

# EL RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN ESTATAL SOBRE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA EN COLOMBIA Y EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO

---

---

CRISTIAN DAVID SARMIENTO PÁEZ\*

## RESUMEN

Este escrito analiza el régimen de supervisión estatal ejercido en Colombia por la Dirección Nacional de Derecho de Autor sobre las sociedades de gestión colectiva y las entidades recaudadoras de derechos patrimoniales de autor y conexos, así como su adecuación al derecho comunitario andino. Lo anterior, a partir del recuento de las normas que en Colombia consagran el régimen de supervisión estatal general (inspección, vigilancia y control), de una breve contextualización sobre el fundamento, naturaleza e impacto de las sociedades de gestión colectiva en el interés general y de la presentación del régimen especial de intervención adoptado en Colombia y la Comunidad Andina sobre las sociedades de gestión colectiva. Con base en lo anterior, se analiza la sentencia proferida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 11 de marzo de 2022, dentro de la acción de incumplimiento 01-AI-2019, presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia en contra de la República de Colombia, en relación con las facultades de control, toma de posesión e imposición de medidas cautelares, implementadas en Colombia a partir de la Ley 1493 de 2011.

\* Abogado y especialista en Derecho Comercial de la Universidad Nacional de Colombia. Maestrante en la Maestría de Derecho Privado, Persona y Sociedad con énfasis en Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia. Participante de múltiples *moot courts* y concursos de debate a nivel nacional e internacional en materia de Arbitraje de Inversión y Propiedad Intelectual, en representación de la Universidad Nacional de Colombia. Asociado en Brigard Castro, Bogotá D. C. (Colombia). Contacto: cristian.sarmiento@est.uexternado.edu.co. Fecha de recepción: 7 de agosto de 2021. Fecha de aceptación: 21 de marzo de 2022. Para citar el artículo: Sarmiento Páez, Cristian David. “El régimen de supervisión estatal sobre las sociedades de gestión colectiva en Colombia y el derecho comunitario andino”, en *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º33, Universidad Externado de Colombia, enero-junio 2022, pp. 5-38. DOI: <https://doi.org/10.18601/16571959.n33.01>

*Palabras clave:* gestión colectiva; derecho de autor; derechos conexos; supervisión estatal; acción de incumplimiento.

THE STATE SUPERVISORY REGIME ON COLLECTIVE MANAGEMENT  
ORGANIZATIONS IN COLOMBIA AND THE ANDEAN COMMUNITY LAW

ABSTRACT

This paper examines the State supervision regime exercised in Colombia by the Colombian Copyright Office, over collective management organizations and collecting entities of economic copyright and related rights, as well as its compliance with Andean community law. The above, based on an account of the rules governing the general State supervision system (inspection, monitoring and control) in Colombia; a brief contextualization on the basis, nature and impact of collecting societies on the general interest; and the description of the special State supervision regime in Colombia and the Andean Community, to Collective Management Organizations. Based on the foregoing, the ruling issued by the Court of Justice of the Andean Community on March 11, 2022, within the non-compliance action 01-AI-2019, presented by the *Sociedad de Autores y Compositores de Colombia* against the Republic of Colombia is analyzed, regarding the powers of control, taking possession and imposition of injunctive relief, implemented in Colombia through Law 1493 of 2011.

*Keywords:* Collective Management; Copyright; Related Rights; State Supervision; Action for Non-Compliance.

INTRODUCCIÓN

Este escrito analiza el régimen de supervisión estatal ejercido en Colombia por la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) sobre las sociedades de gestión colectiva (SGC) y las entidades recaudadoras de derechos patrimoniales de autor y conexos. Aunado a lo anterior, se plantean cuestionamientos sobre la adecuación de este régimen al derecho comunitario andino, con ocasión de la acción de incumplimiento 01-AI-2019.

El primer capítulo desarrolla el régimen de supervisión estatal en Colombia, haciendo énfasis en el marco constitucional, conceptualización y algunas precisiones realizadas por la Corte Constitucional de Colombia en torno a la definición de los conceptos de inspección, vigilancia y control. El segundo capítulo presenta la naturaleza jurídica y características de las SGC y las entidades recaudadoras, como asidero de la supervisión estatal que se ha consagrado en cabeza del Gobierno nacional, a través de la DNDA.

El tercer capítulo presenta el régimen de supervisión estatal especial sobre las SGC, su marco normativo y desarrollo a través de las facultades de inspección, vigilancia y control en la normativa colombiana. El cuarto capítulo presenta el trámite de investigación y sancionatorio sobre las SGC y las entidades recaudadoras y el quinto capítulo presenta el régimen de supervisión en el derecho comparado, respecto de los países de la comunidad andina y el marco común de la Unión Europea.

El sexto capítulo condensa los anteriores en el análisis de la acción de incumplimiento 01-AI-2019, presentada por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco) en contra de la República de Colombia, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA), a través de la cual fue solicitada la declaración de incumplimiento del régimen comunitario andino por parte del Estado colombiano, con la expedición de la Ley 1493 de 2011 que otorgó a la DNDA las facultades para imponer medidas cautelares, ejercer control y tomar posesión sobre las SGC y las entidades recaudadoras.

## I. EL RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN ESTATAL EN COLOMBIA

De acuerdo con la Constitución Política de 1991, la República<sup>1</sup> de Colombia es un Estado social de derecho fundado “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”<sup>2</sup>. Esta disposición comportó el paso de la igualdad formal a una material, para lo cual el Estado debía tener una mayor intervención. Al respecto, Lizandro Cabrera señaló:

El cambio más significativo del tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho lo constituye la sustitución de una concepción formal de la igualdad por una material, en la cual ésta ya no queda librada ante las fuerzas del mercado, sino que depende de la continua y deliberada intervención de las autoridades públicas para promover personas, grupos y sectores desfavorecidos<sup>3</sup>.

El Estado colombiano tiene un papel activo en la configuración de una normativa que propenda por el respeto de la dignidad humana, mediante la promulgación de normas imperativas y la obligación de vigilar su cumplimiento, directamente por los particulares (*i. e.*, control de administradores sobre los órganos societarios<sup>4</sup>,

1 Por República se debe entender “organización del Estado cuya máxima autoridad es elegida por los ciudadanos o por el Parlamento para un período determinado”. Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.) [versión 23.4 en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es> [consulta: 27 de junio de 2021].

2 Artículo 1 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

3 Cabrera Suárez, Lizandro Alfonso. “El significado real de que Colombia sea un Estado social de derecho”. *Revista Dixi*, vol. 20, n.º 27, 2018, p. 41.

4 Por ejemplo, artículo 191 del Código de Comercio de 1971.

acciones por incumplimiento contractual<sup>5</sup> o demandar la comisión de actos de competencia desleal<sup>6</sup>) o por el mismo Estado, en determinados asuntos que requieren de especial atención.

En relación con la supervisión ejercida por el Estado colombiano, la Constitución Política expresamente permitió la intervención estatal en la esfera económica y social de las personas. Así, señaló dentro de sus artículos 15, 49, 52, 67, 118, 119, 150, 189, 265, 365, 370 y 372, etcétera, la facultad del Estado para supervisar diversas actividades que tienen impacto en el interés general, a través de lo que se conoce como el “régimen de supervisión estatal”. Este régimen está conformado por las facultades de inspección, vigilancia y control<sup>7</sup>, a través de las cuales el Estado puede tener conocimiento y participación en las distintas actividades que tienen particular relación con el interés público. Ha establecido el Consejo de Estado en su Sala de Consulta y Servicio Civil:

Por tanto, las funciones de inspección, vigilancia y control de una actividad privada son por su naturaleza formas de intervención estatal que conllevan restricciones importantes al libre ejercicio de las actividades privadas (artículos 16 y 333 C.P.), al derecho de asociación (artículo 38 C.P.) y a la reserva de la información privada (artículo 15 C.P.), entre otros derechos fundamentales<sup>8</sup>.

Cabe precisar que no existe una disposición constitucional o legal que defina el contenido de las facultades de inspección, vigilancia o control; por tanto, este será determinado dependiendo del área o sector que sea objeto de supervisión, tal y como ha señalado la Corte Constitucional:

Si bien la propia Constitución, en artículos como el 189, emplea estos términos, ni el constituyente ni el legislador han adoptado una definición única aplicable a todas las áreas del Derecho<sup>9</sup>.

No obstante, la misma Corte Constitucional ha definido de forma general estas facultades de la siguiente manera:

(i) la función de inspección se relaciona con la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control, (ii) la vigilancia alude al seguimiento y evaluación de las actividades de la autoridad vigilada, y (iii) el control en estricto sentido se refiere a la posibilidad del ente que ejerce la función de

5 Por ejemplo, artículo 1536 del Código Civil de 1873.

6 Al respecto, la Decisión 486 del 2000 y la Ley 256 de 1996.

7 Sarmiento, Antonio. “Supervisión estatal. Introducción”. En: *II Congreso Continental de Derecho Corporativo y I Foro Internacional de Derecho Cooperativo*, Montevideo, 2016.

8 República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2223 de 2015, Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00174-00. C. P.: William Zambrano Cetina.

9 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-570/12. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

ordenar correctivos, que pueden llevar hasta la revocatoria de la decisión del controlado y la imposición de sanciones<sup>10</sup>.

La misma sentencia estableció la distinción del “control” con las actividades de inspección y vigilancia, distinción que resultará de palmaria importancia al momento de analizar la acción de incumplimiento 01-AI-2019:

La inspección y la vigilancia podrían clasificarse como mecanismos leves o intermedios de control, cuya finalidad es detectar irregularidades en la prestación de un servicio, *mientras el control conlleva el poder de adoptar correctivos, es decir, de incidir directamente en las decisiones del ente sujeto a control* [cursivas añadidas]<sup>11</sup>.

Pese a que la cláusula general de competencia legislativa<sup>12</sup> está en cabeza del Congreso de la República, de acuerdo con la división tripartita de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial), deben hacerse las siguientes precisiones en cuanto a la potestad legislativa para determinar el contenido de las facultades de inspección, vigilancia y control. Sobre las facultades de inspección y vigilancia, la competencia se estableció en cabeza del Congreso a través de la figura de la reserva legal<sup>13</sup>, en el art. 150.8 constitucional. La reserva legal implica que el Congreso no podrá delegar en el Gobierno la potestad para legislar sobre esta materia<sup>14</sup>. Es decir, el Gobierno únicamente podrá actuar en virtud de la potestad reglamentaria<sup>15</sup>, una vez sea expedida la ley que lo habilite.

Sobre la facultad de control no se estableció la reserva legal de forma expresa en la Constitución, por lo que la competencia, en principio, deberá recaer en el Congreso en virtud de la cláusula general de competencia legislativa. No obstante, ha señalado la Corte Constitucional de forma reiterada que esta facultad se encuentra incluida dentro de la reserva legal del art. 150.8:

10 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-570/12, *op. cit.*

11 *Ibid.* Esta posición ha sido reiterada en: República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-165/19. M. P.: Alejandro Linares Cantillo.

12 “En virtud de esta cláusula general de competencia legislativa, corresponde al Congreso de la República, como regla general, desarrollar la Constitución y dictar las leyes o normas con fuerza de ley, de conformidad con los artículos 114 y 150 CP”. República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-782/07. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

13 “En estrecha relación con la cláusula general de competencia legislativa se encuentra la figura de la *reserva legal, que constituye una institución jurídica de origen constitucional y fundamento en el principio democrático, con base en la cual, el propio constituyente determina que algunas materias específicas, como los servicios públicos, deben ser reguladas o desarrolladas por el Legislador, es decir, por medio de una Ley de la República*, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 23 y 365 de la Constitución Política”. *Ibid* [cursivas añadidas].

14 “La diferencia entre cláusula general de competencia legislativa y reserva legal radica entonces, en que la primera define una facultad reguladora general respecto de todas las materias y ámbitos jurídicos que en principio se encuentra en cabeza del Legislador y, sólo de manera excepcional, puede ser ejercida por el Ejecutivo, y esto con base en facultades extraordinarias y expresas concedidas a éste”. *Ibid* [cursivas añadidas].

15 “En virtud de la potestad reglamentaria entonces, el Presidente de la República, así como otras entidades administrativas, se encuentran facultadas para expedir normas generales subordinadas a la ley y cuya finalidad debe ser el estricto cumplimiento de la misma”. *Ibid.*

Las funciones de inspección, control y vigilancia asignadas al Presidente de la República, deben ser desarrolladas con la anuencia y participación del órgano legislativo a quien le corresponde definir el fundamento jurídico de su ejercicio<sup>16</sup>.

Finalmente, y para ejemplificar la supervisión que ejerce el Estado sobre distintas actividades que redundan en el interés general, se enuncian a continuación algunas áreas en que se ejerce actualmente la inspección, vigilancia y control por parte del Gobierno colombiano:

– Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible. Ejerce inspección y vigilancia sobre las Corporaciones Autónomas Regionales<sup>17</sup>.

– Superintendencia de Sociedades. Ejerce inspección, vigilancia y control sobre las sociedades comerciales y otras entidades determinadas por la ley<sup>18</sup>.

– Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Ejerce inspección, vigilancia y control sobre entidades que presten servicios públicos domiciliarios y los demás servicios públicos a los que se aplica la Ley 142 de 1994<sup>19</sup>.

– Superintendencia Nacional de Salud. Ejerce inspección, vigilancia y control sobre las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud<sup>20</sup>.

En relación con los distintos sectores que pueden ser objeto de supervisión estatal en cabeza del presidente de la República, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

El artículo 189 de la Constitución le asigna al Presidente de la República funciones de inspección, control y vigilancia sobre la enseñanza (numeral 21), los servicios públicos (numeral 22), las instituciones de utilidad común (numeral 26) y también respecto de las actividades financiera, bursátil, aseguradora, así como de las entidades cooperativas y las sociedades comerciales (numeral 24).

[...]

La Constitución permite que otras actividades privadas distintas a las señaladas en el artículo 189, también sean sometidas a la supervisión y control del Estado, en virtud de las competencias generales del Congreso para regular el ejercicio de las funciones públicas (artículo 150-23) e intervenir en la economía (artículos 333 y 334)<sup>21</sup>.

16 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-199 del 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

17 Decreto 3570 de 2011, artículo 2, numeral 10.

18 Ley 222 de 1995, artículos 82 y subsiguientes.

19 Ley 142 de 1994, artículos 75 y subsiguientes.

20 Ley 1122 de 2007, artículos 35 y subsiguientes.

21 República de Colombia, Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2223 de 2015, 16 de abril de 2015, Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00174-00. C. P.: William Zambrano Cetina.

## II. SOBRE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA (SGC) Y SU IMPACTO EN EL INTERÉS PÚBLICO

Las SGC son entidades sin ánimo de lucro gestionadas por titulares de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos e ideadas para ejercer el recaudo de uno o varios derechos patrimoniales de autor o conexos, de forma colectiva y en búsqueda de estándares de eficiencia y eficacia en el recaudo<sup>22</sup>, los cuales redundarán en el beneficio de los titulares<sup>23</sup> y usuarios<sup>24</sup>.

El origen de las SGC se presentó en los siglos XVIII y XIX, cuando el conjunto de autores franceses de obras dramáticas, literarias y musicales se empieza a preocupar por la correcta protección, explotación y observancia en la explotación de sus derechos. Dentro de los antecedentes históricos de la gestión colectiva, la profesora Delia Lipszyc<sup>25</sup> recuerda la creación de la primera sociedad de gestión colectiva en 1829, denominada Societé des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD) y, en 1837, la primera sociedad de gestión colectiva sobre obras literarias, denominada Societé des Gens de Letters (SGDL).

En relación con el fundamento de las SGC, señaló el profesor Wilson Ríos que

la gestión colectiva surge como una respuesta franca y eficaz a un problema práctico que se les presentaba a los autores y titulares de derechos de autor y conexos en lo que respecta al control y disposición de los derechos que surgen para sí por la utilización continua de sus obras<sup>26</sup>.

22 “El número y las circunstancias de las utilidades, y el número y la variedad de las obras y objetos de derechos conexos que se utilizan, hacen que sea prácticamente imposible para los usuarios identificar oportunamente a los titulares de derechos, solicitar su autorización, negociar la remuneración y otras condiciones, y pagar la remuneración, todo ello, en forma individual”. Ficsor, Mihály. *La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, 2002, p. 138.

23 “Con el tiempo, el papel de las SGC ha evolucionado para supervisar el respeto de los derechos de autor, luchar contra la piratería y realizar diversas funciones sociales y culturales. La gestión colectiva también ha permitido a los autores utilizar el poder de la negociación colectiva para obtener más por el uso de su trabajo y negociar sobre una base menos desequilibrada con grandes grupos de usuarios multinacionales”. Gervais, Daniel. “Collective management of copyright: theory and practice in the digital age”. En: Daniel Gervais *et al.* *Collective management of copyright and related rights* (3ª ed.). Países Bajos: Kluwer Law International, 2015, pp. 3-30 [traducción propia].

24 “En efecto, la importancia de esta actividad [la gestión colectiva] obedece, esencialmente, al rol que estas entidades desempeñan como intermediarias entre autores, sujetos de derechos conexos y usuarios, a partir de la administración de forma transparente de los derechos patrimoniales reconocidos a los sujetos de los derechos de autor y conexos”. Ordelin, Jorge. “El futuro de la gestión colectiva: un análisis desde la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea”. *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 20, julio-diciembre de 2015, p. 7.

25 Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, Cerlalc, Zavalía, 1993.

26 Ríos, Wilson. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Universidad de los Andes-Editoriales Uniandes y Temis, 2009.

En términos prácticos, la gestión colectiva surge para reducir los altos costos de transacción causados por el recaudo individual<sup>27</sup>.

En Colombia, las SGC fueron creadas en desarrollo de derecho fundamental de asociación en su faceta positiva, consagrado en el art. 38 de la Constitución Política. Las SGC consisten en un sistema de administración de derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, por el cual sus titulares delegan (i) la negociación de condiciones de uso de las obras, (ii) el otorgamiento de las autorizaciones, (iii) el control de las autorizaciones, (iv) el control de las utilidades, (v) la recaudación de las remuneraciones y (vi) su distribución o reparto entre los titulares<sup>28</sup>, de acuerdo con el art. 13 de la Ley 44 de 1993.

Las funciones mencionadas deberán ser ejercidas a través de órganos como la Asamblea General, el Consejo Directivo, el Gerente, el Comité de vigilancia, entre los principales<sup>29</sup>. En cuanto a su naturaleza jurídica, la normativa subregional andina (Decisión 351 de 1993) y la ley nacional (Ley 44 de 1993, Decreto 1066 de 2015, etcétera) las crearon como entidades especiales<sup>30</sup> o *sui generis*<sup>31</sup> de naturaleza civil<sup>32</sup>, con personería jurídica y sin ánimo de lucro (art. 10, Ley 44 de 1993) reguladas por un conjunto de normas especiales que determinan que su creación y autorización de funcionamiento serán otorgados por la DNDA. Además, se trata de sociedades “con contenido esencialmente patrimonial”, debido a que su función principal es el recaudo y distribución de regalías dentro de sus titulares asociados:

Tales sociedades pueden ser caracterizadas como un sistema de administración colectiva por medio del cual los titulares de derechos de autor y conexos autorizan a estas organizaciones, para que administren sus derechos, es decir, para que negocien con terceros las condiciones de ejecución de las obras de estos autores, supervisen la utilización de las obras respectivas, otorguen a los usuarios eventuales licencias a cambio

27 “Desde los orígenes de la idea de implantar y defender los derechos de los autores se buscó recurrir a la asociación ya que era imposible que cada autor, de manera individual, gestionara sus derechos”. Gómez, Juan; Londoño, María; Muñoz, Manuel y Rodríguez, Carlos. *Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamérica*. Bogotá: Cerlalc, 2018, p. 8.

28 Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*, op. cit.

29 Artículos 15 y subsiguientes de la Ley 44 de 1993.

30 En el derecho comparado las SGC han adoptado diferentes naturalezas. Como regla general, se han adoptado como entidades de derecho privado en países como Argentina, Bolivia, Chile, Guatemala, Nicaragua, Panamá, etcétera; de forma excepcional, como entidades de naturaleza pública en países como Cuba y algunos pertenecientes al continente africano (Argelia, Marruecos, Senegal), o de naturaleza mixta, en países como Hungría o Bulgaria.

31 En relación con la naturaleza especial de las SGC en la Comunidad Andina: Interpretación prejudicial 22-IP-98.

32 “En este orden de ideas, se tiene que las sociedades de gestión colectiva son entidades de *naturaleza civil o privada*, sin ánimo de lucro, que desarrollan su actividad en representación de una pluralidad de titulares de derechos, para ejercer frente a terceros los derechos exclusivos o de remuneración que correspondan a sus afiliados con ocasión del uso de sus obras o producciones artísticas”. República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-124/13. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub [cursivas añadidas].



de las regalías adecuadas y en condiciones convenientes, recauden esas regalías y las distribuyan entre los socios<sup>33</sup>.

Pese a que las SGC representan los intereses privados de sus asociados y demás titulares de derechos patrimoniales de autor o conexos, su actividad económica repercute en el interés general<sup>34</sup> y es dicho interés el fundamento de la supervisión del Estado sobre las SGC.

### III. EL RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN ESTATAL SOBRE LAS SGC Y LAS ENTIDADES RECAUDADORAS EN COLOMBIA

Como fue precisado, en Colombia la DNDA puede adelantar actividades de inspección, vigilancia y control sobre las SGC y las entidades recaudadoras<sup>35</sup>, para asegurar el cumplimiento de la normativa legal y estatutaria en materia de gestión colectiva<sup>36</sup>. A continuación, se presentan las normas que se han encargado de regular el régimen de supervisión estatal de las SGC en Colombia.

#### A. MARCO NORMATIVO DEL RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN DE LAS SGC EN COLOMBIA

Para efectos prácticos, se presenta una recopilación de las normas que regulan la supervisión de las SGC y entidades recaudadoras, aplicando la estructura jerárquica de la pirámide de Kelsen<sup>37</sup> (Constitución Política, Decisión 351 de 1993, Leyes Nacionales y Decretos Administrativos).

33 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-265/94. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

34 “Las entidades de gestión son algo más que simples mecanismos de recaudación y distribución de las regalías de derecho de autor. Sus tareas van más allá de las funciones económicas extendiéndose, por lo general, al fomento de fines culturales, sociales y asistenciales”. Saucedo, Mónica. *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, 2012, p. 282.

35 La posibilidad de crear entidades recaudadoras de regalías provenientes de la ejecución pública de obras musicales y de la comunicación al público de fonogramas fue establecida en el artículo 27 de la Ley 44 de 1993, modificado por el artículo 35 de la Ley 1915 de 2018. En Colombia, la única entidad recaudadora es la Organización Sayco Acinpro –OSA–, creada en 1987 por Sayco y Acinpro –Sociedad de Autores y Compositores de Colombia y Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos, respectivamente–. Al respecto véase: <https://www.osa.org.co/-quienes-somos->

36 “Como asociaciones civiles de derecho privado pero de interés público, las entidades de gestión colectiva quedan sometidas a la vigilancia y fiscalización del Estado, por medio de la autoridad administrativa competente, incluso con un régimen sancionatorio específico, según se verá más adelante”. Antequera, Ricardo. *Estudios de derecho industrial y derecho de autor* (2ª ed.). Bogotá: Temis S. A., 2021, p. 452.

37 “El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho coordinadas, situadas una al lado de otras, por así decirlo, sino una serie escalonada de diversas zonas normativas, que podemos presentar en esquema del modo siguiente: el grado supremo de un orden jurídico estatal está formado por la *Constitución* en el sentido material de la palabra, cuya

A través de los artículos 38, 333 y 334, la Constitución Política de Colombia sustenta el fundamento de las SGC y de su supervisión estatal. El art. 38 consagra el derecho constitucional de asociación y los artículos 333 y 334 consagran la libertad económica y el deber de intervención del Estado en la economía<sup>38</sup>. Al respecto,

la Corte ha precisado que las SGC se encuentran sometidas a un régimen regulatorio y de intervención intenso, puesto que “se concluye que al tener las SGC contenido patrimonial y al superar su funcionamiento los principios del derecho genérico de asociación (Art. 38 C.P.), se inscriben dentro de la regulación contenida en la Constitución económica, por lo que son sujetos pasivos de la intervención del Estado en su funcionamiento, en ejercicio de su facultad de dirección de la economía”<sup>39</sup>.

La *Decisión 351 de 1993* establece en su art. 43 que la autoridad nacional competente contará con las facultades de inspección y vigilancia, así como con la potestad de otorgar la autorización de funcionamiento a las SGC; el art. 45 consagra los requisitos para conceder la autorización de funcionamiento a las SGC; el artículo 46 establece las causales para la revocación de la autorización de funcionamiento, y finalmente, el art. 47 establece las sanciones por el incumplimiento de las SGC a las disposiciones normativas.

Respecto de *las leyes nacionales*, el marco normativo de la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor y conexos se encuentra en el capítulo III de la Ley 44 de 1993, que derogó el capítulo XVI de la Ley 23 de 1982. Los artículos 26 y 27 establecen que las SGC y las entidades recaudadoras estarán sometidas a la inspección y vigilancia del Gobierno nacional a través de la DNDA; en su art. 37 establece las facultades de inspección y vigilancia y en su art. 42 la obligación de enviar informes trimestrales de la actividad de las SGC a la

función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación, el grado inmediato lo constituyen las *normas generales* creadas por el procedimiento legislativo, cuya función consiste [a su vez] no sólo en determinar los órganos y el procedimiento, sino en esencia también el contenido de las normas individuales, creadas de ordinario por los tribunales y las autoridades administrativas”. Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. México: Editorial Colofón, s. f., pp. 54 y ss., citado por: Ordoñez, José. *Geometría y derecho: la pirámide kelseniana y el círculo en el derecho de los pueblos de Abya Yala*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2013.

38 “La jurisprudencia de la Corte ha identificado cuatro fines generales de intervención del Estado en la economía. El Estado interviene (i) para lograr una redistribución del ingreso y de la propiedad, con el objeto de lograr un orden político, económico y social justo; (ii) con el propósito de asegurar la sostenibilidad fiscal y estabilidad económica, a través de la dirección general de la economía, la regulación de la política económica, fiscal y social, así como la política monetaria, cambiaria y crediticia; (iii) como director general de la economía, en diversos sectores y actividades específicas ordenadas por la propia Constitución y, todo lo anterior, y (iv) con el objeto general de fijar las condiciones del funcionamiento del mercado y la convivencia social”. República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-145/18. M. P.: Diana Fajardo Rivera.

39 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-833/07. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

DNDA<sup>40</sup>; finalmente, en los artículos 38, 39, 40 y 41 se consagran las sanciones a las que se harán merecedoras las SGC en caso de incumplir la normativa regional, nacional o sus estatutos sociales.

Aunado a lo anterior se encuentra la Ley 1493 de 2011, “por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las SGC y se dictan otras disposiciones”. Esta norma estableció disposiciones en favor de la realización de artes escénicas en el espectáculo público y modificó el régimen de supervisión estatal de las SGC y las entidades recaudadoras.

Además de retomar disposiciones consagradas en la Decisión 351 y la Ley 44, mediante la Ley 1493 se establecieron facultades determinadas de inspección (artículos 25 y 27), vigilancia (art. 26) y control (art. 28) sobre las SGC y las entidades recaudadoras (art. 24); además, en el art. 29 se establecieron facultades adicionales en cabeza de la DNDA, las cuales podrían ser de inspección, vigilancia o control, atendiendo al nivel de intervención de cada una; en el art. 30 se consagró la facultad de decretar medidas cautelares en el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control, y finalmente, en sus artículos 31 y 32 se consagró la figura jurídica conocida como la toma de posesión.

La exequibilidad del régimen de supervisión estatal consagrado en la Ley 1493 ha sido cuestionada ante la corte Constitucional en reiteradas ocasiones:

– Sentencia C-124/13<sup>41</sup>. Se argumentó que la Ley 1493 transgrede los artículos 150, 151, 157, 158 y 169 de la Constitución Política. La acción tuvo como fundamento que el trámite de la ley no cumplió con los siguientes requisitos formales: (i) el trámite del proyecto de ley fue realizado ante la Comisión Tercera, debiendo ser tramitadas ante la Comisión Primera<sup>42</sup>, al estar relacionada con temas de propiedad intelectual<sup>43</sup>; (ii) la expedición de esta norma quebrantó el principio de unidad de materia, toda vez que el fomento de las artes escénicas y las exenciones tributarias para los espectáculos públicos no guardan relación con el régimen de supervisión estatal sobre las SGC, y (iii) no existe congruencia entre el título de la ley y su contenido.

La Corte declaró la exequibilidad –relativa– de la Ley 1493 con fundamento en los siguientes argumentos: (i) tratándose de proyectos legislativos que incluyen distintas materias, el legislador puede determinar discrecionalmente la materia

40 La obligación de las entidades recaudadoras, de enviar informes a la DNDA sobre su gestión, se consagró en el artículo 2.6.1.2.46. del Decreto 1066 de 2015, el cual establece que dichos informes serán semestrales, a diferencia de los impuestos para las SGC.

41 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-124/13, 13 de marzo de 2013. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

42 “Las actividades de las cámaras se desarrollan por medio de las comisiones. Estas están integradas por grupos de congresistas, encargados, constitucional o legalmente, de la ejecución de tareas específicas”. Quinche, Manuel. *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Temis, 2012, pp. 449-450.

43 Al respecto se encuentran el artículo 2 de la Ley 3 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 1921 de 2018.

central y escoger la comisión competente; (ii) la inclusión de las facultades de inspección, vigilancia y control sobre las SGC de derecho de autor y derechos conexos no transgredió el principio de unidad de materia, por cuanto que estas disposiciones “permiten fomentar y regular el sector de los espectáculos públicos y las artes escénicas”<sup>44</sup> y, por ende, son conexas entre sí. Finalmente, (iii) “los temas señalados en el título de la ley tienen contenidos similares y están basados con las disposiciones contenidas en la ley”<sup>45</sup>.

– Sentencia C-835/13<sup>46</sup>. Se argumentó que el literal d) del art. 30 desconoce el debido proceso (art. 29 constitucional) y el principio de igualdad, al permitir la toma de medidas cautelares innominadas, con fundamento en las facultades de inspección, vigilancia y control.

La Corte declaró la inexecutable de la norma demandada, tras un estudio de las facultades de inspección, vigilancia y control sobre las SGC, en cabeza de la DNDA. Para ello, citó la decisión que declaró inexecutable el otorgamiento de medidas cautelares innominadas a la Superintendencia de Sociedades en desarrollo de la intervención administrativa<sup>47</sup> e hizo referencia a la correcta implementación de las medidas cautelares innominadas en la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, a través de los artículos 590 y subsiguientes de la Ley 1564 de 2012. Con base en lo anterior, estableció que el literal d) del artículo demandado

desconoce el debido proceso y el principio de legalidad, como quiera que al permitir a la Dirección Nacional de Derecho de Autor imponer cualquier medida cautelar inmediata que considere razonable para garantizar el adecuado ejercicio de sus funciones, [...] impide a los administrados conocer de antemano cuáles serán las eventuales actuaciones que desplegara la administración<sup>48</sup>.

– Sentencia C-851/13<sup>49</sup>. Se demandaron (i) nuevamente el literal d) del art. 30, (ii) el numeral 11 (parcial) y el parágrafo del art. 27, al establecer facultades amplias e indeterminadas para negar la inscripción de miembros de los órganos de las SGC, así como para sancionarlos, y (iii) los artículos 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 y 34 de la Ley 1493 por desconocer los artículos 150 numeral 8 y 333 de la Constitución Política, señalando que la gestión colectiva no debería estar sujeta a

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*

46 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-835/13. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

47 En Sentencia C-145/09. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. Mediante esta sentencia se declaró inexecutable el literal h) del artículo 7° del Decreto Ley 4333 de 2008, “que habilitaba a la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de una intervención administrativa, a adoptar ‘cualquier otra [medida] que se estime conveniente para los fines de la intervención’, considerando que ‘evidentemente envuelve un alto grado de indeterminación, desconociendo los principios superiores de legalidad y proporcionalidad’”. Sentencia C-835/13, *op. cit.*

48 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-835/13, *op. cit.*

49 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-851/13, 27 de noviembre de 2013. M. P.: Mauricio González Cuervo.

la inspección y vigilancia del Estado, toda vez que dicha facultad no se otorga al Gobierno en virtud del art. 189 (facultades del Presidente) y, con esto, se restringe de forma irregular la libertad económica.

Sobre la exequibilidad del art. 30. d), la Corte declaró que debe estarse a lo resuelto en la Sentencia C-835/13. Sobre el numeral 11 y el párrafo del artículo 27, indicó que no desconocen el art. 29 constitucional, toda vez que la posibilidad de imponer sanciones hace parte de la facultad de control que se ha otorgado a la DNDA sobre las SGC. Finalmente, los artículos 23 y 25 a 34 no vulneran el art. 150 constitucional, teniendo en cuenta que la inspección, vigilancia y control de las SGC no provienen de los artículos 150 o 189, sino del deber de intervención del Estado en la economía, de acuerdo con los artículos 333 y 334, atendiendo al contenido patrimonial de las SGC.

Se precisa que la Sentencia C-852/13 decidió la demanda presentada contra los artículos 26, 27, 37 y 38 de la Ley 44 de 1993, presentada por el mismo accionante por idénticos cargos a los decididos en la Sentencia C-851/13. En este caso, la Corte Constitucional precisó que, si bien la norma referida no había sido demandada con anterioridad, en este caso existe cosa juzgada material relativa con relación a la Sentencia C-851 de 2013

por la identidad de los cargos formulados por el demandante y porque las normas acusadas en esta ocasión y aquellas examinadas en la sentencia C-851 de 2013 tienen contenidos normativos equivalentes, relativos a la regulación de la facultad de inspección, control y vigilancia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio del Interior sobre las SGC<sup>50</sup>.

– Sentencia C-148/15<sup>[51]</sup>. Se argumentó que los artículos 31 y 32 –facultad de tomar posesión sobre las SGC– infringen el art. 150.21 de la Constitución Política de 1991, al desconocer el deber de precisar los límites que se imponen a la libertad económica.

La Corte declaró que la norma demandada es exequible, teniendo en cuenta que la toma de posesión no comporta la “intervención económica” en los términos de los artículos 150.21 y 334 constitucionales. La finalidad de la Ley 1493 no es la intervención económica; su finalidad tiene que ver con

las facultades de inspección, vigilancia y control de las sociedades de gestión de tales derechos [derechos patrimoniales de autor y derechos conexos] y con la regulación de las artes escénicas desde una perspectiva fiscal, no con la producción, distribución o consumo de tales bienes intangibles en sí mismos considerados<sup>52</sup>.

50 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-852/13, 27 de noviembre de 2013. M. P.: Mauricio González Cuervo.

51 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-148/15, 7 de abril de 2015. M. P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.

52 *Ibid.*

En cuanto a los *decretos administrativos* que regulan esta materia, se encuentra en primer lugar el Decreto 4835 de 2008, por el cual se modifica la estructura de la DNDA y se dictan otras disposiciones: dentro de esta normativa se establece la función general de la DNDA de ejercer inspección y vigilancia sobre las SGC.

En segundo lugar, el Decreto 1258 de 2012 reglamenta la Ley 1493 en lo relacionado con las facultades de inspección, vigilancia y control de la DNDA, en virtud de la potestad reglamentaria del Gobierno. Esta norma hace referencia a las facultades de inspección, vigilancia y control (art. 32) y al trámite de investigación y sancionatorio a través del cual se ejercerán dichas facultades (artículos 33 y subsiguientes).

Finalmente, el Decreto 1066 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior, incorporó los decretos 2041 de 1991 y 3942 de 2010, relacionados con las facultades de inspección y vigilancia en favor de la DNDA. Dentro de esta norma se hace referencia a las funciones de la DNDA en relación con la inspección y vigilancia de las SGC (artículos 1.2.1.3 y 2.6.1.2.1.), y se enuncian determinadas facultades de inspección y vigilancia en cabeza de la DNDA.

## B. LAS FACULTADES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL SOBRE LAS SGC

Como fue presentado, la supervisión estatal y particularmente las facultades de inspección, vigilancia y control, no están delimitadas de forma general por la constitución o la ley. En el caso de la supervisión ejercida sobre las SGC, tampoco fue delimitado el contenido de cada una de estas facultades, pero es posible deducirlo a partir de la lectura de la normativa aplicable y analizando las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

En el momento de la constitución de las SGC, la DNDA ejercerá una supervisión consistente en (i) la concesión de personería jurídica a nuevas SGC y (ii) la autorización de funcionamiento para ejercer el recaudo de las regalías por la explotación de los derechos patrimoniales de autor y conexos<sup>53-54</sup>.

Posterior a la constitución, la DNDA contará con las facultades de (i) ejercer un control de legalidad (al presupuesto, estatutos y la impugnación de actas, etcétera), (ii) imponer determinadas medidas cautelares y (iii) realizar procesos de investigación que podrán terminar con el archivo de la investigación o con la imposición de determinadas sanciones en contra de las SGC. Las facultades de

53 Numeral primero del artículo 27 de la Ley 1493 de 2011.

54 “El régimen de autorización previa para funcionar, que podría parecer una intromisión del Estado en la esfera de las personas jurídicas de derecho privado, no lo es así, como tampoco lo es cuando se somete al sistema de autorización estatal a la constitución de ciertas organizaciones privadas, pero que realizan actividades de interés público, como bancos, empresas de seguros, etc.”. Ferreyros, Marysol. “La gestión colectiva”. En: Ricardo Antequera y Marysol Ferreyros. *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Lima: Editorial Monterrico, 1996, pp. 429-472.

inspección, vigilancia y control se entienden incorporadas dentro de la supervisión ejercida de forma posterior a la constitución de las SGC<sup>55</sup>:

### *1. Facultades de inspección*

De acuerdo con el art. 25 de la Ley 1493 de 2011, estas facultades consisten en:

- Solicitar, confirmar y analizar información relacionada con la situación jurídica, contable, económica y administrativa de las SGC y las entidades recaudadoras.
- Realizar auditorías contables, económicas, financieras, administrativas o jurídicas.
- Realizar investigaciones administrativas a las SGC para cumplir las actividades antes descritas.

Dentro de otras normas, se destacan como obligaciones derivadas de la facultad de inspección:

- Las SGC deberán remitir los contratos generales celebrados con las asociaciones de usuarios (art. 28, Ley 44 de 1993).
- Las SGC deberán inscribir en el Registro Nacional del Derecho de Autor los pactos, convenios o contratos que celebren con sociedades de derechos de autor o similares extranjeras (art. 29, Ley 44 de 1993).

Las facultades de inspección permitirán a la DNDA conocer la información relacionada con el ejercicio de las SGC y las entidades recaudadoras, a través de la obligación de entregar información y la posibilidad de requerirla y realizar auditorías. El acceso a la información será una de las principales facultades que permitirá, con posterioridad, hacer seguimiento al cumplimiento de la normativa nacional y comunitaria, e implementar correctivos para subsanar cualquier infracción.

### *2. Facultades de vigilancia*

De acuerdo con el art. 26 de la Ley 1493 de 2011, las facultades de vigilancia consisten en supervisar que:

- Las SGC y sus administradores se ajusten a la ley y a los estatutos.
- No se presenten abusos de sus órganos de dirección, administración, o fiscalización, que impliquen desconocimiento de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias.
- No se suministre al público, a la DNDA o a cualquier organismo estatal, información que no se ajuste a la realidad.
- La contabilidad sea llevada de acuerdo con la ley o con los principios contables generalmente aceptados.
- No se realicen operaciones no comprendidas en el objeto social de las SGC.

<sup>55</sup> La clasificación presentada es propia. Las facultades de la DNDA fueron clasificadas atendiendo a los conceptos generales de inspección, vigilancia y control desarrollados por la Corte Constitucional y presentados anteriormente.

Dentro de otras normas se destacan como facultades de vigilancia:

– Las SGC están obligadas a presentar informes trimestrales de actividades a la DNDA (art. 42, Ley 44).

– Practicar visitas y adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades que se hayan observado (art. 27, Ley 1493).

– Enviar delegados a las reuniones de la asamblea general o asambleas regionales, de Consejo Directivo o del Comité de Vigilancia cuando se considere necesario (art. 27, Ley 1493).

– Control de legalidad a los estatutos adoptados por las SGC de derecho de autor o derechos conexos y a las reformas estatutarias (art. 27, Ley 1493).

– Control de legalidad al presupuesto aprobado por las SGC (art. 27, Ley 44 de 2011).

– Convocar a reuniones extraordinarias de la asamblea general, las asambleas regionales, de Consejo Directivo o del Comité de Vigilancia en los casos previstos por la ley o cuando se estime conveniente (art. 27, 1493).

– Conocer de las impugnaciones contra los actos de elección realizados por la asamblea general y las asambleas seccionales, y los actos de administración del Consejo Directivo (art. 27, Ley 1493).

– Inscribir a los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del gerente, del secretario, del tesorero y del revisor fiscal de las SGC (art. 27, Ley 1493).

Las facultades de vigilancia implican el seguimiento de las actividades realizadas por las SGC y las entidades recaudadoras, las cuales deberán cumplir la normativa nacional y comunitaria, así como sus estatutos. De no existir, la DNDA no podría efectuar valoraciones respecto del actuar de las SGC, ni velar por el respeto de los derechos de sus afiliados, los consumidores o el público general.

Las facultades de inspección y vigilancia se ejercen de forma conjunta, dentro de una supervisión estatal moderada, que llegará hasta la determinación del estado de cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias, sin implicar la toma de medidas correctivas para subsanar dichas infracciones.

### *3. Facultades de control*

Teniendo en cuenta que la gestión colectiva de derechos patrimoniales de autor y conexos redundan en el interés general, para el legislador colombiano no bastaron las disposiciones expresamente consagradas en el art. 47 de la Decisión 351, en relación con la posibilidad de imponer sanciones como la amonestación, multa o suspensión. De encontrar infracciones dentro del ejercicio de la facultad de vigilancia, fueron impuestas medidas de control que permitieran la subsanación o corrección de las conductas infractoras, consecuencia de la directa intervención de la DNDA.

De acuerdo con los artículos 28 y 29 de la Ley 1493 de 2011, las facultades de control son:



- Ordenar correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo.
- Promover la presentación de planes y programas encaminados a mejorar la situación que hubiere originado el control y vigilar su cumplimiento.
- Ordenar la remoción de los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del gerente, del secretario, del tesorero y del revisor fiscal y de empleados, por incumplimiento de órdenes de la DNDA o deberes previstos en la ley o en los estatutos.
- Prohibición a los administradores y empleados para constituir garantías sobre bienes propios de la SGC, enajenar bienes o realizar operaciones que no correspondan al giro ordinario.
- 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.
- Efectuar visitas especiales e impartir las instrucciones que resulten necesarias de acuerdo con los hechos que se observen en ellas.

Dentro de otras normativas, se destacan como facultades de control:

- Verificar que las actividades estén dentro del objeto social y ordenar la suspensión de los actos no comprendidos dentro del mismo (art. 27, L. 1493).
- Iniciar investigaciones e imponer sanciones administrativas a la SGC o entidad recaudadora, o los miembros del Consejo Directivo, integrantes del Comité de Vigilancia, gerente, secretario, tesorero, revisor fiscal o demás administradores (art. 27, L. 1493).
- Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajusten a la ley (art. 27, L. 1493).
- Designar al liquidador en los casos previstos por la ley o cuando se ordene la cancelación de la personería jurídica de la SGC (art. 27, L. 1493).

Dentro del concepto de “control” puede enmarcarse la toma de posesión (artículos 31 y 32, Ley 1493). El objetivo de la toma de posesión es establecer si la SGC debe ser objeto de liquidación, si es posible colocarla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones de gestión<sup>56</sup>.

La DNDA podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla o liquidarla en los siguientes casos (art. 31, L. 1493):

- Cuando la SGC no quiera o no pueda gestionar los derechos confiados por sus afiliados o por contratos de representación recíproca.
- Cuando sus administradores persistan en violar en forma grave la normativa que los obliga.
- Cuando los administradores de las SGC se hayan rehusado a dar información veraz, completa y oportuna a la DNDA.

56 Artículo 44 del Decreto 1258 de 2012.

Los principios más relevantes de la toma de posesión (art. 45 del Decreto 1258 de 2012) son los siguientes:

- Solo podrá adoptarse por las causales previstas en la Ley 1493 de 2011.
- La decisión de toma de posesión será de inmediato cumplimiento. El recurso de reposición no tiene efecto suspensivo.
- Se designará a un administrador, liquidador o una entidad fiduciaria para que se encargue, temporalmente, de la administración de la sociedad.
- La remoción de los administradores y del revisor fiscal por causa de la toma de posesión da lugar a la terminación del contrato de trabajo por justa causa y por ello no generará indemnización alguna<sup>57</sup>.
- El administrador o liquidador será supervisado por la DNDA y ejercerá funciones públicas transitorias.
- Las medidas procedentes incluyen (i) retirar del cargo a empleados y administradores de la sociedad, (ii) suscribir y dar por terminados acuerdos de representación recíproca con otras SGC, (iii) suscribir y dar por terminados contratos con los usuarios, (iv) representar a la sociedad en las entidades recaudadoras, (v) expedir o modificar los reglamentos internos que sean necesarios, así como (vi) todas aquellas medidas que se consideren pertinentes y que estén directamente relacionadas con la gestión encomendada.
- Los honorarios del administrador o del liquidador serán fijados por la DNDA.

Las facultades de control representan un mayor poder para la DNDA al permitirle imponer correctivos que, en su criterio, permitan subsanar cualquier infracción. Lo anterior ha comportado un descontento dentro de las SGC y entidades recaudadoras, al considerar que, en caso de imponer medidas cautelares, de control o de toma de posesión, su autonomía no solo se verá reducida, sino que podrá perderse en forma absoluta. Esta situación dio origen a la acción de incumplimiento presentada por Sayco contra la República de Colombia, analizada posteriormente.

#### IV. EL PROCESO SANCIONATORIO EN CONTRA DE LAS SGC

Presentadas las facultades de inspección, vigilancia y control sobre las SGC y las entidades recaudadoras, a continuación se presenta el trámite administrativo que deberá seguir la DNDA para la imposición de medidas sancionatorias o correctivas.

<sup>57</sup> Pese a que no ha sido analizado por parte de la Corte Constitucional, esta disposición podrá resultar contraria a los principios y derechos constitucionales del derecho laboral, en particular a lo dispuesto en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, respecto de la protección constitucional de los trabajadores y la obligación de garantizarles estabilidad en el empleo. La terminación de un contrato con justa causa no permitirá analizar la situación del trabajador dentro de cada caso, e impedirá a los trabajadores recibir la indemnización en caso de haber actuado de conformidad con la ley, los estatutos y su contrato de trabajo (artículos 62 y 64 del Código Sustantivo del Trabajo).

– Medidas cautelares (art. 30, L. 1493). Podrán imponerse las siguientes medidas antes de iniciar una investigación, conjuntamente o con posterioridad a su inicio:

- Cese inmediato de los actos presuntamente infractores.
- Suspensión del ejercicio de las funciones a miembros de los órganos societarios, al gerente, secretario, tesorero y revisor fiscal.
- Suspensión de la personería jurídica y de la autorización de funcionamiento de SGC y entidades recaudadoras.
- Diligencias preliminares (art. 33, Decreto 1258). De oficio o a solicitud de parte, la DNDA realizará el nombramiento de los investigadores que realizarán solicitudes de información, visitas administrativas y práctica de pruebas pertinentes (50 días prorrogables por otros 30).

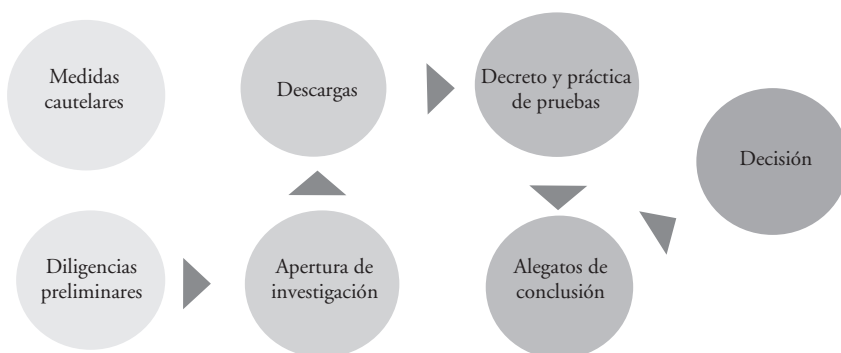
– Apertura de la Investigación (art. 34, Decreto 1258). Durante la realización de las diligencias preliminares se presenta un informe evaluativo, a partir del cual se archiva el expediente o se procede con la apertura de la investigación; posteriormente se califican los cargos resultantes de la investigación (10 días).

– Descargos (art. 35, Decreto 1258). La investigada podrá presentar sus descargos y aportar pruebas (10 días).

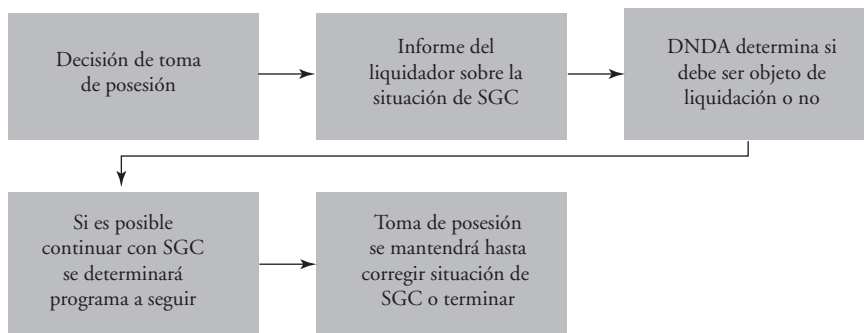
– Decreto y práctica de pruebas (art. 36, Decreto 1258). Dentro de los 10 días siguientes al vencimiento del plazo para presentar descargos, se solicitarán y decretarán las pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos, las cuales deberán ser practicadas dentro de los 15 días siguientes.

– Alegatos de conclusión (art. 37, Decreto 1258). Dentro de los 5 días posteriores a la práctica de pruebas.

– Decisión (art. 38 del Decreto 1258 de 2012). Dentro de 15 días posteriores al vencimiento del plazo para presentar alegatos.



– Trámite de la toma de posesión:



– Sanciones (art. 39, Decreto 1258). Comprobadas las infracciones, la DNDA podrá:

- Amonestar por escrito a las SGC o entidades recaudadoras.
- Imponer multas hasta por 50 salarios mínimos mensuales.
- Suspender la personería jurídica de la entidad sancionada hasta por 6 meses.
- Cancelar la personería jurídica de la entidad sancionada.
- Imponer facultades adicionales en virtud de las facultades de inspección, vigilancia y control.

#### V. ALGUNOS EJEMPLOS DEL RÉGIMEN DE SUPERVISIÓN ESTATAL EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación, se menciona el régimen de supervisión estatal en los países de la Comunidad Andina y en la Unión Europea y su relación con las facultades de inspección, vigilancia y control, adoptadas por Colombia:

– Perú. Inspección, vigilancia y fiscalización. Decreto Legislativo 822 de 1996 (art. 146).

De acuerdo con la normativa peruana, en cabeza del Indecopi fueron otorgadas determinadas facultades que comprenden la inspección, vigilancia y determinadas normas que se acercan a la facultad de “control” en Colombia, como lo son:

*Artículo 165.* La Oficina de Derechos de Autor es la única autoridad competente que podrá imponer sanciones a las sociedades de gestión que infrinjan sus propios estatutos o reglamentos, o la legislación de la materia, o que incurran en hechos que afecten los intereses de sus representados

[...]

*Artículo 166.* Las sanciones a que se refiere el artículo anterior podrán ser:

a. Amonestación, pudiendo disponerse su publicación en la separata de Normas Legales del Diario Oficial El Peruano, a costa de la infractora.

b. Multa de hasta 150 U.I.T., de acuerdo a la gravedad de la falta.

c. Suspensión de las autoridades societarias en el ejercicio de sus funciones, *hasta por el lapso de un año, designando en su lugar una Junta Administradora.*

d. Cancelación de la autorización de funcionamiento”.

– Bolivia. Inspección, vigilancia y control. Resolución administrativa 041 de 2016, derogada por la Resolución 006 de 2020.

De acuerdo con la reciente normativa boliviana, en virtud de las facultades de supervisión estatal, la Dirección de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Senapi contará con facultades de inspección, vigilancia y control, dentro de las que se destacan las siguientes:

“Artículo 47 (Amonestaciones y suspensiones)

Las sanciones a que se refiere el Artículo anterior podrán ser:

- 1) Amonestación escrita.
- 2) *Suspensión temporal de la Autorización de Licencia de Funcionamiento.*
- 3) *Suspensión definitiva de la Autorización de Licencia de Funcionamiento”.*

– Ecuador. Monitoreo y control (similares a las de inspección y vigilancia), fiscalización y sanción, e intervención (similares a las de control). Acuerdo No. Senescyt-2020-077.

De acuerdo con la normativa ecuatoriana, el Senadi cuenta con facultades que se asimilan a las facultades de inspección, vigilancia y control (*incluyendo la toma de posesión*):

“Artículo 141. Sumarios de fiscalización y sanción. El Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, con base en los resultados del informe final de los actos de control y monitoreo, dispondrá el establecimiento *de sanciones tanto a la entidad parte de la Gestión Colectiva como a los administradores y miembros de los órganos de gobierno.*

[...]

Artículo 146. De la naturaleza de la intervención. La intervención es una medida cautelar de carácter temporal decretada por el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales, que se origina a partir de un acto administrativo motivado, que tiende a *propiciar las condiciones necesarias para desarrollar adecuadamente el objeto social de las entidades parte de la Gestión Colectiva, o realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para la gestión de los derechos confiados a la entidad”.*

– Unión Europea. Obligación de seguimiento para los Estados Miembro. Directiva 2014/26/UE.

De acuerdo con el art. 36 y subsiguientes de la directiva referida, los Estados cuentan con el deber de velar por el cumplimiento de la normativa en materia de gestión colectiva. De esta forma, se establece el deber de realizar un seguimiento a través de facultades similares a la inspección, vigilancia y control, a través de una labor de observación, monitoreo y sancionatoria en caso de incumplimiento.

VI. EL PROCESO OI-AI-2019. ¿LA REPÚBLICA DE COLOMBIA INCUMPLIÓ EL DERECHO COMUNITARIO ANDINO CON LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1493 DE 2011?

A. ANTECEDENTES

En 2011 fue proferida la Ley 1493. Como fue analizado, esta norma fue demandada ante la Corte Constitucional, que declaró inexecutable la facultad de imponer medidas cautelares innominadas, y ejecutables las disposiciones restantes.

A partir de lo anterior, desde el 2012 la DNDA tomó múltiples medidas de control sobre Sayco, con fundamento en la infracción de normas legales y estatutarias por parte de sus administradores. De esta forma fueron proferidas, entre otras, las resoluciones 206 de 2012<sup>[58]</sup>, 088 de 2013<sup>[59]</sup>, 113 de 2014<sup>[60]</sup>, 160 de 2015<sup>[61]</sup> y 020 de 2015<sup>[62]</sup>.

Como consecuencia del control ejercido por la DNDA, el 10 de diciembre de 2018 Sayco inició un reclamo por incumplimiento ante la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), en contra de la República de Colombia, por la vulneración del derecho comunitario andino. Se recuerda que la presentación del reclamo y posterior expedición de un dictamen por parte de la SGCA son requisitos de procedibilidad para la presentación de la acción por incumplimiento, en virtud del art. 23 y subsiguientes del Protocolo modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1996<sup>[63]</sup> y de la Decisión 623 de 2005.

B. EL RECLAMO DE SAYCO

Para Sayco, las medidas que constituyen el incumplimiento por parte de la República de Colombia son las facultades de (i) toma de control, (ii) imposición de medidas cautelares y (iii) la toma de posesión, consagradas en los artículos 24 (parcial), 27 (numerales 5, 9 y párrafo), 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, 33 y 34 de la Ley 1493 de 2011.

58 Ordenó la suspensión de los miembros del consejo directivo de Sayco y nombró un administrador, como medida cautelar.

59 Impuso sanciones a los miembros del consejo directivo de Sayco, con fundamento en la facultad de control.

60 A través de esta resolución se impusieron sanciones a los miembros del consejo directivo de Sayco y se sancionó a Sayco directamente.

61 A través de esta resolución se sancionó al gerente de Sayco.

62 A través de esta resolución se decidió someter a control a Sayco para ordenar los correctivos necesarios para subsanar las conductas que fueron sancionadas, entre otros, en las resoluciones antes referidas y que no fueron corregidas, de acuerdo con la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Particularmente, hace referencia a las resoluciones 014, 148, 149, 206, 276 y 284 de 2012, 088 de 2013 y 113 de 2014.

63 Aprobado en Colombia por la Ley 457 de 1988.

Según el reclamo, la Decisión 351 consagra en sus artículos 43 y 51, literal b), que el régimen de supervisión de los Estados Miembro consta de tres facultades: (i) la autorización de funcionamiento; (ii) la inspección, y (iii) la vigilancia. Por ende, para Sayco las distintas facultades de control que fueron consagradas por la normativa colombiana no están avaladas dentro del derecho comunitario.

#### C. EL DICTAMEN DE LA SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA<sup>64</sup>

La SGCA concluyó que la República de Colombia no incumplió la Decisión 351 ni el Tratado de Creación del TJCA.

Sobre los requisitos de procedibilidad, la SGCA declaró su competencia para conocer del reclamo y que el mismo cumplió con los requerimientos de la Decisión 623. Sobre las cuestiones de fondo, presentó sus consideraciones y recordó las características generales de las SGC, su naturaleza jurídica, legitimación y realizó consideraciones generales respecto del principio comunitario andino del complemento indispensable<sup>65</sup>. Con base en lo anterior, determinó que las disposiciones demandadas de la Ley 1493 de 2011 fueron desarrolladas en virtud del principio del complemento indispensable.

La SGCA precisó que el art. 51 literales d) y g) de la Decisión 351 avala la actuación del Estado colombiano, toda vez que las oficinas nacionales de derecho de autor son competentes para (i) aplicar las sanciones que disponga la normativa comunitaria o la legislación nacional y, en todo caso, (ii) ejercer las facultades “que determinen las respectivas legislaciones internas de los Países Miembros”, dentro de las que será posible establecer sanciones adicionales y adoptar otras medidas que permitan “salvaguardar el interés público que le asiste a los derechos de los autores y compositores, que quedarían desprotegidos sin una adecuada supervisión estatal de las SGC”<sup>66</sup>.

#### D. LA DEMANDA DE ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO<sup>67</sup>

Pese al dictamen proferido, Sayco presentó ante el TJCA acción de incumplimiento en contra de la República de Colombia.

<sup>64</sup> Secretaría General de la Comunidad Andina. Dictamen No. 001-2019. Lima, 5 de marzo de 2019.

<sup>65</sup> “El principio de complemento indispensable de la normativa comunitaria consagra lo que algunos tratadistas denominan “norma de clausura, según la cual se deja a la legislación de los Países miembros la solución legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 212-IP-2019. M. P.: Hugo R. Gómez Apac.

<sup>66</sup> Secretaría General de la Comunidad Andina. Dictamen No. 001-2019, *op. cit.*, p. 38.

<sup>67</sup> Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco). Acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco) contra la República de Colombia, por el quebrantamiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, Proceso 01-AI-2019.

La demanda consistió en un recuento de los argumentos del reclamo ante la SGCA, cuyas pretensiones buscaron la declaración del incumplimiento de los artículos 43, 44, 45 (literal d) y 51 (literal b) de la Decisión 351 y 2, 4 y 36 del Tratado de Creación del TJCA. De acuerdo con Sayco, el incumplimiento se materializó con la expedición de los artículos 24 (parcial), 27 [9], 28, 29, 30 (literal b), 31, 32, y 34 de la Ley 1493. Con fundamento en lo anterior, se solicitó declarar que estas disposiciones afectaron a Sayco y que, en consecuencia, se ordenara remediar el incumplimiento alegado y condenar a la República de Colombia en costas procesales.

Señaló la accionante que el sentir de los Estados Miembro al expedir la decisión 351 no fue permitir facultades de control o toma de posesión sobre las SGC, sino únicamente la autorización de funcionamiento, inspección y vigilancia. Para sustentar la distinción entre estos conceptos, hizo referencia a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y su definición en el *Diccionario* de la Real Academia Española; no obstante, la demandante no tuvo en cuenta que sería diferente inspeccionar, vigilar o controlar a una institución financiera, una sociedad comercial o a una SGC, por lo que las facultades de supervisión varían dependiendo de la actividad supervisada.

Finalmente, argumentó que las funciones de control y toma de posesión no son permitidas por el principio del complemento indispensable, sino que lo rebasan; esto, acudiendo al principio de especialidad en el derecho comunitario andino y a considerar que la supervisión estatal sobre las SGC está plenamente regulada en la Decisión 351 y no requiere de complemento por parte de los Estados miembro.

#### E. LA CONTESTACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA<sup>68</sup>

La accionada recordó que la gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos es de interés público, motivo por el cual debe estar sometida a supervisión estatal, incluyendo la atribución de facultades para corregir el actuar de las SGC que transgreden la normativa comunitaria, nacional o estatutaria.

La contestación giró en torno a defender que los artículos demandados de la Ley 1493 de 2011 fueron expedidos para ejercer “control de acceso de fondo”<sup>69</sup>, es decir, verificar el cumplimiento por parte de las SGC de los artículos 45, literales b), d), e), f), j) y l), 48 y 50 de la Decisión 351. Para sustentar lo anterior, la accionada resaltó el impacto positivo de las medidas de control que la DNDA ejerció sobre Sayco, señalando que, cuando esta entidad estuvo controlada existió un incremento significativo en los recaudos realizados y posteriormente repartidos

<sup>68</sup> República de Colombia. Escrito de conclusiones de la República de Colombia, Proceso 01-AI-2019.

<sup>69</sup> Mientras que el “control de acceso de forma” es el que verifica el cumplimiento de requisitos al momento de conceder la autorización de funcionamiento, el “control de acceso de fondo” verifica que, una vez en funcionamiento, las SGC sigan cumpliendo las disposiciones legales y estatutarias a que están sometidas.



a los afiliados. Como argumento subsidiario, señaló que en todo caso las facultades de control, toma de posesión y la imposición de medidas cautelares son un complemento indispensable a la norma comunitaria.

Finalmente, y con el fin de alegar que las facultades de control no son extrañas dentro del derecho comparado, cita entre otras las normativas boliviana, ecuatoriana y peruana (ya presentadas), las cuales, de acuerdo con su argumentación, comprenden facultades similares a las implementadas en la Ley 1493 de 2011.

#### F. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA<sup>70</sup>: LO BUENO, LO MALO Y LO CUESTIONABLE

Como fue anticipado, el 11 de marzo de 2022 fue proferida la sentencia que decidió la acción de incumplimiento interpuesta por Sayco en contra de la República de Colombia. El TJCA declaró infundada la acción presentada y confirmó el cumplimiento por parte de la República de Colombia; sin embargo, dicho cumplimiento se entendió condicionado a que los artículos 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011 sean interpretados de forma restrictiva y como instrumentos de *ultima ratio*. Pese que la decisión de fondo era previsible, atendiendo al dictamen proferido por la SGCA, el condicionamiento dispuesto por el TJCA deja múltiples cuestionamientos.

Con base en lo anterior, se analiza a continuación lo bueno, lo malo y lo cuestionable de la sentencia proferida.

*Lo bueno.* El TJCA hizo un análisis exhaustivo sobre la finalidad y procedencia de acción de incumplimiento, como instrumento alterno al derecho nacional para sancionar a los Estados miembro que deciden transgredir la normativa comunitaria, por acción u omisión. Con base en lo anterior, se declaró competente y precisó que el trámite de la acción de incumplimiento presentada por SAYCO cumplió con la normativa comunitaria andina.

Como consideraciones previas, el TJCA estudió la finalidad de las SGC y su utilidad en la reducción de los costos de transacción de los titulares y usuarios, en comparación con el recaudo individual<sup>71</sup>. Concluyó que si bien se trata de entidades de derecho privado cuyo contenido es esencialmente patrimonial, su objeto redundaba significativamente en el interés público (al igual que otras entidades del derecho privado como las instituciones financieras), al gestionar el recaudo de regalías

70 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 01-AI-2019, 11 de marzo de 2022. M. P.: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

71 “Si no existieran las SGC, [...] 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”. *Ibid.*

por la explotación de derechos patrimoniales de autor y conexos, en nombre de una gran cantidad de afiliados. En el mismo sentido, el TJCA destacó la posición monopolística de las SGC, precisando que no es usual que en un mismo país existan distintas sociedades que recauden regalías por el uso del mismo derecho patrimonial, lo que genera indefectiblemente una falla de mercado.

Posteriormente, señaló que la supervisión estatal siempre dependerá de la magnitud de la actividad supervisada, sus riesgos y principalmente las posibles externalidades negativas que pueda generar. En el caso de las SGC, la supervisión debe exceder la simple autorización de funcionamiento (control de forma), implicando un seguimiento constante sobre las actividades de recaudo y reparto de regalías, participación de los afiliados y, en general, la observancia de reglas de transparencia, administración eficaz y auditoría, so pena de la imposición de sanciones como la amonestación, multa o suspensión (control de fondo). Desde este análisis, el TJCA concluye que dentro de un régimen de intervención estatal intensa como el requerido para las SGC, las facultades permitidas a los Estados van más allá de la inspección y vigilancia, e incluyen “control”, “supervisión”, “monitoreo”, “fiscalización” y “auditoría”, entre otras.

Con fundamento en lo anterior, el TJCA concluyó que las facultades de control y toma de posesión, adoptadas en la Ley 1493 de 2011, fueron proferidas como complemento indispensable de la norma comunitaria andina. El TJCA reitera su jurisprudencia<sup>72</sup> sobre el principio del complemento indispensable en el derecho de autor, según el cual existen dos escenarios en los que la normativa nacional puede complementar a la andina<sup>73</sup>, siempre teniendo en consideración que “no son aplicables las normas de derecho interno que sean contrarias al ordenamiento jurídico comunitario, debiendo quedar substraídos de la competencia legislativa interna los asuntos regulados por la legislación comunitaria andina”<sup>74</sup>.

Teniendo en cuenta que las disposiciones implementadas por la República de Colombia son una forma efectiva de salvaguardar los derechos de titulares y usuarios de derechos patrimoniales de autor y conexos, aceptar las facultades de control y

72 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 247-IP-2020, 21 de junio de 2021. M. P.: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.

73 “(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”. *Ibid.*

74 Adicionalmente, el TJCA ha establecido que “cuando la norma comunitaria deja a la responsabilidad de los países miembros la implementación o desarrollo de aspectos no regulados por aquella, en aplicación del principio de complemento indispensable, les corresponde a esos países llevar a cabo tales implementaciones, sin que estas puedan establecer, desde luego, exigencias, requisitos adicionales o constituir reglamentaciones que de una u otra manera afecte el derecho comunitario o, restrinjan aspectos esenciales por él regulados de manera que signifiquen, por ejemplo, una menor protección a los derechos consagrados por la normativa comunitaria” [cursivas añadidas]. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 212-IP-2019. M. P.: Hugo R. Gómez Apac, y Proceso 33-IP-2019. M. P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

toma de posesión sobre las SGC como un complemento indispensable a la Decisión 351 de 1993, redundando en el beneficio colectivo y exige a las SGC cumplir con los mayores estándares de comportamiento en desarrollo de sus obligaciones legales y reglamentarias. Esto no deberá entenderse como una limitación injustificada a la actividad de derecho privado desarrollada por las SGC, sino como la forma de supervisar la falla de mercado que representan en países como Colombia, así como velar por el interés público que está en juego al desarrollar sus labores.

Además, se recuerda que las medidas de control y toma de posesión no son impuestas de forma arbitraria por parte de la DNDA, sino que están supeditadas al cumplimiento de condiciones tales como una administración negligente que afecte en forma considerable los derechos de los asociados, dentro de un trámite administrativo regulado por la Ley 1493 y el Decreto 1258, como ya fue analizado. En todo caso y sobre la proporcionalidad y razonabilidad de estas medidas, se pone de presente que buscan evitar la cancelación de la autorización de funcionamiento de las SGC, permitiendo que continúen administrando los derechos de sus asociados y que en un mediano o corto plazo puedan retomar su autonomía en la gestión de los derechos de sus titulares asociados.

*Lo malo.* Pese a que el TJCA estudió (i) el fundamento, utilidad y riesgos de la gestión colectiva, (ii) la intervención en la actividad de las SGC por parte de los Estados miembro y (iii) la aplicación del principio del complemento indispensable dentro del caso particular, no desarrolló algunos de los argumentos alegados por las partes y perdió la oportunidad de aclarar algunos vacíos y ambigüedades existentes sobre el régimen de supervisión estatal sobre las SGC a nivel comunitario.

En primer lugar, el TJCA no dispuso de un insumo (p. ej., principios, reglas generales, normas del derecho comparado, etcétera) que permita a los Estados miembro crear e implementar medidas de inspección, vigilancia o control, adicionales a las consagradas en la Decisión 351, que cumplan con el derecho comunitario y no representen una limitación excesiva a las facultades de las SGC. Esto, teniendo en cuenta que la intervención estatal no puede imponer medidas extremas, ni tampoco buscar que el recaudo y distribución de regalías pierda su carácter de actividad privada<sup>75</sup>, sino encontrar el justo equilibrio que permita la

<sup>75</sup> Respecto de los límites de la intervención estatal sobre el recaudo de regalías por la explotación de derechos patrimoniales de autor, señaló la Corte Suprema de Justicia (haciendo referencia a la Constitución de 1886 y la exequibilidad del artículo 39 de la Ley 86 de 1946): “De consiguiente, cualquier norma legal que limite o desconozca para el titular de la propiedad intelectual la facultad de disposición, o la de uso, o la de goce que le corresponde sería contraria a la previsión contenida en el artículo 30 de la Carta, a no ser que se tratara de los motivos de utilidad pública o de interés social (inciso 30 del citado artículo); o de la intervención del Estado ‘en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho’ (artículo 32 de la Constitución).

[...]

La intervención en la forma de pagar los ‘derechos de autor’ y en la percepción de los mismos, no está prevista en la Carta, que no contempla sino la expropiación y la racionalización de la industria, como limitaciones constitucionales al derecho de propiedad,

correcta gestión y supervisión de las labores realizadas, en pro del interés público involucrado.

En segundo lugar, el TJCA tampoco analizó el concepto, diferencias o aplicación de las facultades de “inspección”, “vigilancia” y “control”, limitándose a señalar que podrán ser ejercidas por los Estados miembro de la Comunidad Andina sobre las SGC. Incluso, sobre la facultad de control se limitó a precisar que su jurisprudencia ya la ha incluido dentro de las facultades de supervisión sobre las SGC<sup>76</sup>, sin desarrollar su contenido más allá que en el caso concreto. Por tanto, se mantiene la incertidumbre respecto del alcance de los conceptos de inspección, vigilancia y control en la Comunidad Andina y de si es posible equipararlos con el desarrollo que se les ha dado dentro de cada legislación interna.

Finalmente, y en contra del principio de congruencia procesal, el TJCA decidió la acción de incumplimiento sin considerar todos los argumentos planteados por las partes. Un ejemplo de lo anterior es que no fueron analizados los conceptos de control de forma y de fondo, planteados por la República de Colombia como primer argumento para sustentar las facultades de control y toma de posesión dentro de la Ley 1493 de 2011. Si bien el TJCA analizó que la intervención de los Estados miembro debía exceder la mera autorización de funcionamiento (control de forma), por ejemplo, a través de la autorización de reformas estatutarias o la eventual remoción de miembros de órganos decisorios, no fue analizado el alcance que deberá tener el control de fondo sobre las SGC, limitándose a hacer un estudio del complemento indispensable.

*Lo cuestionable.* Como fue indicado, el TJCA declaró el cumplimiento de la República de Colombia; no obstante, se exigió un determinado actuar por parte de la República de Colombia en relación con los artículos 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, es decir, el cumplimiento fue condicionado.

El TJCA precisó que los artículos 29, 31 y 32 deberán interpretarse desde principios de razonabilidad (que se trate de medidas precedentes para conseguir el fin propuesto) y progresividad (primero la medida más atenuada y, de ser ineficaz, se procede con una más gravosa), lo que implica que (i) “La remoción de órganos de la sociedad de gestión colectiva únicamente alcanza a los órganos con poder de decisión en el control”, (ii) “La designación de los reemplazantes de los órganos removidos recae en primer lugar en la sociedad de gestión colectiva” y solamente ante la persistencia del incumplimiento podrá la DNDA designar a un reemplazo y (iii) la toma de posesión debe ser la *ultima ratio*, en caso de que la imposición de sanciones (primera medida) y la remoción de los órganos de la SGC (segunda medida) no fueran efectivas.

fuera de su función social”. República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencia del 10 de febrero de 1960. M. P.: Humberto Barrera Domínguez.

<sup>76</sup> Entre otros, el TJCA cita la Interpretación Prejudicial 525-IP-2015 del 20 de abril de 2017.

Pese a que esta decisión parece buscar una finalidad adecuada, a saber, que los Estados miembro no usen medidas de intervención más gravosas a las requeridas en cada caso concreto por las SGC supervisadas, se trata de una decisión “inusual”, por condicionar el cumplimiento de la República de Colombia a una determinada interpretación restrictiva de la Ley 1493 de 2011. Ante esta situación, surge la inquietud respecto de la capacidad del tribunal para proferir decisiones que, más allá de declarar el cumplimiento o incumplimiento de un Estado miembro, declaren su “cumplimiento condicionado”.

Las competencias atribuidas al TJCA se encuentran regladas en el Tratado de Constitución del TJCA y en la Decisión 500 de 2001. En el art. 23 y siguientes del Tratado se establece que el TJCA podrá declarar el incumplimiento de obligaciones emanadas de normas o convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. No obstante, la normativa referida no establece si será competente o no para declarar el cumplimiento de un Estado miembro, de forma condicionada, con lo que existen dos posibles interpretaciones: (i) el TJCA excedió sus funciones, puesto que únicamente debió declarar si la República de Colombia cumple con la normativa comunitaria tal y como está regulada en la Ley 1493, o (ii) el TJCA cumplió con sus funciones al declarar que se cumple con la normativa, siempre que esta tenga una interpretación que no exceda o vaya en contra de los principios del derecho comunitario andino.

Como insumo para la discusión planteada, se recuerda que en Colombia existe una figura jurisprudencial similar a la adoptada por el TJCA, denominada “exequibilidad condicionada”, en cabeza de la Corte Constitucional (órgano de cierre en asuntos constitucionales). Esta figura fue adoptada en las sentencias de constitucionalidad con asidero en el principio de “conservación del derecho”, desde el cual se busca mantener la autonomía y poder legislativo del legislador, permitiendo adaptar normas vagas o ambiguas a una interpretación que respete los preceptos constitucionales. De esta forma “los tribunales constitucionales deben siempre buscar preservar al máximo las disposiciones emanadas del Legislador, en virtud del respeto al principio democrático”<sup>77</sup>.

A partir de lo anterior y parafraseando a la Corte Constitucional<sup>78</sup>, el TJCA podría argumentar que, en caso de existir una disposición del derecho interno de los Estados miembro que admita múltiples interpretaciones, deberá preferirse y aceptarse únicamente aquella acorde con el derecho comunitario andino. Siendo así, el TJCA debería declarar que dicha disposición no incumple el derecho comunitario, siempre que sea interpretada de una forma particular, en beneficio de la autonomía legislativa de los Estados, de una parte, y la salvaguarda de los titulares y usuarios de derechos patrimoniales de autor y conexos, por la otra.

77 República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-405/98, 10 de agosto de 1998. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

78 *Ibid.*

Sin embargo, los opositores a esta postura podrían señalar que, pese a la disposición del TJCA para salvaguardar el interés público en el régimen de supervisión estatal sobre las SGC, su competencia está limitada por el Tratado de Cartagena, el Tratado de Constitución del TJCA y las decisiones andinas que han regulado sus facultades, instrumentos que no contemplan la posibilidad de dictar una sentencia condicionada. Pese a estos argumentos, la decisión adoptada se encuentra en firme, motivo por el cual la República de Colombia deberá adoptar la interpretación propuesta por el TJCA, so pena incumplir el régimen comunitario andino.

En suma, la acción de incumplimiento 01-AI-2019 tiene un fuerte impacto político y económico, por cuanto que decidió aceptar que los Estados de la Comunidad Andina (no solo Colombia) han implementado medidas de inspección, vigilancia y control adicionales a las dispuestas en la Decisión 351 de 1993. Esta decisión deja consideraciones positivas respecto de los derechos y deberes de las SGC y su supervisión por parte de los Estados miembro, algunos vacíos respecto de conceptos que no fueron desarrollados para establecer un precedente a nivel comunitario y grandes cuestionamientos sobre la competencia del TJCA en relación con el condicionamiento impuesto a la República de Colombia.

## CONCLUSIONES

El “régimen de supervisión estatal” colombiano cuenta con un marco constitucional amplio, desarrollado en gran medida por la Corte Constitucional, quien ha acotado el concepto de supervisión estatal y, particularmente, las facultades de inspección, vigilancia y control que lo conforman.

Con base en los artículos 38, 333 y 334 de la Constitución Política, para la República de Colombia la supervisión estatal sobre las SGC y las entidades recaudadoras es imperativa. Lo anterior debido a que la naturaleza jurídica, el objeto social y el contenido esencialmente patrimonial de las SGC y las entidades recaudadoras redundan en el interés público (dado su impacto sobre los derechos de los autores<sup>79</sup>, titulares de derechos patrimoniales de autor y conexos, y los distintos usuarios de las obras protegidas). El ejercicio de estas sociedades es en muchos casos el motor de las industrias culturales, que basan su actividad comercial en la explotación de derechos patrimoniales, y que representan uno de los más importantes ingresos para que los autores y artistas intérpretes o ejecutantes tengan una vida digna.

<sup>79</sup> “Finalmente, no hay que olvidar nunca que el centro de todo cuanto se haga en favor del derecho de autor y de la gestión colectiva en particular ha de tener como eje y razón de ser a los creadores. Son ellos –como estaban más débil de la cadena y por lo general trabajadores independientes– los llamados en primer lugar a participar en condiciones justas de los beneficios que se derivan del uso y la explotación de sus obras. Preservar el sistema y no desmayar en la búsqueda de esa justicia, aún en medio de las dificultades y de algunas críticas, es el reto de la gestión colectiva”. Fariñas, Rafael. “La gestión colectiva del derecho de autor en América Latina: recorrido hacia una nueva realidad”. En: Álvaro Díez Alfonso (dir.). *Cuadernos jurídicos. Instituto de Derecho de Autor 15 aniversario*, pp. 229-238. Madrid: Instituto de Derecho de Autor, 2020.

Por todo lo anterior, la normativa colombiana ha consagrado un régimen de supervisión estatal al momento de la constitución de las SCG (control de forma: otorgamiento de personería jurídica y autorización de funcionamiento) y posteriormente (facultades de inspección, vigilancia y control), a través de un trámite administrativo que podrá concluir con la imposición de correctivos o sanciones buscando subsanar el incumplimiento de disposiciones legales o estatutarias.

Finalmente, pese a que el régimen adoptado por la República de Colombia ha sido objeto de controversia ante el TJCA, en la acción de incumplimiento 01-AI-2019 interpuesta por Sayco, la decisión a esta controversia declaró que las medidas adoptadas por la República de Colombia no solo cumplen con las disposiciones comunitarias, sino que son aptas para cumplir con el objetivo de la gestión colectiva de derechos. Con esto, se dan algunos avances en el establecimiento de un estándar para la supervisión e intervención de los Estados sobre las SGC y las entidades recaudadoras en la Comunidad Andina, y surgen algunas dudas sobre la competencia del TJCA.

#### BIBLIOGRAFÍA

#### JURISPRUDENCIA

República de Colombia, Consejo de Estado de Colombia, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto 2223 de 2015, Rad. No. 11001-03-06-000-2014-00174-00. C. P.: William Zambrano Cetina.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-124/13. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-145 /09. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-145/18. M. P.: Diana Fajardo Rivera.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-165/19. M. P.: Alejandro Linares Cantillo.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-199 del 2001. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-265/94. M. P.: Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-570/12. M. P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-782/07. M. P.: Jaime Araújo Rentería.

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-833/07. M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-835/13. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-851/13. M. P.: Mauricio González Cuervo.
- República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-852/13. M. P.: Mauricio González Cuervo.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de febrero de 1960. M. P.: Humberto Barrera Domínguez.
- República de Colombia. Escrito de conclusiones de la República de Colombia, Proceso 01-AI-2019.
- Secretaría General de la Comunidad Andina. Dictamen No. 001-2019. Lima.
- Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (Sayco). Acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (sayco) contra la República de Colombia, por el quebrantamiento del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, Proceso 01-AI-2019.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 01- AI-2019, 11 de marzo de 2022. M. P.: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 33-IP-2019. M. P.: Luis Rafael Vergara Quintero.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 212-IP-2019. M. P.: Hugo R. Gómez Apac.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 247-IP-2020. M. P.: Hernán Rodrigo Romero Zambrano.
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Proceso 525-IP-2015. M. P.: Luis Rafael Vergara Quintero.

## DOCTRINA

- Antequera, Ricardo. *Estudios de derecho industrial y derecho de autor* (2ª ed.). Bogotá: Temis S. A., 2021.
- Cabrera Suárez, Lizandro Alfonso. “El significado real de que Colombia sea un Estado social de derecho”. Revista *Dixi*, vol. 20, n.º 27, 2018, p. 41.
- Fariñas, Rafael. “La gestión colectiva del derecho de autor en América Latina: recorrido hacia una nueva realidad”. En: Álvaro Díez Alfonso (dir.). *Cuadernos jurídicos. Instituto de Derecho de Autor 15 aniversario*, pp. 229-238. Madrid: Instituto de Derecho de Autor, 2020.
- Ferreiros, Marysol. “La gestión colectiva”. En: Ricardo Antequera y Marysol Ferreiros. *El nuevo derecho de autor en el Perú*. Lima: Editorial Monterrico, 1996.
- Ficsor, Mihály. *La gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, 2002.



- Gervais, Daniel. "Collective management of copyright: theory and practice in the digital age". En: Daniel Gervais *et al.* *Collective management of copyright and related rights* (3ª ed.). Países Bajos: Kluwer Law International, 2015, pp. 3-30.
- Gómez, Juan; Londoño, María; Muñoz, Manuel y Rodríguez, Carlos. *Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamérica*. Bogotá, Cerlalc, 2018.
- Jian, Fuxiao y Gervais, Daniel. "Collective management in China". En: Daniel Gervais *et al.* *Collective management of copyright and related rights* (3ª ed.). Países Bajos: Kluwer Law International, 2015, pp. 3-30.
- Kelsen, Hans. *La teoría pura del derecho*. México: Editorial Colofón, s. f., pp. 54 y ss., citado por: Ordoñez, José. *Geometría y derecho: la pirámide kelseniana y el círculo en el derecho de los pueblos de Abya Yala*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2013.
- Lipszyc, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Unesco, Cerlalc, Zavalía, 1993.
- Ordelin, Jorge. "El futuro de la gestión colectiva: un análisis desde la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea". *Revista La Propiedad Inmaterial*, n.º 20, julio-diciembre de 2015, pp. 5-25.
- Organización Sayco Acinpro. "Quiénes somos". Disponible en: <https://www.osa.org.co/-quienes-somos->
- Quinche, Manuel. *Derecho constitucional colombiano: de la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Temis, 2012.
- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.) [versión 23.4 en línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es> [consulta: 27 de junio de 2021].
- Ríos, Wilson. *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Universidad de los Andes-Editoriales Uniandes y Temis, 2009.
- Sarmiento, Antonio. "Supervisión estatal. Introducción". En: *II Congreso Continental de Derecho Corporativo y I Foro Internacional de Derecho Cooperativo*, Montevideo, 2016.
- Saucedo, Mónica. *La gestión colectiva de los derechos de autor en el ámbito internacional: régimen jurídico general y contractual*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, 2012.

## NORMATIVA

### *Tratados internacionales*

- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.  
Protocolo del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.  
Constitución Política de Colombia de 1991.

*Comunidad Andina*

Decisión 351 de 1993.

Decisión 500 de 2001.

Decisión 623 de 2005.

*Congreso de la República de Colombia*

Ley 23 de 1982.

Ley 44 de 1993.

Ley 142 de 1994.

Ley 222 de 1995.

Ley 1122 de 2007.

Ley 1493 de 2011.

*Gobierno de la República de Colombia*

Decreto 4835 de 2008.

Decreto 1258 de 2012.

Decreto 1066 de 2015.