



SUMARIO SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA

Pág.

DICTAMEN N° 001-2019	Reclamo interpuesto por Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, y de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.....	1
-----------------------------	--	---

DICTAMEN N° 001-2019

Reclamo interpuesto por Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO contra la República de Colombia, por presunto incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, y de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina

Lima, 05 de marzo de 2019

I. SUMILLA.-

- [1] La empresa Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO (en adelante, “la reclamante”) presenta ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, “SGCAN”) reclamo contra la República de Colombia (en adelante, “la reclamada”) por presunto incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, y de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TCTJCA).
- [2] El presente Dictamen se emite en el marco de lo dispuesto en el artículo 25 del TCTJCA y conforme a la estructura señalada en el artículo 21 de la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento).

II. RELACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO (ANTECEDENTES).-

- [3] Con fecha 10 de diciembre de 2018¹ se recibió por parte de Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO, el reclamo por el presunto incumplimiento señalado en el párrafo [1] del presente Dictamen, así como sus anexos.

¹ La SGCAN recibió el escrito de reclamo y sus anexos en formato digital mediante correo de fecha 10 de diciembre de 2018. Asimismo, la versión física del reclamo y sus anexos (contenidos en un CD-ROM) fueron presentados ante la Secretaría General el día 12 de diciembre de 2018.



- [4] Mediante Comunicación SG/E/SJ/2403/2018 de fecha 14 de diciembre de 2018, la SGCAN determinó, luego de la evaluación correspondiente, que la reclamación presentada por la reclamante se encontraba completa y conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Decisión 623, admitió a trámite el reclamo.
- [5] Mediante Comunicación SG/E/SJ/2405/2018 de fecha 14 de diciembre de 2018, la SGCAN corrió traslado a la República de Colombia del reclamo presentado por la reclamante, otorgándole un plazo de treinta (30) días calendario para su contestación. Asimismo, mediante Comunicación SG/E/SJ/2404/2018 de la misma fecha, la SGCAN remitió el referido reclamo a los demás Países Miembros, a fin de que presenten los elementos de información que estimaran pertinentes.
- [6] Mediante Oficio No. OALI-129, recibido el 10 de enero de 2019, la República de Colombia solicitó una prórroga de treinta (30) días calendario adicionales al plazo concedido por la SGCAN, para presentar contestación al reclamo.
- [7] Mediante Comunicación SG/E/SJ/8/2019 de fecha 10 de enero de 2019, la SGCAN comunicó a la República de Colombia la concesión de la prórroga solicitada. Asimismo, mediante Comunicaciones SG/E/SJ/9/2019 y SG/E/SJ/10/2019, ambas del día 10 de enero de 2019, la SGCAN informó a la reclamante y a los demás Países Miembros, respectivamente, sobre la concesión de la prórroga.
- [8] Mediante Oficio No. OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la SGCAN, la República de Colombia presentó contestación al reclamo interpuesto por la reclamante.
- [9] Mediante Comunicación SG/E/SJ/299/2019, la SGCAN acusó recibo de la contestación. Asimismo, mediante Comunicación SG/E/SJ/300/2019, la SGCAN puso en conocimiento dicha contestación a la reclamante.

III. IDENTIFICACIÓN Y DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS O CONDUCTAS MATERIA DEL RECLAMO.-

- [10] Conforme a lo señalado en el escrito de reclamo, la medida que constituiría el incumplimiento por parte de la República de Colombia es la aprobación y vigencia de la Ley No. 1493 de 2011 (en adelante, “Ley No. 1493”), en sus artículos 24 (parcial), 27 (numerales 5, 9 y párrafo), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34. Dichos artículos establecen lo siguiente:

*“Artículo 24. competencia de la unidad administrativa especial – dirección nacional de derechos de autor del Ministerio del Interior. Sin perjuicio de lo dispuesto en la ley 44 de 1993, el Presidente de la República ejercerá por conducto de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, la inspección, vigilancia **y control** de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos, en los términos establecidos en las normas vigentes. (...).”* (El énfasis corresponde al texto citado del reclamo)

“Artículo 27. Otras facultades de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de autor del ministerio del interior. Respecto de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior tendrá además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior las siguientes:



(...)

5. Iniciar investigaciones y, si es del caso, imponer sanciones administrativas a la sociedad de gestión colectiva o entidad recaudadora **o a los miembros del Consejo Directivo, a los integrantes del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero, al Revisor Fiscal o a los demás administradores.**

(...)

9. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley.

Parágrafo. A los miembros del Consejo Directivo, los integrantes del Comité de Vigilancia, el Gerente, Secretario, Tesorero o del Revisor Fiscal se les podrá imponer las sanciones de amonestación, multa, suspensión o remoción del cargo. En el caso de imposición de multas estas podrán ser de hasta cincuenta (5) (SIC) salarios mínimos mensuales. Los pagos de las multas que se impongan conforme a este artículo a personas naturales, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual está vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta objeto de sanción.” (El énfasis corresponde al texto citado del reclamo)

“Artículo 28. Control. El control consiste en la atribución de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, a fin de ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, cuando así lo determine la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, mediante acto administrativo de carácter particular.”

“Artículo 29. Funciones de control de la unidad administrativa especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior. En ejercicio del control, la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.

2. Ordenar la remoción y consecuente cancelación de la inscripción de los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Revisor Fiscal y empleados, según sea el caso por incumplimiento de las órdenes de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte, mediante providencia motivada en la cual podrá designar su remplazo u ordenar que la sociedad proceda en tal sentido. La remoción ordenada por la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, implicará una inhabilidad para cargos directivos en sociedades de la misma naturaleza, hasta por diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo correspondiente.



A partir del sometimiento a control, se prohíbe a los administradores y empleados la constitución de garantías que recaigan sobre bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de las actividades de la sociedad sin autorización previa de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior.

Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo será ineficaz de pleno derecho.

El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en este artículo será de competencia de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, de oficio o a petición de parte en ejercicio de funciones administrativas.

3. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones de la Asamblea General, el Consejo Directivo o el Comité de Vigilancia.

4. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.”

“Artículo 30. Medidas Cautelares. El Director de la Unidad Administrativa Especial –Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

(...)

b) Suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;

(...)” (El énfasis corresponde al texto citado del reclamo)

“Artículo 31. Toma de posesión. La Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla o liquidarla, en los siguientes casos:

1. Cuando la sociedad de gestión colectiva no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.

2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.

3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.”

“Artículo 32. Efectos de la toma de posesión. Como consecuencia de la toma de posesión, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor al tomar posesión deberá designar un administrador y adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar la gestión de los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca. Para tales efectos, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá celebrar un



contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.”

“Artículo 33. Continuidad en la gestión de derechos. Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, una sociedad de gestión colectiva entre en proceso de liquidación o se encuentre imposibilitada para gestionar los derechos a ella confiados, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la Dirección Nacional de Derecho de Autor para que ella asegure que no se interrumpa la gestión de los derechos.

La autoridad competente procederá a celebrar los contratos que sean necesarios con sociedades de gestión colectiva o entidades recaudadoras para que sustituyan a la sociedad en proceso de liquidación o a asumir directamente en forma total o parcial las actividades que sean indispensables para asegurar la continuidad en la gestión de los derechos, en concordancia con la entidad designada en desarrollo del proceso de toma de posesión de la empresa en liquidación.” (El énfasis corresponde al texto citado del reclamo)

*“Artículo 34. remisión normativa. En los demás aspectos de inspección, vigilancia, **control** y liquidación obligatoria, no regulados en esta ley, se aplicará el Código de Comercio y sus modificaciones y adiciones. En lo referente a la contabilidad deberá remitirse a las normas contables aplicables.”* (El énfasis corresponde al texto citado del reclamo)

- [11] Asimismo, al tenor de lo alegado por la reclamante, el incumplimiento versaría en el hecho que los artículos citados otorgan a la autoridad nacional competente, funciones de control y de toma de posesión, incluyendo, en el marco de dichas funciones, la facultad de imponer medidas cautelares y sanciones a los dignatarios de las sociedades de gestión colectiva (en adelante, “SGC”); así como la facultad de ordenar reformas estatutarias; lo cual vulneraría lo dispuesto en los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, y los artículos 2, 4 y 36 del TCTJCA.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES.-

1. Argumentos de la Reclamante:

- [12] En el escrito de reclamo, recibido el 10 de diciembre de 2018, la reclamante alegó el incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, y los artículos 2, 4 y 36 del TCTJCA, sobre la base de los siguientes argumentos:

1.1. El alegado incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351:

1.1.1. El alegado incumplimiento de los artículos 43 y 51(literal b):

- [13] La reclamante señala que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 51 (literal b) la supervisión que ejerce el Estado a las SGC se puede resumir en tres grandes competencias: (i) la autorización de funcionamiento; (ii) la inspección, y; (iii) la vigilancia. Así, el legislador comunitario nunca tuvo en cuenta la posibilidad de



regular de forma más amplia las facultades de las oficinas de derecho de autor de los Países Miembros.²

- [14] Asimismo, la reclamante indica que, en contravía de lo dispuesto en el artículo 43 y en el artículo 51 (literal b) de la Decisión 351, la Ley No. 1493 facultó a la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) para ejercer facultades de control y toma de posesión; así como a sancionar a los directivos de dichas sociedades; sobrepasando el marco comunitario.³
- [15] En adición, la reclamante alega que, de conformidad con lo señalado por el TJCA (Procesos 120-IP-2012, 136-IP-2013, 281-IP-2015 y 387-IP-2016), la inspección y vigilancia que pueden ejercer los Países Miembros respecto de las SGC, no puede confundirse con intervencionismo.⁴ Asimismo, cita a Ricardo Antequera (uno de los gestores de la Decisión 351), quien refiere, entre otros aspectos, que *“no se pretende que el Estado se inmiscuya en los asuntos privados de las entidades de gestión”*.⁵
- [16] La reclamante señala también que la autorización de funcionamiento supone el cumplimiento de los requisitos consignados en el artículo 45, cuya observancia debe darse en el momento de la autorización de funcionamiento y durante la existencia de la SGC. Mientras que la inspección y vigilancia se desglosan, a su vez, en la posibilidad de revocatoria, imposición de sanciones, la inscripción ante la oficina nacional competente de sus directivos e instrumentos que acrediten representación de las SGC extranjeras.⁶
- [17] La reclamante, para identificar los límites entre inspección, vigilancia, control e intervencionismo; expone lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española, y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia; concluyendo que son conceptos distintos respecto de los cuales no todas las instituciones los comparten en igual alcance. Agrega, que tales conceptos tienen fronteras porosas, pero que corresponden a escenarios diferentes, pues el control está más cerca del intervencionismo, entendido como la facultad de decidir por otro, de subrogar, de invadir las competencias y libertades de los particulares hasta anularlas. Este grado máximo de intervencionismo estatal fue omitido de las facultades que los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351 contemplan para las oficinas nacionales competentes, siendo este límite el que Colombia transgredió.⁷
- [18] Por otro lado, la reclamante manifiesta que lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley No. 1493 (que establece en qué consiste el control) no es una complementación o reglamentación de las facultades ya determinadas por la Decisión 351, sino una nueva regulación que desborda los parámetros comunitarios y el principio de complemento indispensable.⁸
- [19] En el mismo sentido, la reclamante afirma que el artículo 29 (literal a) de la Ley No. 1493 viola los artículos 43 y 51 (literal b), por cuanto hace posible que el Estado Colombiano asuma la conducción de las SGC; lo que resulta en un desbordamiento de funciones de inspección y vigilancia que el legislador comunitario otorgó a las Oficinas de Derecho de Autor en la Decisión 351.⁹

² Fojas 14 y 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

³ Foja 26 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁴ Foja 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁵ Foja 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁶ Foja 13 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁷ Fojas 16, 17, 18, 19 y 20 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁸ Foja 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁹ Fojas 27 y 28 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

- [20] Asimismo, el artículo 27 (numeral 9) de la Ley No. 1493 otorga a la DNDA la potestad de ordenar reformas estatutarias a SGC, lo cual supone incidir directamente en las decisiones de las sociedades de gestión y desborda el modelo de supervisión estatal diseñado por la Decisión 351 en sus artículos 43 y 51 (literal b).¹⁰
- [21] Por otro lado, la reclamante señala que: *“No se puede asumir, en virtud a lo dispuesto en el literal g) del artículo 51, que el legislador colombiano puede regular aspectos que van más allá de la inspección y vigilancia de las sociedades de gestión colectiva, o incluso en contra de lo establecido por la misma Decisión 351. Ello, por dos razones fundamentales: (i) porque ello iría en contra del criterio de especialidad en la aplicación e interpretación del derecho – lex specialis derogat generali-, ya que, para el tema de la gestión colectiva, y la relación del Estado con ella, la Decisión Andina 351 de 1993 dispuso de normas especiales que regularon íntegramente la materia. (El Capítulo XI y el artículo 51 [b] de la Decisión Andina 351 de 1993); (ii) Porque a partir de un criterio restrictivo de la aplicación del Principio de Complemento Indispensable, si la supervisión estatal de las sociedades de gestión colectiva ya fue regulada por el ordenamiento jurídico andino, no le es posible al legislador nacional regular la misma materia.”*¹¹
- [22] Adicionalmente, la reclamante indica que los artículos 24 (parcial), 27 (numerales 5, 9 y párrafo), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34 de la Ley No. 1493 no hacen parte del complemento indispensable de la Decisión 351; toda vez que *“la Decisión 351 reguló de forma específica y, como anota Antequera, de forma detallada, la gestión colectiva del derecho de autor y la supervisión estatal de ella. De suerte que, al ser un aspecto reglado por el ordenamiento comunitario, el margen de regulación del legislador nacional se restringe a: (i) Aquellos aspectos que por remisión expresa pueden ser objeto de complemento indispensable; (ii) Aquellos aspectos que resulten necesarios para ejecutar las facultades de autorización de funcionamiento, inspección y vigilancia, pero no otras facultades adicionales a ellas.”*¹²

1.1.2. El alegado incumplimiento del artículo 44:

- [23] La reclamante alega que el titular de derechos de autor puede ejercer sus derechos de dos formas: (i) individual o (ii) colectivamente, esto es, el ejercicio del derecho de asociación, que comporta a su vez la posibilidad de gobernar la sociedad a través de sus diferentes órganos de representación, administración y control interno.¹³
- [24] Al respecto, menciona que la voluntad de afiliarse es un elemento de la esencia de la gestión colectiva, por lo que el Estado colombiano no puede gestionar esos derechos “tomándose” a la sociedad de gestión, o delegando en terceros tal facultad (conforme a los artículos 31 y 32 de la Ley No. 1493), pues se estaría pretermitiendo ese elemento volitivo, y con ello, lo dispuesto en el artículo 44 de la Decisión 351, el cual establece la libertad de los autores de afiliarse a las SGC.¹⁴

1.1.3. El alegado incumplimiento del artículo 45 (literal d):

- [25] La reclamante indica que la elaboración de planes y programas para la administración de las SGC por parte de la DNDA, conforme a lo previsto en el artículo 29 (literal a) de la Ley No. 1493, supone desplazar y vaciar la autonomía de

¹⁰ Foja 36 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹¹ Foja 46 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹² Foja 47 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹³ Foja 11 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹⁴ Foja 34 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.



las SGC e incluso el derecho de los socios de “participación apropiado en las decisiones de la entidad”, descrito en el artículo 45 (literal d) de la Decisión 351.¹⁵

- [26] Asimismo, la reclamante menciona que el primer párrafo del numeral 2 del artículo 29 prevé potestades (Remoción de administradores, directivos o empleados de las SGC y nombramiento de administradores) de la DNDA que refleja el espíritu intervencionista y estatista de la Ley No. 1493; despojando a los socios del derecho de participar en las decisiones de la entidad y contrariando de manera expresa el artículo 45 (literal d) de la Decisión 351.¹⁶
- [27] Además, la reclamante señala que la “toma de posesión”, despoja a los autores miembros de las SGC del derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, ya que en virtud a dicha facultad, la Oficina Nacional Competente puede designar administradores, celebrar contratos y delegar en terceros la gestión que realiza la sociedad de gestión colectiva, anulando el derecho que tienen los socios de participar en las decisiones que afectan a la entidad de gestión.¹⁷
- [28] Asimismo, la reclamante precisa que las medidas cautelares descritas en el artículo 30 de la Ley No. 1493, las cuales se encuentran relacionadas a las facultades de “control”, vulneran lo dispuesto en el artículo 45 (literal d) de la Decisión 351.¹⁸

1.1.4. El alegado incumplimiento del artículo 45 (literal j):

- [29] La reclamante indica que, en virtud a lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 2 del artículo 29 de la Ley No. 1493, se vulnera lo dispuesto en el literal j) del artículo 45 de la Decisión 351; toda vez que, la Ley desplaza y despoja a la Asamblea General en su facultad de autorizar o vetar el uso de recursos de las sociedades de gestión para fines distintos a su objeto o giro ordinario.¹⁹

1.1.5. El alegado incumplimiento de los artículos 45 (literal f) y 46:

- [30] La reclamante menciona que el artículo 46 de la Decisión 351 dispone que si luego de obtener la autorización de funcionamiento, se incumple alguno de los requisitos del artículo 45 (dentro de las cuales se destaca el literal f del artículo 45 relativo a la capacidad para administrar eficazmente los derechos confiados y el respeto a las disposiciones legales), lo procedente es la revocación de la autorización, pero en modo alguno la “toma de posesión”, al que se refiere los artículos 31 y 32 de la Ley No. 1493.
- [31] Asimismo, la reclamante señala que la “toma de posesión” se traduce en: i) poder de administración de la sociedad de gestión colectiva; ii) poder de voto (ya que la DNDA podría designar, sin consultar a los socios, el o los administradores de la sociedad); iii) poder de veto (la DNDA puede vetar posibles candidatos, o las decisiones administrativas de la sociedad); y, iv) poder de contratación, que incluye la posibilidad de celebrar un contrato de fiducia, para entregar, a una entidad fiduciaria, la administración de la sociedad. Al respecto, la reclamante alega que ello expropia a los autores y titulares de derecho, la administración de su propia sociedad de gestión.²⁰

¹⁵ Foja 28 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹⁶ Foja 28 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹⁷ Foja 34 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹⁸ Foja 35 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹⁹ Foja 31 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

²⁰ Foja 32 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.



1.1.6. El alegado incumplimiento del artículo 47:

- [32] Por otro lado, la reclamante indica que el artículo 27 (numeral 5 y su respectivo párrafo) creó un régimen sancionatorio no previsto por el legislador comunitario en el artículo 47 de la Decisión 351, puesto que esta Decisión contempla únicamente facultades sancionatorias respecto de las SGC como personas jurídicas, pero no para sus dignatarios.²¹

1.2. **El alegado incumplimiento de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:**

- [33] La reclamante alega que la República de Colombia vulneró el principio de prevalencia del derecho comunitario andino, contemplado en los artículos 2, 4 y 36 del TCTJCA, al expedir los artículos 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34 de la Ley No. 1493, ya que dichos artículos no guardan armonía, complementariedad e interrelación con la Decisión 351.

2. **Argumentos de la Reclamada:**

2.1. **Sobre el supuesto incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351:**

- [34] En el escrito de contestación al reclamo, la reclamada señala que la gestión colectiva de derechos de autor y conexos es de interés público y, en consecuencia, se requiere que el estado cuente con las herramientas necesarias para reconducir el actuar de aquellas sociedades que no estén en la posibilidad de desarrollar dicha actividad de una manera eficiente. En relación a ello, la reclamada cita extractos de Sentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencias C-124 de 2013, C-509 de 2004 y C-265 de 1994)²², en las cuales se establece, entre otros aspectos, que la Ley No. 1493 de 2011 "*persigue objetivos constitucionalmente válidos, pues no solo pretende hacer efectiva la inspección, vigilancia y control de sociedades de gestión colectiva, sino salvaguardar los intereses de los titulares de derechos de autor y conexos que se asocian en ese tipo de organizaciones para garantizar la adecuada explotación y reconocimiento de sus derechos.*"²³
- [35] De otro lado, de manera general, la reclamada indica, en el numeral 1 del Acápito III de la Comunicación OALI-02, que los artículos 24, 27 (numerales 5 y 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34 de la Ley No. 1493, cumplen con lo ordenado por los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351; en virtud a que:

- (i) La Decisión 351 faculta a los Países Miembros a ejercer funciones de control sobre las SGC. En esa línea, el Capítulo XI de la Decisión 351 identifica a nivel

²¹ Foja 36 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

²² Conforme a la Corte Constitucional de Colombia, las SGC son sujetos pasivos de la intervención del Estado en ejercicio de su facultad de dirección de la economía del país. Estas facultades de inspección, vigilancia y control son un deber del Estado.

La reclamada agrega que los artículos de la Ley No. 1493 (controvertidos), fueron ya declarados exequibles por la Corte Constitucional en sus sentencias C-124 de 2013, C-509 de 2004 y C-265 de 1994; quien señaló que las SGC no se regulan por el derecho de asociación general, sino por las disposiciones de la Constitución económica, siendo por ello susceptibles de la intervención estatal. En tal sentido, dicha Corte validó esas figuras de supervisión a las SGC pensando en salvaguardar los intereses de los titulares de derechos de autor y conexos asociados para garantizar la adecuada explotación y reconocimiento de sus derechos.

²³ Foja 22 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

comunitario facultades de inspección y vigilancia sobre las SGC, dejando abierta la posibilidad para que los Países Miembros ejerzan actividades de control.²⁴

- (ii) *“La reclamante pasa por alto que la función de control no se limita al momento en el que se verifica si la sociedad de gestión cumple con los requisitos dictados no solo por la norma andina, sino también por las legislaciones internas (...). El control continúa a fin de verificar el permanente cumplimiento de dichos requisitos.”*²⁵ En relación ello, la reclamada cita lo señalado por el TJCA en el Proceso 22-IP-98 y lo indicado por la SGCAN en el Dictamen 003 del 13 de julio de 2012, en donde se hace referencia al control y vigilancia del Estado.
- (iii) Al tenor de lo dispuesto en los artículos 44, 45, 46, 47 y en los literales f) y g) del artículo 51 de la Decisión 351, en los cuales se efectúa una remisión a la legislación nacional de los Países Miembros, resultaría aplicable el principio de complemento indispensable. Ello, en concordancia con las Interpretaciones Prejudiciales emitidas por el TJCA en el marco de los Procesos 74-IP-2015, 111-IP-2014 y 10-IP-94.
- (iv) La postura colombiana en relación con la supervisión a SGC no es ajena o extraña a la adoptada por los demás Países Miembros, por lo que, de acogerse la tesis planteada por la reclamante se afectaría la política que en la materia han adoptado Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú.²⁶
- (v) La competencia para que la DNDA ejerza las actividades de control descritas por los artículos 24, 27 (numerales 5 y 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33, 34 de la Ley No. 1493, obedece a una política pública del Estado colombiano, quien en ejercicio de la figura del complemento indispensable dotó a su Oficina Nacional Competente de instrumentos jurídicos suficientes para, en casos extremos, encausar las acciones de las SGC que afecten a sus socios.²⁷
- (vi) No se afecta el espíritu de la norma comunitaria, porque una disposición como la contenida en la Ley No. 1493, lo que busca es salvaguardar el funcionamiento óptimo de la sociedad, procurar que su objeto social se desarrolle respetando las disposiciones legales y garantizar una administración eficaz, lo cual está en consonancia plena no solo con el artículo 51, sino con el artículo 45 de la norma comunitaria, que en su literal f) procura porque las SGC reúnan “las condiciones necesarias para garantizar el respecto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita.”²⁸
- (vii) Con relación a la facultad de “toma de posesión” la reclamada señala que: “[n]o se comprende en qué manera, ante una eventual circunstancia en la que una sociedad no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados; o sus administradores persistan en violar en forma grave las normas, o se rehúsen a dar información veraz, completa y oportuna a la DNDA, pueda resultar más provechoso para el sistema que se genera en torno al derecho de autor o de derechos conexos, que de inmediato se le revoque la autorización de funcionamiento, como lo sugiere el reclamante, o que por el contrario, al amparo

²⁴ Foja 30 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

²⁵ Foja 31 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

²⁶ Al respecto, si bien las Partes han hecho referencia, en sus respectivos escritos, a legislaciones nacionales de otros países, es preciso señalar que no le corresponde a la Secretaría General emitir un pronunciamiento sobre ese particular.

²⁷ Foja 42 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

²⁸ Foja 43 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

de la facultad contenida en el artículo 46 de la Decisión Andina 351 de 1993, se adopte una decisión previa, como lo es la toma de posesión.”²⁹

(viii) Los pronunciamientos del TJCA citados por la reclamante (Procesos 120-IP-2012, 136-IP-2013, 281-IP-2015 Y 387-IP-2019) para señalar que la inspección y vigilancia no puede confundirse con el control, resultan descontextualizados; puesto que el TJCA no hizo ningún tipo de mención o análisis respecto de si las autoridades nacionales competentes podrían o no ejercer funciones de control.

2.1.1. Respecto al alegado incumplimiento del artículo 44:

- [36] En el numeral 4 del Acápito III de la Comunicación OALI-02, la reclamada señala que la función de toma de posesión descrita por los artículos 31 y 32 de la Ley No. 1493 no incumple el artículo 44 de la Decisión 351; puesto que el contenido de este último artículo está referido a la libertad con que cuenta el titular de derecho de autor o derecho conexo para decidir si gestiona de manera individual sus derechos patrimoniales o si, por el contrario, se afilia a una sociedad de gestión colectiva.
- [37] Asimismo, indica que la toma de posesión de una gestión colectiva no tiene relación alguna con la elección que puede hacer un titular de derecho de autor para manifestar su voluntad de gestionar sus derechos de manera individual o de manera colectiva.

2.1.2. Respecto al alegado incumplimiento del artículo 45 (literales d y j):

- [38] Asimismo, respecto a lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley No. 1493, la reclamada mencionó, en el numeral 3 del Acápito III de la Comunicación OALI-02, que dichos artículos no desconocen los literales d) y j) del artículo 45 de la Decisión 351, referidos al derecho de participación de los socios y los gastos de administración, respectivamente. Ello, en virtud a que “*el cumplimiento del artículo 45 de la Decisión 351 se predica respecto de los requisitos que debe acreditar una sociedad de gestión colectiva al momento de solicitar su autorización de funcionamiento. Desde luego el cumplimiento de dichos requisitos debe mantenerse en vigencia de dicha autorización*”.³⁰

2.1.3. Respecto al alegado incumplimiento del artículo 46:

- [39] En el numeral 5 del Acápito III de la Comunicación OALI-02, la reclamada señala que la función de toma de posesión descrita en los artículos 31 y 32 de la Ley No. 1493 no incumple el artículo 46 de la Decisión 351. Sobre el particular, manifiesta que la legislación colombiana, en desarrollo del principio de complemento indispensable contenido en los artículos 45 (literales a y l), 46, 48 (literal d) y 51 (literales d y g) de la Decisión 351, otorgó a la Dirección Nacional de Derecho de Autor la competencia para tomar posesión de las SGC.

2.1.4 Respecto al alegado incumplimiento del artículo 47:

- [40] Adicionalmente, en el numeral 2 del Acápito III de la Comunicación OALI-02, la reclamada señala que el artículo 27 (numeral 5 y su párrafo) no incumple el artículo 47 de la Decisión 351, puesto que el referido artículo 47 faculta a los Países Miembros para imponer las sanciones establecidas en sus legislaciones internas.

²⁹ Foja 44 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

³⁰ Foja 48 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.



[41] Al respecto, precisó que los actos adelantados por miembros del consejo directivo, del comité de vigilancia, el gerente, el secretario general, el tesorero, el revisor fiscal y demás administradores, no se pueden entender de manera aislada, así como tampoco tienen una consecuencia particular ajena a la suerte de la sociedad de gestión colectiva; por lo que resulta a penas previsible que la responsabilidad por inadecuados manejos no sea asumida solo por la persona jurídica.³¹

2.2. Sobre el supuesto incumplimiento de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

[42] La reclamada señala que, en tanto las funciones de supervisión sobre las SGC, son el desarrollo del principio de complemento indispensable, los artículos de la Ley No. 1493 de 2011 no incumplen los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.³²

V. EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE LA SECRETARÍA GENERAL SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS. -

1. Respecto a las cuestiones de procedimiento. -

1.1. Competencia de la Secretaría General para conocer del presente asunto:

[43] De conformidad con lo señalado en el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el artículo 13 de la Decisión 623 (Reglamento de la Fase Prejudicial de la Acción de Incumplimiento), la SGCAN es competente para conocer de las reclamaciones por incumplimiento de la normativa comunitaria que le presenten las personas naturales o jurídicas que se sientan afectadas en sus derechos por un País Miembro, y para resolver cuestiones reguladas en el ordenamiento jurídico andino.

[44] Está reconocido en el ordenamiento jurídico andino y la jurisprudencia andina que en la acción de incumplimiento se verifica cualquier medida, *“sea legislativa, judicial, ejecutiva, o administrativa del orden central o descentralizado geográficamente o por servicios, llámense (...) sentencias o providencias que puedan obstaculizar la aplicación del ordenamiento jurídico andino.”*³³

[45] En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) ha señalado lo siguiente:

“(...) el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado impone a los países que integran el Acuerdo de Cartagena dos obligaciones básicas: una de hacer, consistente en adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario (...); y la obligación de no hacer, consistente en no adoptar ni emplear medida alguna contraria a dichas normas o que obstaculice su aplicación.

*Por la primera obligación, de hacer, los Países Miembros del Acuerdo de Cartagena se vinculan jurídicamente al compromiso de adoptar toda clase de medidas -sean **legislativas**, judiciales, ejecutivas, administrativas o de*

³¹ Fojas 44 al 44 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

³² Foja 53 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

³³ Sentencia de fecha 8 de diciembre de 1998 del Proceso No. 03-AI-97.

cualquier otro orden- que contengan manifestaciones de voluntad del Estado expresadas en leyes, decretos, resoluciones, decisiones, sentencias o en general actos de la administración, destinados a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario. Por la segunda obligación, de no hacer, las mismas autoridades deben abstenerse de adoptar toda medida de la misma índole que pueda contrariar u obstaculizar dicho ordenamiento.

Las obligaciones previstas en el artículo 5 [actual artículo 4] del Tratado de Creación del Tribunal, señaladas atrás, hacen referencia al cumplimiento de la totalidad del ordenamiento jurídico comunitario expresamente contenido en el artículo 1 del mismo, trátese de derecho primario o derivado que, por igual, debe ser respetado y acatado por todos los organismos y funcionarios que ejercen atribuciones según el mismo ordenamiento y naturalmente por los Países Miembros y por las autoridades que en el ámbito interno están llamadas a aplicarlo”.³⁴ (Énfasis agregado)

- [46] De otra parte, la Secretaría General entiende que, si bien un País Miembro tiene soberanía legislativa y regulatoria, las medidas que adopte un país tienen que estar en armonía con los compromisos asumidos en el marco de la Comunidad Andina, no pudiendo contraponerse a éstos.
- [47] Al respecto, con fecha 10 de diciembre de 2018 se recibió por parte de Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - SAYCO, el reclamo por el incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, y de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con motivo de la aprobación y vigencia de la Ley No. 1493 de 2011, en sus artículos 24 (parcial), 27 (numerales 5, 9 y párrafo), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34.
- [48] En ese sentido, de conformidad con lo expuesto, se advierte que la Secretaría General es competente para conocer el reclamo planteado.

1.2. Sobre si el reclamo cumple los requisitos del artículo 14 de la Decisión 623:

- [49] De acuerdo con lo señalado en la Comunicación SG/E/SJ/2403/2018 de fecha 14 de diciembre de 2018, el reclamo cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 14 de la Decisión 623; precisándose que ello no implicaba juicio de valor alguno respecto a los méritos sustantivos de los alegatos y pruebas presentadas y que la admisión a trámite no prejuzga respecto de los incumplimientos alegados por la reclamante.
- [50] No obstante, mediante la Comunicación OALI-02, recibido por la SGCAN el 12 de febrero de 2019, la República de Colombia solicita a la SGCAN que se declare inhibida de atender la solicitud de incumplimiento respecto al literal f) del artículo 45 de la Decisión 351; toda vez que, a criterio de la reclamada, el reclamante no habría reunido los requisitos previstos en los literales c) y e) de la Decisión 623. En efecto, la reclamante señala lo siguiente:

“(...) en ninguna parte del reclamo se identifica el artículo de la Ley 1493 2011 que genera el reclamo y mucho menos se expresan las razones por las

³⁴ Interpretación Prejudicial del 25 de febrero de 1994, emitida en el marco del Proceso 6-IP-1993.

cuales considera que dicha ley constituye un incumplimiento a los literales f) de la Decisión 351.

(...)

En consecuencia, de manera respetuosa, solicitamos a la Secretaría General de la Comunidad Andina declararse inhibida de atender la solicitud de incumplimiento que se invoca a respecto del artículo 45 literal f) de la Decisión 351 bajo el entendido que la reclamante no reunió los requisitos del artículo 14 literales c) y e) de la Decisión Andina 623. Una determinación en ese sentido permitirá en casos futuros que los reclamos cumplan los requisitos de la Decisión 623, en particular uno de los elementos más importantes, que es expresar las razones del incumplimiento, elemento que garantiza la posibilidad de ejercer debidamente el derecho de defensa de los Países Miembros.”³⁵ (SIC)

Análisis SGCAN

[51] Sobre el particular, el artículo 14 de la Decisión 623 establece lo siguiente:

“Artículo 14.- El reclamo formulado por un País Miembro o por una persona natural o jurídica afectada en sus derechos deberá contener:

(...)

c) la identificación y descripción clara de las medidas o conductas que el reclamante considera que constituyen un incumplimiento, acompañada de la información que resulte pertinente;

e) Las razones por las cuales el reclamante considera que las medidas o conductas de un País Miembro constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina identificadas; (...)”

[52] Ahora bien, a partir de la revisión del reclamo (específicamente, en las fojas 12 y 13 y 31 a la 33) interpuesto contra la República de Colombia, esta SGCAN observa que el reclamante sí cumplió con lo requerido en los literales c) y e) anteriormente citados, respecto a lo señalado en el literal f) del artículo 45 de la Decisión 351.

[53] Asimismo, es preciso señalar que esta SGCAN entiende, a partir del tenor del reclamo, que el literal f) del artículo 45 de la Decisión 351 debe leerse de manera conjunta y concordada con lo dispuesto en el artículo 46 de la Decisión 351; los cuales establecen lo siguiente:

“Artículo 45.- La autorización [de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva] a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

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**.” (Énfasis agregado)

³⁵ Fojas 28 y 29 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.



“Artículo 46.- En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, **la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada** de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.” (Énfasis agregado)

[54] Como se puede observar, el literal f) del artículo 45 de la Decisión 623 hace referencia a la capacidad de las SGC para administrar eficazmente los derechos confiados y el respeto a las disposiciones legales; y, por su parte, el artículo 46 de misma Decisión señala la posibilidad de revocar la autorización de funcionamiento en caso de incumplimiento de, entre otras condiciones, lo dispuesto en el literal f) del artículo 45.

[55] En relación a lo anterior, a continuación, se citan los párrafos del reclamo que evidencian el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad dispuestos en los literales c) y e) del artículo 14 de la Decisión 623, a partir de la lectura conjunta del literal f) del artículo 45 y el artículo 46 de la Decisión 351:

“Además del control, la Ley 1493 de 2011 creó una nueva competencia en materia de supervisión estatal a las sociedades de gestión colectiva: la toma de posesión. Así, el artículo 31 de la mencionada ley señala que la DNDA ‘podrá **tomar posesión de una sociedad** de gestión colectiva’ con dos propósitos: (i) **Administrarla** o (ii) Liquidarla.

(...)

Los efectos de la toma de posesión, están definidos en el artículo 32 de la mencionada ley y son básicamente dos: (i) la **designación por parte del Director de la DNDA, de un administrador** de la sociedad de gestión colectiva, (ii) El Director de la DNDA también podrá ‘**adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar la gestión de los derechos**’, incluido ‘celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual **se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal**’.

(...)

En conjunto, los artículos 31, 32 y 33 de la Ley 1493 de 2011, trasgreden la Decisión Andina 351 de 1993, por lo siguiente:

En primer lugar, otorga al Estado Colombiano una facultad máxima de intervencionismo en las sociedades de gestión colectiva, que no fue permitida ni querida por la Decisión Andina 351 de 1993. Cómo se explicó líneas atrás, del contenido y de los antecedentes de la norma comunitaria, **particularmente de los artículos 45** y 51 [b] de la citada Decisión, así como de la jurisprudencia del TJCA, es claro que el legislador comunitario quiso dotar a los Estados miembros de unas facultades de supervisión sobre las sociedades de gestión colectiva, basadas en la inspección y en la vigilancia, sin llegar al intervencionismo. Por el contrario, ‘la toma de posesión’, en los términos planteados por la Ley 1493 de 2011, son las expresión más pura y evidente de dicho intervencionismo, pues se traduce en:

- **Poder de administración** de la sociedad de gestión colectiva, tal como lo señala expresamente el inciso primero del artículo 31 objeto de censura.
- Poder de voto: ya que **la DNDA podría designar**, sin consultar a los socios, el o los **administradores de la sociedad**.

- Poder de veto: Así como la DNDA **puede designar administrador**, puede vetar posibles candidatos, o las **decisiones administrativas** de la sociedad.
- Poder de contratación, que incluye la posibilidad de **celebrar un contrato de fiducia, para entregar**, a una entidad fiduciaria, **la administración de la sociedad**, desconociendo de paso que lo que legitima la gestión colectiva, no puede ser una orden administrativa de encargar a un fiduciario, sino la autonomía de voluntad de los autores y titulares de encargar a un tercero la gestión de sus derechos.

Lo anterior refleja que **la toma de posesión es**, términos más claros, la posibilidad de **expropiar a los autores y titulares de derecho, la administración** de su propia sociedad de gestión, escenario nunca pensado, y nunca querido por la Decisión Andina 351 de 1993.

(...)

En efecto, luego de señalar las condiciones a las cuales está sujeta la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva, **(dentro de las cuales destacamos la señalada en el literal [f] del artículo 45 relativo a la capacidad para administrar eficazmente los derechos confiados y el respeto a las disposiciones legales), el artículo 46 de misma Decisión, dispone que si luego de obtener la autorización funcionamiento, se incumple alguno de los mencionados requisitos, lo procedente es la revocación de la autorización, pero en modo alguno la "toma de posesión" o cosa que se le parezca.**

Dentro de la lógica de la Decisión Andina 351 de 1993, lo natural es que **si una sociedad de gestión colectiva llega a un punto crítico que desvela imposible, legal o administrativamente, la continuidad de su gestión, el efecto sea revocar la autorización de funcionamiento, esto es el quitar del escenario el acto administrativo habilitante**, por el cual el Estado le permitió a esa sociedad ejercer sus funciones. Pero **en ningún caso, la Decisión Andina 351 supuso que el efecto de tal situación crítica fuera que el Estado entrara a administrar directa o indirectamente los derechos de los autores**, (tomándose a la sociedad) o que el Estado delegara a un tercero tal actividad (como sería el caso de la sociedad fiduciaria de que habla el artículo 32 de la Ley 1493 u otras sociedades de gestión o entidades recaudadoras, tal como lo dispone el artículo 33 de la misma ley).

Al respecto, el Estado a través de la Oficina de Derecho de Autor se autoimpone la carga de asumir las actividades de la sociedad y **administrar los derechos de los socios**, lo que a su vez genera gasto público no previsto, **siendo la gestión colectiva una actividad para la cuál no está habilitado ni legitimado el Estado, puesto que la guía de la sociedad y su administración debe ser decidida por los directamente interesados: los socios.**

Si por otra parte la Oficina de Derecho de autor asume la obligación de delegar en una sociedad fiduciaria la administración de la sociedad, la fideicomitente, que sería **la DNDA, estaría delegando en un tercero fiduciario totalmente ajeno a la sociedad su administración**, no sólo afectando el derecho de participación de los socios que tienen la prerrogativa de intervenir en las decisiones de la sociedad, sino **suprimiendo su**

capacidad de decisión de los socios, que no pueden designar a quién consideran apto como administrador o liquidador de sus derechos representados por la sociedad.³⁶ (SIC) (Las notas del texto citado han sido omitidas y el énfasis ha sido agregado)

- [56] En sentido, se aprecia *ut supra* que la reclamante cumplió con identificar y describir de manera clara las medidas que constituirían el supuesto incumplimiento; así como las razones por las cuales considera que dichas medidas constituyen un incumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico andino.
- [57] Por otro lado, la SGCAN observa que la reclamada pudo ejercer su derecho de defensa, puesto que en el último párrafo del numeral 1 del Acápito III de la Comunicación OALI-02, en donde se desarrollan argumentos de fondo desde la foja 30 a la 44, señaló lo siguiente:

“Dadas las anteriores consideraciones se solicita respetuosamente a la Secretaría General de la Comunidad Andina dictamine que los artículos 24, 27 numerales 5 y 9, 28, 29, 30 literal b, 31, 32, 33 y 34 de la Ley 1493 de 2011, cumplen con lo ordenado por los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión Andina 351 de 1993.”³⁷ (Énfasis agregado)

- [58] Asimismo, la República de Colombia presentó, de manera específica, argumentos de defensa respecto al presunto incumplimiento del artículo 46 de la Decisión 351 (numeral 5 del Acápito III de la Comunicación OALI-02); el cual, como ha quedado evidenciado, se encuentra ligado a lo dispuesto en el literal f) del artículo 45.
- [59] En consideración a lo anterior, no corresponde declarar inadmisibles los reclamos, en lo que respecta al literal f) del artículo 45, por lo que la SGCAN se pronunciará sobre el fondo de dicho aspecto. Sin perjuicio de ello, y como se señaló en la Comunicación SG/E/SJ/2403/2018 de fecha 14 de diciembre de 2018, la admisión a trámite no prejuzga respecto de los incumplimientos alegados por la reclamante, los cuales son analizados en punto 2 del presente Dictamen.

2. Respecto a las cuestiones de Fondo.-

2.1. Consideraciones preliminares:

- [60] Tomando en cuenta que el fondo del asunto se encuentra relacionado a las SGC, y que tanto la reclamante como la República de Colombia han hecho referencia en sus escritos correspondientes al Principio de Complemento Indispensable; a continuación, se señalan consideraciones generales respecto a dichos aspectos.

2.1.1. Aspectos generales de las sociedades de gestión colectiva:

- [61] En lo referido al concepto de las SGC, se tiene que la Decisión 351 no contiene una definición específica de las mismas; no obstante ello, el Tribunal, en el proceso No. 22-IP-98,³⁸ se refirió a las SGC en los términos siguientes:

“Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinada a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen

³⁶ Fojas 31 al 33 del Oficio OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

³⁷ Foja 44 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

³⁸ Interpretación Prejudicial de fecha 25 de noviembre de 1998, emitida en el marco del Proceso 22-IP-98.

posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral (...).”

[62] Asimismo, la doctrina internacional ha definido a las SGC como los intermediarios entre los autores y usuarios que representan y administran colectivamente los derechos de los autores y titulares. Tienen entre sus funciones principales el monitoreo y la autorización de los usos de obras protegidas, la recaudación y la consecuente distribución de las remuneraciones entre sus representados.

[63] En lo referido a la existencia de las SGC, el Tribunal la justificó de la siguiente manera:

“La existencia de la sociedad de gestión colectiva se justifica por la doctrina por los siguientes motivos:

- a) El ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la adversidad de usos que de la producción artística o literaria se realiza a través de comunicaciones públicas como radio, televisión, salas de fiesta, tecnología digital, etc.*
- b) Los derechos de simple remuneración concedidos a los artistas por la Convención de Roma y por las leyes nacionales no podrían llevarse a efecto sin la gestión colectiva.*
- c) La existencia de un gran número de artistas, escritores y en general titulares de derechos de autor con una relativamente débil posición negociadora y contractual para salvaguardar los derechos de remuneración, requiere de una efectiva representación por conducto de las sociedades de gestión.*
- d) La garantía para el usuario de poder obtener licencia de uso por parte de una sociedad de gestión, que representa a todos los artistas.*

En síntesis, la administración colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos se justifica cuando tales derechos “no pueden ejercerse en la práctica de manera individual o cuando desde el punto de vista económico sea desventajosa (...).

*La existencia de estas sociedades se justifica aún más frente al progreso y desarrollo de la tecnología digital que permite almacenar una inmensa cantidad y combinación de categorías de obras y fonogramas y en general de datos combinados en sistemas de multimedia, sistemas en los que las sociedades de gestión están en mejor capacidad de seguir el rastro de las interpretaciones o ejecuciones de obras protegidas por derecho de autor, respecto de las cuales ha concedido licencia”.*³⁹

[64] Asimismo, sobre este punto hay que considerar que en la era de usos masivos de información, las SGC crean un puente entre los creadores culturales y los utilizadores de obras, sirviendo de nexo entre ellos. Dichas sociedades reagrupan los

³⁹ Interpretación Prejudicial de fecha 25 de noviembre de 1998, emitida en el marco del Proceso 22-IP-98.

derechos y, de esta manera, facilitan su adquisición por parte de los usuarios. A la inversa, ellas garantizan a los creadores culturales una remuneración por el uso de sus obras.⁴⁰

- [65] En síntesis, como bien explica el Tribunal, “(...) su existencia se justifica en el sentido de velar por la protección de los derechos de los titulares de derechos de autor, siempre y cuando su misión esté en armonía con las disposiciones legales. Adicionalmente, la otra gran justificación consiste en comportar una garantía para el usuario de la obra, interpretación o ejecución artística, o fonograma, según sea el caso”.⁴¹

2.1.2. Naturaleza jurídica de las sociedades de gestión colectiva:

- [66] La naturaleza jurídica de las SGC se determina considerando que estas entidades “(...) son, fundamentalmente, una herramienta o instrumento para la protección de los derechos que corresponden a los autores y a los demás titulares de derechos de propiedad intelectual. Por tanto, las entidades de gestión no son el sujeto protegido por las leyes de derecho de autor, sino un mecanismo más, el más importante sin ninguna duda, para la eficaz protección de los derechos de aquellos. Solo desde esta concepción auxiliar, pero fundamental, se justifican las especificidades del régimen jurídico al que se someten estas sociedades, con sus privilegios y sus cargas y controles por las autoridades administrativas”.⁴²
- [67] En la normativa andina comunitaria, la naturaleza jurídica de las SGC no ha sido determinada explícitamente. Sin embargo, de la lectura del artículo 45 (literal a) contenido en el Capítulo XI de la Decisión 351, se desprende que son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la inspección y vigilancia del Estado; y se constituyen de conformidad con las normas nacionales internas sobre la materia.
- [68] Por otro lado, corresponde referirse al marco de administración de las SGC frente a sus afiliados, los cuales incluyen generalmente, a decir del Tribunal, dos tipos de acciones características, a saber: (a) la gestión contractual: las SGC tienen la misión de contratar con terceros usuarios la forma y los límites de la utilización de los derechos de autor y conexos, incluyendo el pago de una remuneración de conformidad con la tarifa correspondiente; y, (b) la defensa de los derechos: las SGC, de conformidad con sus estatutos y lo acordado con sus afiliados, deben defender los derechos de los mismos, en cualquier campo y ante las entidades competentes, atendiendo a las normas procesales de cada País Miembro.⁴³
- [69] El referido Tribunal agrega que esta función resulta de gran importancia pues en la práctica las SGC realizan el ejercicio pleno de los derechos de autor, tal así que, frente a una usurpación de los mismos, los autores confían en que sus intereses serán defendidos por la SGC a la que se afiliaron.

2.1.3. Sobre la legitimación de las sociedades de gestión colectiva:

- [70] Para el estudio histórico y legislativo de la figura de la legitimación activa de las SGC,

⁴⁰ SWISSCOPYRIGHT. “Questions et réponses”. Disponible en web:

<http://www.swisscopyright.ch/fr/questions-et-reponses/societes-de-gestion.html> tomado el 20 de febrero.

⁴¹ Interpretación Prejudicial de fecha 19 de febrero de 2016, emitida en el marco del Proceso 281-IP-2015.

⁴² Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Documento preparado para la OMPI por la Sra. Emilia Aragón, en el marco del “Tercer seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina”.

⁴³ Interpretación Prejudicial de fecha 6 de febrero de 2013, emitida en el marco del Proceso 120-IP-2012.

se debe partir desde el principio que establece que la protección de los derechos de propiedad intelectual es una tarea preferente para el Estado, por la gran importancia cultural y pública que de estos deviene.

- [71] Si bien en la historia se ha visto más de un modelo de protección de las SGC, todos ellos mantienen una característica común que es la de que el legislador debe lograr que se materialice un sistema efectivo y equilibrado de respeto a los derechos de propiedad intelectual.
- [72] Dicho lo anterior, se tiene que la doctrina diferencia dos tipos de legitimación requerida por una SGC: la legitimación necesaria para realizar actividades propias de su objeto y la legitimación procesal.⁴⁴
- [73] En cuanto al primer tipo de legitimación, la normativa andina establece que para que una SGC pueda iniciar actividades y ejercer la representación de sus asociados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 43 de la Decisión 351, es necesario que sea reconocida por el País Miembro en el que va a operar. Así, el referido artículo establece:

“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.*” (Énfasis agregado)

- [74] Dicho reconocimiento es realizado a través de las oficinas nacionales competentes, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 45 de la Decisión 351⁴⁵. Es importante apuntar que uno de los requisitos, mencionados en el citado artículo, el cual debe ser acreditado por las sociedades de gestión colectiva es:

“(...) 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

⁴⁴ RANGEL, Horacio. *La Legitimación de las Sociedades de Gestión en el Derecho Autoral de Europa y América Latina*. Disponible en web: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/11472/10509>

⁴⁵ “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;
- 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.”



las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita;" (Énfasis agregado)

[75] De lo anterior se desprende que, mediante el acto administrativo de autorización de funcionamiento, los Países Miembros reconocen la capacidad y legitimación de sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y/o conexos, para administrar de una manera eficaz los derechos que sus asociados le han conferido.

[76] En cuanto a la legitimación procesal, la Decisión 351 también cuenta con una previsión expresa la cual se encuentra contenida en el artículo 49:

"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." (Énfasis agregado)

[77] De acuerdo a lo establecido en el precitado artículo, una vez que los autores otorgan representación a la SGC, esta se entiende legitimada para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en todo tipo de procedimientos administrativos y judiciales. Es decir, las SGC cuentan con legitimación procesal para hacer valer los derechos de los autores que representan, en los términos de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras para tal efecto.

2.1.4. Consideraciones generales respecto al Principio de Complemento Indispensable

[78] Sobre el particular, el TJCA ha emitido varios pronunciamientos en relación al Principio de Complemento Indispensable. A continuación, citamos algunos de dichos pronunciamientos:

- Sentencia emitida el 22 de enero de 2002 en el marco del Proceso 93-AI-2000:

"Capacidad de los Estados Miembros de llenar vacíos de la legislación comunitaria.

En cuanto al análisis de la capacidad que tienen los países miembros de adoptar medidas tendientes a llenar supuestos vacíos de la legislación comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 10-IP-95 ha establecido:

'El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del "complemento indispensable", según el cual (...) para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión -régimen común sobre tratamiento- que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. (...)

Por tanto, la exigencia de requisitos adicionales a los establecidos en la ley comunitaria, cuando no son expresamente autorizados por ésta,

comporta un rompimiento del orden jurídico andino sancionable como incumplimiento del mismo, (...).

- Interpretación Prejudicial expedida el 6 de febrero de 2006 en el Proceso-216-IP-2005:

“El Tribunal en muchas de sus providencias ha acudido a otro de los principios, el de ‘complementariedad’, de la siguiente manera:

*‘**Ante la falta de regulación comunitaria o de una normativa incompleta, vendría en auxilio el principio de la complementariedad del derecho nacional, tal como se encuentra previsto en el artículo 84 de la Decisión 85 al estatuir (...).**’”*

- Sentencia emitida el 3 de diciembre de 2008 en el marco del Proceso 02-AI-2008:

*“la norma comunitaria, la doctrina y la jurisprudencia recomiendan aplicar criterios restrictivos, como el principio del ‘complemento indispensable’ para medir hasta donde pueden llegar las innovaciones normativas de derecho interno, anotando que sólo serían legítimas aquellas complementarias que resulten ser **‘estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria’** y, por tanto, que **favorezcan su aplicación** y que **de ningún modo la entrapen o desvirtúen**’ ...advirtió la inaplicabilidad del derecho interno que sea contrario al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria. De esta manera, ‘la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista’.*

*En consecuencia, de lo anterior, si bien en aplicación del principio de la supremacía del Derecho Comunitario Andino, la norma comunitaria prevalece sobre la norma de carácter interno, **de conformidad con el principio de complementación indispensable, se debe aplicar la norma nacional cuando exista un vacío o cuando la norma comunitaria no regule determinada situación.**” (Énfasis agregado)*

- Interpretación Prejudicial expedida el 25 de febrero de 2010, dentro del proceso 115-IP-2009:

“Como se vio en el acápite anterior, el Tribunal en abundante jurisprudencia ha tratado el tema de la relación entre el ordenamiento comunitario andino y el derecho interno de los Países Miembros. Por un lado, ha establecido la primacía del primero y, por otro, ha desarrollado la figura del complemento indispensable. Esta última se puede sintetizar en lo siguiente: ‘no es posible la expedición de normas nacionales sobre el mismo asunto, salvo que sean necesarias para la correcta aplicación de aquéllas’. (...)

*Lo anterior quiere decir que **los Países Miembros no pueden expedir normas sobre asuntos regulados por las normas comunitarias, salvo que sean necesarias para su correcta ejecución** y, en consecuencia, no pueden, so pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos*

derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.

Así pues, **el País Miembro sólo podría haber regulado dicho asunto cuando la propia norma comunitaria explícitamente lo hubiera previsto, o cuando sobre dicho asunto hubiese guardado silencio.** (Énfasis agregado)

- Interpretación Prejudicial expedida el 26 de noviembre de 2012 en el marco del Proceso 55-IP-2012:

“El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura”, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica. Este principio implica que los Países Miembros tienen la facultad para fortalecer o complementar, por medio de normas internas o de Acuerdos Internacionales, la normativa del ordenamiento comunitario andino, pero, en la aplicación de esta figura, las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho.” (Énfasis agregado)

- Interpretación Prejudicial emitida el 25 de abril de 2013 en el Proceso 129-IP-2012:

“El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura”, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica.

Este principio, en materia de Propiedad Industrial, se encuentra plasmado en el artículo 276 de la Decisión 486, que dispone: ‘Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros’.

Por lo tanto, este principio implica que los Países Miembros tienen la facultad para fortalecer o complementar, por medio de normas internas o de Acuerdos Internacionales, la normativa del ordenamiento comunitario andino, pero, en la aplicación de esta figura, las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él.” (Énfasis agregado)

- Interpretación Prejudicial emitida el 8 de mayo de 2013 en el Proceso 80-IP-2013:

“No obstante lo anterior, cuando la norma comunitaria deja a la discreción de los Países Miembros la implementación o el desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales

implementaciones, sin que éstas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados o de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.”(Énfasis agregado)

- Interpretación prejudicial expedida el 8 de octubre de 2013 en el Proceso 154-IP-2013:

“[...], **cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los Países Miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que éstas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario** o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.”

- Interpretación Prejudicial de fecha 31 de octubre de 2013 emitida en el Proceso 171-IP-2013:

“Sin embargo, el Tribunal ratifica que la **potestad de las autoridades nacionales de los Países Miembros, de regular a través de normas internas o mediante la celebración de tratados internacionales, los asuntos no comprendidos en la norma comunitaria andina**, concretamente la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina, no podrá ser ejercida de modo tal que signifique la introducción de restricciones adicionales al ejercicio de los derechos y facultades consagrados por la norma comunitaria. En todo caso, la norma interna o internacional que se aplique **deberá ser compatible con la comunitaria**.

En efecto, estas normas no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con el derecho comunitario andino o restrinjan aspectos esenciales regulados por él de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.” (Énfasis agregado)

- Interpretación Prejudicial emitida el 3 de junio de 2015 en el Proceso 47-IP-2015:

“Principio de complemento indispensable

El artículo 276 de la Decisión 486 prescribe lo siguiente:

‘Artículo 276.- Los asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros’.

En virtud del principio de complemento indispensable, la norma nacional podría abordar legislativamente temas que no se encuentren regulados por la norma comunitaria andina, con objeto de lograr una



correcta aplicación de la normativa comunitaria andina.” (Énfasis agregado)

- [79] Como se puede apreciar a partir de los pronunciamientos del TJCA, citados en los párrafos precedentes, el Principio de Complemento Indispensable resulta aplicable cuando *“la propia norma comunitaria explícitamente lo hubiera previsto, o cuando sobre dicho asunto hubiese guardado silencio”*. En otros términos, cuando:
- i) la norma comunitaria deja expresamente a la discreción de los Países Miembros la implementación o el desarrollo de aspectos no regulados por aquella; o
 - ii) existe un vacío, falta de regulación o regulación incompleta en el ordenamiento jurídico andino.
- [80] Asimismo, de acuerdo con lo determinado por el TJCA, la norma complementaria que sea expedida por un País Miembro, no podrá establecer exigencias, requisitos adicionales (salvo que ello sea expresamente autorizado por la norma andina) o dictar reglamentaciones que de una u otra manera entren en conflicto con la normativa andina o afecten el derecho comunitario. De igual manera, solo serían legítimas aquellas normas complementarias que resulten ser estrictamente necesarias para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen.

2.2. Cuestiones de fondo: El alegado incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351

- [81] De acuerdo a lo señalado por la reclamante, la República de Colombia habría incumplido los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, con motivo de la aprobación y vigencia de la Ley No. 1493, en sus artículos 24 (parcial), 27 (numerales 5, 9 y párrafo), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34. A continuación se efectuará el análisis correspondiente:

2.2.1. El alegado incumplimiento de los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351, referidos a las funciones de inspección y vigilancia

- [82] En el escrito de reclamo, la reclamante ha señalado que la República de Colombia incumple lo dispuesto en los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351, en los cuales se dispone lo siguiente:

“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.”

“Artículo 51.- Las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos, son competentes para:

(...)

b) Ejercer la función de autorización, inspección y vigilancia de las asociaciones o entidades de gestión colectiva;”

Alegatos de la reclamante

- [83] La reclamante señala que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 43 y 51 (literal b) la supervisión que ejerce el Estado en las SGC se puede resumir en tres grandes competencias: (i) la autorización de funcionamiento; (ii) la inspección, y; (iii) la vigilancia. Así, el legislador comunitario nunca tuvo en cuenta la posibilidad de regular de forma más amplia las facultades de las oficinas de derecho de autor de los Países Miembros.⁴⁶
- [84] Asimismo, la reclamante indica que, en contravía de lo dispuesto en el artículo 43 y en el artículo 51 (literal b) de la Decisión 351, la Ley No. 1493 facultó a la DNDA para ejercer facultades de control y toma de posesión; así como a sancionar a los directivos de dichas sociedades; sobrepasando el marco comunitario.⁴⁷
- [85] En adición, la reclamante alega que, de conformidad con lo señalado por el TJCA (Procesos 120-IP-2012, 136-IP-2013, 281-IP-2015 y 387-IP-2016), la inspección y vigilancia que pueden ejercer los Países Miembros respecto de las SGC, no puede confundirse con intervencionismo.⁴⁸ Asimismo, cita a Ricardo Antequera, quien refiere, entre otros aspectos, que “no se pretende que el Estado se inmiscuya en los asuntos privados de las entidades de gestión”.⁴⁹
- [86] La reclamante señala que la autorización de funcionamiento supone el cumplimiento de los requisitos consignados en el artículo 45, cuya observancia debe darse en el momento de la autorización de funcionamiento y durante la existencia de la SGC. Mientras que la inspección y vigilancia se desglosan, a su vez, en la posibilidad de revocatoria, imposición de sanciones, la inscripción ante la oficina nacional competente de sus directivos e instrumentos que acrediten representación de las SGC extranjeras⁵⁰.
- [87] La reclamante expone, para identificar los límites entre inspección, vigilancia, control e intervencionismo, lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española, y la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia; concluyendo que son conceptos distintos respecto de los cuales no todas las instituciones los comparten en igual alcance. Agrega, que tales conceptos tienen fronteras porosas, pero que corresponden a escenarios diferentes, pues el control está más cerca del intervencionismo, entendido como la facultad de decidir por otro, de subrogar, de invadir las competencias y libertades de los particulares hasta anularlas. Este grado máximo de intervencionismo estatal fue omitido de las facultades que los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351 contemplan para las oficinas nacionales competentes, siendo este límite el que Colombia transgredió.⁵¹
- [88] Por otro lado, la reclamante manifiesta que lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley No. 1493 (que establece en qué consiste el control) no es una complementación o reglamentación de las facultades ya determinadas por la Decisión 351, sino una nueva regulación que desborda los parámetros comunitarios y el principio de complemento indispensable.⁵²
- [89] En el mismo sentido, la reclamante afirma que el artículo 29 (literal a) de la Ley No.

⁴⁶ Fojas 14 y 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁴⁷ Foja 26 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁴⁸ Foja 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁴⁹ Foja 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁵⁰ Foja 13 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁵¹ Fojas 16, 17, 18, 19 y 20 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁵² Foja 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

1493 viola los artículos 43 y 51 (literal b), por cuanto hace posible que el Estado Colombiano asuma la conducción de las SGC; lo que resulta en un desbordamiento de funciones de inspección y vigilancia que el legislador comunitario otorgó a las Oficinas de Derecho de Autor en la Decisión 351.⁵³

- [90] Asimismo, el artículo 27 (numeral 9) de la Ley No. 1493 otorga a la DNDA la potestad de ordenar reformas estatutarias a SGC, lo cual supone incidir directamente en las decisiones de las sociedades de gestión y desborda el modelo de supervisión estatal diseñado por la Decisión 351 en sus artículos 43 y 51 (literal b).⁵⁴
- [91] Por otro lado, la reclamante señala que: *“No se puede asumir, en virtud a lo dispuesto en el literal g) del artículo 51, que el legislador colombiano puede regular aspectos que van más allá de la inspección y vigilancia de las sociedades de gestión colectiva, o incluso en contra de lo establecido por la misma Decisión 351. Ello, por dos razones fundamentales: (i) porque ello iría en contra del criterio de especialidad en la aplicación e interpretación del derecho – lex specialis derogat generali-, ya que, para el tema de la gestión colectiva, y la relación del Estado con ella, la Decisión Andina 351 de 1993 dispuso de normas especiales que regularon íntegramente la materia. (El Capítulo XI y el artículo 51 [b] de la Decisión Andina 351 de 1993); (ii) Porque a partir de un criterio restrictivo de la aplicación del Principio de Complemento Indispensable, si la supervisión estatal de las sociedades de gestión colectiva ya fue regulada por el ordenamiento jurídico andino, no le es posible al legislador nacional regular la misma materia.”*⁵⁵
- [92] Adicionalmente, la reclamante indica que los artículos 24 (parcial), 27 (numerales 5, 9 y párrafo), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34 de la Ley No. 1493 no hacen parte del complemento indispensable de la Decisión 351; toda vez que *“la Decisión 351 reguló de forma específica y, como anota Antequera, de forma detallada, la gestión colectiva del derecho de autor y la supervisión estatal de ella. De suerte que, al ser un aspecto reglado por el ordenamiento comunitario, el margen de regulación del legislador nacional se restringe a: (i) Aquellos aspectos que por remisión expresa pueden ser objeto de complemento indispensable; (ii) Aquellos aspectos que resulten necesarios para ejecutar las facultades de autorización de funcionamiento, inspección y vigilancia, pero no otras facultades adicionales a ellas.”*⁵⁶
- [93] **En resumen**, se puede apreciar que la reclamante ha alegado, principalmente, lo siguiente:
- a. La función de supervisión estatal regulada en la Decisión 351 solo está referida a: (i) la autorización; (ii) la inspección; y, (iii) la vigilancia.
 - b. La inspección y vigilancia que pueden ejercer los Países Miembros no puede confundirse con intervencionismo.
 - c. Las funciones de control y de toma de posesión no es una complementación de la Decisión 351, sino una nueva regulación que desborda los parámetros comunitarios y el principio de complemento indispensable.

⁵³ Fojas 27 y 28 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁵⁴ Foja 36 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁵⁵ Foja 46 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁵⁶ Foja 47 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.



Alegatos de la reclamada

- [94] Por su parte, la República de Colombia indica, que los artículos 24, 27 (numerales 5 y 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34 de la Ley No. 1493, cumplen con lo ordenado por la Decisión 351; en virtud a que:
- (i) La Decisión 351 faculta a los Países Miembros a ejercer funciones de control sobre las SGC. En esa línea, el Capítulo XI de la Decisión 351 identifica a nivel comunitario facultades de inspección y vigilancia sobre las SGC, dejando abierta la posibilidad para que los Países Miembros ejerzan actividades de control.⁵⁷
 - (ii) *“La reclamante pasa por alto que la función de control no se limita al momento en el que se verifica si la sociedad de gestión cumple con los requisitos dictados no solo por la norma andina, sino también por las legislaciones internas (...). El control continúa a fin de verificar el permanente cumplimiento de dichos requisitos.”*⁵⁸ En relación ello, la reclamada cita lo señalado por el TJCA en el Proceso 22-IP-98 y lo señalado por la Secretaría General en el Dictamen 003 del 13 de julio de 2012, en donde se hace referencia al control y vigilancia del Estado.
 - (iii) Al tenor de lo dispuesto en los artículos 44, 45, 46, 47 y en los literales f) y g) del artículo 51 de la Decisión 351, en los cuales se efectúa una remisión a la legislación nacional de los Países Miembros, resultaría aplicable el principio de complemento indispensable. Ello, en concordancia con las Interpretaciones Prejudiciales emitidas por el TJCA en los Procesos 74-IP-2015, 111-IP-2014 y 10-IP-94.
 - (iv) La postura colombiana en relación con la supervisión a SGC no es ajena o extraña a la adoptada por los demás Países Miembros, por lo que, de acogerse la tesis planteada por la reclamante se afectaría la política que en la materia han adoptado Colombia, Bolivia, Ecuador y Perú.
 - (v) La competencia para que la DNDA ejerza las actividades de control descritas por los artículos 24, 27 (numerales 5 y 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33, 34 de la Ley No. 1493, obedece a una política pública del Estado colombiano, quien en ejercicio de la figura del complemento indispensable dotó a su Oficina Nacional Competente de instrumentos jurídicos suficientes para, en casos extremos, encausar las acciones de las SGC que afecten a sus socios.⁵⁹
 - (vi) No se afecta el espíritu de la norma comunitaria, porque una disposición como la contenida en la Ley No. 1493, lo que busca es salvaguardar el funcionamiento óptimo de la sociedad, procurar que su objeto social se desarrolle respetando las disposiciones legales y garantizar una administración eficaz, lo cual está en consonancia plena no solo con el artículo 51, sino con el artículo 45 de la norma comunitaria, que en su literal f) procura porque las SGC reúnan “las condiciones necesarias para garantizar el respecto a las disposiciones legales, y una eficaz administración de los derechos cuya gestión solicita”.⁶⁰
 - (vii) Con relación a la facultad de “toma de posesión”, “[n]o se comprende en qué manera, ante una eventual circunstancia en la que una sociedad no quiera o no

⁵⁷ Foja 30 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

⁵⁸ Foja 31 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

⁵⁹ Foja 42 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

⁶⁰ Foja 43 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.



pueda gestionar los derechos confiados; o sus administradores persistan en violar en forma grave las normas, o se rehúsen a dar información veraz, completa y oportuna a la DNDA, pueda resultar más provechoso para el sistema que se genera en torno al derecho de autor o de derechos conexos, que de inmediato se le revoque la autorización de funcionamiento, como lo sugiere el reclamante, o que por el contrario, al amparo de la facultad contenida en el artículo 46 de la Decisión Andina 351 de 1993, se adopte una decisión previa, como lo es la toma de posesión.”⁶¹

(viii) Los pronunciamientos del TJCA citados por la reclamante (Procesos 120-IP-2012, 136-IP-2013, 281-IP-2015 Y 387-IP-2019) para señalar que la inspección y vigilancia no puede confundirse con el control, resultan descontextualizados; puesto que el TJCA no hizo ningún tipo de mención o análisis respecto de si las autoridades nacionales competentes podrían o no ejercer funciones de control.

[95] **En resumen**, se puede apreciar que la reclamada ha señalado que los artículos 24, 27 (numerales 5 y 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34 de la Ley No. 1493, no se contraponen con lo dispuesto en la Decisión 351; en virtud a que:

- a. La Decisión 351 faculta a los Países Miembros a ejercer funciones de control y de toma de posesión sobre las SGC.
- b. Las funciones de control y toma de posesión buscan salvaguardar el funcionamiento óptimo de la sociedad, que su objeto social se desarrolle respetando las disposiciones legales, y garantizar una administración eficaz.
- c. Resulta aplicable el principio de complemento indispensable.

Análisis de la SGCAN

[96] En consideración a lo mencionado por la reclamante y por la República de Colombia, la Secretaría General considera que corresponde pronunciarse en este punto sobre los siguientes aspectos: (A) competencias otorgadas a las oficinas nacionales de derecho de autor y derechos conexos en el marco de la Decisión 351; (B) control, toma de posesión e intervencionismo; y, (C) aplicación del principio de complemento indispensable, en el marco de lo dispuesto en la Decisión 351.

(A) Competencias otorgadas a las oficinas nacionales de derecho de autor y derechos conexos en el marco de la Decisión 351

[97] El artículo 43 de la Decisión 351 estipula que las SGC están sometidas a la “inspección” y “vigilancia” del Estado, y deben obtener de la oficina nacional competente una autorización de funcionamiento para poder operar como SGC. Es decir, que ese artículo 43 obliga a las SGC a “soportar” las medidas y los actos de inspección y vigilancia del Estado, y que su legitimación depende de la concesión de una autorización previa por parte de ese Estado.

[98] Cabe mencionar que la Decisión 351 no ha definido qué se entiende por “inspección” o por “vigilancia”, así como tampoco desarrolla cómo se ejercerán dichas competencias, por lo que, sobre la base del principio de complemento indispensable (cuyos alcances se encuentran detallados en el numeral 2.2.1 del presente Dictamen), los Países Miembros pueden, mediante su legislación interna, regular dicho vacío. Ello, en la medida que su legislación interna no vulnere lo dispuesto en

⁶¹ Foja 44 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.



el ordenamiento jurídico andino.

- [99] De igual manera, el artículo 51 (literal b) de la Decisión 351 señala que las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos, son competentes para: “*b) Ejercer la función de autorización, inspección y vigilancia de las asociaciones o entidades de gestión colectiva,*” ratificando las competencias indicadas en el artículo 43 de la misma Decisión.
- [100] Ahora bien, como se puede observar, el artículo 43 contiene una obligación de hacer, la cual está referida a que el Estado debe someter a las SGC a la “inspección” y “vigilancia”. Por su parte, el artículo 51 (literal b) refiere que, las oficinas de derecho de autor, pueden ejercer la función de “autorización”, “inspección” y “vigilancia” de las asociaciones o entidades de gestión colectiva.
- [101] Sobre el particular, es preciso dejar constancia que no ha sido materia de cuestionamiento por parte de la reclamante que la República de Colombia haya incumplido con “autorizar”; “inspeccionar” o “vigilar” las sociedades de gestión colectiva, ni obra en el Expediente algún pronunciamiento al respecto. Así, no corresponde que esta Secretaría General se pronuncie sobre ello.
- [102] No obstante, la reclamante alega que se incumplen los artículos 43 y 51 (literal b); puesto que la Ley No. 1493 facultó a la DNDA para ejercer funciones de “control” y “toma de posesión”; funciones que, a criterio de la reclamante, no fueron contempladas en la Decisión 351, específicamente en los artículos 43 y 51 (literal b).
- [103] Al respecto, si bien el artículo 43 no hace referencia expresa a las funciones de “control” y “toma de posesión”; es preciso notar que dicho artículo NO limita o restringe las facultades de los Países Miembros a las competencias de autorización, inspección y vigilancia.
- [104] En efecto, si el legislador comunitario hubiera querido limitar las funciones de los Países Miembros respecto de las SGC a la “autorización”, “inspección” y “vigilancia”, referidas en los artículos 43, 45 y 51 (literal b) de la Decisión 351 lo hubiera previsto de manera expresa y sin dejar espacio a interpretaciones de que se está en presencia de una regulación que contiene una limitación a las facultades de los Países Miembros.⁶²

⁶² Sin perjuicio de ello, y para efectos informativos, cabe hacer alusión al principio *in dubio mitius*, el cual se aplica a la interpretación de las obligaciones internacionales de los Estados que suscriben tratados. Según ese principio, en caso de duda sobre la medida o alcance de la obligación internacional (que limita o acota la soberanía para esos efectos) o de la renuncia de soberanía por un Estado, debe entenderse que la obligación asumida es la que implica la menor renuncia a la soberanía por parte del Estado obligado. Es decir que las obligaciones internacionales emanadas de los tratados se entienden limitadas a los expresamente indicado en esos tratados. En caso de duda se presume que no ha habido renuncia o limitación a la soberanía del Estado en ese punto. El alcance de la obligación se interpreta restrictivamente, no extensivamente. Lo cual no enerva el principio *pacta sunt servanda*. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3003890)

De no existir en el acuerdo de integración andino o en la Decisión 351, esos asuntos y otros temas, hubiesen sido regulados internamente por cada uno de los países andinos, en ejercicio de su función soberana. En aplicación del principio *in dubio mitius*, cada País Miembro retiene su facultad normativa soberana en todo aquello que no hubiese sido claramente materia de renuncia o limitación.

Igualmente, en aplicación del principio *in dubio mitius*, en ausencia de una limitación claramente acordada por los Países Miembros (o en un tratado internacional que los vincule), debe entenderse que lo dispuesto en los artículos objeto de este análisis no le impide a los Países Miembros regular -en ejercicio de sus soberanías- otros aspectos del funcionamiento de las SGC en sus territorios. En consecuencia, si no está dicho claramente en la norma andina, por ejemplo, que la facultad reguladora del Estado respecto de las SGC en sus respectivos territorios solo puede ejercerse mediante actos referidos a la “inspección” y la “vigilancia”, o en su defecto, prohibiendo otros actos de supervisión estatal, los Estados retienen su facultad soberana de regular otras formas, medidas y sanciones que podrían aplicar en relación con las SGC. A falta de una renuncia claramente estipulada a la facultad regulatoria del Estado, esa renuncia

[105] Para mayor abundamiento, cabe mencionar que, de acuerdo con lo señalado por Ricardo Antequera, lo regulado en la Decisión 351 sería “un primer paso” o “una etapa preliminar” a la armonización sobre la materia, contemplando “lo mínimo” y permitiendo que las legislaciones internas de los Países Miembros incorporen otros derechos o eleven los niveles de protección. El referido autor señala lo siguiente:

“IV. La Decisión 351 y su alcance

(...)

*Por otra parte, **se trata de primer paso hacia un régimen uniforme** -a conciencia de que a corto o mediano plazo tendrá que avanzarse, tanto en la armonización del sistema como en la incorporación de nuevos derechos-, tomando en cuenta que:*

*1. Tres de los Estados miembros (Bolivia, Colombia y Venezuela), han tenido reformas parciales o integrales en un tiempo reciente, de manera que **una Decisión demasiado avanzada e innovadora podía generar un ‘trauma’ en esos países**, al tener que interpretar, en tan breve lapso, dos textos diferentes.*

*2. Los otros dos países (Ecuador y Perú) cuentan con leyes nacionales ya muy desfasadas, en cuanto a la incorporación de ciertos derechos, de suerte que se consideró prudente, **en una primera fase, establecer un régimen inicial que permitiera elevar el sistema de protección** en esos dos Estados en relación con el de los otros tres, y lograr, al menos en esta **etapa preliminar**, equilibrar los **niveles mínimos de tutela** entre todos los miembros del Acuerdo.*

*3. **Se deja en libertad a los estados para incorporar otros derechos o elevar los niveles de protección, en relación con el mínimo establecido en la Decisión.***

(...)

***Las anteriores consideraciones explican**, al menos parcialmente, varias cosas, a saber:*

*1. **Las distintas remisiones que hace la propia Decisión a los ordenamientos nacionales**, cuando se consideró que por el momento los aspectos que eran motivo de remisión, no afectaban a una armonización básica.*

*2. **Las omisiones de la Decisión sobre ciertas materias específicas** –por ejemplo, la regulación de algunos contratos, como los de edición y de representación-, pues se estimó que en un proceso inicial de régimen*

no podría presumirse. Esta claridad puede alcanzarse de distintas maneras, pero si no hay claridad debe interpretarse restrictivamente el alcance de la renuncia a esa facultad.

Sobre el particular, algunos ejemplos de disposiciones de tratados que limitan claramente la facultad de los Estados de regular más allá de lo previsto en el instrumento internacional lo ofrecen las que establecen *numerus clausus* de requisitos o condiciones, usando expresiones como “solo podrá” exigir lo indicado, o que “no podrá...”. Ver, por ejemplo, el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas, Artículo 3.1) a) y 4); el Tratado de Derecho de Patentes (PLT), Artículo 6.1). También son ejemplos de disposiciones en las que se limita claramente la soberanía para modificar o ampliar la norma, las disposiciones del ADPIC Artículos 4 (excepciones admitidas), 15.3, segunda y tercera frases, y 15.4.

*uniforme en la subregión, esa reglamentación podía estar confiada a las leyes nacionales; **o formaban parte del orden público interno de los países miembros**, tal el caso de la jurisdicción, o los aspectos procesales –salvo algunos compromisos mínimos para asegurar la protección de los derechos; o **las sanciones penales**, dada la diversidad de los sistemas nacionales.”*
(Énfasis agregado)

[106] Tomando en consideración lo señalado por el citado autor, las competencias referidas en los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351 no podrían leerse de un modo restrictivo o limitativo; en virtud a que, dicha Decisión habría contemplado niveles mínimos de tutela; por lo que se habría dejado en libertad a los Países Miembros para incorporar otros derechos o elevar los niveles de protección, “en relación con el mínimo establecido en la Decisión”.

[107] Sin perjuicio de lo anterior, es menester indicar que la intención del legislador de **NO** limitar las funciones de los Estados a las de “autorización”, “inspección” y “vigilancia” se refleja también -y con mayor énfasis- en el literal g) del artículo 51 de la Decisión 351. Dicho artículo establece expresamente lo siguiente:

“Artículo 51.- Las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos, son competentes para:

*g) **Las demás que determinen las respectivas legislaciones internas de los Países Miembros.**”* (Énfasis agregado)

[108] Como se puede apreciar, no solo el artículo 43 de la Decisión 351 **no limita** las facultades o funciones de las oficinas nacionales de derechos de autor; sino que también el artículo 51 (literal g) **autoriza**, de manera expresa, a los Países Miembros, determinar en sus legislaciones internas **OTRAS atribuciones o competencias**, además de las ya señaladas en los literales a) a la f). En efecto, se deja a la libertad de los Países Miembros de incorporar otras competencias a las oficinas nacionales competentes.

[109] En relación a lo dispuesto en el literal g) del artículo 51 de la Decisión 351, Ricardo Antequera ha señalado lo siguiente:

“M. El registro y la participación tutelar del Estado.-

(...)

*Por ello, **las atribuciones más importantes confiadas a las oficinas nacionales por la Decisión 351** (artículo 51), son las siguientes:*

(...)

*6. **Las demás que determinen las respectivas legislaciones nacionales, atribución diferida** que ha permitido ciertas normativas internas conferirle a dicha autoridad competente, por ejemplo, la facultad de ordenar y practicar, en el ámbito administrativo, medidas cautelares de secuestro sobre reproducciones o autorizadas, o de prohibir actos de comunicación pública donde se utilicen obras, interpretaciones, producciones o emisiones sin el cumplimiento de los requisitos legales atinentes a la autorización previa o, en su caso, al pago de la remuneración correspondiente.”*⁶³ (Énfasis agregado)

⁶³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “El Derecho de Autor y el Derecho Comunitario Andino: La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”. En Revista de Derecho Internacional Económico. Aspectos Jurídicos de las Relaciones Económicas Internacionales. Volumen 1. Número 2. pp. 142 y 143.

[110] Como se puede notar, en palabras de Ricardo Antequera, las atribuciones “confiadas a las oficinas nacionales por la Decisión 351”, son, entre otras, “las demás que determinen las respectivas legislaciones nacionales”. Así, es la propia Decisión 351 (específicamente, el inciso g) la que incorpora dentro de su ámbito, a las demás funciones o competencias que hayan sido determinadas por la legislación nacional para las oficinas nacionales de derechos de autor.

[111] Ahora bien, en relación a la aplicación del literal g) del artículo 51, la reclamante ha alegado lo siguiente:

*“No se puede asumir, en virtud a lo dispuesto en el literal g) del artículo 51, que el legislador colombiano puede regular aspectos que van más allá de la inspección y vigilancia de las sociedades de gestión colectiva, o incluso en contra de lo establecido por la misma Decisión 351. Ello, por dos razones fundamentales: (i) porque ello iría en contra del criterio de especialidad en la aplicación e interpretación del derecho – *lex specialis derogat generali*-, ya que, para el tema de la gestión colectiva, y la relación del Estado con ella, la Decisión Andina 351 de 1993 dispuso de normas especiales que regularon íntegramente la materia. (El Capítulo XI y el artículo 51 [b] de la Decisión Andina 351 de 1993); (ii) Porque a partir de un criterio restrictivo de la aplicación del Principio de Complemento Indispensable, si la supervisión estatal de las sociedades de gestión colectiva ya fue regulada por el ordenamiento jurídico andino, no le es posible al legislador nacional regular la misma materia.”⁶⁴*

[112] Sobre el particular, respecto a lo señalado por la reclamante en lo referido a que se “iría en contra del criterio de especialidad en la aplicación e interpretación del derecho”, es preciso reiterar que, en el presente caso, nos encontramos ante disposiciones complementarias que regulan un mismo asunto: las competencias de las oficinas nacionales de derecho de autor y derechos conexos.

[113] En línea con lo anterior, el artículo 51 establece una pluralidad de competencias a las oficinas nacionales competentes, entre ellas: la “autorización”, la “inspección”, la “vigilancia”, y “las demás que determinen las respectivas legislaciones internas de los Países Miembros” (como podría ser, el control y la toma de posesión en circunstancias extremas).

[114] En ese sentido, NO se puede argumentar que, sobre la base del principio de especialidad en la aplicación normativa, se prohíbe a los Países Miembros a determinar otras facultades (como las facultades de “control” y de “toma de posesión”) además de las ya señaladas en los literales a) a la f) del artículo 51; puesto que ello vaciaría de contenido lo dispuesto en el literal g) del artículo 51, el cual remite expresamente a la legislación nacional de los Países Miembros sin excepciones o limitaciones. Cabe reiterar en este punto lo señalado por Ricardo Antequera en los párrafos anteriores, referido a que la Decisión 351 no podrían leerse de un modo restrictivo o limitativo.

[115] De otro lado, resulta pertinente tener presente lo señalado por el TJCA, quien ha precisado, en el marco de la Decisión 351, que la SGC es una entidad de derecho privado “sujeta al control” del Estado. En efecto, el TJCA ha señalado lo siguiente:

⁶⁴ Foja 46 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.



“En el proceso interno generador de la presente consulta se debate el tema de la distinción entre el reconocimiento de personería de una sociedad colectiva de gestión por la oficina nacional competente y la autorización de funcionamiento propiamente dicha, indicándose que por el primero se reconoce la existencia de tal personería y se permite a la sociedad ejercer su razón social una vez que la autoridad nacional competente declare formalmente constituida la sociedad. Cosa distinta es la autorización de funcionamiento.

Aunque las dos formas relacionadas con la constitución y funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva debieran estar comprendidas dentro de una sola actuación administrativa, para que la sociedad una vez nacida a la vida jurídica pueda ejercer su capacidad de actuación en forma plena, debe indicarse que, de todas maneras, una sociedad de gestión colectiva para que pueda ejercer las atribuciones que le señala la ley comunitaria debe estar previamente autorizada por la oficina nacional competente, según lo establece el artículo 43 de la Decisión 351, la que, **para efectos de la función y vigilancia que el Estado debe ejercer sobre estas entidades, exige la correspondiente autorización de funcionamiento. Ello indica la calidad de entidades de derecho privado, que tienen en la subregión, sujeta al control y vigilancia del Estado.**

La autorización de funcionamiento que en términos de la doctrina administrativa se conoce como un “acto condición”, hace que los sujetos de derecho para los cuales se declare que reúnen los requisitos exigidos por la ley, puedan ejercer sus atribuciones. **Se ha dicho que a través de la autorización se ejerce el control del acceso de estas organizaciones a la gestión autoral** y de allí nace la vigilancia del Estado para asegurar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento exigidas en la ley. **En la Decisión 351 se sigue el modelo de control no sólo formal de las sociedades de gestión, como lo indica el artículo 45 literales a) a l), sino de fondo, como se desprende particularmente del artículo 45 literal f), que se ejerce tanto desde el comienzo de la vida de la sociedad (artículo 43), como a lo largo de ella (artículos 46, 47 y 50).** La autorización de funcionamiento no es el acto por el cual se da reconocimiento de la existencia jurídica de la sociedad, sino que constituye un acto administrativo de habilitación de la sociedad para que desarrolle su actividad dentro del marco legal establecido.”⁶⁵ (Énfasis agregado)

[116] De igual manera, esta Secretaría General, mediante el Dictamen No. 003 de año 2012, tuvo a bien indicar lo siguiente:

“Es así que los artículos 43 al 50 de la Decisión 351, establecen un régimen especial para la sociedad de gestión, en el que se les otorga legitimación “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”.

De igual forma, se les exige el cumplimiento de ciertos requisitos para que la Autoridad Nacional Competente autorice su funcionamiento, otorgando así garantías tanto a los autores, como a los usuarios de las obras de una

⁶⁵ Interpretación Prejudicial emitida el 25 de noviembre de 1998, en el marco del Proceso 22-IP-98.



*correcta administración de lo recaudado por las citadas sociedades. Ello va acompañado **de acciones de vigilancia y control de los Países Miembros**, quienes están facultados a imponer sanciones en caso las sociedades de gestión no cumplan con lo dispuesto en la Decisión 351.” (Énfasis agregado)*

[117] Finalmente, en relación a lo señalado por la reclamada en lo referido al principio de complemento indispensable, corresponde indicar que el análisis de dicho aspecto ha sido desarrollado líneas abajo, en el apartado (C).

(B) Respecto al control, la toma de posesión y el intervencionismo

[118] La reclamante ha indicado que, de conformidad con lo señalado por TJCA (en el marco de los Procesos 120-IP-2012, 136-IP-2013, 281-IP-2015 y 387-IP-2016), la inspección y vigilancia que pueden ejercer los Países Miembros respecto de las SGC, no puede confundirse con intervencionismo. Asimismo, cita a Ricardo Antequera, quien refiere, entre otros aspectos, que “no se pretende que el Estado se *inmiscuya en los asuntos privados de las entidades de gestión*”.⁶⁶

[119] Asimismo, la reclamante alega que el “control” está más cerca del intervencionismo, entendido como la facultad de decidir por otro, de subrogar, de invadir las competencias y libertades de los particulares hasta anularlas. Este grado máximo de intervencionismo estatal fue omitido de las facultades que los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351.⁶⁷

[120] De otro lado, la reclamante indica que los artículos 31, 32 y 33 de la Ley No. 1493 otorgan al Estado colombiano una facultad máxima de intervencionismo en las sociedades de gestión colectiva, que no fue permitida ni querida por la Decisión Andina 351 de 1993, puesto que es claro que el legislador comunitario quiso dotar a los Estados miembros de unas facultades de supervisión sobre las sociedades de gestión colectiva, basadas en la inspección y en la vigilancia, sin llegar al intervencionismo. Por el contrario, “la toma de posesión”, en los términos planteados por la Ley No. 1493, son la expresión más pura y evidente de dicho intervencionismo.

[121] Por su parte, la reclamada alega que los pronunciamientos del TJCA citados por la reclamante para señalar que la inspección y vigilancia no puede confundirse con el control, resultan descontextualizados; puesto que el TJCA no hizo ningún tipo de mención o análisis respecto de si las autoridades nacionales competentes podrían o no ejercer funciones de control.⁶⁸

[122] Ahora bien, en relación a lo señalado por la reclamante, corresponde citar lo señalado expresamente por el TJCA en el marco de los Procesos 120-IP-2012, 136-IP-2013, 281-IP-2015 y 387-IP-2016:

⁶⁶ Foja 15 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁶⁷ Para identificar los límites entre inspección, vigilancia, control e intervencionismo; la reclamante expone lo señalado por el Diccionario de la Real Academia Española; la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional de Colombia; concluyendo que son conceptos distintos respecto de los cuales no todas las instituciones los comparten en igual alcance.

⁶⁸ La reclamada indica que el Proceso 120-IP-2012 se refiere al caso en particular del accionar de una autoridad administrativa municipal; pero no se refiere a la Oficina Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos; con lo cual resulta impreciso señalar - como lo hizo el reclamante - que el TJCA ha sido claro y reiterativo en afirmar que la inspección y vigilancia no puede confundirse con intervencionismo. Respecto al Proceso 136-IP-2013 el TJCA, señala que en este no se hizo ningún tipo de mención o análisis respecto de si las autoridades nacionales competentes podrían ejercer funciones de control. En relación al Proceso 281-IP-2015, señala la reclamada que el intervencionismo criticado por el TJCA se refiere a una autoridad judicial y no de la oficina nacional competente en materia de derecho de autor. Finalmente, respecto al Proceso 387-IP-2016, alega que el TJCA no descartó o fue mencionada la posibilidad de que las oficinas nacionales competentes en materia de derechos de autor pudieran ejercer funciones de control sobre las SGC.

“III. Naturaleza jurídica.

*Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de las sociedades de Gestión Colectiva. El tratamiento de dichas entidades varía de conformidad con las diferentes legislaciones. La normativa comunitaria no determina explícitamente la naturaleza jurídica de tales organizaciones, pero de la regulación contenida en el capítulo XI de la Decisión 351 se desprende lo siguiente: son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la **inspección y vigilancia del Estado**. Se constituyen de conformidad con las normas nacionales internas sobre la materia. (artículo 45, literal a) de la Decisión 351).*

La vigilancia estatal está soportada sobre la importancia que revisten los derechos de autor y conexos en la sociedad. Son derechos que se encuentran en la base del desarrollo cultural y social, siendo por lo tanto un asunto de interés general. Sobre el tema la doctrina ha señalado lo siguiente:

*‘En definitiva, **supervisión estatal no significa intervencionismo**, sino **vigilancia para la tutela de intereses colectivos, siempre bajo el principio de la legalidad**, de modo que **sin una intromisión excesiva** en la autonomía de las entidades de gestión como personas jurídicas de derecho privado, **se asegure la administración eficaz y transparente** de todo un acervo cultural universal involucrado.’ (La nota al pie del texto citado ha sido omitida y el énfasis ha sido agregado)*

[123] De la lectura del texto previamente citado se puede apreciar, que el pronunciamiento del Tribunal se encuentra vinculado a las funciones de “inspección” y “vigilancia”; siendo que dichas interpretaciones no analizan ni desarrollan la competencia conferida a los Países Miembros en virtud a lo dispuesto en el literal g) del artículo 51 de la Decisión 351.

[124] Sobre el particular, si bien esta SGCAN es de la opinión que las facultades de “control” y “toma de posesión” otorgadas por la Ley No. 1493 a la DNDA, no se encuentran enmarcadas dentro de los alcances de las funciones de “inspección” y “vigilancia”, puesto que se trata de otras funciones, se debe tener en cuenta en este punto lo señalado en el apartado (A) precedente, principalmente lo referido a que lo regulado en la Decisión 351 sería “un primer paso” o “una etapa preliminar” a la armonización sobre la materia, contemplando “lo mínimo” y permitiendo que las legislaciones internas de los Países Miembros incorporen otros derechos o eleven los niveles de protección.

(C) Respecto a la aplicación del Principio de Complemento Indispensable, en el marco de lo dispuesto en la Decisión 351

[125] La reclamante señala que los artículos 24, 27 (numerales 5, 9 y párrafo), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34 de la Ley No. 1493 no hacen parte del complemento indispensable de la Decisión 351; toda vez que “*la Decisión 351 reguló de forma específica y, como anota Antequera, de forma detallada, la gestión colectiva del derecho de autor y la supervisión estatal de ella. De suerte que, al ser un aspecto reglado por el ordenamiento comunitario, el margen de regulación del legislador nacional se restringe a: (i) Aquellos aspectos que por remisión expresa pueden ser objeto de complemento indispensable; (ii) Aquellos aspectos que resulten necesarios para ejecutar las facultades de autorización de funcionamiento, inspección y vigilancia, pero no otras facultades adicionales a ellas.*”



- [126] Adicionalmente, la reclamante alega que *“No se puede asumir, en virtud a lo dispuesto en el literal g) del artículo 51, que el legislador colombiano puede regular aspectos que van más allá de la inspección y vigilancia de las sociedades de gestión colectiva, o incluso en contra de lo establecido por la misma Decisión 351. Ello, por dos razones fundamentales: (...); (ii) Porque a partir de un criterio restrictivo de la aplicación del Principio de Complemento Indispensable, si la supervisión estatal de las sociedades de gestión colectiva ya fue regulada por el ordenamiento jurídico andino, no le es posible al legislador nacional regular la misma materia.”*⁶⁹
- [127] Por su parte, la República de Colombia indica que al tenor de lo dispuesto en los artículos 44, 45, 46, 47 y en los literales f) y g) del artículo 51 de la Decisión 351, en los cuales se efectúa una remisión a la legislación nacional de los Países Miembros, resultaría aplicable el principio de complemento indispensable.
- [128] Asimismo, señala que la competencia para que la DNDA ejerza las actividades de control descritas por los artículos 24, 27 (numerales 5 y 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33, 34 de la Ley No. 1493, obedece a una política pública del Estado colombiano, quien en ejercicio de la figura del complemento indispensable dotó a su Oficina Nacional Competente de instrumentos jurídicos suficientes para, en casos extremos, encausar las acciones de las sociedades de gestión colectiva que afecten a sus socios.
- [129] Sobre el particular, esta SGCAN considera oportuno remarcar lo señalado por la propia reclamante: *“la regulación del legislador nacional se restringe a: (i) Aquellos aspectos que por remisión expresa pueden ser objeto de complemento indispensable; (ii) Aquellos aspectos que resulten necesarios para ejecutar las facultades de autorización de funcionamiento, inspección y vigilancia, pero no otras facultades adicionales a ellas.”*
- [130] Respecto a que la regulación del legislador nacional se debe restringir a *“aquellos aspectos que por remisión expresa puede ser objeto de complemento indispensable”*, es preciso dejar en claro que aún en el supuesto que no existiese tal remisión expresa, en el caso materia del presente Dictamen, los Países Miembros se encuentran facultados a ejercer otras funciones además de las señaladas en dicha norma andina. Ello, en atención a la redacción de la norma andina cuyo incumplimiento ha sido alegado por la reclamante; tal como quedó evidenciado en el apartado (A) precedente.
- [131] Sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que el literal g) del artículo 51, al hacer una remisión a las legislaciones internas de los Países Miembros, deja -de manera expresa- a la discreción de los Países Miembros la implementación o el desarrollo de otras competencias, a las oficinas nacionales de derecho de autor, no desarrolladas en la Decisión 351.
- [132] Con relación a que la regulación del legislador nacional se debe restringir a *“Aquellos aspectos que resulten necesarios para ejecutar las facultades de autorización de funcionamiento, inspección y vigilancia, pero no otras facultades adicionales a ellas”*, nos permitimos remitirnos a lo señalado en el presente Dictamen en el apartado (A) precedente.
- [133] De igual manera, respecto a lo señalado por la reclamante en lo referido a que *“a partir de un criterio restrictivo de la aplicación del Principio de Complemento*

⁶⁹ Foja 46 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

Indispensable, si la supervisión estatal de las sociedades de gestión colectiva ya fue regulada por el ordenamiento jurídico andino, no le es posible al legislador nacional regular la misma materia"; es preciso reiterar lo siguiente:

- Los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351 NO limitan ni restringen las funciones de los Países Miembros a las competencias de "autorización", "inspección" y "vigilancia"; por lo que -vía legislación interna- los Países Miembros pueden determinar otras funciones.
- Sin perjuicio de lo anterior, en el caso materia del presente Dictamen existe además una autorización expresa de la misma norma andina, para regular aspectos adicionales a los ya señalados en la norma, como las funciones de supervisión a las SGC. En efecto, de la lectura de lo dispuesto en el artículo 51 (literal g), se evidencia la posibilidad de aplicar el principio de complemento indispensable, al que se hizo referencia en el numeral 2.1.4.

[134] Ahora bien, sobre la base de lo señalado por el TJCA respecto al principio de complemento indispensable, los Países Miembros tienen la facultad para fortalecer o complementar, por medio de normas internas o de Acuerdos Internacionales, la normativa del ordenamiento comunitario andino, pero, en la aplicación de esta figura, las legislaciones internas de cada país no podrán establecer exigencias, requisitos adicionales o dictar reglamentaciones, salvo que la propia norma lo haya autorizado.

[135] En relación a lo señalado en el párrafo precedente, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto por el TJCA en el Proceso 93-AI-2000:

"Capacidad de los Estados Miembros de llenar vacíos de la legislación comunitaria.

En cuanto al análisis de la capacidad que tienen los países miembros de adoptar medidas tendientes a llenar supuestos vacíos de la legislación comunitaria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el proceso 10-IP-95 ha establecido:

'El desarrollo de la ley comunitaria por la legislación nacional, es empero excepcional y por tanto a él le son aplicables principios tales como el del "complemento indispensable", según el cual (...) para que tenga validez la legislación interna se requiere que verse sobre asuntos no regulados en lo absoluto por la comunidad, lo cual resulta obvio dentro del espíritu y el sentido natural y lógico de la expresión -régimen común sobre tratamiento- que utiliza el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena. (...)

Por tanto, la exigencia de requisitos adicionales a los establecidos en la ley comunitaria, cuando no son expresamente autorizados por ésta, comporta un rompimiento del orden jurídico andino sancionable como incumplimiento del mismo, (...).

[136] Sobre el particular, una interpretación *a contrario sensu* de lo dispuesto por el TJCA en el Proceso 93-AI-2000, permite determinar que cuando la norma andina autoriza expresamente a los Países Miembros el establecimiento de requisitos adicionales (en sus respectivas normas internas) a los establecidos en la ley comunitaria, no se estaría frente a un rompimiento del orden jurídico andino sancionable con incumplimiento.



- [137] Así, en el caso materia del presente Dictamen, dado que en el marco de la propia Decisión 351 (literal g del artículo 51) se ha autorizado expresamente a los Países Miembros a que -vía legislación nacional- determinen otras competencias a las oficinas nacionales de derecho de autor; no se podría considerar que el establecimiento de una atribución o competencia distinta a la “autorización”, “inspección” y “vigilancia” configura un incumplimiento de dicha Decisión. Ello, más aún si los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351 no limitan las facultades de los Estados, como se señaló en el apartado (A) precedente.
- [138] Por otro lado, bajo el principio del complemento indispensable, los Países Miembros pueden normar asuntos regulados por la norma andina siempre que esta regulación resulte ser estrictamente necesaria para la ejecución de la norma comunitaria y, por tanto, que favorezcan su aplicación y que de ningún modo la entrapen o desvirtúen. Al respecto, es importante recordar que la finalidad de la Decisión 351 es la de reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.⁷⁰
- [139] Teniendo en cuenta la finalidad de la Decisión 351, los Países Miembros pueden regular mayores facultades a las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos, incluidas las de supervisión estatal a las SGC. Ello, considerando que el otorgamiento de mayores competencias a las Oficinas Nacionales Competentes respondan a, entre otras, la necesidad de contar con herramientas jurídicas que ayuden a solucionar los problemas que pudieran surgir en las SGC y respecto de los cuales no alcanzarían a resolverse con la inspección y vigilancia; y de este modo, salvaguardar el interés público que le asiste a los derechos de los autores y compositores, que quedarían desprotegidos sin una adecuada supervisión estatal de las SGC.
- [140] En conclusión y por las razones expuestas en los apartados (A), (B) y (C) precedentes, no se ha acreditado el supuesto incumplimiento por parte de la República de Colombia de los artículos 43 y 51 (literal b) de la Decisión 351.

2.2.2. El alegado incumplimiento del artículo 44 de la Decisión 351

- [141] En el escrito de reclamo, la reclamante ha señalado que los artículos 31 y 32 de la Ley No. 1493 incumplen lo dispuesto en el artículo 44 de la Decisión 351. A continuación, se reproducen los referidos artículos:

Ley No. 1493

“Artículo 31. Toma de posesión. La Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla o liquidarla, en los siguientes casos:

1. Cuando la sociedad de gestión colectiva no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.

⁷⁰ Decisión 351

“Artículo 1.- 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 o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.”

2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.

3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.”

“Artículo 32. Efectos de la toma de posesión. Como consecuencia de la toma de posesión, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor al tomar posesión deberá designar un administrador y adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar la gestión de los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca. Para tales efectos, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.”

Decisión 351

“Artículo 44.- La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros.”

Argumentos de la reclamante

[142] La reclamante alega que el titular de derechos de autor puede ejercer sus derechos de dos formas: (i) individual o (ii) colectivamente, esto es, el ejercicio del derecho de asociación, que comporta a su vez la posibilidad de gobernar la sociedad a través de sus diferentes órganos de representación, administración y control interno.⁷¹

[143] Al respecto, menciona que la voluntad de afiliarse es un elemento de la esencia de la gestión colectiva, por lo que el Estado colombiano no puede gestionar esos derechos “tomándose” a la sociedad de gestión, o delegando en terceros tal facultad (conforme a los artículos 31 y 32 de la Ley No. 1493), pues se estaría pretermitiendo ese elemento volitivo, y con ello, lo dispuesto en el artículo 44 de la Decisión 351, el cual establece la libertad de los autores de afiliarse a las SGC.⁷²

Argumentos de la reclamada

[144] Por su parte, la reclamada indica que la función de toma de posesión descrita por los artículos 31 y 32 de la Ley No. 1493 no incumple el artículo 44 de la Decisión 351; puesto que el contenido de este último artículo se refiere a la libertad con que cuenta el titular de derecho de autor o derecho conexo, para decidir si gestiona de manera individual sus derechos patrimoniales o si por el contrario se afilia a una sociedad de gestión colectiva.

[145] Asimismo, la reclamada indica que la toma de posesión de una gestión colectiva no tiene ninguna relación con la elección que puede hacer un titular de derecho de autor para manifestar su voluntad de gestionar sus derechos de manera individual o de manera colectiva.

⁷¹ Foja 11 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁷² Foja 34 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

Análisis de la SGCAN

- [146] El TJCA ha señalado, en el Proceso 281-IP-2015⁷³, citando a Miguel Pérez Solís, que la existencia de las SGC se justifica, en síntesis, cuando la administración colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos no puede ejercerse -en la práctica- de manera individual, o cuando desde el punto de vista económico, sea desventajosa.
- [147] El Tribunal agrega que los miembros de las SGC son los titulares de los derechos patrimoniales de autor y conexos que se afilien a la misma; sin embargo, en relación con dicha afiliación, deben cumplir ciertas pautas establecidas en la Decisión 351. Una de las pautas a cumplir, es la referida a que la afiliación será voluntaria, salvo que la norma interna de los Países Miembros prevea algo diferente (artículo 44).⁷⁴
- [148] Sobre la afiliación voluntaria, el TJCA, en la Interpretación Prejudicial 165-IP-2015, ha manifestado lo siguiente:
- “(...) Conforme lo establecido en el artículo 44 de la Decisión 351, el derecho-habiente no se encuentra obligado a afiliarse a la sociedad de gestión colectiva correspondiente, pudiendo desvincularse de la misma si así lo estima conveniente, para poder administrar sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas por sí mismo. Sin embargo, ante supuestos de gestión colectiva obligatoria –distinta a la referida presunción legal relativa-, a falta de representación por parte de una sociedad de gestión colectiva, los derecho-habientes no podrán ejercer sus derechos por sí mismos.”⁷⁵*
- [149] Ahora bien, el artículo 31 de la norma colombiana, referido a la toma de posesión, señala que la DNDA podrá tomar posesión de una SGC para administrarla o liquidarla en los siguientes casos: (i) cuando la SGC no quiera (o no pueda) gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca; (ii) cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos; y, (iii) cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la DNDA, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.
- [150] En ese sentido, se verifica que el numeral uno alude a la voluntad o posibilidad de las SGC de gestionar (no afiliar) los derechos de sus socios. El numeral segundo hace mención a la responsabilidad de los administradores frente a la violación grave de normas y, finalmente, el numeral tercero se refiere a la negación de los administradores de la SGC a brindar información a la Dirección de Derecho de Autor y otros. Como se aprecia entonces, no existe –en ninguno de los acápites previamente analizados- una sola disposición que se encuentra referida –directa o indirectamente- a la afiliación de los titulares y de cómo debe darse esta al interior de una SGC.
- [151] Por su parte, el artículo 32 de la Ley No. 1493, referido a los efectos de la toma de posesión, señala que el Director de la DNDA, al tomar posesión de la SGC, deberá designar un administrador y adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar la gestión de los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca. Asimismo, dicho artículo establece que, para tales efectos,

⁷³ Interpretación Prejudicial emitida el 19 de febrero de 2016, en el marco del Proceso 281-IP-2015.

⁷⁴ Interpretación Prejudicial emitida el 19 de febrero de 2016, en el marco del Proceso 281-IP-2015.

⁷⁵ Interpretación Prejudicial emitida el 4 de febrero de 2016, en el marco del Proceso 165-IP-2015.



el Director podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.

- [152] De un análisis al precitado artículo 32, se verifica que el mismo señala que los efectos de la toma de posesión están referidos a garantizar la gestión de los derechos, más no así su afiliación. Sobre este punto, esta Secretaría General considera importante precisar que únicamente puede hablarse de una “gestión” de derechos una vez que se ha producido la afiliación, ello entendido como la acción voluntaria de un titular de derecho para elegir gestionar sus derechos de manera individual o colectiva.
- [153] En efecto, no hay forma de que una SGC gestione un derecho que no le ha sido previamente atribuido a través de la afiliación. En ese sentido, se tratan de dos momentos procesales distintos: el primero, la afiliación; y el segundo, la gestión. Si bien la Decisión 351 no regula específicamente el contrato de gestión, este podrá ser regulado, en virtud del principio del complemento indispensable al que referimos en el numeral 2.1.4, por la normativa de cada País Miembro.
- [154] Esta diferencia conceptual entre “gestión” y “afiliación” es también mencionada por el TJCA cuando, al citar a Antonio Delgado, concluye lo siguiente: “(...) *la sociedad solo podrá realizar las gestiones para las cuales el miembro o asociado haya accedido (...)*”⁷⁶, haciendo luego clara referencia a que dicho acceso debe hacerse a través de un contrato de gestión celebrado con las SGC.
- [155] A lo anterior debe agregarse que, el argumento de la reclamante para determinar la existencia de un incumplimiento del artículo 44, se enmarca en la falta de capacidad del Estado para “gestionar” esos derechos. Es decir, la reclamante deja claro que, bajo su perspectiva, el incumplimiento se encuentra enmarcado en la “gestión” del derecho y no así en la “afiliación” del titular del derecho. Situación que, como ya ha sido previamente explicado, difiere del mandato contenido en el artículo 44.
- [156] En conclusión y por las razones expuestas en los párrafos precedentes, no se ha acreditado el supuesto incumplimiento por parte de la República de Colombia del artículo 44 de la Decisión 351.

2.2.3. El alegado incumplimiento del artículo 45 (literal d) de la Decisión 351

- [157] De acuerdo a lo señalado en el reclamo, los artículos 29, 30 y 31 de la Ley No. 1493 vulnerarían lo dispuesto en el artículo 45 (literal d) de la Decisión 351. Dichos artículos establecen lo siguiente:

Ley No. 1493

“Artículo 29. Funciones de control de la unidad administrativa especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior. En ejercicio del control, la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

- 1. Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar la cumplida ejecución de los mismos.*

⁷⁶ Interpretación Prejudicial emitida el 19 de febrero de 2016, en el marco del Proceso 281-IP-2015.

2. Ordenar la remoción y consecuente cancelación de la inscripción de los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Revisor Fiscal y empleados, según sea el caso por incumplimiento de las órdenes de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte, mediante providencia motivada en la cual podrá designar su remplazo u ordenar que la sociedad proceda en tal sentido. La remoción ordenada por la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, implicará una inhabilidad para cargos directivos en sociedades de la misma naturaleza, hasta por diez (10) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo correspondiente.

(...)

3. Conminar bajo apremio de multas a los administradores para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley, los estatutos, las decisiones de la Asamblea General, el Consejo Directivo o el Comité de Vigilancia.

4. Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.”

“Artículo 30. Medidas Cautelares. El Director de la Unidad Administrativa Especial –Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

(...)

b) Suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;

(...)”

“Artículo 31. Toma de posesión. La Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla o liquidarla, en los siguientes casos:

1. Cuando la sociedad de gestión colectiva no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.

2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.

3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.”

Decisión 351

“Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

(...)

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

Argumentos de la reclamante

- [158] La reclamante refiere que uno de los casos más claros donde se ejerce el "derecho de participación" referido en el artículo 45 (literal d), es en la selección de los administradores de la sociedad⁷⁷. Agrega que el primer párrafo del numeral 2) del artículo 29, de la Ley No. 1493, prevé cuatro posibilidades no contempladas en la Decisión 351 que despoja a los socios de ese derecho a participar en las decisiones de la entidad. Esas cuatro posibilidades son: (i) que la oficina nacional competente remueva a los administradores de las sociedades de gestión colectiva (...); (ii) que la entidad pública le ordene a la entidad de gestión remover a sus directivos; (iii) que la entidad pública le ordene la remoción de cualquier empleado a la sociedad de gestión colectiva; y, (iv) designar el reemplazo de tales directivos⁷⁸.
- [159] Asimismo, la reclamante refiere que la medida cautelar que permite la suspensión de dignatarios de la sociedad, atenta también contra el derecho establecido en el artículo 45 (literal d) de la Decisión 351⁷⁹.
- [160] Finalmente, la reclamante ha señalado que, mediante la facultad de "toma de posesión", la Oficina Nacional Competente puede designar administradores, celebrar contratos y delegar en terceros la gestión que realiza la SGC, lo cual, claramente anula el derecho que tienen los socios de participar en las decisiones que afectan a la entidad de gestión⁸⁰.

Argumentos de la reclamada

- [161] La República de Colombia ha señalado que el cumplimiento del artículo 45 se predica respecto de los requisitos que debe acreditar una SGC al momento de solicitar su autorización de funcionamiento. Desde luego el cumplimiento de estos requisitos debe mantenerse en vigencia de dicha autorización⁸¹.
- [162] Refiere, además, que el cumplimiento del artículo 45 se concreta en el deber que tienen los Países Miembros de exigir a las SGC la permanente observancia de dichos requisitos, entre ellos la obligación que tienen las SGC de reconocer a sus miembros un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad⁸².
- [163] Finalmente señala que, en el caso que la DNDA designe los miembros del Consejo Directivo, o de los integrantes del Comité de Vigilancia o del Gerente, o del Secretario, o del tesorero y del Revisor Fiscal, la Asamblea General (en donde participan todos los miembros de la sociedad) continúa ejerciendo su potestad como máximo órgano de decisión y, por ende, sus mandatos deben ser implementados por cualquier persona designada por dicha Oficina Nacional Competente.⁸³

⁷⁷ Foja 29 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁷⁸ Foja 28 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁷⁹ Foja 35 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁸⁰ Foja 34 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁸¹ Foja 48 del Oficio OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

⁸² Foja 48 del Oficio OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

⁸³ Foja 51 del Oficio OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

Análisis SGCAN

- [164] De manera previa, esta Secretaría General considera pertinente desarrollar el concepto de “participación apropiado” contenido en el artículo bajo análisis.
- [165] De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 45 (literal d), uno de los requisitos que deben cumplir las asociaciones que aspiren a obtener autorización para dedicarse a la gestión colectiva es que “se reconozca a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad”.
- [166] Asimismo, se debe tener en cuenta que las SGC, si bien son de carácter privado, también son de interés público, ya que protegen intereses colectivos soportados en la salvaguarda de los derechos de autor y, en últimas, del desarrollo cultural de los pueblos.⁸⁴
- [167] Para Marysol Ferreyros, citada por Ricardo Antequera Parilli, en la gestión colectiva está comprometida la defensa de los valores culturales que se manifiestan a través de las obras, interpretaciones o producciones que se confían a su administración, de modo que si los autores y artistas, por una deficiente gestión, no pueden obtener las contraprestaciones que les corresponde, se desalientan y dedican a otra actividad, así como una protección ineficaz de los productores no constituye el mejor aliento para la inversión, tanto nacional como extranjera.⁸⁵
- [168] Es, en razón a lo previamente mencionado, que las acciones del Estado quedan plenamente justificadas pues las SGC no solo deben manejar el aspecto patrimonial de los derechos cedidos a su organización, sino que, además, deben gestionar derechos de mayor envergadura tal como el de la protección de los derechos de autor, de los intereses culturales como patrimonio de la sociedad, y del interés de los propios autores en que su actividad cultural se mantenga en vigencia.
- [169] En relación a ello, el TJCA, sobre la “participación apropiada” ha señalado lo siguiente:

“(…) cuando la norma prevé que se debe reconocer a los miembros de la sociedad colectiva un derecho de ‘participación apropiado’, el legislador comunitario no estaba pensando únicamente en los autores que reciben grandes sumas de dinero por la gestión de sus derechos de autor. Estaba pensando en el interés público que está detrás de esta figura de gestión colectiva. La protección de los derechos de autor y conexos, en donde evidentemente se encuentra la labor de las mencionadas sociedades, no puede ser únicamente dirigida a la protección de los autores de ‘espectáculo rentable’, (...) pues no se puede descuidar la esencia propia de una protección de los derechos de autor: la salvaguardia de la creación del espíritu humano representada en obras, ya que esto condensa ciertos bienes culturales que le interesa a la generalidad de individuos de una sociedad.”⁸⁶

- [170] De igual manera, el TJCA ha agregado que:

⁸⁴ Interpretación Prejudicial emitida el 13 de noviembre de 2013, en el marco del Proceso 136-IP-2013.

⁸⁵ FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. La Gestión Colectiva. En ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y FERREYROS CASTAÑEDA, Marysol. *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Perú Reporting. Lima, 1996, pág. 441. Citado por ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Estudios de Derechos de Autor y Derechos Afines. Pág. 274.

⁸⁶ Interpretación Prejudicial emitida el 13 de noviembre de 2013, en el marco del Proceso 136-IP-2013.

“(...) la ‘participación apropiada’ es el espacio que la normativa comunitaria abre para una real y efectiva participación de todos los grupos de autores, intérpretes ejecutantes miembros de esas. En consecuencia, el Tribunal entiende que una participación apropiada es la que permite una adecuada participación de todos los grupos de miembros.”⁸⁷

- [171] Asimismo, la “participación apropiada” se dará, según el Tribunal, siempre bajo la supervisión de la vigilancia estatal, de conformidad con el artículo 43 de la Decisión 351, pues la inspección y vigilancia no se agota en el acto de autorización, sino que sigue en relación con las actividades que desempeña la SGC, lo que incluye, por supuesto, la autorización de cambios reglamentarios o estatutarios.⁸⁸
- [172] Habiendo realizado dicho análisis, corresponde señalar, con respecto al primer argumento de la reclamante, que el artículo 29 de la Ley No. 1493, en específico, el primer párrafo del numeral 2, se encuentra referido a las “Funciones de Control de la Dirección Nacional de Derecho de Autor”, que según criterio de la reclamante recaen en cuatro específicas: (i) que la oficina nacional competente remueva a los administradores de las sociedades de gestión colectiva (...); (ii) que la entidad pública le ordene a la entidad de gestión remover a sus directivos; (iii) que la entidad pública le ordene la remoción de cualquier empleado a la sociedad de gestión colectiva; y, (iv) designar el reemplazo de tales directivos.⁸⁹
- [173] Sobre el particular, debe mencionarse que todas las operaciones antes descritas se encuentran referidas a acciones que se realizan una vez la SGC ya ha sido constituida y se encuentra en funcionamiento. Ello pues resulta de una lógica simple determinar que, a efecto de proceder con una remoción de administradores, directivos y otros, sea a través de mandato estatal directo o indirecto, debe primero constituirse la SGC. Por lo tanto, esas actuaciones deben ser vistas bajo la óptica de las funciones de supervisión del Estado, y no a partir del artículo 45, el cual simplemente se refiere a las condiciones para otorgar la autorización de funcionamiento y que deben mantenerse en el tiempo de vida de la SGC.
- [174] Debe notarse incluso que el mismo nombre del artículo 29 de la Ley No. 1493 “Funciones de Control de la Unidad Administrativa Especial- Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior”, refiere claramente al ejercicio del “control” de las SGC y no en el nacimiento de esta. Cabe precisar que, en lo referido a la función de control de la DNDA, esta SGCAN ya se pronunció al respecto en el apartado (A) del numeral 2.2.1.
- [175] En ese sentido, dado que el artículo 45 de la Decisión 351 se encuentra dirigido a las asociaciones que aspiren obtener autorización para dedicarse a la gestión colectiva, y no a las oficinas nacionales competentes; no podría argumentarse que el artículo 29 de la Ley No. 1493 (referido a la función de control de la DNDA), vulnera o incumple lo dispuesto en el artículo 45 de la Decisión 351. En esa línea, en el marco de lo dispuesto en el literal d) del artículo 45 son las asociaciones las que deben acreditar que se reconoce a los miembros de la sociedad un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad.
- [176] Por otro lado, con respecto a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley No. 1493, referido a las medidas cautelares, dicho artículo señala claramente que estas son

⁸⁷ Interpretación Prejudicial emitida el 13 de noviembre de 2013, en el marco del Proceso 136-IP-2013.

⁸⁸ Interpretación Prejudicial emitida el 13 de noviembre de 2013, en el marco del Proceso 136-IP-2013.

⁸⁹ Foja 28 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

medidas que se podrán adoptar “en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control” de la SGC.

- [177] En el caso específico bajo análisis, es decir, el literal b) del artículo 30, referido a la medida cautelar de suspensión, se aprecia que esta se ejecuta “en el ejercicio de las funciones” de los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Revisor Fiscal de las SGC y de las entidades recaudadoras.
- [178] En consideración a ello, para el caso de la medida cautelar de suspensión dispuesta en el literal b) del artículo 30, se debe considerar el mismo desarrollo lógico-jurídico establecido respecto el artículo 29 de la Ley No. 1493, en lo referido a que dicha medida se encuentra referida a actividades de control del Estado y, por tanto, no deben analizarse bajo el enfoque del artículo 45 que, reiteramos, únicamente prevé condiciones dirigidas a las SGC para la autorización de funcionamiento.
- [179] Finalmente, con respecto a la “toma de posesión”, regulado en el artículo 31 de la Ley No. 1493, se tiene que dicho artículo menciona tres supuestos en los cuales la DNDA podrá tomar posesión de una SGC para administrarla o liquidarla: (i) cuando la SGC no quiera o no pueda gestionar los derechos; (ii) cuando sus administradores violen gravemente las normas; y, (iii) cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna la DNDA.
- [180] Sobre el particular, al igual que lo resuelto respecto de los artículos 29 y 30 de la Ley No. 1493, corresponde señalar que el artículo 31 de la Ley No. 1493 no se encuentra referido a las condiciones necesarias para la autorización de una SGC; por el contrario, se encuentra vinculado a las funciones que ejerce el Estado colombiano en el marco de las competencias otorgadas por la Decisión 351 y su legislación nacional sobre la materia.
- [181] En conclusión y por las razones expuestas en los párrafos precedentes, no se ha acreditado el supuesto incumplimiento por parte de la República de Colombia del artículo 45 (literal d) de la Decisión 351.

2.2.4. El alegado incumplimiento del artículo 45 (literal j) de la Decisión 351:

- [182] De acuerdo con señalado en el reclamo interpuesto contra la República de Colombia, el artículo 29 (numeral 2) de la Ley No. 1493, incumpliría el artículo 45 (literal j) de la Decisión 351. A continuación, se reproducen los artículos referidos:

Ley No. 1493

“Artículo 29. Funciones de control de la unidad administrativa especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior. En ejercicio del control, la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes:

2. (...)

A partir del sometimiento a control, se prohíbe a los administradores y empleados la constitución de garantías que recaigan sobre bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de las actividades de la sociedad sin autorización previa de la



Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior.

Cualquier acto celebrado o ejecutado en contravención a lo dispuesto en el presente artículo será ineficaz de pleno derecho.

El reconocimiento de los presupuestos de ineficacia previstos en este artículo será de competencia de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior, de oficio o a petición de parte en ejercicio de funciones administrativas.

(...).”

Decisión 351

“Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

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;”

Argumentos de la reclamante

[183] La reclamante refiere que el artículo 29 (numeral 2) de la Ley No. 1493, en sus párrafos segundo a cuarto, desplaza y despoja a la Asamblea General en su facultad de autorizar o vetar el uso de recursos de las sociedades de gestión para fines distintos a su objeto o giro ordinario, pues faculta el gobierno para autorizar, vetar o anular contratos que celebre la sociedad de gestión colectiva, facultad estatal que no encuentra ningún soporte en la norma que debería servirle de referencia, esto es: la Decisión 351⁹⁰.

[184] En adición, la reclamante indica que en el párrafo cuarto queda evidenciado que es la misma DNDA la que queda facultada para decretar los presupuestos de ineficacia⁹¹.

Argumentos de la reclamada

[185] La República de Colombia señaló, en su escrito de contestación, que el cumplimiento del artículo 45 se predica respecto de los requisitos que debe acreditar una SGC al momento de solicitar su autorización de funcionamiento⁹².

Análisis SGCAN

[186] Previamente a pronunciarse sobre los argumentos esgrimidos por las Partes, esta Secretaría General considera pertinente realizar un breve análisis sobre los alcances del artículo 45 (literal j) de la Decisión 351.

[187] Sobre el particular, el TJCA ha señalado lo siguiente:

⁹⁰ Foja 31 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁹¹ Foja 29 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁹² Foja 48 del Oficio OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

“Las Sociedades de gestión colectiva deben obligarse, para ser beneficiarias de una autorización de funcionamiento, salvo autorización expresa de la Asamblea General, a que las remuneraciones recaudadas en representación de sus miembros no se destinen a fines distintos a los de cubrir gastos efectivos de administración de los correspondientes derechos de autor o derechos conexos y a distribuir el importe restante de las remuneraciones entre sus miembros una vez deducidos los mencionados gastos de administración.”⁹³

[188] Asimismo, agrega el referido Tribunal que:

“(…) en virtud de la aplicación de la técnica interpretativa del argumento conforme al artículo 45 j) de la Decisión 351, se entiende que las remuneraciones percibidas por las sociedades de gestión colectiva pueden destinarse a fines distintos al de cubrir los gastos efectivos de administración, siempre y cuando se cuente con la debida autorización expresa de la Asamblea General y permitan una gestión más eficiente, sobre todo desde el punto de vista económico, de los derechos administrados, sin discriminación, en conformidad con la naturaleza y los fines de la correspondiente sociedad de gestión colectiva”⁹⁴.

[189] Ahora bien, la reclamante ha señalado que los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 29 (numeral 2) de la Ley No. 1493, desplazan y despojan a la Asamblea General en su facultad de autorizar o vetar el uso de recursos de las sociedades de gestión para fines distintos a su objeto o giro ordinario.

[190] Sobre el particular, tal y como se señaló previamente al analizar el artículo 45 (literal d) en el presente Dictamen, debe tenerse en consideración que el referido artículo 29 (segundo, tercer y cuarto párrafo), comprenden acciones a tomar una vez una SGC ha sido sometida a control, sin que de ello se infiera -ni directa ni indirectamente-, que estas acciones tengan que ver con la autorización a la cual se refiere el artículo 45 de la Decisión 351.

[191] Como se aprecia, nuevamente estaríamos frente al mismo desarrollo lógico-jurídico realizado en los acápites anteriores, respecto de que las medidas de control contenidas en el artículo 29 no deben realizarse bajo el enfoque del artículo 45 que, repetimos, únicamente prevé condiciones para la autorización de funcionamiento.

[192] Debe quedar claro que no podría realizarse una intervención a una SGC que no ha cumplido previamente con los criterios contemplados en el artículo 45 para su autorización. Incluso la misma reclamante sostiene, en la página 13 de su escrito de reclamo, que *“(…) la autorización de funcionamiento supone el cumplimiento de una serie de requisitos listados en los literales (a) a (l) del artículo 45 de la Decisión Andina 351”*.

[193] Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente traer a colación lo señalado por el TJCA en el marco del Proceso 281-IP-2015:

“Como se explicó previamente, la normativa comunitaria no determina explícitamente la naturaleza jurídica de estas sociedades, pero de la regulación contenida en el capítulo XI de la Decisión 351 se desprende que son instituciones de naturaleza privada, sin ánimo de lucro y sometidas a la

⁹³ Interpretación Prejudicial emitida el 19 de febrero de 2016, en el marco del Proceso 281-IP-2015.

⁹⁴ Interpretación Prejudicial emitida el 19 de febrero de 2016, en el marco del Proceso 281-IP-2015.

inspección y vigilancia del Estado. Adicionalmente, como se expuso en el primer tema desarrollado, las sociedades de gestión colectiva tienen por objeto principal percibir y repartir el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que forman parte del repertorio representado por ellas y perseguir los usos no autorizados de estas obras.

En consecuencia, las sociedades de gestión colectiva no deben incurrir en gastos que no respondan a lograr su objetivo o naturaleza y que puedan impedir o amenazar la realización de alguno de sus fines, como es aquel de repartir el importe restante entre sus afiliados luego de deducir los respectivos gastos de administración.

*De conformidad con lo anterior, el estatuto de una sociedad de gestión colectiva no debe permitir que ésta incurra en gastos que no respondan a sus fines y que puedan amenazar su consecución, o que contraríen la naturaleza de su propia gestión. Por lo tanto, **las sociedades de gestión colectiva no deben incurrir en gastos que amenacen la consecución de sus fines o que resulten contrarios a la naturaleza de su gestión, así lo decida la Asamblea General.***⁹⁵ (Énfasis agregado)

[194] A partir de lo expuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, queda claro que si bien conforme al artículo 45 (literal j) de la Decisión 351, las remuneraciones percibidas por las sociedades de gestión colectiva pueden destinarse a fines distintos al de cubrir gastos efectivos de administración de los derechos respectivos y distribuir; dichos gastos no deben amenazar la consecución de sus fines o resultar contrarios a la naturaleza de su gestión, “**así lo decida la Asamblea General**”.

[195] Ahora bien, tomando en cuenta lo señalado en el párrafo anterior, es menester anotar que el artículo 29 de la Ley No. 1493 no prohíbe que las sociedades de gestión colectiva destinen las remuneraciones percibidas a fines distintos; sino que requiere que la oficina nacional competente autorice (lo cual denota una supervisión del Estado) la constitución de garantías que recaigan sobre bienes propios de la sociedad, enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de las actividades de la sociedad.

[196] En ese sentido, tomando en cuenta que las SGC no deben incurrir en gastos que puedan amenazar su consecución o que contraríen la naturaleza de su propia gestión, podría considerarse adecuado que los Países Miembros -vía legislación nacional- regulen aspectos (como la exigencia de una autorización previa) que, de cierto modo, refuercen la supervisión de dicho aspecto por parte del Estado.⁹⁶ Cabe mencionar que el numeral 2.1.2 nos referimos a la naturaleza de las SGC.

[197] En conclusión y por las razones expuestas en los párrafos precedentes, no se ha acreditado el supuesto incumplimiento por parte de la República de Colombia del artículo 45 (literal j) de la Decisión 351.

2.2.5. El alegado incumplimiento de los artículos 45 (literal f) y 46 de la Decisión 351:

⁹⁵ Interpretación Prejudicial emitida el 19 de febrero de 2016, en el marco del Proceso 281-IP-2015.

⁹⁶ Sobre el particular, lo del principio de complemento indispensable.

[198] Al tenor de lo señalado en el reclamo, la función de toma de posesión (regulada en los artículos 31, 32 y 33 de la Ley No. 1493) incumplen los artículos 45 (literal f) y 46 de la Decisión 351. Dichos artículos establecen lo siguiente:

Ley No. 1493

“Artículo 31. Toma de posesión. La Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla o liquidarla, en los siguientes casos:

- 1. Cuando la sociedad de gestión colectiva no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.*
- 2. Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.*
- 3. Cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla.”*

“Artículo 32. Efectos de la toma de posesión. Como consecuencia de la toma de posesión, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor al tomar posesión deberá designar un administrador y adoptar las medidas que considere pertinentes para garantizar la gestión de los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca. Para tales efectos, el Director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor podrá celebrar un contrato de fiducia, en virtud del cual se encargue a una entidad fiduciaria la administración de la empresa en forma temporal.”

“Artículo 33. Continuidad en la gestión de derechos. Cuando por voluntad de los socios, por configurarse una causal de disolución o por decisión de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, una sociedad de gestión colectiva entre en proceso de liquidación o se encuentre imposibilitada para gestionar los derechos a ella confiados, el representante legal o el revisor fiscal deberá dar aviso a la Dirección Nacional de Derecho de Autor para que ella asegure que no se interrumpa la gestión de los derechos.

La autoridad competente procederá a celebrar los contratos que sean necesarios con sociedades de gestión colectiva o entidades recaudadoras para que sustituyan a la sociedad en proceso de liquidación o a asumir directamente en forma total o parcial las actividades que sean indispensables para asegurar la continuidad en la gestión de los derechos, en concordancia con la entidad designada en desarrollo del proceso de toma de posesión de la empresa en liquidación.”

Decisión 351

“Artículo 45.- La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 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;*

“Artículo 46.- En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”

Argumentos de la reclamante

- [199] La reclamante indica que el artículo 46 de la Decisión 453 dispone que si luego de obtener la autorización de funcionamiento, se incumple alguno de los requisitos del artículo 45 (dentro de las cuales se destaca el literal f del artículo 45 relativo a la capacidad para administrar eficazmente los derechos confiados y el respeto a las disposiciones legales), lo procedente es la revocación de la autorización, pero en modo alguno la “toma de posesión”, al que se refiere los artículos 31, 32 y 33 de la Ley No. 1493.
- [200] Asimismo, la reclamante señala que la “toma de posesión” se traduce en: i) poder de administración de la sociedad de gestión colectiva; ii) poder de voto (ya que la DNDA podría designar, sin consultar a los socios, el o los administradores de la sociedad); iii) poder de veto (la DNDA puede vetar posibles candidatos, o las decisiones administrativas de la sociedad); y, iv) poder de contratación, que incluye la posibilidad de celebrar un contrato de fiducia, para entregar, a una entidad fiduciaria, la administración de la sociedad. Al respecto, la reclamante alega que ello expropia a los autores y titulares de derecho, la administración de su propia sociedad de gestión.⁹⁷

Argumentos de la reclamada

- [201] La República de Colombia manifiesta que la legislación colombiana, en desarrollo del principio de complemento indispensable contenido en los artículos 45 (literales a y l), 46, 48 (literal d) y 51 (literales d y g) de la Decisión 351, otorgó a la Dirección Nacional de Derecho de Autor la competencia para tomar posesión de las sociedades de gestión colectiva.
- [202] En adición, la reclamada manifiesta que el derecho del artículo 46 de la norma andina, en cuanto a revocar una autorización de funcionamiento de una SGC, es una de las distintas acciones que puede ejercer la oficina nacional competente en caso de que dicha sociedad incumpla lo dispuesto en el Capítulo XI de la Decisión 351. El citado artículo indica que la revocatoria se regulará conforme la legislación nacional; lo cual hizo Colombia amparada, además, en los artículos 45 (literal a) y 51 (literal g); otorgándole a la DNDA la competencia para tomar posesión de las SGC.⁹⁸

Análisis SGCAN

- [203] De acuerdo con el artículo 45 (literal f) de la Decisión 351 uno de los requisitos que deben cumplir las asociaciones que aspiren a obtener autorización para dedicarse a la gestión colectiva es, entre otros, el de demostrar que **la sociedad** reúne las condiciones necesarias para garantizar el respeto a las disposiciones legales y a **una eficaz administración** de los derechos cuya gestión se solicita.

⁹⁷ Foja 32 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

⁹⁸ Fojas 52 y 53 del Oficio OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.



[204] Asimismo, corresponde referirse al marco de administración de las SGC frente a sus afiliados, los cuales incluyen generalmente, a decir del Tribunal, dos tipos de acciones características, a saber:

“1. Gestión contractual: las sociedades de gestión colectiva tienen la gran misión de contratar con terceros usuarios la forma y los límites a la utilización de los derechos de autor y conexos; esto incluye el pago de una remuneración, de conformidad con una lista de tarifas generales elaborada previamente por la entidad y publicada en un medio de amplia circulación nacional. (artículo 45, literal h).

2. Defensa de derechos: como ya se había adelantado, las sociedades de gestión colectiva, de conformidad con sus estatutos y lo acordado con sus afiliados, deben defender los derechos de los mismos en cualquier campo, bien sea iniciando trámites administrativos ante las entidades competentes, instaurando acciones judiciales ante los órganos judiciales pertinentes, o adelantando formas alternativas de solución de conflictos, atendiendo las normas procesales de cada País Miembro.”⁹⁹

[205] Ahora bien, de acuerdo con lo señalado por la reclamante, la “toma de posesión” referida en la Ley No. 1493 expropia a los autores y titulares de derecho, la administración de su propia sociedad de gestión, puesto que dicha “toma de posesión” se traduce en: i) poder de administración de la sociedad de gestión colectiva; ii) poder de voto (ya que la DNDA podría designar, sin consultar a los socios, el o los administradores de la sociedad); iii) poder de veto (la DNDA puede vetar posibles candidatos, o las decisiones administrativas de la sociedad); y, iv) poder de contratación, que incluye la posibilidad de celebrar un contrato de fiducia, para entregar, a una entidad fiduciaria, la administración de la sociedad.¹⁰⁰

[206] Sobre el particular, de manera similar a lo señalado en los acápites anteriores (sobre el incumplimiento de los literales d), y j) del artículo 45), es preciso indicar que el artículo 45 se encuentra vinculado a las condiciones que debe cumplir la sociedad de gestión colectiva tanto desde el comienzo de la vida de la sociedad como a lo largo de ella; y no a las funciones o “poderes” que se les ha otorgado a las oficinas nacionales competentes en el marco de la Decisión 351.

[207] Por otro lado, respecto a lo señalado por la reclamante en lo referido a que, en virtud al artículo 46, si se incumple alguno de los requisitos del artículo 45 (como el literal f) de dicho artículo), lo procedente es la revocación de la autorización, pero en modo alguno la “toma de posesión” (que incluiría poderes de administración de la DNDA); es preciso señalar que, a partir del tenor literal del artículo 46, se observa que dicho artículo es de gran amplitud.

[208] En efecto, se aprecia que el artículo 46 prevé que, en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la normativa andina por una SGC, la autorización de la sociedad de gestión colectiva “podrá” ser revocada. En otros términos, los Países Miembros tienen expedita la facultad de revocar la autorización de la SGC; por lo que esta SGCAN entiende que se trata de una norma permisiva o facultativa.

[209] Asimismo, se debe tomar en cuenta que esta facultad de dictar la revocación de la autorización se definiría y ejercería “de conformidad con lo dispuesto en las

⁹⁹ Interpretación Prejudicial emitida el 6 de febrero de 2013, en el marco del Proceso 120-IP-2012.

¹⁰⁰ Foja 32 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.



legislaciones internas” de los Países Miembros”. Así, se le permitiría a un País Miembro determinar, por ejemplo, que una medida de revocación (esto, es anular su capacidad para operar como una SGC) pueda ser precedida por una medida menos definitiva o drástica, como podría ser la suspensión (en concordancia con el literal c del artículo 47 de la Decisión 351¹⁰¹), una intervención administrativa o una toma de posesión interina de la SGC. En efecto, estas medidas serían menos drásticas porque la SGC podría seguir funcionando y se afectaría menos a los asociados de la entidad.

- [210] En adición, podría entenderse que en la medida que el Estado tiene facultades expresas para tomar una medida más grave (“lo más”), como sería revocar la licencia de funcionamiento¹⁰² y cerrar una SGC, también podría tomar una medida menos grave (“lo menos”), a saber, intervenir a la SGC de modo interino y ciertamente excepcional.
- [211] En cualquier caso, el artículo 46 establece que la revocación se haría de conformidad con las legislaciones internas de los Países Miembros. En consecuencia, la modalidad, contenido y alcance de la revocación pueden determinarse libremente por el País Miembro interesado.
- [212] El artículo 46 también es amplio en dar la facultad de revocar al Estado. En el caso de la República de Colombia dicha facultad recae en manos de quien concedió la autorización de funcionamiento a la SGC, es decir, la DNDA, como autoridad competente en la materia. A quien, le asiste la posibilidad de poder tener esta competencia dada por la legislación nacional, con fundamento en los artículos 46 y 51 de la Decisión 351.
- [213] En conclusión y por las razones expuestas en los párrafos precedentes, no se ha acreditado el supuesto incumplimiento por parte de la República de Colombia de los artículos 45 (literal f) y 46 de la Decisión 351.

2.2.6. El alegado incumplimiento del artículo 47 de la Decisión 351:

- [214] De acuerdo a los argumentos esgrimidos por la reclamante, serían el artículo 27 (numeral 5) y su párrafo de la Ley No. 1493, los que incumplirían el artículo 47 de la Decisión 351. A continuación, se reproducen los artículos referidos:

Ley 1493

“Artículo 27.- Otras Facultades de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior. Respecto de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior tendrá además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior las siguientes:

¹⁰¹ Sobre el particular, esta Secretaría General reflexiona sobre el hecho que el artículo 47 no define lo que se entiende por “sanción”. Ello tendría que ser definido por la legislación interna del País Miembro. ¿Podría considerarse como una “sanción” la revocación de la licencia de funcionamiento de una SGC? En caso afirmativo, ¿No podría considerarse también una forma de sanción la suspensión temporal de la licencia de funcionamiento de la SGC, o la intervención administrativa o la toma de posesión de la SGC?

¹⁰² Decisión 351

“Artículo 46.- En caso de incumplimiento de lo dispuesto en el presente Capítulo, la autorización de la sociedad de gestión colectiva podrá ser revocada de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los Países Miembros.”

(...)

5. Iniciar investigaciones y, si es del caso, imponer sanciones administrativas a la sociedad de gestión colectiva o entidad recaudadora o a los miembros del Consejo Directivo, a los integrantes del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero, al Revisor Fiscal o a los demás administradores (...).

PARÁGRAFO. A los miembros del Consejo Directivo, los integrantes del Comité de Vigilancia, el Gerente, Secretario, Tesorero o del Revisor Fiscal se les podrá imponer las sanciones de amonestación, multa, suspensión o remoción del cargo. En el caso de imposición de multas estas podrán ser de hasta cincuenta (5) salarios mínimos mensuales. Los pagos de las multas que se impongan conforme a este artículo a personas naturales, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual está vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta objeto de sanción.

“Artículo 47.- La autoridad nacional competente podrá imponer a las sociedades de gestión colectiva, las siguientes sanciones:

- a) Amonestación;*
- b) Multa;*
- c) Suspensión; y,*
- d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.”*

Argumentos de la reclamante

[215] La reclamante refiere que la potestad otorgada a la DNDA por el artículo 27 (numeral 5 y su parágrafo) vulnera el artículo 47 de la Decisión 351, que restringió la facultad sancionatoria respecto de la sociedad de gestión como tal, sin ampliarla a sus administradores. Asimismo, señala que la Ley No. 1493 creó un régimen sancionatorio no previsto por el legislador comunitario en la Decisión 351, puesto que esta contempla únicamente facultades sancionatorias respecto de las SGC como personas jurídicas, pero no para sus dignatarios.¹⁰³

[216] Una lectura cuidadosa del literal d) del artículo 47 deja claro que lo que se le permite al País Miembro es legislar sobre sanciones diferentes a las señaladas en los literales a) a la c), pero no se desprende de su texto que el legislador comunitario hubiera querido ampliar el espectro subjetivo que fue claramente delimitado en el enunciado del artículo 47.¹⁰⁴

Argumentos de la reclamada

[217] La República de Colombia señaló, en su escrito de contestación, que la participación tutelar del Estado en esta materia no se limita a otorgar o denegar el permiso de funcionamiento; sino que también, dichas sociedades están sometidas a su supervisión, de manera que pueden ser sancionadas en sede administrativa, conforme al artículo 47 de la Decisión 351 y lo que al respecto se contemple además en las legislaciones nacionales.¹⁰⁵ Asimismo, agrega que al tenor de lo descrito por el artículo 47 la necesidad de aplicar el principio de complemento indispensable se

¹⁰³ Foja 35 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹⁰⁴ Foja 36 del escrito de reclamo presentado por SAYCO, recibido el 10 de diciembre de 2018.

¹⁰⁵ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo; ANTEQUERA HERNÁNDEZ, Alberto; y ANTEQUERA HERNÁNDEZ, Enrique. Op. Cit., Pág. 138.



extiende también a las sanciones establecidas por las legislaciones internas de los Países Miembros.¹⁰⁶

[218] Adicionalmente, la reclamada precisó, que los actos adelantados por miembros del consejo directivo, del comité de vigilancia, el gerente, el secretario general, el tesorero, el revisor fiscal y demás administradores, no se pueden entender de manera aislada, así como tampoco tienen una consecuencia particular ajena a la suerte de la sociedad de gestión colectiva; por lo que resulta a penas previsible que la responsabilidad por inadecuados manejos no sea asumida solo por la persona jurídica.¹⁰⁷

[219] De otro lado, la República de Colombia cita al autor Ricardo Antequera, quien señala, entre otros aspectos, que *“no hubo consenso entre las delegaciones y la Secretaría Técnica (...), en cuanto a Reglamentar en la Decisión la posibilidad de sanciones (...) para los directivos y administradores de las entidades de gestión (...), lo que no impide que las leyes internas contengan disposiciones al respecto.”*¹⁰⁸

Análisis de la SGCAN

[220] Sobre el particular, esta Secretaría General observa que, de acuerdo con el artículo 47 de la Decisión 351, la autoridad nacional competente puede imponer a las SGC las siguientes sanciones: a) amonestación; b) multa; c) suspensión; y; d) las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.

[221] Ahora bien, la reclamante señala que, de una interpretación al artículo 47 (literal d) no se puede inferir que los Países Miembros tengan la facultad para imponer sanciones a los directivos u órganos de control de las SGC, sino únicamente a la SGC como tal.

[222] Al respecto, si bien el artículo 47 de la Decisión 351 establece sanciones aplicables “a las sociedades de gestión colectiva” (aspecto subjetivo que también enmarca a lo dispuesto en el literal “d” de dicho artículo); es preciso tomar en consideración lo dispuesto artículo 51 (literal g), el cual señala que las oficinas nacionales de derecho de autor son competentes para *“Las demás que determinen las respectivas legislaciones internas de los Países Miembros”*.

[223] En ese sentido, es criterio de esta Secretaría General, que las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos se encuentran facultadas para –vía el artículo 51 (literal g)-, establecer en sus legislaciones internas otras competencias como bien puede ser otorgar atribuciones a la autoridad nacional competente para imponer sanciones.

[224] Esta interpretación de la SGCAN encuentra apoyo en lo dicho por Ricardo Antequera, quien manifestó lo siguiente:

“L. La gestión colectiva.-

(...)

(...) No hubo consenso entre los expertos y la Secretaría Técnica de la Junta del Acuerdo de Cartagena, en cuanto a reglamentar en la Decisión la

¹⁰⁶ Foja 34 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

¹⁰⁷ Foja 44 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

¹⁰⁸ Fojas 46 al 47 de la Comunicación OALI-02, recibido el 12 de febrero de 2019 por la Secretaría General.

*posibilidad de sanciones (destitución, inhabilitación para ejercer cargos, etc.), **para los directivos o administradores de las entidades de gestión incursos en graves irregularidades, lo que no impide que las leyes nacionales contengan disposiciones al respecto.***¹⁰⁹ (Énfasis agregado)

[225] Como se aprecia, a decir de Ricardo Antequera, los gestores de la norma sí habían previsto la posibilidad de que se puedan establecer, vía normativa interna, sanciones para los directivos, administradores, etc. de la SGC.

[226] Por otro lado, y sin perjuicio de lo previamente señalado, cabe agregar que el literal d) del artículo 51 de la Decisión 351 señala que las Oficinas Nacionales de Derecho de Autor y Derechos Conexos son competentes para: “d) *Aplicar, de oficio o a petición de parte, las sanciones contempladas en la presente Decisión o en las legislaciones internas de los Países Miembros;*”. (Énfasis agregado)

[227] En relación a lo señalado en el literal d) del artículo 51, el autor Ricardo Antequera ilustra lo siguiente:

“M. El registro y la participación tutelar del Estado.-

(...)

Por ello, las atribuciones más importantes confiadas a las oficinas nacionales por la Decisión 351 (artículo 51), son las siguientes:

(...)

*3. Aplicar las sanciones administrativas contempladas en la misma Decisión y aquellas que prevean las respectivas leyes nacionales, **que no se limitan a las que puedan imponerse a las entidades de gestión**, sino también a los infractores de los derechos sobre las obras, interpretaciones, producciones o emisiones protegidas.*¹¹⁰ (Énfasis agregado)

[228] A partir del texto citado se puede observar, de acuerdo con lo expresado por Ricardo Antequera, las sanciones que pueden aplicar los Países Miembros “no se limitan” a las que puedan imponerse a las entidades de gestión; por lo que resulta válido que la República de Colombia haya otorgado competencias para sancionar a otros sujetos.

[229] En conclusión, y por las razones expuestas en los párrafos precedentes, no se ha acreditado el supuesto incumplimiento por parte de la República de Colombia del artículo 47 de la Decisión 351.

2.3. Sobre el alegado incumplimiento de los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina:

[230] En el escrito de reclamo, la reclamante ha señalado que la República de Colombia incumple lo dispuesto en los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en los cuales se dispone lo siguiente:

“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.”

¹⁰⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “El Derecho de Autor y el Derecho Comunitario Andino: La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”. En Revista de Derecho Internacional Económico. Aspectos Jurídicos de las Relaciones Económicas Internacionales. Volumen 1. Número 2. pp. 142.

¹¹⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. “El Derecho de Autor y el Derecho Comunitario Andino: La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos”. En Revista de Derecho Internacional Económico. Aspectos Jurídicos de las Relaciones Económicas Internacionales. Volumen 1. Número 2. pp. 142-144.



“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 de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.”

“Artículo 36.- Los Países Miembros de la Comunidad Andina velarán por el cumplimiento de las disposiciones del presente Tratado y en particular de la observancia por parte de los jueces nacionales a lo establecido en la presente Sección [De la Interpretación Prejudicial].”

[231] Como se puede observar, los precitados artículos establecen la obligación que tienen los Países Miembros de cumplir con las disposiciones que conforman el ordenamiento jurídico andino y adoptar las medidas que resulten necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas disposiciones.

[232] Sobre el particular, en el presente caso al haberse determinado que la reclamada NO ha incumplido con sus obligaciones derivadas de los artículos 43, 44, 45 (literales d, f y j), 46, 47, 51 (literal b) de la Decisión 351, corresponde también determinar que la reclamada no ha incumplido los artículos 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

VI. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES COMUNITARIAS.-

[233] Por todo lo anterior, la Secretaría General de la Comunidad Andina, con base en las consideraciones que se anteponen, la información suministrada por las Partes y los motivos expuestos en el presente Dictamen, considera que no ha quedado demostrado que la República de Colombia haya incumplido obligaciones derivadas del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Jorge Hernando Pedraza
Secretario General