



SUMARIO
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA

	Pág.
PROCESO 01-AI-2019	
Acción de incumplimiento presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia contra la República de Colombia.....	2

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA****PROCESO 01-AI-2019**

Acción de incumplimiento presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia contra la República de Colombia

Magistrado ponente: Hernán Rodrigo Romero Zambrano

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la ciudad de San Francisco de Quito, reunido en Sesión Judicial celebrada por medios telemáticos¹ el 11 de marzo de 2022, adopta por unanimidad la presente Sentencia.

En la acción de incumplimiento presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (en adelante, Sayco) contra la República de Colombia (en lo sucesivo, Colombia).

VISTO:

La audiencia pública celebrada por medios telemáticos el 6 de abril de 2021.

Los escritos de alegatos de conclusión presentados por Colombia el 13 de abril de 2021 y por Sayco el 14 de abril de 2021.

El escrito de solicitud de coadyuvancia del 6 de mayo de 2021 y el de regularización de la referida solicitud del 22 de julio de 2021 presentados por la Asociación Peruana de Autores y Compositores (en adelante, Apdayc).

CONSIDERANDO:

Que, el TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA (en adelante, el TJCA o el Tribunal) es competente para conocer de la presente controversia en virtud de lo previsto en el Artículo 25 de su Tratado de Creación², concordado con las normas del Capítulo II del Título III de su Estatuto³, mediante las cuales se

¹ De conformidad con lo establecido en el art. 17 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

² Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, codificado por la Decisión 472 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.

³ Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, aprobado por la Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores.





regula lo pertinente a la acción de incumplimiento.

Que, se han observado las formalidades inherentes a la acción de incumplimiento, sin que exista irregularidad procesal alguna que invalide lo actuado.

Que, en este estado procesal y habiéndose agotado todo el trámite conforme lo establece la normativa comunitaria andina, se procederá a dictar Sentencia, para lo cual el Tribunal estima necesario referirse a los siguientes aspectos:

1. ANTECEDENTES

Proceso seguido ante el TJCA (principales hechos)

- 1.1. El 2 de mayo de 2019, Sayco presentó ante este Tribunal demanda en acción de incumplimiento contra Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de la aprobación y puesta en vigencia de los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011 (por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de control y sanción sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones), los cuales manifestarían un excesivo intervencionismo estatal, violarían las disposiciones de la Decisión 351 – Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos⁴ que establecen los límites del ámbito de inspección y vigilancia que un país miembro puede efectuar sobre las Sociedades de Gestión Colectiva (en adelante, la o las SGC).
- 1.2. Mediante Auto del 28 de agosto de 2019, el TJCA decidió admitir a trámite la demanda y otorgó a Colombia plazo para contestar la demanda.
- 1.3. Por Oficio OALI 1-2019-026542 del 9 de octubre de 2019, Colombia presentó escrito de contestación a la demanda y excepciones previas.
- 1.4. Mediante Auto del 22 de octubre de 2019, el TJCA decidió dar por contestada la demanda por parte de Colombia y puso en conocimiento de la demandante las excepciones previas planteadas por Colombia.
- 1.5. Por escrito del 1 de noviembre de 2019, la demandante contestó las excepciones previas presentadas por Colombia.
- 1.6. Mediante Auto del 13 de marzo de 2020, el Tribunal decidió declarar infundadas las excepciones previas de falta de competencia, falta de requisitos formales de la demanda y cosa juzgada planteadas por la demandada en relación con la primera pretensión de la demanda; y fundadas las excepciones previas de falta de jurisdicción, falta de competencia del Tribunal e indebida naturaleza de la acción planteadas por la demandada respecto de la segunda pretensión de la demanda.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 145 del 21 de diciembre de 1993.





- 1.7. Por Auto del 24 de febrero de 2021, el TJCA decidió no abrir término de prueba y convocar a audiencia pública a las partes del presente proceso.
- 1.8. El 6 de abril de 2021 se celebró la audiencia pública (por medios telemáticos) entre las partes del presente proceso.
- 1.9. Por escritos del 13 y 14 de abril de 2021, Colombia y Sayco, respectivamente, presentaron sus alegatos de conclusión.
- 1.10. Mediante escrito del 6 de mayo de 2021, Apdayc presentó solicitud de coadyuvancia, y por escrito del 22 de julio de 2021 regularizó la mencionada solicitud.

Principales argumentos de la demandante (Sayco)

- 1.11. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por Sayco en su demanda, la audiencia pública y su escrito de alegatos de conclusión:
 - (i) La conducta que constituiría el incumplimiento por parte de Colombia sería la aprobación o sanción de los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 del 26 de diciembre de 2011, pues dichos artículos desconocerían los arts. 43, 44, 45 (literal d), 51 (literal b) de la Decisión 351 y de los arts. 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del TJCA.
 - (ii) Con la aprobación de los referidos arts. de la Ley 1493 de 2011 se le habría otorgado a la autoridad nacional competente, facultades que irían más allá de la inspección y vigilancia (reconocidas por la Decisión 351); esto es, facultades como las de control y toma de posesión desconociendo la voluntad del legislador andino expresada en la Decisión 351 consistente en que el Estado solo pueda supervisar la labor de las SGC, lo cual no se podría traducir en intervencionismo ni estatismo.
 - (iii) Concretamente, existirían funciones asignadas por la Ley 1493 de 2011 que rebasarían el marco de inspección y vigilancia con el que la Decisión 351 facultó a las autoridades nacionales competentes en relación con las SGC, tales como:
 - (iii.1) Sujetar a las SGC al control del Estado (arts. 24, 28 y 34 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.2) Ordenar la modificación de cláusulas estatutarias (art. 29.1 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.3) Promover planes y programas —obligatorios— al interior de la SGC (art. 29.2 de la Ley 1493 de 2011).
 - (iii.4) Remover administradores, auditores y demás empleados de las SGC (art. 29.2 de la Ley 1493 de 2011).





- (iii.5) Tomar posesión de la SGC: designar administrador y entregar a una fiduciaria la gestión de la SGC (art. 32 de la Ley 1493 de 2011).
- (iii.6) Suspender a los administradores como medida cautelar (art. 30 de la Ley 1493 de 2011).

Principales argumentos de la demandada (Colombia)

1.12. A continuación, se resumen los principales argumentos esbozados por Colombia en su contestación a la demanda, la audiencia pública y su escrito de alegatos de conclusión:

- (i) Las medidas colombianas relacionadas con la supervisión a las SGC no serían ajenas o extrañas a las adoptadas por otros países miembros de la Comunidad Andina.
- (ii) La competencia para que la autoridad nacional competente; esto es, la Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior de Colombia (en adelante, la DNDA), ejerza las actividades de control descritas por los arts. 24, 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 de 2011 obedecería a una política pública del Estado colombiano.
- (iii) El control antes referido habría sido establecido por virtud de la figura del complemento indispensable descrita por los arts. 44, 45 (literales a y l), 46, 47 (literal d) y 51 (literales d y g) de la Decisión 351, la cual confiere suficiente espacio para que los países miembros desarrollen su política pública en relación con la actividad que ejercen las SGC.

2. CUESTIONES EN DEBATE

Considerando los argumentos de la demanda y de la contestación a la demanda, así como de lo alegado por las partes en la audiencia pública, en sus alegatos de conclusión y en escritos adicionales, los puntos controvertidos que constituyen objeto de la sentencia del TJCA son:

- (i) De la acción de incumplimiento.
- (ii) De la controversia en la presente acción de incumplimiento.
- (iii) Consideraciones previas:
 - (iii.1) Las SGC reducen costos de transacción.
 - (iii.2) La posición monopólica de las SGC.
 - (iii.3) La intensidad de la regulación depende de la magnitud del interés público involucrado: la magnitud de las externalidades negativas que podría ocasionar la actividad regulada.
 - (iii.4) La SGC y el interés público subyacente.
 - (iii.5) Las potestades de supervisión y control de los actos de administración de las SGC.
 - (iii.6) La potestad sancionadora sobre las SGC.
- (iv) Del principio de complemento indispensable.
- (v) Del análisis de las disposiciones de la Ley 1493 de 2011.





- (vi) Del análisis de la solicitud de coadyuvancia presentada por Apdayc.
- (vii) De la condena en costas solicitada por la parte demandante.

3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DEBATE

3.1. De la acción de incumplimiento

3.1.1 Naturaleza y alcances de la acción de incumplimiento

3.1.1.1. El art. 107 del Estatuto del TJCA otorga competencia a este órgano jurisdiccional para pronunciarse respecto de la conducta de un país miembro considerada contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, a fin de dar cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de Cartagena⁵.

3.1.1.2. En vinculación con ello, los arts. 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del TJCA desarrollan las reglas procedimentales y los órganos comunitarios intervinientes en la acción de incumplimiento.

3.1.1.3. El art. 23 establece el procedimiento aplicable cuando dicha acción es promovida por la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la SGCA)⁶ y el art. 24, cuando es promovida por un país miembro⁷.

⁵ Estatuto del TJCA.-

«Artículo 107.- Objeto y finalidad

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación.»

⁶ Tratado de Creación del TJCA.-

«Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.»

⁷ Tratado de Creación del TJCA.-

«Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el





3.1.1.4. Por su parte, el art. 25 desarrolla los supuestos en los que la acción de incumplimiento es promovida por personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos⁸.

3.1.1.5. En armonía con lo previsto en el art. 23 del Tratado de Creación del TJCA, en las acciones de incumplimiento promovidas por personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos también corresponde que el caso sea previamente remitido a la SGCA a fin de que esta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento.

3.1.1.6. En esa línea, solo en determinados supuestos —taxativamente establecidos por la norma—, las personas naturales o jurídicas pueden acudir directamente ante el TJCA. Así, por ejemplo, cuando la SGCA no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a la fecha de presentación del reclamo.

3.1.2 Finalidad de la acción de incumplimiento

3.1.2.1 De conformidad con lo prescrito en el art. 107 del Estatuto del TJCA y en el art. 23 del Tratado de Creación del TJCA, la acción de incumplimiento tiene por finalidad que un país miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario andino, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos asumidos en el marco del Acuerdo de Cartagena.

3.1.2.2 En la sentencia emitida en el Proceso 07-AI-99 se recalcó que al TJCA le corresponde garantizar que los países miembros cumplan las normas que integran el ordenamiento jurídico comunitario andino, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen. Textualmente, se dispuso lo siguiente:

«Requisito fundamental para la existencia y el logro de las finalidades del proceso de integración subregional originado en el Acuerdo de Cartagena y para el cumplimiento de los derechos y obligaciones que dentro del mismo adquirieron los Países Miembros, es el control de la legalidad del sistema, cuya salvaguardia ha sido encomendada a este Tribunal desde el preámbulo

cual deberá ser motivado. Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal.

Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal. Si la Secretaría General no emitiera su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.»

⁸ Tratado de Creación del TJCA.-

«Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.»



mismo de su Tratado Fundacional, en donde se le caracteriza como el órgano jurisdiccional exclusivo, del más alto nivel, con capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente. En tal virtud le corresponde, en primer lugar, velar por la recta aplicación del ordenamiento jurídico comunitario conformado en el mismo Tratado que le da origen y, en segundo lugar, garantizar que los Países Miembros cumplan las normas que lo integran, respeten su intangibilidad y se abstengan de adoptar medidas que lo contraríen.

Esta acción, establecida y regulada en los artículos 23 a 27 del Tratado de Creación constituye el instrumento por excelencia, mediante el cual el Tribunal está llamado a vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Países Miembros de acatar y no obstaculizar la aplicación de las normas que constituyen el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena.»

(Subrayado agregado)

3.1.2.3 En ese sentido, la acción de incumplimiento es el instrumento procesal del que se sirve la normativa comunitaria andina para garantizar, controlar y vigilar que los países miembros acaten (dimensión positiva) y no obstaculicen (dimensión negativa) la aplicación del ordenamiento jurídico comunitario andino, conforme a las obligaciones adquiridas en el marco del Acuerdo de Cartagena.

3.1.2.4 No se trata, por tanto, de un mecanismo que faculte al TJCA a identificar o perseguir conductas de incumplimiento de los países miembros para retribuir las o sancionarlas, sino que su finalidad se encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, en garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.

3.1.3 La acción de incumplimiento como vía paralela a los tribunales nacionales competentes (jurisdiccionales o administrativos)

3.1.3.1 Sobre el particular, el art. 25 del Tratado de Creación del TJCA dispone que:

«Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa.»

(Subrayado agregado)

3.1.3.2 En esa línea, el art. 31 del Tratado de Creación del TJCA establece que:



«Artículo 31.- Las personas naturales o jurídicas tendrán derecho a acudir ante los Tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno, cuando los Países Miembros incumplan lo dispuesto en el Artículo 4 del presente Tratado, en los casos en que sus derechos resulten afectados por dicho incumplimiento.»

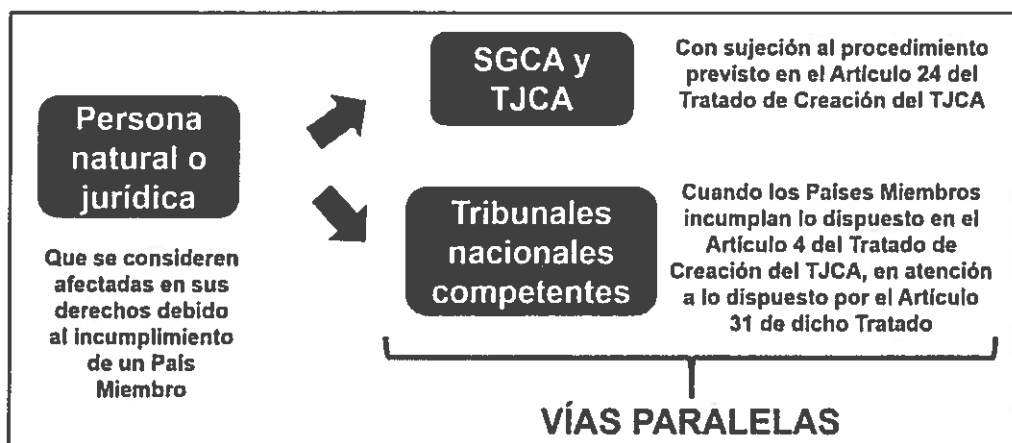
(Subrayado agregado)

3.1.3.3 Conforme a lo previsto en los arts. 25 y 31 del Tratado de Creación del TJCA, las personas naturales o jurídicas que se consideren afectadas en sus derechos debido al incumplimiento de un país miembro se encuentran facultadas a optar por estas vías paralelas:

- Acudir ante la SGCA y el TJCA con sujeción al procedimiento previsto en el art. 24 del Tratado de Creación del TJCA (acción de incumplimiento).
- Acudir ante los tribunales nacionales competentes conforme al derecho interno cuando resulten afectados por el incumplimiento del Artículo 4 del Tratado de Creación del TJCA⁹.

3.1.3.4 De esta manera, la normativa faculta que las personas naturales o jurídicas puedan elegir reclamar la afectación de sus derechos vulnerados debido al incumplimiento de un país miembro ante la jurisdicción comunitaria (SGCA y TJCA); o, ante el tribunal nacional competente correspondiente, conforme se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico



Fuente: arts. 4, 24 y 31 del Tratado de Creación del TJCA.
Elaboración propia.

⁹ Tratado de Creación del TJCA.-

«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.»





- 3.1.3.5 De esta manera, la normativa comunitaria faculta, para el caso de los particulares, dos posibilidades de acción no simultáneas (vías paralelas alternativas, pero excluyentes¹⁰); esto es, la jurisdicción comunitaria de la SGCA y el TJCA conforme al primer párrafo del art. 25 del Tratado de Creación del TJCA; o, los tribunales nacionales competentes en virtud de lo previsto en el art. 31 de la misma norma¹¹.
- 3.1.3.6 Dicha regla se condice también con el requisito de admisibilidad contemplado en el literal c) del art. 49 del Estatuto del TJCA, norma que dispone que el actor de la acción de incumplimiento debe adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante la jurisdicción nacional.
- 3.1.3.7 Así, por ejemplo, frente a un acto administrativo que viola o incumple una norma andina, el administrado afectado por dicho acto puede acudir al proceso contencioso administrativo (vía nacional) o incoar la acción de incumplimiento comunitaria, en este último supuesto, el interesado deberá acudir primero ante la SGCA.
- 3.1.4 **La acción de incumplimiento y su diferencia con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y con la acción de nulidad**
- 3.1.4.1 La acción de incumplimiento a cargo del TJCA no constituye un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción. Por tanto, en vía de acción de incumplimiento el TJCA no puede anular o revocar actos administrativos, como tampoco puede otorgar derechos o declararlos, ni restablecer situaciones jurídicas subjetivas vulneradas.
- 3.1.4.2 Por la acción de incumplimiento el TJCA tiene la competencia para verificar y, de ser el caso, declarar el incumplimiento de un país miembro al derecho comunitario andino. Será este país, en ejecución de la sentencia, el que tomará las medidas necesarias y pertinentes para lograr el cese del incumplimiento.
- 3.1.4.3 La acción de incumplimiento no es un mecanismo que faculte al TJCA a declarar la existencia de derechos particulares, sino que su finalidad se

¹⁰ La doctrina ha señalado que fue a través del Protocolo de Cochabamba que se otorgó legitimación a las personas naturales o jurídicas para formular el reclamo ante la SGCA, a causa del incumplimiento de cualquiera de los Países Miembros, siempre que el incumplimiento de que se trate haya afectado los derechos del reclamante (art. 25). Asimismo, precisó que esta nueva legitimación introducida en el Protocolo Modificador del Tratado se integró a la que el Tratado original les otorgaba (art. 27) y el actual mantiene (art. 31) de acudir ante los Tribunales nacionales competentes para obtener la reparación de los daños causados por el incumplimiento.

Iris González de Troconis, *Solución de Controversias por Incumplimiento de los Estados en el Régimen Jurídico de la Comunidad Andina. La cuestión de la efectividad*. Tesis de Doctorado en Derecho con mención en Derecho Económico y de la Empresa, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2007.

¹¹ Fabián Novak Talavera, *La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico*. En: AA.VV., *Derecho Comunitario Andino*, Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, pp. 93 y 94.





encuentra enfocada en lograr el cumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por los países miembros; esto es, garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico comunitario andino.

3.1.4.4 En la acción de incumplimiento el TJCA solo analiza si los criterios o fundamentos jurídicos contenidos en los actos administrativos (resoluciones administrativas) o jurisdiccionales (sentencias) contravienen o no el ordenamiento jurídico comunitario andino y no entra a valorar medios probatorios. En este sentido, y dado que el TJCA no entra a valorar medios probatorios, es que la acción de incumplimiento no puede ser considerada como un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, como tampoco un recurso de revisión.

3.2. De la controversia en la presente acción de incumplimiento

3.2.1. La controversia de la acción de incumplimiento, en el caso concreto, tiene por objeto determinar hasta qué punto la legislación interna de Colombia^{12,13}, en aplicación del principio de complemento indispensable, puede otorgar a la DNDA¹⁴ potestades de control y sanción sobre las SGC adicionales a las potestades de inspección y vigilancia previstas en la Decisión 351, como es la potestad de remover y nombrar a administradores y órganos de control interno, la potestad de tomar la posesión (administración) estatal de la SGC, entre otras.

3.3. Consideraciones previas:

3.3.1. Las SGC reducen costos de transacción

3.3.1.1 Si no existieran las SGC, los autores (de obras literarias, artísticas, musicales, audiovisuales, coreográficas, fotográficas, etc.), los intérpretes, los ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (en adelante, **los titulares de derechos de autor y derechos conexos**) tendrían que autorizar la utilización de obras, interpretaciones, ejecuciones, producciones fonográficas o emisiones de radiodifusión, así como negociar y recaudar las regalías correspondientes, con cada uno de los usuarios que utilizan en sus actividades económicas los mencionados derechos, los que pueden ser cines, empresas de radio o televisión (de señal abierta o cerrada), discotecas, bares, restaurantes, hoteles, empresas de transporte (terrestre, aéreo, marítimo, fluvial) y los miles de establecimientos comerciales u otros que utilizan tales creaciones intelectuales como parte de sus actividades económicas y, a su vez, estos miles de establecimientos comerciales u otros tendrían que solicitar autorización y negociar el pago de remuneraciones con cada uno de los miles de titulares de derechos de autor y derechos conexos, lo que sería,

¹² Para el caso en concreto, los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32 y 34 de la Ley 1493 de 2011.

¹³ Así como la legislación interna de los otros países miembros de la Comunidad Andina.

¹⁴ Aplicable también a las oficinas nacionales competentes de los otros países miembros de la Comunidad Andina.





en términos económicos, costosísimo para ambas partes. Las SGC, al intermediar entre los titulares de derechos de autor y derechos conexos y los usuarios de estos derechos, reducen los costos de transacción involucrados, logrando, de manera eficiente, que los primeros perciban los beneficios de sus derechos de propiedad intelectual y los segundos utilicen dichos derechos en sus actividades económicas y sociales.

3.3.2. La posición monopólica de las SGC

- 3.3.2.1 A mayor número de titulares de derechos de autor y derechos conexos miembros de una SGC y a mayor el número de usuarios, la gestión colectiva se beneficia de economías de red, de economías de escala y se vuelve más valiosa la participación de cada miembro y usuario adicional, todo lo cual genera una barrera de entrada al mercado para un competidor¹⁵: una SGC del mismo rubro, género o rama. Por tanto, e independientemente de si la legislación nacional estableciera o no un monopolio legal, lo cierto es que en la práctica es sumamente complicado que compitan dos o más SGC del mismo rubro (género o rama) entre sí, como sería, hipotéticamente hablando, que dos o tres sociedades de autores y compositores compitieran entre sí al interior de un país miembro.
- 3.3.2.2 Existe un monopolio (o monopsonio), cuando en el mercado relevante hay un solo agente que oferta (o compra) un determinado bien o servicio, el cual carece de sustitutos razonables. La ausencia de sustitutos razonables es lo que realmente otorga la condición de monopolio (o poder de mercado). Es un error pensar que la gestión individual es un sustituto de la gestión colectiva porque para los titulares de derechos de autor o derechos conexos no es indistinto el optar por la gestión individual o la colectiva, en la medida que las características, precios y condiciones de ambas difieren. Se podría sospechar de cierta sustituibilidad en mercados en los que la gestión individual disciplina¹⁶ el monto de las tarifas de la gestión colectiva, pero no existe evidencia de que algo así ocurra en los países miembros de la Comunidad Andina.
- 3.3.2.3 La mencionada situación monopólica se traduce en que una SGC tiene, también en la práctica, y en su respectivo rubro (género o rama), dos mercados cautivos. El primero, relacionado con los titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por la SGC; y, el segundo, respecto de los usuarios de dichos derechos. Así, por ejemplo, en el caso de una SGC que agrupa a autores y compositores (el rubro), tratándose de la gestión colectiva (que es distinta a la individual), los autores y compositores constituyen un mercado cautivo pues no tienen otra elección¹⁷ (en el país miembro de que se trate) que acudir a la única SGC

¹⁵ Con cada titular de derecho de autor o conexo adicional y con cada usuario adicional, disminuye el costo total medio de la gestión colectiva, de una manera bastante similar a lo que ocurre en las industrias de red que califican como monopolios naturales.

¹⁶ Es decir, que la gestión individual evitara el incremento de las tarifas de la gestión colectiva.

¹⁷ En el supuesto de que opten por la gestión colectiva.



de ese rubro; y lo mismo ocurre respecto de los usuarios que utilizan en sus actividades económicas los derechos de los autores y compositores, pues ellos no pueden elegir a qué entidad le pagan las regalías, sino que el pago lo tienen que efectuar, necesariamente, ante la única SGC del rubro, que es la SGC que agrupa a autores y compositores. Para dichos usuarios, esta SGC es un monopolio.

3.3.2.4 En la medida que, en la práctica, una SGC actúa en régimen de monopolio, su presencia constituye lo que se conoce como una falla de mercado (el poder de mercado que existe ante la ausencia de competencia efectiva), lo que justifica la intervención regulatoria del Estado con el objetivo de evitar abusos tanto respecto de los miles de titulares de los derechos gestionados por ella como con relación de los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares.

3.3.2.5 Dicha intervención regulatoria se expresa en que el Estado autoriza el funcionamiento de la SGC, le aprueba sus estatutos (y sus modificaciones), ejerce sobre ella facultades de inspección y vigilancia (fiscalización y supervisión) —como, por ejemplo, el requerimiento de información y documentación—, le ordena la realización de auditorías contables y financieras, le aprueba sus reglamentos (de socios, de tarifas y de distribución), le impone sanciones en casos de incumplimiento normativo (multas, la suspensión o la revocación de la autorización de funcionamiento), etc.

3.3.3. **La intensidad de la regulación depende de la magnitud del interés público involucrado: la magnitud de las externalidades negativas que podría ocasionar la actividad regulada**

3.3.3.1 El Estado regula, a través de potestades administrativas (reglamentaria, de policía, de fiscalización, de sanción, entre otros), las actividades económicas y sociales con el objeto de evitar daños a los involucrados (a los que realizan la actividad y a los destinatarios de ella) y a terceros (personas ajenas a la transacción, el ambiente, etc.), lo que se traduce en la prevención, reducción o eliminación de externalidades negativas.

3.3.3.2 La intervención del Estado es más o menos intensa en función del interés público involucrado, de modo que si la actividad es susceptible de generar pocas externalidades negativas (v.g., afectar a pocas personas), la intervención será leve, mientras que si ella puede generar muchas externalidades negativas (v.g., afectar a muchas personas), la intervención será mayor. Si la actividad podría afectar a pocas personas, la intervención del Estado será leve al limitarse a autorizar el funcionamiento del establecimiento y fiscalizarlo. En cambio, si la actividad podría afectar a muchas personas, la intervención estatal se torna más intensa, pudiendo comprender la obtención de autorizaciones o permisos adicionales, la exigencia de reservas legales, el establecimiento de limitaciones y prohibiciones a los actos de gestión, la aprobación de cláusulas generales de contratación, y/o la exigencia de seguros obligatorios, según las circunstancias de cada caso concreto.





3.3.4. La SGC y el interés público subyacente

3.3.4.1 El interés público que preocupa respecto del funcionamiento de una SGC son los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella y los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares. Lo que busca la normativa andina y nacional existente es evitar que la SGC abuse (o se aproveche indebidamente) de los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella y de los miles de usuarios de dichos derechos. Por el número de posibles afectados, el interés público subyacente es significativo, como ocurre con los miles de ahorristas que tienen los bancos o los miles de asegurados que tienen las compañías de seguros. De alguna forma, las SGC se asemejan a los bancos y a las compañías de seguros, por lo que la intervención del Estado no se reduce a la autorización de su funcionamiento, sino que, además, requiere el control de aspectos relativos a la administración de estas entidades. En la página 15 de la demanda¹⁸, citando a Ricardo Antequera Parilli, Sayco reconoce que las SGC, al igual que los bancos y las compañías de seguros, son organizaciones privadas que pueden afectar intereses colectivos.

3.3.5. Las potestades de supervisión y control de los actos de administración de las SGC

3.3.5.1 De conformidad con lo establecido en los arts. 43 y 44 de la Decisión 351, las SGC están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización para su funcionamiento, la cual se concederá solo si dichas entidades cumplen con los siguientes requisitos:

- a) Que se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los países miembros;
- b) Que 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

¹⁸ Ver folio 9 del expediente.





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 comunicación 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.

3.3.5.2 Se advierte del listado de requisitos antes consignado que la supervisión (fiscalización) que ejerce el Estado sobre las SGC es intensa, y esta intensidad llega a los actos de administración de dichas entidades (participación apropiada de los miembros en la decisiones de la entidad, distribución equitativa de las regalías, transparencia y administración eficaz, aprobación de determinados reglamentos, aprobación y publicación de balance general y estados financieros, limitaciones para los gastos administrativos, reglas para cubrir los gastos efectivos de administración, entre otros). La autoridad administrativa no suele inmiscuirse en los actos de administración de restaurantes, ferreterías, discotecas o sastrerías, que son establecimientos comerciales que operan previa obtención de la autorización administrativa correspondiente, pero sí lo hace respecto de compañías como bancos, entidades financieras, seguros, cooperativas, fondos de inversión, entre otros, que además de contar con autorización para su funcionamiento, se encuentran obligadas a cumplir con ámbitos regulatorios que inciden sobre la administración de dichas compañías.

3.3.5.3 Adicionalmente, el art. 48 de la Decisión 351 establece que las tarifas a cobrar por parte de las SGC deben ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los países miembros expresamente dispongan algo distinto; y su art. 50 señala que las SGC están obligadas a inscribir ante la oficina nacional competente, en los términos que determinen las legislaciones de los países andinos, la designación de los miembros de sus órganos directivos, así como los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras.





- 3.3.5.4 La autoridad administrativa no suele inmiscuirse en los precios de los restaurantes, ferreterías, discotecas o sastrerías, tampoco les exige a esta clase de establecimientos registrar a sus órganos directivos, lo que no ocurre con las SGC, donde resulta razonable establecer parámetros de control sobre sus tarifas dada la natural situación de monopolio de estas entidades, así como registrar a los integrantes de sus órganos directivos como parte del proceso de supervisión intensa que existe sobre los actos de administración de dichas entidades.
- 3.3.5.5 Lo anterior revela que las SGC, si bien son organizaciones privadas, también son de interés público, pues la actividad que realizan puede afectar un interés colectivo (los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas y los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares) que justifica la necesidad de ejercer sobre ellas un intenso nivel de regulación y control. Como lo ha mencionado este Tribunal a través de su jurisprudencia: «...las sociedades de gestión colectiva 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...»¹⁹.
- 3.3.5.6 En su jurisprudencia, esta Corte Internacional ha reconocido que la autoridad nacional competente tiene competencia para ejercer las siguientes potestades de fiscalización, supervisión, inspección, vigilancia y control sobre las SGC, que inciden sobre sus actos de administración:

Sobre los gastos de la SGC

- a) Verificar que los gastos en los que incurre la SGC tienen por objeto la consecución de sus fines institucionales, como son percibir o recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que ellas representan, negociar las autorizaciones por concepto de uso de obras que formen parte del repertorio que representan, perseguir los usos no autorizados de tales obras y distribuir el importe restante entre los asociados (o afiliados).²⁰
- b) Verificar que la SGC no incurra en gastos que no respondan a su objeto o naturaleza y que impidan o amenacen la realización de alguno de sus fines, como el repartir el importe restante entre sus afiliados luego de deducir los respectivos gastos de administración.²¹

¹⁹ Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014, p. 73 de dicha Gaceta.
Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE2295.pdf>

²⁰ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3123 del 27 de octubre de 2017, p. 12.
Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3123.pdf>

²¹ *Ibidem*, p. 13





- c) Verificar, respecto de la SGC, que son permisibles los gastos que le permitan recaudar el dinero proveniente de autorizaciones acordadas sobre el repertorio que representan, negociar las autorizaciones por el uso de las obras que administran y perseguir los usos no autorizados de dichas obras con mayor eficiencia, principalmente económica, de manera tal que ningún asociado vea mermado el monto correspondiente a las regalías percibidas por parte de la SGC, en nombre de este, por concepto del uso o explotación de sus obras, interpretaciones, ejecuciones o fonogramas.²²
- d) Verificar que la SGC cuenta con los suficientes recursos humanos y técnicos para el cumplimiento de sus fines institucionales y así garantizar la recaudación de las regalías que corresponden a sus afiliados, así como la posible efectividad de la gestión en el extranjero del repertorio que se aspira administrar.²³

Sobre el reparto de las regalías recaudadas entre los titulares de derechos (los asociados o sus causahabientes)

- e) Verificar que las remuneraciones recaudadas por la SGC se destinen exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y conexos, así como a los gastos que implica gestionar dichos derechos, salvo que la Asamblea General o los asociados acuerden fines adicionales que no contravengan o desnaturalicen la razón de ser de la SGC.²⁴
- f) Verificar, respecto de las normas de reparto de la SGC, que una vez deducidos los gastos administrativos hasta por el porcentaje máximo previsto en las disposiciones legales o estatutarias, se garantice 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.²⁵

Sobre la participación apropiada de los miembros en la toma de decisiones de la SGC

- g) Verificar, respecto de las reglas de participación de los asociados en las decisiones de la SGC, que de ninguna manera se vulnere el derecho de los miembros que no hagan parte de la expansión en el

²² Ibidem, p. 14.

²³ Interpretación Prejudicial 387-IP-2016 del 11 de mayo de 2017, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3050 del 26 de junio de 2017, p. 27.
Disponibile en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/GACE3050.pdf>

²⁴ Ibidem, 26 y 27.

²⁵ Literal e) del art. 45 de la Decisión 351 e Interpretación Prejudicial 64-IP-2018 del 16 de septiembre de 2019, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3789 del 24 de octubre de 2019, p. 27.
Disponibile en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203789.pdf>





mercado, pues a ellos los puede mover más un interés cultural, artístico o literario.^{26, 27}

Sobre el particular, el TJCA ha señalado que se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación, como la antigüedad de los socios; su representación en ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes; entre otros criterios que permitan una participación adecuada.²⁸

La exigencia de transparencia y auditoría

- h) Verificar que la SGC tenga reglamentos de socios, de tarifas y de distribución; que publique 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; y que remita a sus miembros, información periódica,

²⁶ Interpretación Prejudicial 550-IP-2016 del 14 de diciembre de 2018, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3663 del 17 de junio de 2019, p. 20.
Disponible en: <https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gaceta%203663.pdf>

²⁷ Respecto de la participación apropiada de los afiliados en las decisiones de la SGC, el TJCA, en la Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 del 13 de noviembre de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014, 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 sopesando 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"; esta no es ni puede ser la finalidad de dicha protección. Si bien la industria del espectáculo, en todos sus niveles, genera grandes sumas de dinero, 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.

El Tribunal advierte que una cosa es la distribución equitativa de los recaudos, y otra es la participación en las decisiones de la entidad. La normativa comunitaria, de conformidad con lo expuesto, no puede hacer depender la participación al nivel de distribución. Debe quedar claro que las sociedades de gestión colectiva no tienen un carácter eminentemente mercantil.

Por lo tanto, el legislador comunitario, precisamente con la norma estudiada, previó una adecuada participación de todos los miembros de la sociedad colectiva: los artistas de "gran rentabilidad" y los que no han logrado o no les interesa dicha "gran rentabilidad". De conformidad con el interés público que cobija las sociedades de gestión colectiva, la participación apropiada es el espacio que la normativa comunitaria abre para una real y efectiva participación de todos los grupos de autores, intérpretes o ejecutantes miembros de éstas.

En consecuencia, el Tribunal entiende que una participación apropiada es la que permite una adecuada participación de todos los grupos de miembros. En este sentido, las sociedades de gestión colectiva sí pueden generar reglas de participación, pero de ninguna manera vulnerando el derecho de miembros que no hagan parte de la expansión en el mercado, ya que a éstos los mueve un interés cultural, artístico o literario. Se puede normar la participación en la toma de decisiones estableciendo ciertos criterios de participación de conformidad con lo mencionado: antigüedad de los socios, representantes de ciertos grupos de autores, intérpretes o ejecutantes, entre otros muchos que permitan una participación adecuada.»

²⁸ Interpretación Prejudicial 550-IP-2016, p. 20.



completa y detallada sobre todas las actividades de la SGC que puedan interesar al ejercicio de sus derechos.²⁹

3.3.5.7 Este Tribunal advierte del listado antes citado dos asuntos a destacar. El primero, que en efecto, la supervisión efectuada sobre las SGC no es superficial, sino que es tan invasiva que ingresa al terreno de los actos de gestión o administración de estas entidades (el controlar sus gastos, el verificar el reparto equitativo de los ingresos por concepto de regalías, el constatar la existencia de recursos humanos suficientes, el verificar que los miembros —e independientemente de si los titulares reciben o no grandes sumas de dinero por las gestiones de sus derechos— gocen de un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, entre otros). El segundo, que la necesidad de supervisar los actos de gestión o administración, hablando terminológicamente, va más allá de una simple inspección y vigilancia, arribando al ámbito del término «control», que es una forma de intervención más intensa. El término «control» ha sido expresamente reconocido por el TJCA en la Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017³⁰, oportunidad en la cual esta Corte señaló lo siguiente:

«...En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial control y supervisión por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.»³¹

(Énfasis agregado)

3.3.5.8 La jurisprudencia de este Tribunal acredita que las SGC no solo están sometidas a la «inspección y vigilancia» de la oficina nacional competente, sino también a su «control y supervisión», cuatro verbos (a los que sin ningún problema se le podrían agregar los verbos «monitorear», «fiscalizar», «auditar») que evidencian una intervención estatal intensa que tiene por objeto asegurar que el funcionamiento y administración de dichas entidades no perjudique a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas, como tampoco a los usuarios que utilizan dichos derechos en el mercado. Esta intervención estatal intensa se asemeja a la que los países ejercen sobre los bancos y las aseguradoras, precisamente para cautelar los intereses de los miles de ahorristas y asegurados.

3.3.6. La potestad sancionadora sobre las SGC

3.3.6.1 Las funciones de inspección, vigilancia, fiscalización, supervisión y control sobre las SGC han sido acompañadas de una potestad muy importante que

²⁹ Literales g), h) e i) del art. 45 de la Decisión 351 e Interpretación Prejudicial 64-IP-2018, p. 13.

³⁰ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 3123 del 27 de octubre de 2017.

³¹ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015, p. 53.





tiene por objeto garantizar el cumplimiento de la normativa andina y nacional, que es la sancionadora, tal como se advierte de las siguientes disposiciones de la 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.

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.»

3.3.6.2 Este órgano jurisdiccional aprecia, de los artículos antes citados, que la norma andina faculta a los países miembros no solo a revocar (cancelar) la autorización de funcionamiento de la SGC, sino que también los faculta a la «suspensión», lo que puede comprender tanto la suspensión de las actividades de la SGC como la suspensión de las funciones de sus órganos de dirección.

3.4. Del principio de complemento indispensable

3.4.1. De conformidad con lo expuesto en el acápite 3.2. de la presente sentencia, la controversia tiene por objeto determinar hasta qué punto la legislación interna de Colombia, en aplicación del **principio de complemento indispensable**, puede otorgar a la DNDA potestades de control y sanción sobre las SGC adicionales a las de inspección y vigilancia previstas en la Decisión 351.

3.4.2. 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, bajo el pretexto de reglamentar normas comunitarias, establecer nuevos derechos u obligaciones o modificar los ya existentes y previstos en las normas comunitarias.³²

3.4.3. No obstante lo anterior, 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, le corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecten el derecho comunitario o, restrinjan aspectos



³² Interpretación Prejudicial 340-IP-2019 de fecha 29 de julio de 2020, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 4037 del 30 de julio de 2020, p. 35.



esenciales por él regulado de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la norma comunitaria.³³

3.4.4. En ese sentido, este Tribunal ha señalado lo siguiente:

«...son solo dos los escenarios en los que la norma nacional puede complementar a la norma andina:

- (i) El primero, cuando un asunto o tema no está regulado en la norma andina. En este caso, ante el silencio de la norma andina, la norma nacional puede abocarse al conocimiento de dicho asunto o tema y regularlo normativamente; y,
- (ii) El segundo, cuando la norma andina regula una materia en términos generales y autoriza que algún extremo de ella sea desarrollado de manera más detallada o concreta por la legislación interna de los países miembros. (...)

En cualquiera de los dos supuestos antes mencionados, la regulación del asunto o materia por la norma nacional no puede transgredir ni el texto ni la *ratio legis* de la norma andina.

...Ejemplo del primer escenario es el Artículo 276 de la Decisión 486 (...), el cual dispone que “[l]os asuntos sobre Propiedad Industrial no comprendidos en la presente Decisión, serán regulados por las normas internas de los Países Miembros”. Por virtud del principio de complemento indispensable, todo aquello sobre propiedad industrial que no está contemplado en la Decisión 486 es susceptible de ser regulado por la normativa interna de los países miembros, sin que ello suponga la posibilidad de contradecir alguna disposición de dicha norma andina. Un ejemplo del segundo escenario es el Capítulo IX de la Decisión 351 (...), que va del Artículo 29 al 32 y regula lo referido a la transmisión y cesión de derechos. Su Artículo 29 establece que el derecho de autor puede ser transmitido por sucesión de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable. Su Artículo 30 señala que las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los países miembros. Los dos artículos mencionados, por vía del principio de complemento indispensable, autorizan a las legislaciones internas a regular aquello que en términos muy generales está mencionado en la norma andina...»³⁴

- 3.4.5. Como se podrá advertir, de las disposiciones de la Decisión 351, examinadas conjuntamente con la jurisprudencia de este Tribunal, se aprecia que el legislador andino ha considerado pertinente que el principio de complemento indispensable (segundo escenario) se desarrolle plenamente en esta materia. Así, en el art. 45, referido a los requisitos para la obtención de la autorización de funcionamiento de una SGC, el literal l)

³³ Interpretación Prejudicial 142-IP-2015 de fecha 24 de agosto de 2015, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2614 del 23 de octubre de 2015; y, la Interpretación Prejudicial 67-IP-2013 de fecha 8 de mayo de 2013, publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2226 del 16 de agosto de 2013.

³⁴ Interpretación Prejudicial 340-IP-2019, p. 36.





de dicho artículo agrega que se deben cumplir los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los países miembros, lo que evidentemente significa que estos cuentan con la prerrogativa de añadir más requisitos para autorizar el funcionamiento de una SGC. La revocación de la autorización de funcionamiento, prevista en el art. 46 de la Decisión 351, está supeditada a lo que dispongan las legislaciones internas de los países miembros, los cuales pueden tipificar en una norma con rango de ley las diversas causales que podrían originar la revocación o cancelación de la autorización de funcionamiento de estas entidades. En lo referido a las sanciones, el literal d) del art. 47 habilita a los países miembros a establecer otras sanciones a las SGC, además de la amonestación, multa y suspensión, como puede ser la remoción o destitución de las autoridades de las SGC o, como *ultima ratio*, la toma de posesión (el control de la administración) de las SGC.

- 3.4.6. Lo mismo ocurre tratándose de las tarifas, en las que el art. 48 de la Decisión 351 ha habilitado plenamente a los países miembros a establecer algo distinto a lo mencionado en dicho artículo. Este es un caso especial de aplicación del principio de complemento indispensable, pues se ha autorizado a los países, en lo atinente a las tarifas de las SGC, a establecer condiciones, requisitos y limitaciones distintos a los contemplados en el mencionado artículo. Esto se encuentra plenamente justificado en atención a que, por lo general, las SGC actúan como monopolios, por lo que el control que debe realizar el Estado sobre sus precios o tarifas debe ser mayor, como el hecho mismo de aprobar administrativamente dichas tarifas. En la medida que no es factible la presencia de competencia efectiva, la existencia de condiciones monopólicas revela una falla de mercado que debe ser corregida con los instrumentos legales y económicos pertinentes, lo que va desde establecer parámetros para fijar las tarifas hasta la aprobación misma de dichas tarifas por la autoridad administrativa competente nacional.
- 3.4.7. El principio de complemento indispensable tiene dos límites connaturales: el primero, que la legislación nacional no viole el derecho andino³⁵; y, el segundo, que, en la medida que la legislación nacional desarrolla vacíos contenidos en la norma andina, debe mantener la razonabilidad o proporcionalidad que guía a esta.
- 3.4.8. El segundo aspecto merece una mayor explicación. Si bien por el principio de complemento indispensable, los países miembros se encuentran autorizados a complementar la legislación andina con legislación nacional, esta no puede establecer cualquier cosa en cualquier sentido o dirección. No solo se trata de que la legislación nacional no contradiga el derecho andino, sino que debe respetar los principios que guían a esta, como son los principios de razonabilidad y progresividad, los cuales establecen límites naturales al ejercicio de las potestades más exorbitantes de la

³⁵ Salvo, claro está, que la propia norma andina autorice a los países a legislar de modo distinto a lo previsto en el derecho andino, como es el caso del mencionado art. 48 de la Decisión 351 referido a las tarifas de las SGC.





administración pública, aquellas que implican una restricción o limitación significativa de los derechos o libertades involucrados.

3.5. Del análisis de las disposiciones de la Ley 1493 de 2011

En este punto corresponde al TJCA verificar si las disposiciones de la Ley 1493 de 2011 cuestionadas por la demandante, constituyen o no un incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino por parte de Colombia.

3.5.1. Del art. 24 de la Ley 1493 de 2011³⁶

3.5.1.1 No se aprecia incumplimiento alguno en el art. 24 de la Ley 1493 de 2011, pues el término «control» ha sido reconocido expresamente por el TJCA como una de las potestades que puede ejercer la oficina nacional competente sobre las SGC.

3.5.1.2 Tal como se ha señalado en los párrafos 3.3.5.7 y 3.3.5.8 de la presente sentencia, el término «control» ha sido expresamente reconocido por el TJCA en la Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017, oportunidad en la cual esta Corte señaló lo siguiente:

«...En conclusión, las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un especial control y supervisión por parte del Estado. El Artículo 43 de la Decisión 351 establece que dichas sociedades están sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.»³⁷

(Énfasis agregado)

Como se puede advertir, la jurisprudencia de esta Corte internacional acredita que las SGC no solo están sometidas a la «inspección y vigilancia» de la oficina nacional competente, sino también a su «control y supervisión».

3.5.1.3 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 24 de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

³⁶ Ley 1493 de 2011.-

«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.

Parágrafo. Las disposiciones del presente capítulo aplicarán también, en lo pertinente, a las entidades recaudadoras constituidas por las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos.»

³⁷ Interpretación Prejudicial 525-IP-2015, p. 53.





3.5.2. Del art. 27 (numeral 9) de la Ley 1493 de 2011³⁸

3.5.2.1 En lo que respecta art. 27 (numeral 9) de la Ley 1493 de 2011, tampoco se observa incumplimiento alguno, pues en la Interpretación Prejudicial 136-IP-2013 de fecha 13 de noviembre de 2013³⁹, el TJCA mencionó que la inspección y vigilancia ejercida sobre las SGC no se agota en el acto de autorización, sino que se mantienen a lo largo del funcionamiento de estas entidades, lo que incluye la autorización de cambios reglamentarios y estatutarios:

«Lo anterior siempre bajo la vigilancia estatal, de conformidad con el artículo 43 de la Decisión 351. Por lo tanto, dicha inspección y vigilancia no se agota en el acto de autorización, sino que sigue en relación con las actividades que desempeña la sociedad de gestión colectiva, lo que incluye, por supuesto, la autorización de cambios reglamentarios o estatutarios.»

3.5.2.2 En consecuencia, la autoridad nacional competente sí puede ordenar a la SGC la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a lo establecido en la legislación interna.

3.5.2.3 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 27 (numeral 9) de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.3. Del art. 28 de la Ley 1493 de 2011⁴⁰

3.5.3.1 En lo que respecta al art. 28 de la Ley 1493, resulta pertinente mencionar que el TJCA ha reconocido expresamente que los países miembros pueden «controlar» a las SGC, y este control incide de manera especial en los actos de administración de la SGC, por lo que resulta absolutamente razonable que, en ejercicio del principio de complemento indispensable, se haya establecido que la DNDA, mediante acto administrativo, puede ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier SGC. En la medida que la oficina nacional competente tiene competencia para

³⁸ Ley 1493 de 2011.-

«Artículo 27. *Otras Facultades de la Unidad Administrativa Especial – Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior.* (...)

(...)

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

(...)

³⁹ Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena núm. 2295 del 17 de febrero de 2014.

⁴⁰ Ley 1493 de 2011.-

«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.»





controlar los gastos de la SGC, verificar el reparto equitativo de los ingresos por concepto de regalías, constatar la existencia de recursos humanos suficientes, verificar que los miembros —e independientemente de si reciben o no grandes sumas de dinero por las gestión de sus derechos— gocen de un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, etc., es razonable que dicha oficina pueda ordenar medidas provisionales, cautelares, correctivas y definitivas conducentes a corregir o subsanar cualquier situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de las SGC. Por ejemplo, si la SGC incurre en gastos que violan la normativa andina o nacional (v.g., aportar a la campaña política de un candidato, donar automóviles de lujo a los miembros del consejo directivo, etc.), la autoridad nacional le puede ordenar, como medida correctiva, que deje de incurrir en tales actos, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.

3.5.3.2 Si bien son diversos los actos de administración supervisados por la autoridad administrativa, hay tres actos que revisten una importancia particular:

- a) **Los órganos de dirección de la SGC no pueden decidir con absoluta libertad sin la participación de los miembros.** La SGC tiene que reconocer a sus miembros un derecho de participación apropiado en las decisiones de la entidad, lo cual no depende de la «rentabilidad» de los derechos explotados. Por tanto, la SGC debe establecer mecanismos adecuados para que los miembros⁴¹ («todos los grupos de miembros») se vean representados, de una u otra forma, en la toma de decisiones de la SGC (v.g., el derecho de elegir a los miembros del Consejo Directo desde la asamblea General, el otorgar a esta la facultad de ratificar determinadas designaciones o validar la adopción de gastos especiales, etc.) y la oficina nacional competente debe fiscalizar que esto realmente ocurra, y si no ocurre, pues entonces deberá emitir las medidas correctivas o sancionatorias correspondientes a efectos de garantizar que sí ocurra.
- b) **Los órganos de dirección de la SGC no pueden disponer con absoluta libertad de las remuneraciones recaudadas.** Estas tienen que destinarse exclusivamente a los titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ella, así como a los gastos que implica gestionar dichos derechos, y tales remuneraciones deben repartirse equitativamente, en forma proporcional a la utilización real de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas, o fonogramas. Para que la autoridad administrativa competente pueda verificar esta exigencia del derecho comunitario, tiene que tener facultades solventes en lo concerniente a la capacidad de efectuar requerimientos de información y documentación, efectuar visitas inopinadas (y levantar allí la información y documentación correspondiente), ordenar la realización de auditorías, imponer

⁴¹ Asociados o no.





medidas cautelares (provisionales) y correctivas (definitivas) y establecer sanciones.

- c) Los órganos de dirección de la SGC no pueden gastar con absoluta libertad los ingresos percibidos por concepto de regalías. Los gastos solo pueden tener por objeto la consecución de los fines institucionales. La SGC no puede incurrir en gastos que no respondan a su objeto o naturaleza, y debe evitar que los gastos impidan o amenacen la realización de sus fines. El art. 45 (literal e) de la Decisión 351 señala que las disposiciones legales (nacionales) o estatutarias (las que son aprobadas por la autoridad nacional competente) pueden establecer un porcentaje máximo para los gastos administrativos. Esta disposición es la que revela con bastante claridad el grado de injerencia que puede tener el Estado sobre las SGC. La jurisprudencia de este Tribunal ha precisado, además, el nivel de control que se puede ejercer sobre los gastos administrativos, que es el asunto que permite garantizar que los órganos de dirección de la SGC no abusen ni de los titulares de los derechos de autor y derechos conexos ni de los usuarios (los que utilizan estos derechos en sus actividades económicas). El tema de los gastos se encuentra estrechamente vinculado con las tarifas, las que, como se ha explicado, son controladas por la autoridad administrativa, dada la condición monopólica en la que actúan las SGC.

3.5.3.3 Los tres temas antes mencionados permiten apreciar que las SGC no gozan de la libertad intrínseca a cualquier asociación civil o sociedad mercantil. Su libertad de asociación, su libertad de organización interna, su libertad de empresa, como queramos llamarla, se encuentra severamente limitada por el interés público involucrado. El Estado, a través de una disposición legal, podría establecer que los gastos administrativos no pueden superar un porcentaje máximo determinado de los ingresos por concepto de remuneraciones; y también por otra disposición legal podría establecer un esquema de aprobación de las tarifas de la SGC.

3.5.3.4 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 28 de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.4. Del art. 29 de la Ley 1493 de 2011⁴²

⁴² Ley 1493 de 2011.-

«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.





- 3.5.4.1 Como se ha afirmado párrafos arriba, las SGC actúan, en la práctica, en régimen de monopolio. Así, mañana podrían duplicar sus tarifas, y en seis meses volverlas a duplicar. Si no hay competencia efectiva, ¿qué podría impedir que lo hagan? Y los ingentes ingresos provenientes de esta actuación monopólica podrían derivar en un despilfarro de recursos, de modo que los órganos de dirección podrían asumir gastos superfluos o excesivos en perjuicio de los intereses de los asociados. El derecho andino busca evitar esta situación, por lo que en el art. 45 de la Decisión 351 no solo se han consignado limitaciones en lo relativo a los gastos administrativos y parámetros para el reparto de los ingresos, sino que también se ha autorizado a los países miembros, vía el principio de complemento indispensable, que establezcan requisitos adicionales en su legislación interna.
- 3.5.4.2 Teniendo presente el contexto descrito, en principio, este Tribunal encuentra razonables las facultades otorgadas a la DNDA en el art. 29 de la Ley 1493, en particular la competencia para ordenar la remoción de los órganos directivos de la SGC por incumplimiento de las órdenes de dicha autoridad, o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte. ¿Qué ocurriría si la SGC, en desacato a las órdenes de la autoridad, sigue incurriendo en gastos administrativos excesivos? Es evidente que, en un escenario de esta naturaleza, la oficina nacional competente debe contar con los instrumentos legales idóneos para forzar a la SGC a disminuir sus gastos, lo que podría hacerse a través de la remoción de los órganos de dirección de la SGC.

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.

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.»





- 3.5.4.3 Sin embargo, se advierten dos excesos que vulneran los principios de razonabilidad y progresividad⁴³.
- 3.5.4.4 Para entender el primer exceso, resulta pertinente recordar que el control y supervisión acentuado que se da sobre las SGC tiene por objeto garantizar una administración eficiente, eficaz y transparente de las regalías que se recaudan, de modo que haya una repartición equitativa de los beneficios y no haya despilfarro o gastos excesivos, de allí que, como se ha explicado en párrafos precedentes, dicho control y supervisión incide sobre diversos actos de administración de esta clase de entidades. En la medida que el *quid* del asunto es la administración o gestión de la SGC, la potestad de remover tiene que estar dirigida hacia todos aquellos funcionarios que ostentan el control, o influencia decisiva sobre el control, de la administración de la sociedad, pues es a través del control de la administración que se puede evitar el incumplimiento de la normativa que exige la participación apropiada de los miembros en la toma de decisiones, la distribución equitativa de las regalías entre los titulares de derechos y que los gastos tengan por objeto cumplir los fines institucionales.
- 3.5.4.5 El control de la administración es ejercido por los órganos de dirección, de apoyo y de auditoría de mayor jerarquía, que son los designados por la Asamblea General (el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia y el Revisor Fiscal) o por el Consejo Directivo (el Gerente General, el Secretario y el Tesorero), pues son estos los que cuentan con poder de decisión, o una influencia decisiva, sobre los actos de administración. Sin embargo, el numeral 2 del Artículo 29 de la Ley 1493 extiende la facultad de remoción

⁴³ Como se mencionó en el párrafo 3.4.8 (pág. 23) de la presente Sentencia, si bien por el principio de complemento indispensable, los países miembros se encuentran autorizados a complementar la legislación andina con legislación nacional, esta no puede establecer cualquier cosa en cualquier sentido o dirección. No solo se trata de que la legislación nacional no viole el derecho andino, sino que debe respetar los principios que guían a esta, como son los principios de razonabilidad y progresividad, los cuales establecen límites naturales al ejercicio de las potestades más exorbitantes de la administración pública, aquellas que implican una restricción o limitación significativa de los derechos o libertades involucrados.

Los países miembros fundaron la Comunidad Andina sobre la base de los principios de igualdad, justicia, paz, solidaridad y democracia (ver parte considerativa del Acuerdo de Cartagena). El principio rector justicia, a su vez, se encuentra integrado por diversos principios ordenadores de un Estado de Derecho, como son el de legalidad, el del debido proceso y todos aquellos que tienen incidencia en el ejercicio de potestades punitivas y exorbitantes, como son el de tipicidad, de razonabilidad, de progresividad, de la presunción de inocencia, de retroactividad benigna, entre otros.

La legislación nacional expedida al amparo del principio de complemento indispensable, reiteramos, no solo no debe transgredir el derecho andino, sino que debe encauzarse en los principios jurídicos que lo guían. Es así que, para este Tribunal, máximo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario andino, la legislación nacional que, en aplicación del principio de complemento indispensable, establezca potestades exorbitantes sobre sujetos de derecho regulados por el ordenamiento andino, debe respetar los principios «de razonabilidad» y «de progresividad», los cuales hacen parte de un principio mayor que es el «de proporcionalidad».





hacia cualquier empleado, inclusive a los que no tienen poder de decisión o influencia decisiva sobre los actos de administración de las SGC.

3.5.4.6 Resulta absurdo, por ejemplo, que la DNDA pretenda la remoción de la secretaria del Gerente General o de un asistente legal del Gerente Legal, pues ni la secretaria ni el mencionado asistente tienen poder de dirección o una influencia decisiva. La remoción debe recaer en los que tienen el control de la administración de la SGC, o una importante influencia sobre dicho control, que son el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.

3.5.4.7 Por otro lado, la DNDA debe ejercer estos poderes exorbitantes con proporcionalidad, lo que significa que deben ser ejecutados con «progresividad»; es decir, primero el más atenuado, y ante la falta de eficacia de este, proceder con el más gravoso. En tal sentido, primero debería remover a los órganos y ordenar a la SGC que proceda a designar a los reemplazantes, y solo en el escenario en el que los reemplazantes designados por la SGC persistieran en el incumplimiento normativo, la DNDA designaría a los nuevos reemplazantes.

3.5.4.8 En tal sentido, para que no haya violación de los principios de razonabilidad y progresividad, y por tanto tampoco violación del derecho andino, la DNDA debe proceder en el sentido siguiente:

- a) La remoción debe dirigirse únicamente hacia los órganos que tienen el poder de control de la administración de la SGC, o una influencia decisiva en dicho control: el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.
- b) Ante un escenario de remoción de los órganos que tienen el control (o una influencia decisiva en el control) de la administración de la SGC, esta debe tener la oportunidad (en primer lugar) de designar a los reemplazantes; y solo si los reemplazantes designados por la SGC persisten en el incumplimiento normativo, la DNDA está facultada para designar a los nuevos reemplazantes correspondientes.

3.5.4.9 En tal sentido, por ejemplo, si la DNDA removiera al Consejo Directivo, debería darse la oportunidad a la Asamblea General de designar al nuevo Consejo Directivo; y si el nuevo Consejo Directivo, designado por la Asamblea General, persistiera en la violación del derecho andino o nacional aplicable, entonces la DNDA podría designar al nuevo Consejo Directivo. De la misma forma, si la DNDA removiera al Gerente General, debería darse la oportunidad al Consejo Directivo de designar al nuevo Gerente General, pero si este persistiera en el incumplimiento normativo, entonces el Consejo Directivo perdería su facultad de designarlo, de modo que sería la DNDA la que nombraría al nuevo Gerente General.

3.5.4.10 Por lo expuesto, este Tribunal considera que una interpretación literal del art. 29 de la Ley 1493 de 2011, podría generar una violación de los





principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino. No obstante ello, si se interpreta y aplica el citado art. 29 de la Ley 1493 de 2011, en concordancia con los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al referido ordenamiento jurídico, estaremos frente a un escenario de compatibilidad entre las disposiciones nacionales impugnadas y los principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario andino.

3.5.4.11 Así, corresponde dejar claramente establecido que una interpretación conforme a los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al referido ordenamiento jurídico, se traduce en entender que la remoción de los órganos de una SGC únicamente alcanza a los órganos con poder de decisión en el control (o una influencia decisiva en el control) de los actos de administración de las SGC, así como que la designación de los reemplazantes de los órganos removidos recae en primer lugar en la SGC, y solo si los designados por la SGC persisten en el incumplimiento normativo, recién entonces la DNDA podría designar a los reemplazantes.

3.5.4.12 En consecuencia, este Tribunal considera que el art. 29 de la Ley 1493 de 2011 no viola el derecho andino siempre y cuando sea interpretado y aplicado a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, tal como se ha explicado precedentemente.

3.5.5. Del art. 30 (literal b) de la Ley 1493 de 2011⁴⁴

3.5.5.1 Toda vez que la remoción de órganos tiene por objeto adoptar medidas correctivas conducentes a garantizar el cumplimiento de la normativa que exige la participación apropiada de los miembros en la toma de decisiones, la distribución equitativa de las regalías entre los titulares de derechos y

⁴⁴ Ley 1493 de 2011.-

«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:

- a) El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derecho de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos;
- 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;
- c) La suspensión de la personería jurídica y de la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;
- d) Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

Parágrafo. Las medidas cautelares podrán decretarse antes de iniciar una investigación, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio antes de que se profiera la decisión que le ponga fin. La adopción de estas medidas no implicará prejuzgamiento.»





que los gastos tengan por objeto cumplir los fines institucionales, resulta razonable que dicha remoción se dé provisionalmente en el marco del dictado de medidas cautelares, por lo que este Tribunal no observa incumplimiento alguno en el hecho de que el art. 30 (literal b) de la Ley 1493 establezca que la DNDA, mediante medida cautelar, puede suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, a los integrantes del Comité de Vigilancia, al Gerente General, al Secretario, al Tesorero y al Revisor Fiscal.

3.5.5.2 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 30 (literal b) de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.6. De los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011⁴⁵

3.5.6.1 Los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011 regulan lo referido a la toma de posesión de la SGC por parte de la DNDA (que consiste en 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) en los siguientes casos:

- a) Cuando la SGC no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca.
- b) Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos.
- c) Cuando sus administradores se hayan rehusado a dar información veraz, completa y oportuna a la DNDA, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de solicitarla u obtenerla.

3.5.6.2 Desde que el art. 29 de la Ley 1493 prevé la posibilidad de que la DNDA remueva y cancele 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, así como designar a los reemplazantes, en la práctica la oficina nacional competente en materia de derecho de autor

⁴⁵ Ley 1493 de 2011.-

«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.»





de Colombia estaría controlando a la SGC, lo que haría, en principio, innecesario la toma de posesión prevista en sus arts. 31 y 32.

- 3.5.6.3 Sin embargo, debe entenderse que la designación de un administrador tiene por objeto un control más directo y menos burocrático de la SGC, es decir, designar a una persona jurídica (la entidad fiduciaria) con poderes plenos para administrar a la SGC, relevando de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Revisor Fiscal.
- 3.5.6.4 A este Tribunal no le resulta extraña una figura como la toma de posesión de la SGC. En diversas secciones de esta sentencia se han comparado las SGC con los bancos y aseguradoras debido a que en todas estas entidades existen miles de personas que deben ser protegidas en sus derechos e intereses (titulares de derechos de autor y derechos conexos, usuarios de estos derechos, ahorristas y asegurados), lo que justifica, por ejemplo, que los ordenamientos jurídicos de los países hayan previsto situaciones en las que los bancos y asegurados son intervenidos por la autoridad competente (usualmente una superintendencia).
- 3.5.6.5 Ahora bien, en la medida que la figura de la remoción permite a la DNDA tomar el control de la SGC a través de la designación de los reemplazantes de los órganos que detentan el control (o una influencia decisiva sobre el control) de la administración de la sociedad, la toma de posesión, que también permite a la DNDA tomar el control de la SGC a través de una entidad fiduciaria, debería estar sujeta al régimen de «progresividad» que hemos explicado para la remoción.
- 3.5.6.6 En tal sentido, si bien esta Corte Internacional considera que no vulnera el principio de razonabilidad intrínseco al derecho andino el que la Ley 1493 de 2011 haya otorgado a la DNDA la potestad exorbitante de tomar la posesión de la administración de las SGC, dicha potestad debe ejercerse como *ultima ratio* cuando otras medidas hayan fracasado (progresividad). En consecuencia, en términos de progresividad, si primero las sanciones (multas) no hubiesen tenido el efecto esperado (regresar a un escenario de cumplimiento de la normativa aplicable), y luego la remoción de órganos tampoco hubiese tenido dicho efecto o no resultara pertinente (impertinencia que debería justificarse), solo entonces, como *ultima ratio*, la DNDA debería poder contar con la prerrogativa de encargar a una entidad fiduciaria la administración de la SGC.
- 3.5.6.7 Se equivoca la SGCA al señalar en el Dictamen 001-2019 de fecha 5 de marzo de 2019 que la revocación de la autorización de funcionamiento o cerrar una SGC es una medida más grave («el que puede lo más») que la intervención o toma de posesión («puede lo menos»)⁴⁶. Para los agentes económicos, una medida más invasiva que la revocación o cancelación de



⁴⁶ Dictamen 001-2019 de fecha 5 de marzo de 2019, publicado en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena num. 3558 de la misma fecha, párrafos 209 y 210, pp. 53 y 54.



la habilitación administrativa correspondiente es que el Estado asuma la administración de su negocio, empresa o actividad.

3.5.6.8 Por lo expuesto, este Tribunal considera que una interpretación literal de los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, podría generar una violación de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino. No obstante ello, si los mencionados arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, se interpretan y aplican a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al referido ordenamiento jurídico, se debe entender que la toma de posesión (adquirir el control de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria) debe ser la *ultima ratio*; es decir, que frente a las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 31 de la Ley 1493 de 2011, la DNDA: (i) primero debe buscar la corrección de la conducta de los órganos de la SGC a través de la imposición de sanciones; (ii) si las sanciones no hubiesen tenido el efecto buscado, evaluaría la opción de la remoción, salvo que la remoción resultara impertinente, lo que debería justificar en su decisión; y (iii), como última opción, procedería con la toma de posesión de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria.

3.5.6.9 En consecuencia, este Tribunal considera que los arts. 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011 no violan la Decisión 351 siempre y cuando sean interpretados y aplicados a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, tal como se ha explicado precedentemente.

3.5.7. Del art. 34 de la Ley 1493 de 2011⁴⁷

3.5.7.1 Finalmente, corresponde señalar que este Tribunal no advierte incumplimiento alguno en el art. 34 de la Ley 1493 de 2011 en la medida que el término «control», como ya se ha explicado precedentemente (ver párrafos 3.3.5.7, 3.3.5.8 y 3.5.1.2 de la presente sentencia), ha sido reconocido expresamente por el TJCA como parte de los poderes de fiscalización y supervisión que los países miembros ostentan con relación a las SGC.

3.5.7.2 Por lo expuesto, este Tribunal considera que el art. 34 de la Ley 1493 de 2011 no viola la Decisión 351.

3.5.7.3 Las potestades de control y sanción que la Ley 1493 de 2011 ha otorgado a la DNDA, adicionales a las facultades de inspección y vigilancia previstas en la Decisión 351, no violan el derecho comunitario andino, sino que representan, en aplicación del principio de complemento indispensable, medidas eficaces tendientes a controlar de manera idónea los actos de administración de las SGC, en atención al interés público involucrado: los

Ley 1493 de 2011.-

«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.»





intereses de los miles de titulares de los derechos de autor y derechos conexos gestionados por ellas, y los intereses de los miles de usuarios que utilizan dichos derechos en sus actividades económicas o particulares.

3.5.7.4 En tal sentido, corresponde declarar que los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 30 (literal b) y 34 de la Ley 1493 de 2011 no violan la Decisión 351.

3.5.7.5 Sin embargo, respecto de los arts. 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, corresponde señalar que una interpretación literal de sus disposiciones podría generar una violación de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino; no obstante ello, si se interpretan y aplican a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, serán compatibles con los principios y normas de dicho ordenamiento, en la medida que:

- a) La remoción de órganos de la SGC únicamente alcance a los órganos con poder de decisión en el control (o una influencia decisiva en el control) de los actos de administración de las SGC: el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.
- b) La designación de los reemplazantes de los órganos removidos recaiga en primer lugar en la SGC, y solo si los designados por la SGC persisten en el incumplimiento normativo, recién entonces la DNDA puede designar a los reemplazantes.
- c) La toma de posesión (adquirir el control de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria) debe ser la *ultima ratio*; es decir, que frente a las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 31 de la Ley 1493 de 2011, la DNDA: (i) primero deber buscar la corrección de la conducta de los órganos de la SGC a través de la imposición de sanciones; (ii) si las sanciones no hubiesen tenido el efecto buscado, evaluaría la opción de la remoción, salvo que la remoción resultara impertinente, lo que debería justificar en su decisión; y (iii), como última opción, procedería con la toma de posesión de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria.

3.5.7.6 Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar que los arts. 29, 31 y 32 no violan la Decisión 351 siempre y cuando sean interpretados y aplicados a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, tal como se ha explicado precedentemente.

3.6. Del análisis de la solicitud de coadyuvancia presentada por Apdayc

5.6.1. Mediante escrito del 6 de mayo de 2021, Apdayc presentó solicitud de coadyuvancia a favor de Sayco.





- 3.6.2. Por Auto del 5 de julio de 2021, el Magistrado sustanciador concedió a Apdayc el término de quince (15) días calendario, contado desde la notificación del referido Auto, a fin de que regularice su solicitud de coadyuvancia.
- 3.6.3. Mediante Oficio 402-S-TJCA-2021 del 6 de julio de 2021, el Secretario del Tribunal notificó el Auto del 5 de julio de 2021 a Apdayc⁴⁸.
- 3.6.4. Por escrito del 22 de julio de 2021, Apdayc presentó la regularización de su solicitud de coadyuvancia.
- 3.6.5. Como se puede advertir, el término concedido para la regularización venció el 21 de julio de 2021; esto es, la regularización presentada por Apdayc fue extemporánea.
- 3.6.6. Por lo expuesto, corresponde declarar improcedente la solicitud de coadyuvancia presentada por Apdayc por extemporánea.
- 3.7. **De la condena en costas solicitada por la parte demandante**
- 3.7.1. La parte demandante solicitó al TJCA condenar en costas a la contraparte.
- 3.7.2. En la medida que la demanda va a ser declarada infundada, resulta improcedente la condena de costas solicitada por la parte demandante.

Sobre la base de las consideraciones expuestas,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA, de conformidad con el art. 25 de su Tratado de Creación, en concordancia con el art. 107 de su Estatuto;

DECIDE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la demanda en acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - Sayco contra la República de Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de la aprobación y puesta en vigencia de los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 30 (literal b) y 34 de la Ley 1493 de 2011.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la demanda en acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia - Sayco contra la República de Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de la aprobación y puesta en vigencia de los arts. 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, siempre y cuando dichos artículos sean interpretados y aplicados a la luz de los principios de razonabilidad



⁴⁸ Mediante correo electrónico enviado a las 13:32 horas del 6 de julio de 2021 (ver folio 971 del expediente) y confirmado por Apdayc a las 14:09 horas del 6 de julio de 2021 (ver folio 972 del expediente).



y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, lo que implica que:

- a) La remoción de órganos de la sociedad de gestión colectiva únicamente alcanza a los órganos con poder de decisión en el control (o una influencia decisiva en el control) de los actos de administración de las sociedades de gestión colectiva: el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el Revisor Fiscal, el Gerente General, el Secretario y el Tesorero.
- b) La designación de los reemplazantes de los órganos removidos recae en primer lugar en la sociedad de gestión colectiva, y solo si los designados por la sociedad de gestión colectiva persisten en el incumplimiento normativo, recién entonces la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia puede designar a los reemplazantes.
- c) La toma de posesión (adquirir el control de la administración de la sociedad de gestión colectiva a través de una entidad fiduciaria) debe ser la *ultima ratio*; es decir, que frente a las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 31 de la Ley 1493 de 2011, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia: (i) primero deber buscar la corrección de la conducta de los órganos de la sociedad de gestión colectiva a través de la imposición de sanciones; (ii) si las sanciones no hubiesen tenido el efecto buscado, evaluaría la opción de la remoción, salvo que la remoción resultara impertinente, lo que debe encontrarse debidamente justificado en su decisión; y (iii), como última opción, procedería con la toma de posesión de la administración de la sociedad de gestión colectiva a través de una entidad fiduciaria.

TERCERO: Declarar improcedente la solicitud de coadyuvancia presentada por la Asociación Peruana de Autores y Compositores - Apdayc, por extemporánea.

CUARTO: Declarar improcedente la solicitud de condena en costas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

El suscrito Secretario del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en ejercicio de la competencia prevista en el Literal c) del Artículo 19 del Estatuto del Tribunal y en el Literal e) del Artículo Segundo del Acuerdo 02/2021 del 5 de marzo de 2021, certifica que el presente Auto ha sido aprobado por los Magistrados Gustavo García Brito, Luis Rafael Vergara Quintero, Hernán Rodrigo Romero Zambrano y Hugo R. Gómez Apac en la sesión judicial del 11 de marzo de 2022, conforme consta en el Acta 9-J-100A-2022.





Luis Felipe Aguilar Feijó
Secretario

De conformidad con lo establecido en el Literal k) del Artículo 9 del Reglamento Interno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, firman el presente Auto el Presidente y el Secretario.

Hugo R. Gómez Apac
Presidente

Luis Felipe Aguilar Feijó
Secretario

