

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 76278 DE
2016 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

*Caso SAYCO
Obstrucción al mercado*

Investigados:
*Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (SAYCO)
Jairo Enrique Ruge Ramírez*

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. AVERIGUACIÓN PRELIMINAR	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	3
4. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	16
5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	19

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN No. 76278 DE 2016 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

*Caso SAYCO
Obstrucción al mercado*

Investigados:
*Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (SAYCO)
Jairo Enrique Ruge Ramírez*

1. Introducción

La presente actuación administrativa se inició como consecuencia de una averiguación preliminar adelantada de oficio por la Delegatura, que pretendía establecer si existía evidencia que determinara la necesidad de iniciar una investigación por la presunta violación al régimen de la protección de la competencia por parte de **SAYCO**.

2. Conductas imputadas

Mediante Resolución No. 20964 de 2 de abril de 2012⁽³⁾, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante, la Delegatura) abrió investigación y formuló pliego de cargos contra la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA** (en adelante, **SAYCO**) para determinar si infringió lo dispuesto en los artículos 1 (prohibición general) y 8(monopolización de la distribución) de la Ley 155 de 1959 y en los numerales 3 (subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales) y 6 (obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados a los canales de comercialización) del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, abrió investigación y formuló Pliego de Cargos contra **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** para determinar si habría incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas imputadas a la persona jurídica.

3. Consideraciones de la Delegatura

Para efectos de determinar el mercado relevante base de la investigación y, en consecuencia, establecer si **SAYCO** ostenta la posición de dominio en el mercado, este acápite se dividirá en tres (3) partes: (i) una exposición general de las previsiones legales, jurisprudenciales y

doctrinales sobre el concepto y alcance del derecho de autor; (ii) una descripción del contenido y características del derecho patrimonial de comunicación pública, y (iii) finalmente, una explicación general sobre las modalidades de gestión de los derechos patrimoniales de autor reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico: la individual y la colectiva.

El derecho de autor, que hace parte de la gran disciplina de la propiedad intelectual, constituye un conjunto de prerrogativas de carácter moral y patrimonial conferidas a los autores sobre sus obras artísticas o literarias. En este sentido, el objeto de protección del derecho de autor son las obras del ingenio humano en el campo artístico y literario, sin importar su género, mérito o destinación. El concepto de obra corresponde a *"toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"*.

El fundamento de la protección autoral tiene sustento en el artículo 61 de la Constitución Política que dispone *"el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley"*. A partir de este mandato superior, se encuentra un completo desarrollo legal sobre el derecho de autor comprendido, principalmente, en la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1982, la Ley 44 de 1993 y el Decreto 3942 de 2010, normatividad que regula las prerrogativas conferidas por el régimen autoral, la titularidad de los derechos y las modalidades en que pueden ser ejercidos.

Con fundamento en la normativa referida, la jurisprudencia ha definido el derecho de autor en los siguientes términos:

"(...) los derechos de autor son una categoría del concepto de "propiedad intelectual", que amparan el conjunto de derechos que la ley otorga al creador de una obra literaria, artística, científica, cinematográfica, audiovisual, fonograma, programa de ordenador o soporte lógico (software), para utilizar con exclusividad su creación o autorizar a terceros la utilización de la misma; reproducirla bajo distintas formas; ejecutarla o interpretarla públicamente; grabarla o fijarla por diversos medios; radiodifundirla; traducirla a otros idiomas o adaptarla(...)".

Por su parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el objeto de protección del derecho de autor señalando:

"(...) El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales, en tanto creaciones originarias o primigenias (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también en los últimos tiempos los programas de computador), o creaciones derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, arreglos musicales etc.). En la legislación colombiana, se incorporó la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, cuyo artículo 4 contiene una enumeración

ejemplificativa, no taxativa, de las obras protegidas.

En virtud del régimen del derecho de autor, por el simple hecho de la creación intelectual artística o literaria, y sin necesidad de formalidad alguna, surgen para los autores dos (2) tipos de derechos: los morales y los patrimoniales.

Los derechos morales están dirigidos a proteger "*...la personalidad del autor en relación con su obra...*" y se caracterizan por ser inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables. Según el artículo 11 de la Decisión 351 de 1993, confieren al autor la facultad de conservar la obra inédita o divulgarla, reivindicar su paternidad en cualquier momento y de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. Adicionalmente, el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, dispone que los autores tienen la facultad de modificar su obra, antes o después de su publicación y de retirarla de circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada.

Por su parte, los derechos patrimoniales, a diferencia de los morales, son transferibles, es decir, se encuentran en el comercio y su titular tiene plena disposición de ellos. De conformidad con el artículo 13 de la Decisión 351 de 1993, el autor o su catusabiente tiene la facultad exclusiva de realizar, autorizar o prohibir, entre otros usos, la reproducción de su obra por cualquier forma o procedimiento; la comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; la distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; la importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho; y la traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

Los derechos patrimoniales confiere a su titular el control exclusivo sobre la explotación de su obra, confiriéndole una suerte de derecho de propiedad sobre el bien inmaterial. En este sentido es que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha precisado que los derechos patrimoniales "*son tantos como formas de utilización sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado*".

Como se indicó previamente, estos derechos pueden ser transferidos por el autor mediante cualquiera de los mecanismos previstos legalmente y, en esa medida, son derechos que pueden estar radicados en cabeza del autor (titular originario) o eventualmente, en la persona natural o jurídica que los hubiera adquirido (titulares derivados) en virtud de una cesión de derechos o una transferencia por mandato legal.

Frente a estos derechos es importante resaltar lo dispuesto en el artículo 31 de la Decisión 351 de 1993 y en el artículo 77 de la Ley 23 de 1982, donde se consagra el principio de la

independencia de los derechos, en virtud del cual debe entenderse que las diversas formas de utilización de una obra son independientes entre sí, de manera que la autorización que se conceda para una de ellas no se extiende a las demás.

En este contexto, corresponde abordar concretamente el análisis del derecho patrimonial de comunicación pública, en cuya gestión se ubica el mercado relevante de la presente actuación administrativa.

uno de los derechos patrimoniales de autor es la facultad exclusiva de autorizar o prohibir la comunicación pública de la obra. El artículo 15 de la Decisión Andina 351 de 1993, define comunicación pública como *"todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas"*. Este artículo señala una serie de usos que se entienden como modalidades de comunicación pública.

Para efectos de esta actuación administrativa es relevante resaltar, tal y como lo indicó la Delegatura, las siguientes modalidades de comunicación pública:

La ejecución pública en vivo de obras musicales: se trata de una forma de comunicación directa prevista en el literal a) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 y que está caracterizada por *"la presencia de los intérpretes frente a un público que se encuentra presente y por la unicidad de la comunicación"*.

Comunicación pública en establecimientos abiertos al público: es una forma de comunicación indirecta, caracterizada porque se desarrolla *"por medio de una fijación sobre un soporte material o a través de un agente de difusión"* y porque es posible que varias comunicaciones de la misma obra puedan desarrollarse de manera simultánea. Corresponde con la descripción contenida en el literal f) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 y consiste en la comunicación de la obra en establecimientos comerciales abiertos al público, tales como bares, restaurantes, cafeterías o tiendas, por ejemplo *"a través de un receptor doméstico de radio o televisión"*.

Comunicación pública a través de radio o televisión: es una forma de comunicación indirecta establecida, entre otras reglas, en el literal c) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993. Consiste en la distribución de señales por radiodifusión o por cualquier otro medio.

Tal y como se desprende de las definiciones citadas, los usos que comprende la comunicación pública se caracterizan en gran medida por ser masivos, lo que por obvias razones dificulta en algunos casos a los titulares ejercer de manera directa su derecho exclusivo de autorizar o prohibir, ante la imposibilidad física de controlar la utilización simultánea de sus obras frente a cientos, miles o millones de usuarios ubicados en Colombia,

o incluso en territorios de otros Estados.

Lo anterior, resulta pertinente para precisar que, conforme se dispone en el artículo primero del Decreto 3942 de 2010 (hoy Decreto 1066 de 2015), en el ordenamiento jurídico colombiano se reconocen dos (2) modalidades de gestión de los derechos patrimoniales de autor: la individual y la colectiva.

La gestión del derecho hace referencia al conjunto de actividades que permiten al titular materializar las prerrogativas patrimoniales otorgadas por el derecho de autor para explotar de forma exclusiva su obra.

De esta forma, lo que conocemos como gestión es la administración de esos derechos de carácter patrimonial que, como lo establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, OMPI) *"en relación con las obras son los derechos de los autores que integran el elemento pecuniario del derecho de autor"* cuya finalidad es controlar la autorización o prohibición de la que trata la ley, y el posterior recaudo que se debe al autor o titular por el uso de la obra.

En este orden de ideas, corresponde analizar las dos (2) modalidades de gestión de los derechos patrimoniales de autor, previamente indicadas.

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, la gestión colectiva es aquella realizada por una sociedad de gestión colectiva en representación de una pluralidad de titulares de derechos patrimoniales de autor o conexos. En este sentido, la OMPI señala que *"por gestión colectiva se entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos y en defensa de los intereses de estos últimos."* Esta definición guarda armonía con la doctrina especializada y con los pronunciamientos de la **DNDA**.

En el contexto nacional, el marco jurídico de la gestión colectiva se encuentra establecido en el capítulo XI de la Decisión 351 de 1993, el capítulo XVI de la Ley 23 de 1982, el capítulo III de la Ley 44 de 1993 y en el Decreto 3942 de 2010. Estas normas regulan, entre otros aspectos de la modalidad de gestión que se comenta, los requisitos de constitución, las facultades, las funciones y los objetivos de las sociedades de gestión colectiva.

Tanto la Decisión Andina 351 de 1993, como las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 y el Decreto 3942 de 2010, supeditan su existencia a la constitución de una sociedad de gestión colectiva, con las prerrogativas y obligaciones que emanan de esta clase de asociaciones. La normatividad referida ha dispuesto que esas sociedades de gestión colectiva, como lo es **SAYCO**, están sometidas a una autorización de funcionamiento y a la inspección y vigilancia de la autoridad competente, en este caso, la **DNDA**. Se dispone igualmente que en

Colombia la afiliación a estas sociedades por parte de los autores o titulares es voluntaria y libre; sin embargo, las sociedades de gestión colectivas están obligadas a aceptar la gestión de los derechos que les sean encargados por los titulares.

Las mismas normas establecen los requisitos para su constitución y funcionamiento, entre ellos, contar con reglamentos de tarifas por el uso de los derechos que ellos representan y que estas últimas sean publicadas de manera general en un medio de amplia circulación. Igualmente, y siendo necesario para el presente análisis, se prescribe que las mencionadas tarifas deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras.

La normativa citada, permite aclarar que la gestión colectiva se desarrolla a través de personas

jurídicas que reciben de un número representativo de titulares de derechos de autor el encargo de gestionar sus derechos de contenido patrimonial y de actuar en su representación con ese propósito. Así, la función de las personas jurídicas en cuestión consiste en negociar con los potenciales usuarios de las obras incluidas en su repertorio las condiciones de utilización correspondientes, es decir, la forma en que se llevará a cabo el uso y la remuneración que se seguirá de ello y, acordadas esas condiciones, conceder a los usuarios la autorización que legitima la utilización de la obra. Adicionalmente, la persona jurídica se encarga de monitorear la utilización de las obras cuya gestión se le encomendó, recaudar las remuneraciones pactadas de las personas que hayan usado su repertorio y, finalmente, distribuir entre los titulares de derecho de autor afiliados, las remuneraciones obtenidas "*en forma proporcional a la utilización real de las obras*".

La función de las sociedades de gestión colectiva las pone en contacto con dos tipos de agentes. De un lado, con los titulares de derechos de autor, a quienes les ofrece el servicio de gestión y, una vez efectuado el recaudo, les distribuye los ingresos percibidos por la utilización de las obras. Del otro, con los usuarios de esas creaciones, en relación con quienes desarrolla la gestión correspondiente mediante la negociación de las condiciones de uso, la concesión de la autorización necesaria y la ejecución de las labores de recaudo.

Es importante resaltar, con fundamento en la normativa que fue referida en este aparte, que las sociedades de gestión colectiva gozan de prerrogativas específicas de las que carece la gestión individual, tanto la que realiza el titular directamente, como aquella que adelanta a través de formas asociativas distintas de la gestión colectiva. Ejemplo de estas ventajas se encuentra en la denominada legitimación presunta, prevista, según la **DNDA**, en el artículo 49 de la Decisión 351 de 1993 y 9 del Decreto 3942 de 2010 o en la posibilidad de celebrar contratos de representación recíproca.

De otra parte, es importante señalar que existen razones económicas que justifican la creación y la función de las sociedades de gestión colectiva. Sobre el particular, la doctrina y la práctica internacional son fuentes que evidencian que la justificación económica de la gestión colectiva consiste en la disminución de, entre otros, tres tipos de costos asociados al ejercicio de los derechos de autor de contenido patrimonial: los costos de búsqueda, los costos negociación y los costos de ejecución del contrato.

Conforme se dispone en el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, la gestión individual es aquella realizada directamente por el titular del derecho. Se refiere, entonces, al ejercicio natural de las prerrogativas patrimoniales concedidas a los autores en los artículos 13 de la Decisión 351 de 1993 y 12 de la Ley 23 de 1982 sobre sus obras artísticas o literarias.

A su vez, en relación con las actividades concretas que comprende la gestión individual, la doctrina especializada, identifica las siguientes: *"negociar con el usuario las condiciones de la autorización y conferirla"*, y *"efectuar la recaudación"* correspondiente.

Es importante destacar que la gestión individual del derecho de autor se fundamenta en la libertad que tienen los titulares de determinar autónomamente la forma en que administrarán la explotación de sus creaciones intelectuales. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consignada en las Sentencias C-509 de 2004, C-424 de 2005, C-833 de 2007 y C-912 de 2011, ha sido contundente en disponer que en virtud del derecho constitucional de libre asociación previsto

en el artículo 38 de la Constitución Política, los titulares de derecho de autor tienen absoluta autonomía de gestionar directamente sus derechos o hacerlo indirectamente a través de una sociedad de gestión colectiva. Al respecto, la Corte Constitucional expresó lo siguiente en la Sentencia C-912 de 2011, al referirse a una norma que imponía la gestión colectiva obligatoria:

"(...) los titulares de derechos de autor y conexos derivados de obras musicales también pueden gestionar sus derechos de manera individual, o acogiéndose a modalidades distintas a la de gestión colectiva. Lo anterior, por cuanto la norma que imponía como obligatoria la modalidad de gestión colectiva era -al decir de la Corte- violatoria del principio de igualdad. En efecto, se tuvo presente que el carácter obligatorio de la disposición que preveía la vinculación a sociedades colectivas de gestión constituía un "tratamiento de exclusión" y "desproporcionado" para los titulares de derechos que decidieran gestionarlos individualmente, por lo que el mismo imponía "restricciones inconstitucionales" a aquellos (...)"

En este punto, resulta pertinente señalar que **SAYCO** ha sostenido, insistentemente durante la actuación administrativa, que el inciso 4° del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010⁽³⁵⁾, debe

interpretarse en el sentido que la gestión individual solo puede ser ejercida por los titulares de derechos que no estén afiliados a una sociedad de gestión colectiva, descartando de plano que un socio de una sociedad de esta naturaleza pueda gestionar individualmente aquellos derechos que no le hubieran encomendado a la sociedad de gestión colectiva.

En efecto, **SAYCO** afirmó lo siguiente:

*"Así las cosas, la normatividad aplicable es clara en señalar que la gestión individual es aquella que realizan quienes no están afiliados a ninguna sociedad de gestión colectiva, por lo cual su calidad de socios de SAYCO les impediría gestionar individualmente su derecho. En este orden de ideas, más allá de cumplir con las obligaciones básicas relativas a presentar el repertorio que administran y negociar las tarifas con los usuarios, y dentro de un ejercicio de simple lógica básica, el gestor individual no puede ser miembro de una sociedad de gestión colectiva, pues se incurre en una paradoja jurídica, mediante la cual **se es y no es la misma cosa, al mismo tiempo**1%.*

La posición de **SAYCO** resulta absolutamente inadmisible, dado que la interpretación sistemática de la norma en cuestión, lleva a entender que los titulares vinculados a una sociedad de gestión colectiva no pueden gestionar individualmente aquellos derechos que le encomendaron a la entidad de gestión colectiva, pero sí podrán gestionar individualmente los derechos que se reservaron para su directa administración.

Aceptar la interpretación de **SAYCO** implicaría la eliminación de la gestión individual en el ordenamiento colombiano y la imposición de una gestión colectiva obligatoria. Si ello fuera así, ese decreto reglamentario, por un lado, estaría dejando sin efecto las normas de rango superior que reconocen la independencia de los derechos patrimoniales y la existencia de dos modalidades de gestión de estos derechos y, por el otro lado, sería abiertamente inconstitucional, pues desconocería la jurisprudencia de la Corte Constitucional previamente reseñada, según la cual se descarta la gestión colectiva obligatoria por atentar contra el derecho de libre asociación.

En efecto, con fundamento en los artículos 31 de la Decisión 351 de 1993 y 77 de la Ley 23 de 1982, así como en lo que ha dejado establecido la doctrina especializada que refiere *"el principio de la independencia de los derechos"*, es claro que las diversas formas de utilización de la obra son independientes entre sí, de manera tal que la autorización que se conceda para una de ellas no se predica de las demás. Es decir, el mandato que confiera un titular a una sociedad de gestión colectiva para la administración de un derecho determinado, no se extiende para los demás derechos.

Así mismo, en esta actuación se demostró que la gestión de algunas formas de utilización de obras protegidas por el derecho de autor solo puede llevarse a cabo eficientemente

mediante una sociedad de gestión colectiva. Es el caso de la gestión del derecho por comunicación pública en establecimientos abiertos al público o la ejecución pública en vivo de obras musicales.

Por otra parte, a diferencia de otros ordenamientos como los de Paraguay o España, en Colombia no existe dentro del régimen de protección de derechos de autor ninguna norma que establezca que la gestión colectiva es obligatoria. Como se indicó antes, en Colombia se reconoce, incluso con fundamento constitucional, la libertad del titular para gestionar sus derechos de manera individual o colectiva. De hecho, la Corte Constitucional en Sentencias C - 509 de 2004, C - 424 de 2005, C - 833 de 2007 y C - 912 de 2011, expresamente ha descartado la gestión colectiva obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico por violentar el derecho constitucional de asociación.

La Corte precisó sobre el particular:

"En ese escenario, y en desarrollo de la previsión del artículo 38 de la Constitución, conforme al cual se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad, los titulares de derechos de autor pueden acudir a distintas modalidades asociativas con el objeto de promover, proteger o gestionar de manera conjunta sus derechos. Es claro que dicha posibilidad se mantiene en el ámbito de la autonomía privada y, por consiguiente, remite a una gestión conjunta de los derechos individuales de cada uno de los participantes, sin que tales formas asociativas puedan autorizar genéricamente el uso de obras de las que no son titulares, ni realizar el recaudo de tarifas distintas de aquellas que voluntariamente se hayan convenido con los usuarios por la explotación de los derechos de los que son titulares.

En relación con estas modalidades de gestión, la Corte, en la Sentencia C-265 de 1994, puntualizó que la Ley 44 de 1993, al regular las sociedades de gestión colectiva a las que se hará alusión más adelante en esta providencia, no impide que titulares de derechos de autor o conexos "... se asocien gremialmente o constituyan otro tipo de asociaciones, por ejemplo, para divulgar ideas relacionadas con su actividad artística." Más adelante, en la Sentencia C-519 de 1999, la Corte expresó que la Constitución "... no exige que los autores cobren o recauden sus derechos de modo directo y, como a la vez el artículo 38 Ibidem garantiza la libre asociación, es permitido que las personas jurídicas por ellos constituidas, precisamente con miras a la defensa de sus intereses, obren como entes recaudadores de tales derechos, desde luego con la obligación -inherente a su objeto- de transferirles con exactitud lo recaudado".

Así las cosas, si la gestión colectiva es indispensable para determinadas formas de utilización de las obras como la comunicación pública en establecimientos abiertos al público, todos los titulares interesados en ejercer sus derechos en estos escenarios, tendrían razonablemente que vincularse a una sociedad de gestión colectiva.

Sin embargo, bajo la óptica de SAYCO, esta condición del mercado de la gestión del derecho de comunicación pública de obras implica que por ese solo hecho, los titulares perderían la facultad de gestionar cualquier otro derecho diferente a la comunicación pública en establecimientos de comercio, incluyendo aquellos derechos que no requieren gestionarse colectivamente, y que no motivaron al titular a vincularse a la sociedad de gestión colectiva o incluso, los que ni siquiera gestiona la respectiva entidad de gestión colectiva. Por ejemplo, en el caso de SAYCO, los derechos de distribución, importación y en algunos casos de reproducción no son gestionados por esta sociedad, tal y como se puede evidenciar de los contratos de mandato que celebran con sus socios autores y editores, en los cuales respecto de los primeros, solo se incluyen los derechos de comunicación pública y reproducción y en el caso de los segundos, únicamente el derecho de comunicación pública.

La interpretación propuesta por SAYCO del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, llevaría al absurdo de vaciar los derechos patrimoniales no gestionados por esa sociedad en perjuicio de sus socios, lo cual, no solo implicaría una absoluta desprotección para los titulares vinculados a **SAYCO**,

vulnerando el artículo 61 de la Constitución Política, sino que desconocería la uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la libertad de asociación en su sentido negativo y positivo y la posibilidad que tienen los titulares de derecho de autor de escoger autónomamente si gestionan colectiva o individualmente sus derechos.

Adicionalmente, la interpretación prohijada por SAYCO es contradictoria, incluso, con otro inciso del mismo artículo 1 del Decreto 3942 de 2010. En efecto, si se acogiera la posición de la investigada se privaría de contenido el inciso primero del artículo en comento, que expresamente reconoce que *"los titulares de derecho de autor o de derechos conexos podrán gestionar individual o colectivamente sus derechos patrimoniales"*.

En este punto, es pertinente recordar las reglas de interpretación de las normas jurídicas establecidas por la jurisprudencia constitucional, en particular aquella según la cual *"cuando el efecto de la interpretación literal de una norma **conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición**, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalística"* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En este orden de ideas, es claro que la interpretación literal del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010 propuesta por SAYCO lleva a resultados absurdos y contrarios al artículo 61 de la Constitución Política que propugna por la protección de la propiedad intelectual, así como del artículo 38 de la misma norma superior, que establece la libertad de asociarse o no. Esto

sin mencionar que contraría la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

Por estas razones, la interpretación correcta debe ser que el titular del derecho de autor, aunque esté vinculado con una sociedad de gestión colectiva para la gestión de algunos de sus derechos (comunicación pública, por ejemplo), se encuentra habilitado para gestionar directamente cualquier otro derecho cuya gestión no le hubiera encargado a la sociedad de gestión colectiva con la que se encuentre vinculado.

Esta interpretación, por supuesto, encuentra sustento en los criterios hermenéuticos referidos por la jurisprudencia constitucional: se adecúa al criterio sistemático en la medida en que resulta armónica con el contexto normativo del que hace parte. Ciertamente, la interpretación propuesta materializa la existencia de la modalidad de gestión individual reconocida por la normativa de derechos de autor.

Así mismo, atiende a un criterio de interpretación conforme con la Constitución, según el cual *"las normas legales (...) deben ser armonizadas con los derechos, principios y valores constitucionales"*. En efecto, la interpretación propuesta garantiza la protección de la propiedad intelectual y del derecho de asociación prevista en los artículos 38 y 61 de la Constitución.

Para concluir si **SAYCO** tiene posición de dominio en el mercado de la gestión de la comunicación pública de obras musicales en Colombia, el Despacho acogerá en forma integral el análisis que sobre el particular presentó la Delegatura en su Informe Motivado, que no fue objeto de observación alguna por parte de **SAYCO**. Para efectos de la organización del capítulo, en primer lugar, se hará una breve descripción de **SAYCO** como sociedad de gestión colectiva; en segundo lugar, se expondrá el concepto de posición de dominio, y finalmente, se analizarán las razones por las cuales este Despacho considera que **SAYCO** tiene posición de dominio en el mercado relevante estudiado.

Dentro de las varias concepciones que pueden admitirse en relación con la definición de dominancia, la jurisprudencia internacional ha considerado que consiste en una posición de fortaleza económica que habilita a un agente para prevenir que se mantenga una competencia efectiva, posibilidad que surge debido a que ese agente tiene las condiciones para comportarse de manera independiente respecto de sus competidores actuales o potenciales, compradores y consumidores. Ahora bien, en relación con la extensión de esa independencia, la misma fuente ha aclarado que la posición de dominio no se desvirtúa por la existencia de algún nivel de competencia. Por lo tanto, aunque el agente en cuestión no pueda determinar absolutamente las condiciones del mercado, se considera que tiene dominancia si puede generar una considerable influencia en tales condiciones y actuar sin estar sometido a ellas.

La concepción descrita es la que se ha seguido en el régimen de protección de la libre competencia económica de Colombia. En efecto, el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define la posición de dominio como *"la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"*.

Así mismo y en la misma línea de lo que se viene exponiendo? la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente en la sentencia C-616 de 2001:

"Una empresa u organización empresarial tiene una posición dominante cuando dispone de un poder o fuerza económica que le permite individualmente determinar eficazmente las condiciones del mercado, en relación con los precios, las cantidades, las prestaciones complementarias, etc., sin consideración a la acción de otros empresarios o consumidores del mismo bien o servicio. Este poder económico reviste la virtualidad de influenciar notablemente el comportamiento y las decisiones de otras empresas, y eventualmente, de resolver su participación o exclusión en un determinado mercado (...).

Esta Corporación en la Sentencia T-375 de 1997 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) definió la posición dominante como poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable.' Agregó la Corte que 'el poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de los precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado'".

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido que un agente económico tiene posición dominante cuando se encuentre en capacidad de *"modificar significativamente y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable significativa para el mercado relevante, siempre que pueda mantener la modificación perdurablemente, porque la reacción de sus competidores, efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sería suficiente para disuadirlo de realizar su conducta"*.

Ahora bien, las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como la literatura especializada, permiten concluir que la determinación de la existencia de las condiciones que determinan que un agente tenga dominancia exige analizar, entre otros, los siguientes aspectos: (i) las presiones competitivas ejercidas por los competidores existentes (las cuotas de mercado y niveles de concentración), (ii) las presiones competitivas ejercidas por la amenaza creíble de futuras expansiones de los competidores existentes o la entrada de competidores potenciales (expansión y barreras de entrada), (iii) las presiones competitivas ejercidas por la fuerza o poder de negociación de los demandantes y, en fin, (iv) *"otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado"*⁽⁵⁰⁾, entre los que se puede contar el que la empresa en cuestión, debido a las

condiciones de contexto, se convierta en un agente indispensable para el desarrollo de actividades económicas por parte de otros participantes en el mercado.

En relación con los factores que determinan la configuración de la dominancia es importante resaltar, con fundamento en los pronunciamientos internacionales que han inspirado el desarrollo normativo del régimen colombiano, que *"la existencia de una posición dominante es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos"* (52). En consecuencia, tales factores deben ser considerados conjuntamente.

Precisado el concepto de dominancia y sus factores configurativos, a continuación se presentarán las razones que permiten concluir que **SAYCO** tiene posición de dominio en el mercado de la gestión del derecho de autor de comunicación pública de obras musicales.

Debe advertirse que esta Entidad no desconoce las múltiples ventajas que se derivan de la gestión colectiva y su necesaria existencia en favor de los titulares de derechos patrimoniales de autor e incluso de los usuarios de obras artísticas o literarias. La gestión colectiva es una figura ampliamente reconocida en aquellos ordenamientos donde existe protección del derecho de autor. Un ejemplo de ello es la expedición de la reciente Directiva 2014/26UE, donde se consagró una regulación uniforme para la operación de la gestión colectiva en la Unión Europea.

No obstante lo anterior, no puede desconocerse la uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional, consagrada en las Sentencias C-509 de 2004, C-424 de 2005, C-833 de 2007 y C-912 de 2011, en la cual la alta corporación priorizó la libertad de asociación y la autonomía de la voluntad de los titulares de derecho de autor y conexos para elegir libremente la forma de gestionar sus derechos. Con ello la Corte Constitucional no desconoció la importancia de la gestión colectiva, pero sí estableció que constitucionalmente no es admisible imponer a los titulares de derechos la obligación de gestionar sus prerrogativas patrimoniales a través de una sociedad de gestión colectiva, incluso, si esta alternativa resultare ser la más favorable para el ejercicio de determinadas prerrogativas.

Sobre el particular, vale la pena señalar que en la Sentencia C-833 de 2007⁽⁹⁰⁾ la Corte Constitucional precisó:

*"(...) La legislación colombiana ha previsto la existencia de sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y de derechos conexos, sujetas a unas precisas condiciones legales y con un régimen voluntario de afiliación, en armonía con los pronunciamientos de la Corte Constitucional conforme a los cuales, en el ordenamiento colombiano se permite que el recaudo de los derechos de autor y sus derechos conexos se haga de varias formas y que allí **caben tanto la gestión individual como la gestión colectiva de tales derechos** (...)"* (Negrilla y

subrayado fuera de texto).

En otro de los apartes de la providencia se indicó:

"(...) Los titulares de derechos de autor y de derechos conexos que no deseen integrarse a una sociedad de gestión colectiva pueden, en ejercicio de su autonomía privada, gestionar individualmente sus derechos (...)" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En cualquier caso, es necesario precisar que ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano impone la gestión colectiva obligatoria y en aquellos casos donde expresamente el legislador intentó hacerlo, como es el caso de la Ley 1403 de 2010 o "Ley Fanny Mikey", la Corte Constitucional interpretó la norma de tal forma que salvaguardará la alternativa de los titulares de gestionar individualmente sus derechos.

En conclusión, en el ordenamiento jurídico nacional existe absoluta libertad de los titulares de derecho de autor para elegir autónomamente si administran sus derechos individual o colectivamente, con independencia de la mayor o menor eficiencia que genere una u otra modalidad respecto del ejercicio de determinadas prerrogativas patrimoniales

4. Decisión de la Superintendencia

ARTÍCULO 1o. DECLARAR que la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA**, identificada con NIT. 860.006.810-7, violó el régimen de la libre competencia por haber actuado en contravención de los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 2o. IMPONER a la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA SAYCO**, identificada con NIT. 860.006.810-7, multa de **MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 1.378.910.000.00)** equivalentes a **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMMLV)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062- 754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa

del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO 3o. ORDENAR a la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA SAYCO** que, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de esta Resolución, haga los ajustes correspondientes, tanto en sus contratos, administración, políticas y reglamentos, así como en cualquier otro aspecto necesario, a fin de asegurar la posibilidad efectiva de que cualquier titular de derechos de autor pueda gestionar sus derechos patrimoniales y sus correspondientes modalidades, de maneras diferentes de la gestión colectiva, en los términos establecidos en la parte motiva de esta Resolución. Dicha circunstancia deberá ser acreditada a esta Entidad, dentro del término de cinco (5) días, siguientes al vencimiento del plazo para cumplir la presente orden.

ARTÍCULO 4o. DECLARAR que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.380.036, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en relación con lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al ejecutar dicha conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 5o. IMPONER a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.380.036, multa de **CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 137.891.000.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 SMMLV)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062- 754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO 6o. ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA SAYCO**, identificada con NIT.

860.006.810- 7, por las infracciones contempladas en los artículos 1 y 8 de la Ley 155 de 1959, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 7o. ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.380.036, por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en relación con lo dispuesto en los artículos 1 y 8 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 8o. ORDENAR a la persona natural y jurídica sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA SAYCO** y **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, informan que: Mediante Resolución No. **1127627**_de 2016 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA SAYCO** y **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, por haber infringido lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

ARTÍCULO 9o. NEGAR la solicitud de nulidad formulada por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO 10. NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA SAYCO** y a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

ARTÍCULO 11. Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009,

modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

5. Análisis y conclusiones

Para presentar su recomendación sobre la responsabilidad de los investigados de cara a las conductas imputadas, la Delegatura explicó que tal y como se estableció en la Resolución de Apertura de Investigación, el mercado relevante en el que **SAYCO** estaría abusando de su posición de dominio es el de la gestión del derecho de autor de contenido patrimonial de comunicación pública de las obras musicales.

La Delegatura fundamentó su conclusión, según la cual **SAYCO** ostenta posición de dominio en el mercado de la gestión del derecho de autor de comunicación pública, en los siguientes argumentos: (i) **SAYCO** es la única sociedad de gestión colectiva del derecho de comunicación pública en Colombia; (ii) existen considerables barreras de entrada al mercado y **SAYCO** ha creado de manera artificial otras; (iii) los servicios de **SAYCO** son indispensables para la gestión de determinadas formas de utilización del derecho de comunicación pública, y (iv) a nivel mundial no hay duda de que sociedades de gestión colectiva con la misma naturaleza y características de **SAYCO** se consideran dominantes en el mercado de gestión de derechos de autor.

Frente a la primera imputación denominada "*Abuso del derecho como una práctica que limita la explotación de obras por parte de los usuarios*", la Delegatura determinó que su contenido se sustentó en dos acusaciones fácticas: por un lado, que **SAYCO** impone las tarifas y, por el otro, que traslada los costos de transacción a los usuarios. Sobre el particular concluyó la Delegatura que **SAYCO** está facultada para establecer las tarifas de conformidad con la normativa aplicable y difícilmente podría afirmarse que, una vez fijada la remuneración, los usuarios carecieran de opción de discusión alguna de manera que tuvieran que acogerse a lo que dispusiera la sociedad de gestión colectiva. Así, el comportamiento consistente en fijar las tarifas como se describió en la Resolución de Apertura de Investigación, teniendo en cuenta las opciones que se reconocen para los usuarios, no podría ser entendido como una imposición reprochable.

Proyectado por: Diego Guarín

