y desproporcionadas que limitan los derechos patrimoniales de autor, vulnerando por ello los mandatos constitucionales.
- C. **Vulneración de los artículos 16 y 333 de la Constitución Política.** Sostiene la accionante que la norma demandada cercena irrazonable y desproporcionalmente la autonomía de la voluntad de los artistas, autores, intérpretes y demás destinatarios de la norma, pues antes de emitirse dicha norma, estos podían contratar de acuerdo a sus intereses, pero la norma demandada ahora lo impide, lo que genera numerosos perjuicios a los destinatarios.
- D. **Violación de los artículos 57 y 61 de la Constitución Política.** La demanda sostiene la vulneración de la propiedad privada y de la propiedad intelectual, por cuanto la norma bajo análisis “va de manera abierta en contra del fomento a la producción científica y a la cultura, generando, por el contrario, un desincentivo para los autores a producir intelectualmente debido a la grave afectación que se da a la posibilidad de disponer a su mejor beneficio sus propios derechos patrimoniales de autor”.

## 3. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA POSIBILIDAD DE EXISTENCIA DE COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL



Mediante sentencia C-157 de 2021, la Corte Constitucional efectuó un análisis de constitucionalidad de la norma demandada. En esa oportunidad se acumularon dos expedientes: el D-13772 y el D-13779. Este último presentó cargos idénticos a los que ahora se estudian. Sin embargo, durante el trámite de admisión la Corte rechazó los cargos relacionados con iii) los artículos 9, 150.16 y 227 Constitucionales, mandato de integración regional; iv) los artículos 9 y 227 Superiores, que se refieren a la usurpación del congreso de la regulación de los derechos patrimoniales de autor reservado a los órganos supranacionales; v) la protección de los derechos patrimoniales, registrados en los artículos 61, 150.16 y 150.24 y 334 de la Constitución; vi) la autonomía de la voluntad privada y libertad de empresa establecidos en los artículos 16 y 333 Constitucionales; vii) la protección de la propiedad privada y a la propiedad intelectual que se encuentran en los artículos 58 y 61 de la Carta Política; y viii) al fomento de la cultura en planes de desarrollo y estímulos a manifestaciones culturales estipulados en el artículo 71 Superior). Adicionalmente, en la parte resolutive de la sentencia C-157 de 2021, se declaró la exequibilidad de la norma demandada únicamente por los cargos analizados en dicha providencia, los cuales versaron sobre principio democrático por ausencia de deliberación del Congreso y debate público, consignado en los artículos 157 y 160 Superior.

Respecto a la cosa juzgada constitucional, la Corte ha señalado que esta puede ser absoluta o relativa:

“La diferencia entre cosa juzgada absoluta y relativa se establece teniendo en cuenta el cargo de inconstitucionalidad y, en particular, la amplitud del pronunciamiento previo de la Corte. Será cosa juzgada absoluta, cuando la primera decisión agotó cualquier debate sobre la constitucionalidad de la norma acusada. Será cosa juzgada relativa si la Corte en una decisión anterior juzgó la validez constitucional solo desde la perspectiva de algunos de los cargos posibles. En el primer caso, por regla general, no será posible emprender un nuevo examen constitucional. En el segundo, por el contrario, será posible examinar la norma acusada desde la perspectiva de las nuevas acusaciones.”<sup>1</sup>

Así mismo respecto a la cosa juzgada relativa, la Corte ha señalado que esta puede ser explícita o implícita:

“(…) la condición explícita o implícita de la cosa juzgada se predica únicamente de los casos en los que ella es relativa. Se tratará de cosa juzgada relativa explícita cuando en la parte resolutive de la sentencia se establece expresamente que el pronunciamiento de la Corte se limita a los cargos analizados. Será por el contrario implícita cuando, pese a no hacerse tal referencia en la parte resolutive, de las consideraciones de la sentencia se puede desprender que la Corte limitó su juicio a determinados cargo.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 007 de 2016.

<sup>2</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 007 de 2016.



En conclusión, para este Observatorio no se configura la existencia de cosa juzgada constitucional relativa explícita, que permite a la Corte Constitucional adelantar el estudio del presente expediente, teniendo en cuenta que los cargos que se analizarán en esta ocasión son diferentes a los estudiados en la sentencia C- 157 de 2021.

#### **4. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL**

El Observatorio de Intervención Ciudadana la Universidad Libre considera que la Corte debe declarar la **EXEQUIBILIDAD** de la norma demandada por los argumentos que a continuación se desarrollan.

##### **4.1 Consideración preliminar: La Decisión Ándina 351 como parámetro de control de constitucionalidad**

Si bien es claro que la demanda no se estructura sobre la idea de considerar la Decisión Ándina 351 como parámetro de constitucionalidad, dada la relevancia que la misma tiene en la construcción de los argumentos de la demanda, este Observatorio considera necesario resaltar de forma preliminar su importancia. La jurisprudencia constitucional ha considerado que la Decisión Ándina 351 puede ser usada estrictamente como parámetro de constitucionalidad, como parte del denominado bloque de constitucionalidad.

La jurisprudencia actual de la Corte Constitucional tiene establecido que la Decisión Ándina 351 únicamente forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, respecto a normas directamente relacionadas con los derechos morales de autor. En efecto, ha señalado la Corte que:

“(…) la Decisión 351 de 1993 proferida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena es parámetro de constitucionalidad, únicamente en lo que concierne a la regulación sobre los derechos morales de autor, ya que, al tratarse de derechos inherentes a la persona humana, su regulación se incorpora al bloque de constitucionalidad stricto sensu. Frente al resto de disposiciones que hacen parte del régimen en cita, como se explicó con anterioridad, se trata de normas que tienen el mismo peso y valor que la ley ordinaria, solo que, por virtud de su origen supranacional, revestidas de los atributos de preeminencia y aplicación preferente”<sup>3</sup> (se subraya).

Teniendo en cuenta lo anterior, por fuera del ámbito de protección de los derechos morales de autor, cualquier tipo de discrepancia o contradicción entre la normatividad interna y las disposiciones contenidas en la Decisión Ándina 351, no generan un problema constitucional, sino una antinomia legal que debe ser resuelta por cada operador jurídico, de conformidad con los principios de interpretación normativa y con los atributos de preeminencia y aplicación preferente de la normatividad comunitaria.

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 069 de 2019.



De esta forma, la aparente contradicción que en la demanda se expone entre la norma demandada (inciso final del artículo 181 de la Ley 1955 de 2019) y el literal i, art. 15, de la Decisión Ándina 351, no es un asunto que *a priori* genere un debate de constitucionalidad, sino que corresponde a cada operador resolver el eventual conflicto normativo entre dos normas del mismo rango.

#### **4.2 Consideraciones respecto de los cargos por Violación del preámbulo y los artículos 9, 150.16 y 227 de la Constitución Política por usurpación de funciones de órganos supranacionales por parte del legislador**

Este Observatorio considera que los argumentos que sostienen los cargos por violación del preámbulo y los artículos 9, 150.16 y 227 de la Constitución Política se fundamentan en una interpretación propia de la demandante respecto a la norma demanda, sus efectos y los alcances de la competencia del legislador para regular temas de derechos de autor.

En primer lugar, se resalta que ni el Acuerdo de Cartagena ni la Decisión Andina 351 limitan de forma absoluta la posibilidad de los Estados Parte de legislar en materia de derechos de autor, sino que, por el contrario, ciertos aspectos en la regulación de esta materia quedaron sujetos a la legislación interna que cada Estado efectúe. Así, la Decisión Ándina 351 señala varios casos donde se remite a la legislación interna, como por ejemplo:

“Artículo 21.- Las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor que se establezcan mediante las legislaciones internas de los Países Miembros, se circunscribirán a aquellos casos que no atenten contra la normal explotación de las obras o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos.

Artículo 29.- El derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable.

Artículo 30.- Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.” (se subraya)

Por lo tanto, cuando un Estado legisla en temas como la cesión o concesión de derechos patrimoniales de autor, no está usurpando funciones otorgadas al órgano comunitario, sino que, por el contrario, está desarrollando el principio de “complemento indispensable”, al legislar un asunto que expresamente está sujeto a la normatividad interna, como lo establece el artículo 30 de la Decisión Ándina 351.

Al verificar el tenor literal de la norma demandada, se observa que esta precisamente regula aspectos relativos a la transferencia, autorización o licencia de derechos patrimoniales de autor o conexos. Por ende, la norma demandada regula un aspecto expresamente autorizado por la Decisión Ándina 351.



Ahora bien, se señala en la acción constitucional que, al crearse una disposición abiertamente contraria a ciertas reglas contenidas en la Decisión Ándina 351, la norma demandada dificulta, impide o entorpece los procesos de integración regional comunitaria que deben ser promovidos por el Estado Colombiano.

Para este Observatorio, este argumento recae sobre los hipotéticos efectos que la actora le adjudica a la norma demandada. Recuérdense que respecto al requisito de certeza de las acciones constitucionales, se ha señalado que:

“En cuanto a la certeza, los cargos gozarán de ésta siempre y cuando se realicen sobre una proposición jurídica presente en el ordenamiento jurídico, que ataquen la norma acusada y no otra no mencionada en la demanda; así entonces, los cargos no pueden inferir consecuencias subjetivas de las disposiciones demandadas, ni extraer de éstas efectos que ellas no contemplan objetivamente. En últimas, los cargos serán ciertos si las proposiciones jurídicas acusadas devienen objetivamente del “texto normativo”<sup>4</sup> (se subraya).

Del texto de la norma demandada no se extrae objetivamente que la disposición allí contenida se convierta en un obstáculo para la integración regional. Esta es una inferencia subjetiva de la accionante sobre efectos hipotéticos de la norma. Bien podría señalarse, por ejemplo, que de existir tal conflicto entre la normatividad interna y la comunitaria, este sería fácilmente superado en virtud de los atributos de preeminencia y aplicación preferente de la normatividad comunitaria, por lo cual no se afectarían los procesos de integración regional.

Por tanto, se evidencia que no se puede desprender de forma objetiva de la norma demanda, que esta entorpezca los procesos de integración. Por lo anterior, se solicita que los cargos por Violación del preámbulo y los artículos 9, 150.16 y 227 de la Constitución Política sean rechazados.

#### **4.3 Consideraciones respecto de los cargos por violación de los artículos 61 y 150.24 constitucionales**

Este Observatorio considera que los argumentos que sostienen este cargo recaen principalmente sobre efectos hipotéticos de la norma demandada y resultan ser un análisis de inconveniencia de la disposición bajo estudio.

En efecto, para la demandante resultan irrazonables las limitaciones que impone la norma demandada, indicando que sin ella los autores igualmente podrían decidir no ceder sus derechos y lo que la norma genera son amplios perjuicios a sus destinatarios por aspectos como aumento en costos de transferencia, desestimulación de los contratos, disminución en el lucro recibido, entre otros.

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 710 de 2012.



Todos estas, aunque son preocupaciones legítimas en cuanto a los efectos de la norma, resultan ser análisis de inconveniencia sobre los eventuales efectos de la norma, los cuales escapan al análisis constitucional. Sea que la norma resulte o no inconveniente por los efectos descritos en la demanda, el control constitucional no puede recaer sobre un análisis de conveniencia de la norma. En efecto, al respecto la Corte ha señalado que:

“De conformidad con el artículo 241 superior, compete a la Corte la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos allí consagrados y, en desarrollo de dicha norma, ejerce el denominado control de constitucionalidad de los actos que en esa misma disposición taxativamente se enuncian, entre ellos, las leyes y los decretos leyes. Dicho control es un juicio abstracto en el que se confronta la norma demandada frente al Estatuto Superior para determinar si ésta se adecua o no a sus preceptos. En consecuencia, en estos procesos no se admiten argumentos dirigidos a controvertir aspectos relacionados con la conveniencia o inconveniencia de la disposición demandada, criterio antagónico del exclusivo parámetro que debe guiar el control asignado a la Corte. Por tal motivo, la Corte ha reiterado en múltiples ocasiones, que los cargos formulados contra las normas que según el artículo 241 de la Constitución pueden ser demandadas ante esta Corte por inconstitucionalidad, no deben recaer sobre su conveniencia o inconveniencia, pues en este caso la demanda adolecería de ineptitud sustancial.

“(…)la sola inconformidad de un ciudadano con la disposición que se ha puesto en vigencia, o las razones de inconveniencia que esgrima -que pueden ser válidas y, en todo caso, son respetables desde el punto de vista de la libertad de expresión-, no son suficientes para hacer que operen los mecanismos de control de constitucionalidad, que requieren un elemental soporte argumentativo expresado ante el juez para que se inicie, tramite y decida con fuerza de cosa juzgada y de modo definitivo si el precepto acusado se aparta de la Constitución Política.”<sup>5</sup>

Además de tratarse de un cargo de inconveniencia, se resalta que el cargo presentado carece de una metodología adecuada para establecer la razonabilidad o proporcionalidad de las limitaciones que la norma demandada impone en los procesos de transferencia, autorización o licencia de derechos patrimoniales de autor o conexos.

Los argumentos de este cargo se limitan a ser apreciaciones respetables pero subjetivas de la accionante y no incorporan un estudio bajo la herramienta metodológica del test de proporcionalidad, necesaria para establecer si, bajo una lógica constitucional, la norma demandada, en efecto, resulta en medidas constitucionalmente desproporcionadas. Por ende, se considera que este cargo debe ser rechazado.

#### **4.4 Consideraciones respecto a los cargos por vulneración de los artículos 16 y 333 de la Constitución Política**

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 504 de 2001.





Es claro que la norma demandada impone una limitación a la autonomía de la voluntad respecto a autores, interpretes, directores, editores y, en general, a todos los destinatarios de la norma, al momento de convenir sobre la transferencia, autorización o licencia de los derechos patrimoniales de autor.

La norma demandada impide que en tales contratos o actos jurídicos se prevean formas de explotación o modalidades de utilización inexistentes al momento de celebrar el acto jurídico, sancionando con la figura de ineficacia cualquier estipulación en contrario. Esta sanción de ineficacia del negocio jurídico no es novedosa en el ordenamiento nacional colombiano, pues en varios escenarios normativos el legislador ha hecho uso de la también denominada fórmula *pro non scripta* o ineficacia<sup>6</sup>. Respecto a la misma la doctrina la ha categorizado así:

“El negocio jurídico como acto de la autonomía privada interesado a regular intereses y a satisfacer necesidades debe cumplir legítimamente su función económico-social puesto que sólo en la medida en que así ocurra será merecedor de la tutela del ordenamiento.

Y es que si bien al particular le compete a regular sus intereses, esto es, tiene una competencia dispositiva, al Estado le corresponde reconocer y disciplinar el ejercicio de la autonomía privada.

En desarrollo de esta competencia normativa el Estado establece límites, presupuestos o requisitos para que el particular ejerza su poder dispositivo, todo con miras a preservar valores supremos, lograr el cumplimiento de las normas en cuya observancia están interesados en el orden público y las buenas costumbres, proteger a los terceros, tutelar a los incapaces, o defender el interés particular de quién se halla en circunstancia digna de protección.

(...) Si lo que ocurre es que la disposición de intereses se realiza excediendo las limitaciones o contrariando los presupuestos o requisitos que el ordenamiento exige, puede sobrevenir una reacción del orden jurídico que, a título de sanción, se materializa en la destrucción de facto y por contraria de los efectos que está llamado a producir.

(..) La fórmula *pro non scripta*, o ineficacia pleno derecho como la denomina el código de Comercio de Colombia, es un juicio de valoración negativa que se materializa de pleno derecho.

(...) La fórmula *pro non scripta* o ineficacia de pleno derecho es entonces una sanción in limine con que el ordenamiento castiga los actos que violen sus normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres, y consiste en que los expresos casos señalados en la ley, la específica cláusula o pacto trasgresor, y únicamente éste, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si nos hubiera realizado”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, esta figura es reconocida por la legislación mercantil (artículo 897 Código de Comercio), en el Estatuto del consumidor (ley 1480 de 2011, artículo 37) entre otros.

<sup>7</sup> Alarcón Rojas, Fernando, *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*, Editorial Externado, Bogotá, 2011. PP.- 157- 160.





Así las cosas, es claro que la autonomía de la voluntad, siendo un principio constitucional digno de protección, se encuentra sujeto a diversos límites, por lo cual una norma que limite dicho principio no es por ese solo hecho inconstitucional.

#### 4.4.1 La autonomía de la voluntad, la libertad contractual y sus límites

Desde el siglo XVIII la autonomía de la voluntad ha sido considerada como el fundamento central para los negocios jurídicos. Bajo esta premisa los teóricos racionalistas consideraban que el acuerdo de voluntades era la base para la formación del contrato, partiendo de la presunción de igualdad entre los contratantes. Esta posición encontró eco con la revolución francesa y posteriormente resultó plasmada en el Código de Napoleón. Como señala Herrera, en este código napoleónico “las doctrinas liberales e individualistas encontraron el espacio para afirmar que el individuo, considerado en un plano de igualdad frente a los demás, tiene plena libertad para obligarse, siendo responsable de lo pactado”<sup>8</sup>.

El paulatino desarrollo de las sociedades, junto con los procesos de industrialización, generó escenarios de desigualdad y desequilibrio que de forma evidente quebrantaron la pregonada ilusión de igualdad entre las partes del contrato. Esto propició que el dogma de la autonomía de la voluntad fuere evaluado y relativizado tanto a nivel doctrinal como legislativo.

En efecto, con el surgimiento y desarrollo de diversas teorías y concepciones se comenzó a evidenciar la insuficiencia del dogma de la voluntad para regular adecuadamente nuevas situaciones y se comenzó a considerar que el contrato no solo es un medio de manifestación de la voluntad de las partes, sino que se encuentra subordinado a la ley (teorías normativistas) debe cumplir una utilidad social (teorías solidaristas) y una función económica (teorías del AED)<sup>9</sup>.

Todo ello ha llevado a que en la actualidad el concepto de la autonomía de la voluntad sea subsumido en uno más amplio como lo es el de libertad de contratación. Muestra de ello es que las tendencias contemporáneas internacionales en materia de contratación evitan referirse al concepto de autonomía de la voluntad y en su lugar manejan el concepto de libertad de contratación como la libertad “*para celebrar un contrato y para determinar su contenido*” (Principios Unidroit, Art. 1.1; Principios de Derecho Europeo de los Contratos art. 1.102).

Respecto al concepto de libertad contractual, la doctrina nacional ha señalado que:

“La libertad contractual es un concepto complejo que permite su descomposición en dos tipos de libertades: la libertad de conclusión y la libertad de configuración. La

---

<sup>8</sup> Herrera Osorio, Fredy Andrei, *Las principales declaraciones precontractuales : contratos por negociación y por adhesión*, - Primera edición. -- Bogotá : Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2020.

<sup>9</sup> Un desarrollo detallado de esta evolución puede consultarse en Herrera Osorio, Fredy Andrei, *Las principales declaraciones precontractuales: contratos por negociación y por adhesión*, - Primera edición. -- Bogotá : Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina (UNIJUS), 2020.



libertad de conclusión consiste en la facultad que tiene toda persona de decidir si celebra o no el contrato que se le propone. La decisión que tome cada individuo se fundará en un análisis sobre la conveniencia y oportunidad de realizar el negocio. La libertad de conclusión confiere tanto el derecho positivo de celebrar los contratos que se requieran, como el derecho negativo de abstenerse de celebrar aquellos contratos que resulten inconvenientes o inútiles. La libertad de configuración consiste en la facultad de definir el contenido del contrato celebrado, siempre que no se vulnere ninguna prohibición o mandato legal imperativo. Si la persona se considera satisfecha con el contrato proyectado, procederá a celebrarlo. Si no ha quedado satisfecha, no lo concluirá, sin que, por regla general, nadie pueda obligarlo a la celebración. El principio de la libertad contractual (*Vertragsfreiheit*) establece entonces la potestad para celebrar y configurar los contratos sin más límites que las normas imperativas del Estado”<sup>10</sup>.

En el caso específico del Estado colombiano, desde la misma promulgación del Código Civil se estableció que la autonomía de la voluntad estaba sujeta a límites. En tal sentido el art. 16 de dicho Código establece que: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”

Ahora bien, la promulgación de la Constitución Política de 1991 replanteó el abordaje que hasta el momento se venía efectuando a nivel nacional sobre los límites de la autonomía de la voluntad apenas en el orden y las buenas costumbres. De esto ha dado cuenta la Corte Constitucional, quien ha señalado que:

“(…) en la actualidad, la autonomía de la voluntad privada se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe” (Sentencia T- 468 de 2003).

Bajo estos postulados, la Corte Constitucional ha delineado diversos límites y alcances en el ejercicio de la libertad contractual<sup>11</sup>. En este sentido, se pueden identificar varios fallos donde la Corte ha establecido subreglas tendientes a:

---

<sup>10</sup> Rengifo Gardeazabal, Mauricio, *La formación del contrato*, Editorial Temis, Bogotá, 2016, p. 29.

<sup>11</sup> Sobre el concepto de libertad contractual en la jurisprudencia constitucional, se ha señalado que “*La libertad de contratación*” es un elemento del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa. En efecto, el contrato resulta un instrumento indispensable para el desarrollo de la libertad de empresa ya que sin éste “no se concibe la interacción entre los diferentes agentes y unidades económicas y la configuración y funcionamiento de los mercados. Resulta imperioso concluir que la libertad negocial, en cuanto libertad de disponer de la propia esfera patrimonial y personal y poder obligarse frente a otras personas con el objeto de



- señalar que la decisión de empresas para contratar debe estudiarse teniendo en cuenta las consecuencias sociales y ecológicas de dicha decisión (sentencia T-375 de 1997),
- evaluar la posible afectación de derechos fundamentales con la decisión de contratar o su negativa a hacerlo (sentencias T-724 de 2005, T-1165 de 2001, T-1118 de 2002),
- admitir la posibilidad de establecer tratamientos diferenciados en el proceso de contratación siempre que no se fundamenten en criterios sospechosos y/o discriminatorios (Sentencias T-1090 de 2005, T-131 de 2006, T-433 de 2008),
- realzar la importancia del principio constitucional de buena fe en todo el proceso contractual (Sentencias T- 533 de 1996, T-117 de 1997, T-250 de 1997, T- 277 de 1997, SU- 039 de 1998, T-118 de 1999, T-500 de 2012, entre otros),
- materializar dentro de las relaciones contractuales cargas derivadas del principio constitucional de solidaridad (Sentencias T-520 de 2003, T-419 de 2004, T-726 de 2010, entre otros),
- garantizar la protección constitucional reforzada de ciertas personas en condición de debilidad o vulnerabilidad y garantizar la protección de la parte debil en las relaciones económicas (sentencias C-579 de 1999, T- 662 de 2013)
- establecer que la fórmula del Estado Social de Derecho es pleno fundamento constitucional para admitir la limitación de la libertad económica en beneficio del interés general (Sentencia C- 624 de 1998)<sup>12</sup>.

No se puede perder de vista que la Constitución Política desarrolla varios postulados que resultan directamente aplicables al ámbito de los contratos y al ejercicio de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. Así, el art. 333 consagra la prohibición al abuso de posición dominante en el mercado y la posibilidad que se limite la libertad económica, en los siguientes términos:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se

---

*satisfacer necesidades propias y ajenas, es un modo de estar y de actuar en sociedad y de ser libre y, por todo ello, es elemento que se encuentra en la base misma del derecho constitucional". Con todo, la Corte precisa que la base constitucional que fundamenta la existencia del contrato como entidad jurídica, recae, tal y como se expresó en otras oportunidades por esta Corporación, no sólo en la distribución y movilidad de la riqueza, "derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria", sino del reconocimiento de la personalidad jurídica; del derecho al libre desarrollo de la personalidad; y del derecho a la libre asociación en todos los órdenes." Sentencia C- 624 de 1998.*

<sup>12</sup> Un estudio sobre la jurisprudencia constitucional y la aplicación directa a los contratos de principios y reglas constitucionales, así como un análisis en detalles de las subreglas expuestas, puede consultarse en Cárdenas Mejía, Juan Pablo, *Contratos Notas de Clase*, Editorial Legis, Bogotá, 2021, pp. 28-40. Sobre este tema, también se puede consultar Correa Henao, Magdalena, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.



obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” (se subraya)

Así mismo, por su capital importancia para el análisis de los cargos que se presentan con la demanda de constitucionalidad, se resalta especialmente el mandato superior contenido en el art. 13, que establece que “El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En efecto, reconociendo que en las dinámicas contemporáneas de los mercados se presentan relaciones asimétricas entre los diversos actores, corresponde al Estado intervenir en aquellos escenarios donde se identifiquen desigualdades que conlleven el sacrificio de postulados constitucionales, siempre que dicha intervención tenga como propósitos evitar abusos de posición dominante, evitar abusos en el ejercicio de la libertad contractual, subsanar desequilibrios contractuales injustificados y en general para garantizar la primacía del interés común. Por lo tanto, si bien la libertad contractual es un bien constitucionalmente protegido, dicha libertad debe ser ejercida en el marco de los parámetros y límites constitucionales expuestos. En palabras de la Corte “(...) es innegable que la libertad del individuo en materia económica, si bien está protegida por la Constitución, también se encuentra limitada por la prevalencia del interés general (art. 1 C.P.), por las competencias de intervención y regulación a cargo del Estado (artículos 333, 334 y 335 de la C.P.) y por los principios de razonabilidad y proporcionalidad que esta Corte ha desarrollado”. (sentencia C- 624 de 1998).

Desconocer lo anterior implicaría sacrificar la fórmula de la economía social de mercado adoptada por nuestra Constitución, bajo la cual “de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social y por esta vía se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social” (Sentencia C-263 de 2011)<sup>13</sup>.

#### **4.4.2 El autor como la parte débil de la relación contractual.**

Como se expuso, uno de los escenarios donde le es permitido al legislador adoptar medidas o remedios que limiten la autonomía de la voluntad es en aquellos casos donde se advierten relaciones de asimetría contractual para garantizar la protección de aquellas partes débiles de la relación negocial. Así, en escenarios como el contrato de trabajo o en las relaciones de consumo, se ha admitido ampliamente una protección especial a los sujetos considerados las partes débiles de la relación contractual, a saber, el trabajador y el consumidor, respectivamente.

---

<sup>13</sup> Más recientemente pueden consultarse las Sentencias C-032 de 2017, C-265 de 2019 y C-378 de 2020.



En el caso específico de los derechos de autor, se ha considerado que el autor es la parte débil de la relación contractual, situación que ha justificado el desarrollo del principio “*in dubio pro auctore*”. En este sentido, la doctrina ha señalado que “En general el autor es la parte débil en la relación, por lo que se le reconoce una protección preferente, tal como lo consigna el artículo 257 de la Ley 23 de 1982.”<sup>14</sup>

Pero el reconocimiento del autor como la parte débil de la relación contractual no se limita únicamente a el principio “*in dubio pro auctore*”:

“aquellos sistemas herederos de la tradición jurídica continental europea como es el caso de la legislación colombiana, parte de una premisa: el autor no se encuentra en las mismas condiciones de igualdad material frente a otros explotadores de las obras, y por eso ha establecido un régimen tuitivo en favor del autor, que se expresa en principios como el *in dubio pro auctore*, la independencia de las formas de explotación de las obras y el reconocimiento de unos derechos inalienables de orden moral (Cornish, 1996) y, en el caso de los contratos relacionados con esta clase de derechos, principios como la interpretación restrictiva, la necesidad de elevar a escrito los contratos que impliquen transferencia del derecho patrimonial, así como una serie de disposiciones supletorias que llenan los vacíos dejados por las partes al momento de contratar”<sup>15</sup>

A pesar de este régimen legal, en ocasiones los autores quedan sujetos a la imposición de cláusulas abusivas y prácticas contractuales en negocios de adhesión que restringen o limitan sus derechos. Por ello, algunos autores han llamado la atención de esta problemática, así:

“Quienes creemos en la importancia del derecho de autor y en la necesidad de su defensa, también hemos de ser conscientes de las dificultades que algunos de nuestros creadores tienen que enfrentar en sus relaciones contractuales, y de la necesidad de implementar mecanismos que faciliten y garanticen un adecuado equilibrio entre el interés del autor de obtener un retorno por la explotación de su obra, y los intereses de las industrias creativas de contar con un marco de acción y unas reglas de juego claras que les permitan generar riqueza en una economía de mercado. El uso de la libertad contractual como medio de despojo de los derechos del autor sobre su obra afecta no solo a este sino al derecho de autor en general. Al fin y al cabo el abuso del

---

<sup>14</sup> Vega Jaramillo, Alfredo, *Manual de derecho de autor*, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Unidad Administrativa Especial Ministerio del Interior y de Justicia. Disponible online en <http://derechodeautor.gov.co:8080/documents/10181/331998/Cartilla+derecho+de+autor+%28Alfredo+Vega+%29.pdf/e99b0ea4-5c06-4529-ae7a-152616083d40>

<sup>15</sup> Ríos Pinzón, Yecid Andrés. “Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas”. *Revista de Derecho Privado* [en línea]. 2014, (52), 1-27[fecha de Consulta 20 de Septiembre de 2022]. ISSN: . Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223007>



derecho es la negación de este, o como lo señala el aforismo *summum ius, summa iniuria*”<sup>16</sup>

En este orden de ideas, es claro que en materia de derechos de autor, no existe una plena asimetría entre las partes de los negocios jurídicos que en dicha area se desarrollan, pues el autor ha sido reconocido como parte debil en la relación contractual. Por lo anterior, resulta legítimo que el legislador genere mecanismos para remediar tal desigualdad negocial. En este contexto se enmarca la norma demandada.

#### **4.4.3 La limitación a la autonomía de la voluntad en la norma demandada es constitucionalmente razonable y proporcional.**

A juicio de la demandante, la limitación de la autonomía de la voluntad que la norma demandada realiza resulta irrazonable y desproporcional, especialmente por los múltiples dificultades que, a juicio de la accionante, la norma produce a los múltiples participantes de los procesos contractuales en este ámbito.

En este punto, se resalta que los motivos que la demanda expone para sostener la irrazonabilidad y desproporcionalidad de la limitación a la autonomía de la voluntad se limitan a consideraciones subjetivas de la demandante, omitiéndose efectuar el análisis correspondiente conforme a las reglas del juicio de proporcionalidad y no solo bajo la sana crítica que la actora pueda efectuar de la norma. Al respecto la Corte ha señalado:

“El juicio de proporcionalidad asegura que el poder público actúe dentro de sus competencias y sin excederse en el ejercicio de sus funciones al limitar el goce de derechos constitucionales. Como herramienta de interpretación en materia de control de constitucionalidad, este juicio permite constatar si una determinada medida genera una afectación ius fundamental excesiva para el beneficio que reporta. Al respecto, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que el test de proporcionalidad adopta diversas modalidades según su grado de intensidad, a saber: leve, intermedia o estricta. El grado de intensidad, dependerá de la materia objeto de la disposición demandada. Así, cuando se trata de materias económicas, asuntos en los cuales existe un amplio margen de configuración del legislador, o cuando existen poderes reforzados de intervención estatal, como ocurre por ejemplo respecto de los servicios públicos, la intensidad del juicio debe ser leve. En estos casos resultan más relevantes los poderes de intervención estatal y la libertad de configuración legislativa, que la limitación de las libertades económicas que este tipo de medidas conllevan.

El test, en su intensidad leve o débil, supone: (i) determinar la legitimidad del fin y del medio, es decir, se debe verificar si el fin y el medio no están constitucionalmente

---

<sup>16</sup> Ríos Pinzón, Yecid Andrés. “Problemas de la predisposición del contrato de edición en Colombia: las cláusulas abusivas”. Revista de Derecho Privado [en línea]. 2014, (52), 1-27[fecha de Consulta 20 de Septiembre de 2022]. ISSN: . Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033223007> P. 25.





prohibidos; y, (ii) si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero, esto es, que se trata de un medio que persigue la realización del fin propuesto.”<sup>17</sup>

En este orden de ideas, la demanda carece de una argumentación consistente que permita establecer cuál es el grado de intensidad que corresponde al análisis en cuestión, y así determinar si bajo el grado de intensidad respectivo, la norma, en efecto, desconoce los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, o si por el contrario, la norma demandada responde al margen de configuración del legislador.

Esta situación por sí sola amerita que el cargo no sea estudiado, o en su defecto, desechado por la Corte Constitucional. En todo caso, este Observatorio considera que aún aplicando test de proporcionalidad que corresponde en este caso, la limitación adoptada por la norma demandada resulta constitucional.

En materia de intervención económica la Corte Constitucional ha reiterado que “el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas.”<sup>18</sup>

Bajo este test débil, el juez constitucional se circunscribe “a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limitará, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto.”<sup>19</sup>

En el caso bajo análisis, la norma demandada busca proteger al autor, como parte débil de la relación contractual, de situaciones de inequidad negocial o contraprestacional, al limitar la posibilidad de ceder, transferir o licenciar sus derechos patrimoniales bajo formas de explotación aún inexistentes.

Al reconocerse que normalmente el autor no tiene la misma capacidad negocial de su contraparte, se promueve la limitación normativa estudiada para promover que en cada negocio de cesión, transferencia o licenciamiento, el autor conozca de antemano y con certeza las formas que en su obra será explotada o utilizada y así ponderar adecuadamente la contraprestación económica a su favor.

Este Observatorio considera que esta finalidad, no solo no se enuncia prohibida sino que resulta legítima en concordancia con el mandato constitucional contenido en el art. 61 de protección a la propiedad intelectual.

Ahora bien, respecto a la medida adoptada, a saber, la de sancionar con ineficacia los pactos entre particulares que desconozcan lo dispuesto por la norma bajo estudio, tal medida

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 063 de 2021.

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 618 de 2012.

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 433 de 2010.





tampoco se encuentra constitucionalmente prohibida y por el contrario, son varios los escenarios normativos en donde se ha adoptado la llamada fórmula *pro non scripta* o cláusula de ineficacia, tal como se expuso en líneas anteriores.

Así las cosas, se puede afirmar que ni el fin buscado ni el medio empleado se encuentran constitucionalmente prohibidos.

Finalmente, en lo que respecta a la adecuación o idoneidad entre medio y fin, es evidente que con la limitación a la autonomía de la voluntad que la norma demandada consagra, se acortan las asimetrías contractuales pues únicamente podrán cederse, transferirse o licenciarse derechos patrimoniales de autor bajo medios actualmente conocidos, lo que permite al autor contar con la información necesaria para determinar el adecuado valor de su contraprestación. Debates relativos a si existen otros medios diferentes para lograr tal finalidad o si la medida adoptada genera efectos indeseados, no son propios de un test de proporcionalidad débil, que, se reitera, es el que corresponde aplicar en el caso bajo estudio. Por lo anterior, este Observatorio considera que la medida adoptada por la norma demandada resulta constitucionalmente razonable y proporcional, por lo cual se solicita que el cargo sea desestimado.

#### **4.5 Consideraciones respecto a los cargos por violación de los artículos 57 y 61 de la Constitución Política**

Finalmente, en lo que respecta a estos cargos, este Observatorio resalta que toda su estructuración se fundamenta en hipotéticas consecuencias que la norma demandada podría, a juicio de la demandante, generar en los espacios de productividad intelectual.

Las argumentaciones expuestas resultan especulativas pues no se presenta ningún tipo de evidencia empírica que permita afirmar con valor de certeza que la norma bajo demanda desincentiva la producción cultural o intelectual, y por el contrario, nuevamente la demanda cae en reflexiones de inconveniencia y no muestra argumentos estrictamente constitucionales que se desprendan de forma objetiva del texto de la norma demandada.

Bien podría señalarse que con la norma demandada, al reducirse las asimetrías contractuales entre los autores y las demás partes del contrato, aquellos contarán con mayor protección jurídica lo que redundará en un incentivo a la producción intelectual en el país.

Aspectos como que si la norma genera o no dificultades para renegociación de contratos o si genera o no mayores costos de transacción en dichos contratos, son reflexiones de inconveniencia respetables, pero no representan un argumento de inconstitucionalidad. Es el Congreso de la República donde se debe deliberar y discutir respecto a la conveniencia o no de las medidas que la norma bajo demanda adopta, pues tales reflexiones de inconveniencia no pueden ser motivo para que la Corte Constitucional declare la inexecutable.

Por lo anterior, se solicita que este cargo sea desestimado.



## 5. CONCLUSIÓN

El Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, respetuosamente solicita a la H. Corte Constitucional que declare la **EXEQUIBILIDAD** de art. 181 (parcial) de la Ley 1955 de 2019, “Por [la] cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”.

De los señores Magistrados, atentamente,

**KENNETH BURBANO VILLAMARIN**

**Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**

Facultad de Derecho de la Universidad Libre

[jkbv@hotmail.com](mailto:jkbv@hotmail.com) - [jorgek.burbanov@unilibre.edu.co](mailto:jorgek.burbanov@unilibre.edu.co) - [observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co](mailto:observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co)

C.C. 79.356.668 - Calle 8 No. 5-80, segundo Piso, Bogotá D.C. - Cel. 3153465150

**JENNER ALONSO TOBAR TORRES**

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente de la Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Correo: [Jenner.tobar@unilibre.edu.co](mailto:Jenner.tobar@unilibre.edu.co)