



**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

RESOLUCIÓN NÚMERO **10150** DE 2017

( 07 MAR 2017 )

Radicación No. 11-150526

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011; y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 76278 del 3 de noviembre de 2016 (en adelante Resolución No. 76278 de 2016 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio declaró responsable de violar el régimen de protección de la libre competencia económica y sancionó a **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA** (en adelante **SAYCO**), por haber actuado en contravención del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición dominante por subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales), así como el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abuso de posición dominante por obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización), en el mercado de la gestión del derecho patrimonial de comunicación pública de obras musicales.

Así mismo, se declaró responsable y se impuso sanción a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** por incurrir 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, por ejecutar las conductas anticompetitivas descritas en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a **SAYCO** y a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**:

SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
<b>PERSONA JURÍDICA</b>	
<b>SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA - SAYCO</b>	\$ 1.378.910.000.00
<b>PERSONA NATURAL</b>	
<b>JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ</b>	\$ 137.891.000.00
<b>TOTAL VALOR - SANCIONES IMPUESTAS</b>	<b>\$1.516.801.000.00</b>

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió **archivar** la actuación administrativa para los investigados en relación con las infracciones contempladas en los artículos 1 y 8 de la Ley 155 de 1959.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró plenamente probado que **SAYCO** abusó de su posición de dominio al subordinar la gestión colectiva de uno o algunos usos de obras musicales (servicio vinculante) a que se entregara la gestión de la totalidad de usos o modalidades (servicio vinculado) del derecho de comunicación pública y con ello, obstruyó la gestión individual de determinados derechos de comunicación pública por parte de los titulares socios de **SAYCO**.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, los investigados interpusieron recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria. A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

## 2.1. Argumentos presentados por SAYCO

### 2.1.1. En relación con la inexistencia de la conducta

- **SAYCO** no tiene posición de dominio en el mercado relevante definido en la investigación. La única prueba de la Superintendencia de Industria y Comercio para acreditar la supuesta posición de dominio de **SAYCO** es la declaración de las editoras denunciadas, quienes afirmaron que se veían obligadas a otorgar el mandato a **SAYCO** por ser la única Sociedad de Gestión Colectiva en Colombia, sin tener en cuenta su posibilidad de gestión directa o a través de Sociedades de Gestión Colectiva extranjeras.
- La posición de dominio de **SAYCO** pretendió probarse también con la enunciación de manifestaciones de otras autoridades de competencia a nivel internacional, sin que se expusiera de forma adecuada por qué se trataba de pronunciamientos análogos a los supuestos fácticos y jurídicos que atañen a este proceso, ni la identidad de normas aplicables en las diferentes legislaciones. Dicha circunstancia resulta además contradictoria, pues a **SAYCO** le fueron negadas pruebas relacionadas con la gestión colectiva a nivel internacional por considerarlo impertinente e inconducente. Sin embargo, parte del sustento de la sanción se fundamenta en fuentes relacionadas con la gestión colectiva a nivel internacional.
- El mercado relevante en la apertura de la investigación se limitó a la comunicación pública en sus modalidades de ejecución pública de obras en vivo y comunicación en establecimientos abiertos al público. Sin embargo, el Despacho decidió ampliar su espectro e incluir la comunicación pública a través de radio y TV, mercado sobre el cual no se pudo aportar material probatorio para controvertirlo. Tal circunstancia constituye una contradicción en el marco del proceso y confirma que no podría concluirse que **SAYCO** tiene posición de dominio.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se contradice al sancionar la supuesta infracción del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1993 (subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales), pues al tiempo que señala que las diversas modalidades de la comunicación pública hacen parte de un mismo mercado relevante, afirma que se trata de prestaciones diferentes, siendo algunas de ellas los servicios vinculantes y otros los servicios vinculados. Así, no puede decirse que es el mismo mercado para justificar la supuesta conducta continuada y después, señalar que corresponden a prestaciones disímiles y sin relación para tipificar el abuso.
- Aun cuando se aceptara que existe posición dominante no podría considerarse la conducta de **SAYCO** como abusiva, pues la vinculación de las editoras a **SAYCO** fue libre y voluntaria. En el mismo sentido, no puede pretenderse que por la mera naturaleza de "mandato" de la relación contractual de las editoras con **SAYCO**, hoy puedan desconocerse las obligaciones que de manera libre decidieron contraer. Si la problemática deriva de una modificación contractual que **SAYCO** en su autonomía decidió rechazar, tal controversia debe dirimirse en un proceso inter-partes de carácter jurisdiccional y no en uno como el que actualmente adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Prueba de que los hechos discutidos en el marco de este proceso no tienen como juez natural a la Superintendencia de Industria y Comercio, es la demanda iniciada por **CODISCOS S.A.S.** contra **SAYCO** ante la **DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR** (en adelante **DNDA**). Por esa razón, la Superintendencia de Industria y Comercio no debería dejar que se instrumentalice a la entidad administrativa para conseguir resultados que deben buscarse ante un Juez de la República.
- **SAYCO** fue sancionado por actuar conforme la voluntad de los autores, pues cuando se realiza una cesión de derechos por parte de los autores a favor de las editoras, se estipula que la gestión de los derechos de comunicación pública debe realizarse a través de la sociedad de gestión colectiva en el territorio nacional al que estén afiliados el autor y el editor. Por lo tanto, **SAYCO** solo podría aceptar la modificación del contrato de mandato si es modificado el contrato de cesión suscrito entre autores y editoras, circunstancia sobre la cual la Superintendencia de Industria y Comercio omitió pronunciarse.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- La inconformidad contractual de unas pocas personas jurídicas no debería resultar suficiente para que se modifiquen las condiciones pactadas teniendo en cuenta que se trata de un contrato multilateral, pues tal circunstancia no sólo constituiría una usurpación a la función de la **DNDA** en materia de control de legalidad, sino que además se violaría el principio de debido proceso al modificar la manifestación de la autonomía de la voluntad a través de una decisión administrativa en un proceso en el que todos los afectados no han participado. En efecto, los estatutos son producto de un acuerdo plural en el que se representa la voluntad general de todos los autores.
- No puede desconocerse la calidad de profesionales de las editoras denunciantes.
- La actuación de **SAYCO** se ha desarrollado bajo el principio de confianza legítima pues su actuar encuentra asidero en la ley y sus estatutos avalados por la **DNDA**. En efecto, el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010 dispone que *"la gestión individual será la que realice el propio titular de derecho de autor o derechos conexos no afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva"*, en ese sentido, quienes se encuentren afiliados a **SAYCO** en calidad de socios, como las editoras denunciantes, no podrían gestionar individualmente sus derechos. Adicionalmente, el literal L) del numeral 1) del artículo 9 de los Estatutos Sociales de **SAYCO** prohíbe que los socios fundadores o activos gestionen de manera directa los derechos sobre las obras cuya gestión se ha encomendado.
- **SAYCO** da la posibilidad, a quienes no estén interesados en ser socios, de vincularse en la categoría de titular administrado, caso en el cual se puede prestar un servicio limitado como lo pretenden las editoras. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha esforzado en ignorar y omitir dicha circunstancia.
- El régimen legal societario impone a los socios limitaciones idénticas a las que comprende el comportamiento de **SAYCO**. En efecto, el numeral 4 del artículo 296 del Código de Comercio señala que los socios de las sociedades colectivas deberán solicitar autorización a sus consocios para explotar por cuenta propia la misma clase de negocios en que se ocupe la compañía, por lo que resulta razonable que **SAYCO** incluya en sus estatutos la imposibilidad de sus socios de realizar la gestión de derechos de comunicación pública.
- El comportamiento de **SAYCO** se encuentra legitimado por la **DNDA**, quien aprobó los estatutos que avalan las decisiones que hoy reprocha la Superintendencia de Industria y Comercio. Al respecto debe destacarse que si bien el Despacho indicó que la **DNDA** aprobó los estatutos y no la interpretación atribuida por **SAYCO**, lo cierto es que los estatutos no deben ser leídos literalmente sino de acuerdo con la interpretación finalista, es decir, de acuerdo con la intención de las partes. Por lo tanto, es evidente que la interpretación que ha dado **SAYCO** es la única posible.
- Tal y como se indicó en las observaciones al Informe Motivado, en un reciente control de legalidad de una propuesta de reforma estatutaria de **SAYCO** que pretendía que la sociedad de gestión colectiva extendiera su objeto social a actividades propias de las editoras, la **DNDA** se opuso a dicha reforma por considerar que podría generar conflicto de intereses. La Superintendencia de Industria y Comercio omitió pronunciarse respecto de esta circunstancia.
- De existir infracción la habría realizado el mismo Estado, pues durante el lapso en que **SAYCO** fue intervenida fue dirigida por un funcionario público, por lo que resulta contradictorio que tal gestión se califique hoy de irregular.
- Las nuevas denuncias con base en las cuales se sancionó la conducta fueron presentadas por sólo tres (3) agentes que no tienen la vocería del sector editorial como se quiere hacer ver, y evidentemente no corresponden a un sentir general de quienes hacen parte de esta industria. Adicionalmente, en la Resolución Sancionatoria se omitió tener en cuenta la posición expresada por editoras musicales internacionales –respecto de quienes fue imposible aportar pruebas debido a las irregularidades de índole procesal– que difiere diametralmente de la presentada por las denunciantes y que incluso solicitaron abstenerse de sancionar a **SAYCO**.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- La sanción lejos de proteger intereses colectivos, permite que las inconformidades expresadas negligentemente por solo algunos particulares se erijan como un castigo para **SAYCO** sino también para los demás miembros del sector editorial.

### **2.1.2. En relación con los aspectos procesales**

- La Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **SAYCO** por hechos distintos a los que motivaron el inicio de la investigación.
- La primera imputación, relacionada con la imposición de tarifas, tenía una finalidad y fundamentos claros, unos hechos determinados y un mercado relevante definido, lo cual permitió una defensa debida y, en consecuencia, lograr el archivo de la investigación.
- Si bien en la etapa inicial de la investigación había unos hechos claros y un mercado relevante específico que incluía la comunicación pública sólo en dos de sus modalidades, lo cierto es que de forma irregular, intempestiva y sorpresiva se vincularon otros hechos con un mercado diferente: el de comunicación pública a través de radio y televisión.
- No se realizó en debida forma una acumulación de las denuncias presentadas por el sector editorial, razón por la cual se violó el debido proceso de los investigados, pues no se corrió traslado de los escritos acumulados a la investigación, ni se cumplieron los requisitos de que trata el artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).
- De forma irregular se les asignó a las denuncias del sector editorial la calidad de tercero interesado, pues bajo la figura ficticia de decreto de oficio se les permitió aportar y solicitar pruebas.
- El Despacho incurrió en error al afirmar que existía relación entre la investigación inicial y las nuevas denuncias de los editores, pues los hechos, el momento de ocurrencia y los afectados eran diferentes, razón por la cual de considerarse que existió alguna infracción a la libre competencia con lo denunciado por las editoras, debió abrirse una nueva investigación.
- La inclusión de las conductas posteriores a la Resolución de Apertura de Investigación y formulación de Pliego de Cargos afectan gravemente el término de caducidad que se cuenta desde que sucedió el supuesto fáctico investigado, que para el caso concreto es 2011 sin que pueda existir una conducta continuada. Al incluirse nuevas conductas dentro de una investigación en curso se vulneró la garantía de conocer el término cierto por el que sería investigado y se usurparon las funciones de inspección, vigilancia y control de la **DNDA**.
- Para **SAYCO** es imposible cumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues modificar los contratos vigentes implica una afectación a terceros: los autores que hubieran solicitado expresamente que la gestión de sus obras se realizara a través de las Sociedades de Gestión Colectiva. Así, el término otorgado por la Superintendencia de Industria y Comercio debe involucrar a terceros, editoras y autores, para que ellos hagan las modificaciones de sus contratos respectivos.
- Las instrucciones impartidas también deben involucrar a los usuarios de la comunicación pública, especialmente los de radio y televisión, pues son ellos los que deben implementar mecanismos para realizar los pagos fraccionados a los diferentes titulares sobre una misma obra, lo cual sólo se podrá hacer una vez **SAYCO** liquide cada contrato vigente.

### **2.1.3. En relación con la graduación de la sanción**

- Respecto del impacto de la conducta en el mercado, se incluye de manera gratuita un impacto del 100% sin indicar de dónde se sacó tal porcentaje y sin tener en consideración que el mercado relevante sólo se refiere a radio y televisión, con supuesta afectación únicamente a ciertas editoras. En efecto, de un mercado de centenas de miles de autores y millones de obras, mal podría decirse que las "quejas" de algunas editoras se deriva una afectación al 100% del mercado.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- El mercado no fue medido en el proceso, razón por la cual se desconoce su verdadera dimensión. La Superintendencia de Industria y Comercio limita el mercado a unos pocos canales de televisión y emisoras, sin que esté probado que todo el mercado asociado a la comunicación pública esté afectado.
- Todo el patrimonio de **SAYCO** es de terceros, así, pese a que tiene un rubro de administración este constituye un fondo colectivo cuasi parafiscal de los autores para gestionar sus derechos. Por lo tanto, la sanción afectará necesariamente la capacidad de gestión de **SAYCO**.
- No está probado el monto del supuesto beneficio obtenido por **SAYCO** con la conducta.
- **SAYCO** ha participado en la supuesta conducta tanto como los presuntos afectados. No puede dejarse de lado la experticia y tamaño de las editoras quejas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio, al establecer el monto de la sanción, no se tomó el trabajo de escindir los activos de **SAYCO** involucrados exclusivamente con la gestión de los derechos de comunicación pública en radio y televisión.
- No se tuvo en cuenta que la conducta investigada cuando menos constituía una zona gris producto de una interpretación razonable de los estatutos y de la existencia del contrato de mandato.

## **2.2. Argumentos presentados por JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**

- En el presente caso la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio caducó. El término de cinco (5) años se debe contar a partir del 4 de noviembre de 2011, teniendo en cuenta que, en dicha fecha, **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** cesó el ejercicio de sus funciones como gerente de **SAYCO**. Considerando que el 16 de noviembre de 2016 se dio la notificación por aviso de la resolución sancionatoria, el término de la Superintendencia de Industria y Comercio para sancionar caducó, puesto que han pasado más de cinco (5) años entre las dos fechas mencionadas.
- Los hechos señalados por **CARLOS SÁENZ** y **NARCÉS VALENCIA** carecen de prueba, ya que estos no concurrieron a ratificar o a ampliar sus denuncias. La Superintendencia tampoco ejerció las medidas para conocer e indagar en los detalles de dichas denuncias.
- Frente a los hechos señalados por los editores, estos no fueron investigados por la Superintendencia de Industria y Comercio, ya que esta se limitó a tener en consideración las declaraciones sin verificar su veracidad. Tampoco se le corrió traslado a **SAYCO** respecto de dichas declaraciones.
- Los editores pactaron con los autores mediante un contrato editorial, que los derechos de comunicación al público se gestionarían por Sociedades de Gestión Colectiva. Los anteriores pactos entre autores y editores no podían ser desconocidos por **SAYCO**. Adicionalmente, hubo un delito de fraude procesal cometido por los editores, al haber omitido en sus declaraciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la existencia de dicha cláusula contractual.
- La Resolución Sancionatoria desconoce el principio de confianza legítima, en tanto **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** en calidad de gerente de **SAYCO**, se limitó a aplicar los estatutos vigentes de la sociedad, asumiendo su legalidad. Lo anterior en consideración a que la **DNDA** revisó y aprobó las reformas a los estatutos de **SAYCO** mediante Resolución 239 de 2016.
- En el presente caso, el socio puede realizar la gestión individual de los derechos confiados a **SAYCO**, pero en lo referente al derecho de comunicación al público, se debe realizar una solicitud conjunta entre el autor y el editor en cuanto es una modificación al contrato suscrito entre dichas partes. Lo anterior se encuentra estipulado en los estatutos declarados legales por la **DNDA**.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

- La apertura de la investigación se basó en la declaración de **CARLOS SÁENZ** y **NARCÉS VALENCIA**, sin embargo, a pesar de que en el Informe Motivado se recomendó sancionar por el mismo motivo, también fue por diferentes hechos incorporados al proceso sin haber dado traslado de ellos a la defensa. Dichos hechos se constituyeron a partir de las quejas de los editores debido a que **SAYCO** no les permitió la gestión individual del derecho de comunicación al público en la modalidad de televisión. El anterior cambio de hechos se configura como una violación al principio de congruencia y por ende al debido proceso.
- Sin precisar en qué sentido puede incidir en su responsabilidad, indicó que para el 4 de noviembre de 2011, existía una Dirección de Recaudo y una Dirección Jurídica dentro de la estructura administrativa de **SAYCO**. La primera tenía como propósito gestionar el licenciamiento de los conciertos y de los recaudos derivados de la explotación y el uso del repertorio. La segunda era la encargada de asesorar y ejercer las acciones jurídicas en los eventos de incumplimiento de pagos por los derechos de autor reclamados por **SAYCO** a nombre de los titulares afiliados en virtud de los convenios suscritos con Sociedades de Gestión Colectiva de otros países.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se abstuvo de vincular a la **DNDA** al proceso, teniendo en cuenta que el artículo 2 del Decreto 2041 de 1991 le otorga funciones a dicha entidad de ejercer control de legalidad y aprobar los estatutos de las Sociedades de Gestión Colectiva, así como investigar, inspeccionar y vigilar el cumplimiento de su estatutos.
- No hay prueba que logre demostrar alguna conducta ejecutada por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** que coincida con los verbos rectores del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Existe una causal de nulidad al vulnerar los derechos fundamentales de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, por no haberle notificado de los hechos nuevos denunciados con posterioridad a la apertura de la investigación.

**TERCERO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

Los investigados aportaron con sus recursos de reposición documentos que solicitaron fueran tenidos como pruebas en la presente actuación. Mediante Resolución No. 1003 del 17 de enero de 2017 se decretaron e incorporaron al expediente los mencionados documentos y se otorgó a los recurrentes el traslado previsto en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Durante esta oportunidad **SAYCO** descorrió traslado de las pruebas aportadas por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** sin controvertirlas y adicionalmente solicitó a este Despacho que, en caso de considerarlo, decretara de oficio una inspección administrativa en las instalaciones de **SAYCO** con exhibición de documentos para evidenciar contratos suscritos entre autores y editores.

Al respecto, cabe señalar que el Despacho considera que tal prueba resulta innecesaria toda vez que, con los recursos de reposición presentados por **SAYCO** y **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, se aportaron suficientes contratos de cesión de derechos patrimoniales entre autores y editores, todos ellos con clausulados similares<sup>1</sup>.

**CUARTO:** Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

#### **4.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos de SAYCO**

Sea lo primero resaltar a título de consideración preliminar que prácticamente todos los argumentos de **SAYCO** con fundamento en los cuales impugnó la Resolución Sancionatoria se relacionan con "las denuncias" presentadas por algunas editoras musicales durante la actuación,

<sup>1</sup> Folios 4704 a 4503 (aportados por **SAYCO**) y 4636 a 4664 (aportados por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**) del Cuaderno Público 21 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

a pesar de que en la Resolución Sancionatoria se hizo énfasis en que las pruebas que sustentaron la decisión fueron principalmente la confesión de **SAYCO**, los modelos de contrato de mandato utilizados entre los titulares de derechos y **SAYCO**, aunado con las declaraciones de expertos en materia de derecho de autor, solicitadas por el propio **SAYCO**. En efecto, como se indicó insistentemente en la Resolución Sancionatoria, podría prescindirse de los documentos relacionados con las editoras sin que se modificara en modo alguno el análisis de las conductas sancionadas, razón por la cual bastaría con reiterar lo dicho en la Resolución Sancionatoria para contestar todos los argumentos de la investigada. Sin embargo, se responderán uno a uno los argumentos presentados en el recurso de reposición por **SAYCO** para actuar de la manera más garantista frente a la recurrente.

#### **4.1.1. Análisis del Despacho sobre la definición del mercado relevante y la posición de dominio de SAYCO**

Insistió **SAYCO** en indicar que el mercado relevante en la apertura de la investigación se limitó a la comunicación pública en las modalidades de ejecución pública de obras en vivo y comunicación en establecimientos abiertos al público y que, sin embargo, el Despacho de forma irregular decidió ampliar su espectro e incluir en el análisis la comunicación pública a través de radio y televisión, mercado sobre el cual no se pudo aportar material probatorio para controvertirlo.

Sobre el particular basta reiterar que en la Resolución Sancionatoria y en el propio Informe Motivado, se dedicó un acápite entero para exponer con claridad los apartes de la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos que dan cuenta, sin lugar a dudas, que el mercado relevante definido en la imputación estaba conformado por la gestión del derecho patrimonial de comunicación pública en general, y no solamente por la gestión de ese derecho respecto de las modalidades de ejecución pública en vivo y comunicación pública en establecimientos de comercio. Por lo tanto, al no haber ninguna consideración nueva sobre esa amplia exposición, se remite al impugnante a la Resolución Sancionatoria en su numeral 7.2.4. en donde se analizó íntegramente y de forma sistemática la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos para concluir, se insiste, que el mercado relevante en el presente asunto corresponde al de la gestión del derecho patrimonial de comunicación pública de obras musicales.

Se lee en la Resolución Sancionatoria:

*"...Sobre el particular se reitera que, como lo indicó la Delegatura, el alcance que **SAYCO** atribuye a la Resolución No. 20964 de 2012 convenientemente deja de lado la integridad del acto administrativo, cuya lectura sistemática permite fácilmente advertir que la conclusión asociada con el mercado relevante no es la consignada en el párrafo transcrito, sino que estuvo fundada en otras varias consideraciones expresadas en su texto, que demuestran que expresamente el mercado relevante definido desde la imputación fue el de la gestión del derecho de comunicación pública. Las siguientes razones sustentan esta afirmación:*

*En primer lugar, el párrafo de la apertura que fue transcrito no puede leerse desarticuladamente respecto del acto administrativo del que es parte. Ese párrafo se encuentra en el considerando Décimo que estaba destinado a "hacer referencia a los usos que se realizan mediante la comunicación pública" (pág. 16), no a la descripción del mercado afectado. Justamente a ese propósito corresponden los numerales 10.1 sobre la definición del derecho de comunicación pública, 10.2 sobre la independencia de las diversas modalidades de uso y el numeral 10.3, que está dedicado a explicar los criterios de fijación de tarifas de **SAYCO**. En este punto vale la pena resaltar que en el mencionado considerando Décimo se incluyó, entre la enunciación que se hace de los diferentes usos de la comunicación pública, las modalidades relativas a radio y televisión<sup>2</sup>, por lo que no es cierto que dicho uso, al que refieren los hechos relacionados con las editoras, no hubiera sido parte de la Resolución de Apertura de Investigación.*

*En segundo lugar, no puede perderse de vista que en toda la Resolución de Apertura de Investigación sólo se refiere la modalidad de "ejecución pública en vivo de obras" en dos ocasiones: la primera en el párrafo transcrito dentro del considerando Décimo; la segunda en el numeral 11.1., que corresponde a una de las imputaciones fácticas, para indicar que "[e]n relación con esta imputación, deben tenerse en cuenta los usuarios de obras en general, sin circunscribirse solo a aquellos que realizan la ejecución pública en vivo de obras" (se resalta) (pág. 22). Así las cosas, aunque el párrafo transcrito hubiera tenido*

<sup>2</sup> Página 16 de la Resolución de Apertura de Investigación.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

como propósito precisar el mercado afectado, la precisión incluida al plantear la imputación implicó que el comportamiento atribuido a **SAYCO** no estaba limitado a la ejecución pública en vivo de obras, sino al derecho comunicación pública en general.

En tercer lugar, la imputación referida en el numeral 11.2. de la Resolución No. 20964 de 2012, relacionada con la obstrucción de la gestión individual y la subordinación de "la gestión colectiva para ciertos usos a que se otorgue mandato para la gestión colectiva de todos los usos" (pág. 22), no podría explicarse si la afectación del comportamiento de **SAYCO** se hubiera limitado a la modalidad de ejecución pública en vivo de obras. Ciertamente, la imputación supone que siempre estén involucradas al menos dos modalidades de uso. Así, si la imputación supone la participación de dos modalidades de uso, ningún sentido tendría que la imputación versara solamente sobre una modalidad, la que corresponde a la ejecución pública en vivo de obras. Nótese, adicionalmente, que a lo largo de la apertura se hace referencia a otras modalidades de uso involucradas en el contenido de la imputación (págs. 18, 23 y 24, entre otras).

Además de lo ya expuesto, la posición que hoy sostiene **SAYCO** desvirtúa su argumento en relación con el numeral 10.3., pues si también considera que en el mercado relevante se incluía la comunicación pública en los establecimientos de comercio, lo único que podría concluirse es que dicho numeral no constituye la definición del mercado, al menos no de forma completa.

Frente al argumento según el cual los fundamentos de la investigación fueron hechos relacionados con los usos en establecimientos abiertos al público y en espectáculos públicos exclusivamente y no en todos los aspectos de la comunicación pública, el Despacho aclara que si bien en la Resolución de Apertura de Investigación se enunciaron algunas denuncias que hicieron parte de la averiguación preliminar iniciada de oficio por la Delegatura, esto no implica que el análisis de mercado se limitara simplemente a los usos relacionados con las denuncias. En efecto, se recuerda que uno de los hechos principales de una de las imputaciones fue el contenido restrictivo de los contratos de mandato suscritos con los autores o titulares, lo que implica evidentemente una integración de todos los usos del derecho de comunicación pública en la imputación.

En el mismo sentido, el Despacho tampoco acepta el argumento en el que se señala que la comunicación pública de obras corresponde a un concepto, mas no a un mercado. Lo anterior, debido a que como se demostró claramente en el Informe Motivado y en la presente Resolución, la gestión de la comunicación pública de obras musicales tiene todos los elementos para considerarlo un mercado, entendido como un espacio en el que concurren oferentes y demandantes de productos y servicios para realizar transacciones con ellos a cambio de un determinado precio<sup>3</sup>. En efecto, como lo indicó la Delegatura, la sociedad de gestión colectiva es para este caso el oferente, mientras que los titulares de derechos de autor son los demandantes del servicio de gestión de derechos patrimoniales, cuyo precio es un porcentaje que conserva el oferente por sus servicios.

Por otra parte, y en lo que tiene que ver con el argumento en el que se afirma que los usos de la comunicación pública tienen características propias que no permiten que sean analizados como un solo mercado, el Despacho considera que, si bien cada uso de la comunicación pública es independiente y cuenta con elementos propios, diferenciables entre sí, lo cierto es que dentro del análisis del presente caso, el mercado lo constituye la gestión de todos los usos del derecho de comunicación pública, por lo que su independencia no implica que constituyan un mercado diferente.

Finalmente, frente al argumento según el cual, no debe admitirse ampliar el mercado relevante de la investigación y mucho menos sancionar a la investigada por conductas que sólo guardan relación con un uso particular, el de la comunicación a través de televisión, que no se había considerado desde el inicio, el Despacho aclara que en ningún momento se ha ampliado el mercado. Desde el inicio de la presente investigación el mercado afectado ha sido el de la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales. Como se ha demostrado hasta el momento, el Despacho fijó claramente un mercado relevante y sobre él es que se formularon las imputaciones respectivas y se ha desarrollado la investigación. Adicionalmente, se reitera que el uso relativo a comunicación pública a través de televisión sí fue considerado en la Resolución de Apertura de Investigación, incluso expresamente, en la página 16 de dicho acto administrativo. En todo caso, ya se reiteró la explicación que demuestra que esta

<sup>3</sup> Cfr. PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L. Microeconomía. Prentice Hall. 4ª edición. Madrid. 2013. Pág. 8.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*investigación tiene como mercado relevante la gestión de todas las modalidades del derecho de comunicación pública...<sup>4</sup>*

Ahora bien, sobre la supuesta falta de oportunidad para controvertir lo que el investigado denomina el mercado de la "comunicación pública a través de radio y TV", debe resaltarse una vez más que, en primer lugar, no es ese el mercado relevante en este caso y, en segundo lugar, el investigado ha tenido todas las oportunidades procesales para controvertir los argumentos y pruebas usadas por esta Superintendencia. Así, inicialmente contó con la posibilidad de pronunciarse sobre la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos, presentar descargos, solicitar pruebas y participar en la práctica de las pruebas decretadas. Una vez culminada la etapa probatoria tuvo la posibilidad de pronunciarse sobre el Informe Motivado donde la Delegatura para la Protección de la Competencia presentó sus conclusiones sobre la investigación y, finalmente, en el recurso que aquí se resuelve, pudo plantear sus inconformidades en relación al mercado relevante, las cuales siempre le han sido resueltas indicándole que resulta claro que el mercado relevante definido en Resolución de Apertura con Pliego de Cargos se constituye en el de la gestión colectiva del derecho de comunicación pública de obras musicales en general, y no como **SAYCO** lo intenta presentar para diluir su responsabilidad.

Así las cosas, no queda duda de que el mercado relevante definido desde la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos fue el de la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales en general, y sobre este mercado es que se elevaron las imputaciones relacionadas con la restricción a la gestión individual del derecho de autor desde el abuso de su posición dominante de **SAYCO**, las cuales nunca estuvieron limitadas a la gestión de una modalidad específica del derecho de comunicación pública. Tanto es así, que entre los hechos objeto de la imputación se encuentra el contenido restrictivo de los contratos de mandato celebrados con los autores y editores por parte de **SAYCO**, los cuales abarcan el derecho de comunicación pública de obras musicales en general y no determinadas modalidades de aquel.

En el mismo sentido, afirmó **SAYCO** que no tenía posición de dominio en el mercado relevante definido en la investigación, y que en efecto, la única prueba que la Superintendencia de Industria y Comercio usó para acreditar la supuesta posición de dominio de **SAYCO** fue el dicho de las editoras denunciadas, que afirmaron que se veían obligadas a otorgar el mandato a **SAYCO** por ser la única sociedad de gestión colectiva en Colombia, sin tener en cuenta su posibilidad de gestión directa o a través de Sociedades de Gestión Colectiva extranjeras.

Sobre el particular, este Despacho llama la atención sobre que un argumento como el mencionado, denota claramente la falta de lectura o comprensión de la Resolución Sancionatoria, pues en dicho acto administrativo se acogió íntegramente el análisis que al respecto realizó la Delegatura en su Informe Motivado —que no fue objeto de observación alguna por parte de **SAYCO**—, en el cual se efectuó un examen detallado de diferentes variables económicas, que permitió concluir que **SAYCO** tenía posición dominante en el mercado relevante objeto de la investigación. Incluso, en este análisis el Despacho no incluyó lo manifestado por las editoras, es decir, no fueron un insumo para la definición de la posición de dominio que se atribuyó a **SAYCO** en la Resolución Sancionatoria, como equivocadamente lo manifiesta la recurrente.

En efecto, de las manifestaciones de **SAYCO** y los documentos emanados por la **DNDA**<sup>5</sup> se concluyó que la investigada es la única sociedad de gestión colectiva encargada de la administración del derecho de comunicación pública de obras musicales en Colombia y "reúne casi la totalidad de los autores y compositores nacionales y el 98% del catálogo musical internacional"<sup>6</sup>. Ahora bien, pese a lo dicente del dato anterior, el análisis de este Despacho no se limitó a esta circunstancia, sino que adicionalmente incorporó un estudio de las barreras de entrada para competir con **SAYCO**, los servicios para los cuales esta Sociedad de Gestión Colectiva resulta indispensable y la posición de diferentes autoridades de competencia extranjeras sobre la posición en el mercado de este tipo de entidades<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Folios 4545 del Cuaderno Público No. 21 del Expediente.

<sup>5</sup> Folio 467 del Cuaderno Público No. 2 y folio 1475 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

<sup>6</sup> Demanda de **SAYCO** en contra de INVERSIONES CONECCIONES Y CÍA. S. en C. (folio 1266 del Cuaderno Público No. 5) y cartilla denominada "Todo lo que debe saber de **SAYCO**" (folio 13 del Cuaderno Público No. 1).

<sup>7</sup> El análisis descrito se encuentra en la Resolución Sancionatoria a Folios 4549 a 4553 del Cuaderno Público No. 21.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Luego no es cierto que la posición de dominio de **SAYCO** se hubiera establecido con el dicho de algunas empresas editoras. Además, cabe anotar que ninguno de los componentes empleados por el Despacho para determinar la posición dominante de **SAYCO**, excepto el relativo a las autoridades de competencia, fue objeto de discusión por parte de recurrente.

Ahora bien, **SAYCO** reiteró que no se tuvo en cuenta la existencia de Sociedades de Gestión Colectiva a nivel internacional que compiten con **SAYCO**, a las que se pueden afiliar los autores. Sobre el particular, se explicó desde el Informe Motivado por qué esta circunstancia no afecta la posición dominante de **SAYCO**, tanto así que no se trató con detalle el tema en la Resolución Sancionatoria por no haber sido alegado en las observaciones al Informe Motivado, en el que se expuso que:

*"Aunque pudiera afirmarse que las sociedades de gestión colectiva alrededor del mundo efectivamente compiten para lograr la vinculación de titulares de derechos de autor, lo cierto es que esa afirmación debe ser matizada de conformidad con los resultados de la actividad probatoria para efectos de valorar si, efectivamente, **SAYCO** está sometida a la presión competitiva de otras entidades de ese tipo.*

*Lo primero por decir sobre esa afirmación, con fundamento en las pruebas recaudadas, es que la posibilidad de competencia entre sociedades de gestión colectiva para lograr la vinculación de titulares no se predica respecto de todos los tipos de titulares vinculados con **SAYCO**. Como se pasa a explicar con base en las declaraciones de **SAYCO** y **UNIVERSAL**, titulares que son personas jurídicas como las editoras no tienen la opción real de encargar la gestión de su repertorio a una sociedad de gestión colectiva distinta de la investigada.*

*En efecto, según los medios de prueba referidos, si las editoras –ya sean multinacionales o personas jurídicas de menor tamaño que solo administren un repertorio colombiano– decidieran acudir a sociedades de gestión colectiva distintas de **SAYCO** tendrían que asumir, entre otras consecuencias adversas, un incremento en sus gastos tributarios y un doble pago de los costos de gestión.*

Sobre el particular **SAYCO**, durante su declaración<sup>8</sup>, afirmó lo siguiente:

*'DELEGATURA: Para una editora es negocio, ¿para una editora que está en Colombia, por ejemplo el caso de **UNIVERSAL**, según los documentos que hemos visto aquí está en Colombia, es negocio no afiliarse, no afiliar su obra a **SAYCO**, sino hacerlo en, no sé, Estados Unidos?'*

***SAYCO: Ellos tienen, lo que pasa es que el sector editorial, ellos en todas las sociedades de gestión colectiva a nivel mundial son afiliados porque ellos cobran ese territorio. Como aquí, las editoras que están aquí hay unas que son nacionales, otras que son internacionales y cobran el territorio colombiano, como hay unas que me brindan la oportunidad de cobrarles el territorio internacional (Negrilla fuera de texto).***

*DELEGATURA: Para precisar, es que no, no (...)*

***SAYCO: "Bueno, le comento, lo que pasa es que mire un ejemplo, **UNIVERSAL** es una multinacional, ella tiene en Colombia un repertorio que le cobro yo, aquí en Colombia, lo que produce aquí en Colombia. En Ecuador ellos también cobran en Ecuador, lo que producen en Ecuador y así sucesivamente, o sea en esos territorios ellos son representados por otra sociedad de gestión colectiva al igual que **PEER MUSIC** o todas esas editoras. Y hay unas que son nacionales que no son tan grandes, que tienen sus obras, que son netamente colombianas donde yo les cobro el territorio colombiano lo que ellos representan y también el territorio internacional, lo que les suena en el territorio internacional"***

La declaración de **SAYCO** se encuentra corroborada por el testimonio del representante de **UNIVERSAL**<sup>9</sup>:

<sup>8</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18. Minuto 1:31:00.

<sup>9</sup> Folio 4020 del Cuaderno Público No. 19. Minuto 53:00 y 2:16:00.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**"DELEGATURA:** *¿Universal Colombia S.A.S., tiene una opción real de cambiar de sociedad de gestión colectiva? Es decir, ¿puede decirle a SAYCO: me retiro de SAYCO definitivamente y me llevo mi repertorio, no sé, a ASCAP o a cualquier otra sociedad de gestión colectiva en otro país?*

**UNIVERSAL:** *No. Porque el caso de Universal y el caso de las compañías, de personería jurídica es diferente a la de un autor, porque en el caso de Universal, tiene oficinas en todas las capitales del mundo, en su mayoría ¿Por qué tiene oficinas en todas las capitales del mundo? Porque le interesa recaudar localmente el dinero que genera su repertorio en el país, valga la redundancia, donde se ejecutó. ¿Cuál es la finalidad de esto? No incurrir en gastos tributarios, en dobles cargas administrativas de retención, etc. Entonces no tendría sentido que Universal renuncie a SAYCO y se vaya para ASCAP porque Universal ya está en ASCAP en Estados Unidos. El mismo repertorio que tiene Universal en Estados Unidos, es el mismo que tiene en Colombia. Sólo que en Colombia le interesa que Sayco le pague localmente ¿Cómo funciona este negocio? Si Universal renuncia a Sayco hoy y se va para ASCAP, la sociedad de gestión colectiva que le cobra a ASCAP en Colombia es SAYCO, entonces no tendría ningún sentido hacer eso, por eso las compañías tiene oficinas principales en todo el mundo y las que no tienen, tienen administradores, editoriales o corresponsales en todos los países del mundo.*

*(...)*

**SAYCO:** *¿Universal Colombia, la persona jurídica que es miembro de SAYCO, las razones a que la llevan por ejemplo a que Universal Colombia, persona jurídica, Universal Colombia S.A.S, no haga parte de ASCAP, son razones de Universal? o ¿Universal, hay alguna regulación de ASCAP, de BMI, lo que sea, en esos estatutos que prohíba que una persona jurídica como Universal haga parte de estas?*

**UNIVERSAL MUSIC:** *Universal como le digo es una trasnacional y el catalogo que administra aquí es el mismo en Estados Unidos, en Europa, etc. y las oficinas de Universal en esos países ya son socias de esas entidades de gestión colectiva. Somos una trasnacional, pero somos persona jurídica en todos los países diferente. Como consecuencia de eso, Universal tiene oficina en Colombia, por intereses artísticos, obviamente por el talento colombiano, pero adicionalmente por temas tributarios. Porque a Universal no le conviene que SAYCO cobre acá y envíe la plata a Estados Unidos y haya primero pago de tributación, pago de doble administración, etc., etc. Porque adicionalmente tenemos una responsabilidad de eficiencia con los artistas que representamos".*

*Lo segundo que se debe aclarar sobre la alegación materia de estudio es que, respecto de los autores y compositores vinculados con **SAYCO**, la opción real de cambiar de sociedad de gestión colectiva tampoco se predica de todos ellos; de hecho, solo se predica de un número muy reducido de personas naturales.*

*Sobre el punto, en este caso se demostró, incluso por manifestaciones de la persona jurídica investigada, que solo un grupo muy reducido dentro del total de personas naturales vinculadas con **SAYCO** tiene la opción real de acudir a una sociedad de gestión colectiva extranjera. La razón de esta conclusión es que las condiciones que se requieren para tener la opción que se comenta incluyen que la persona tenga su domicilio fuera de Colombia, tenga inversiones en ese lugar, tenga proyección internacional y explote sus obras mayoritariamente fuera de Colombia. Por supuesto, como lo admitió **SAYCO**, son muy pocos los autores o compositores vinculados con esa sociedad de gestión colectiva los que tienen esas características.*

*Durante su declaración **SAYCO**<sup>10</sup> afirmó:*

**"SAYCO:** *"(...) Así como estos señores, Andrés Cepeda, me solicitaron, le voy a dejar esto como acervo probatorio, me solicitaron el retiro de la sociedad, porque se iban para otra sociedad a nivel internacional, bueno, una vez hecha su solicitud, estudiada por el Consejo Directivo y aprobada, y verificado y legalizado que quedaban a paz y salvo con la sociedad se les entregó su desvinculación de la sociedad como socios y ellos se pueden ir a inscribir a otra sociedad, a la que ellos quieran, donde como le digo **porque es que sucede que hay veces que el autor, un ejemplo, su obra no suena mucho en Colombia pero sí le suena en el***

<sup>10</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18. Minuto 28:50 y 1:28:40.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*exterior y de pronto se quiere ir a vivir un ejemplo, a Miami para él es más rentable que su dinero se lo cobre la sociedad allá en Estados Unidos. Como hay muchos que prefieren mejor que se le cobre en Colombia, porque su residencia es en Colombia porque entonces sería doble pago por la administración de esos derechos, porque entonces si está en Estados Unidos le cobra un porcentaje la sociedad de Estados Unidos y otro porcentaje le cobra Colombia por administrarlo acá".*

(...)

**"DELEGATURA:** "Estaba mirando los documentos que usted nos ha traído. Hemos hablado de Shakira, no está en los documentos pero usted nos ha presentado el ejemplo de Shakira, nos ha presentado el ejemplo de J. Balvin, nos ha presentado el ejemplo de Andrés Cepeda, nos ha presentado el ejemplo de Fonseca, todos ellos según usted nos ha comentado se han ido porque tienen **proyección internacional, y todos ellos porque de hecho o tienen inversiones o viven o en España o en Estados Unidos.** Lo que le quería preguntar es: ¿De esos 7000 afiliados que usted tiene en SAYCO, colombianos, pues de cuántos de ellos se puede decir que tienen la misma característica y que su obra suena más en el exterior, que tienen inversiones o viven en el exterior, de tal forma que para ellos es rentable afiliarse a otra sociedad de gestión colectiva?"

**SAYCO:** Un ejemplo: Carlos Vives.

**DELEGATURA:** Listo, entonces ya son 5, ¿Pero el porcentaje de esos 7000?"

**SAYCO:** "No, no tampoco son muchos, porque le pongo un ejemplo: el maestro Darío Gómez, el mismo maestro Saturnino Caicedo del grupo Guayacán, el mismo Silvestre Dangond, otros autores: Omar Geles, Wilfran Castillo, Wilfran Castillo es un autor internacional que suena mucho en Estados Unidos y en México, así que él es el autor de la canción está 'el riito' que en los Billboard estuvo en primer lugar, por eso le digo, o sea yo tengo muchos autores **que prefieren quedarse en Colombia porque viven en Colombia, su negocio está en Colombia, entonces ellos no hacen nada con irse a una sociedad, en el exterior, donde les va a cobrar un porcentaje por administración e igualmente SAYCO va a cobrarles aquí, entonces están perdiendo dinero,** por eso es que muchos se quedan, el maestro Darío Gómez se queda en Colombia a pesar de que él haga sus eventos en España, ahora el tour que tiene en estos momentos del despecho, creo que de sus 40 años y son autores reconocidos y que producen".

Un tercer aspecto para resaltar corrobora lo recién anotado. Si se considerara que todas las renunciaciones que presentaron autores y compositores a **SAYCO** entre 2009 y 2016 estuvieron causadas porque la persona quería vincularse con otra sociedad de gestión colectiva –que es un supuesto difícil y que no está demostrado en este caso–, el porcentaje de personas sobre las que habría versado la competencia entre sociedades de gestión colectiva en el lapso de 8 años apenas habría sido el de 0.6% del total de los 7000 autores y compositores que, según lo declaró **SAYCO**, están vinculados con ella. En efecto, de conformidad con las actas del consejo directivo de la sociedad investigada que fueron recaudadas en esta investigación, en el lapso en cuestión se presentaron y aprobaron 39 renunciaciones de afiliados<sup>11</sup>.

Matizada la afirmación que se ha analizado en este aparte se puede concluir que la supuesta competencia entre sociedades de gestión colectiva recae sobre un porcentaje ínfimo de los titulares de derechos de autor vinculados con **SAYCO**. Así las cosas, dado que –como se explicó en el numeral 4.4.1. de este acto, en el que se presentaron los aspectos teóricos de la posición de dominio– la dominancia no se desvirtúa por la existencia de algún nivel de competencia, es obvio que el hecho de que el 0.6% de los titulares tengan las condiciones para gozar de la opción real de acudir a otra sociedad de gestión colectiva no representa impacto alguno en la dominancia que **SAYCO** tiene respecto del 99.4% del mercado, incluyendo el que corresponde a las personas jurídicas titulares de derechos."

<sup>11</sup> Renunciaciones y solicitudes de desvinculación a SAYCO de enero de 2009 a abril de 2016: Folio 2614 del cuaderno reservado No. 1, archivo "1. Actas Consejo Directivo 2009-2011". Folios 3441, 3470, 3539 y 3560 del cuaderno público No. 16, folios 3686, 3718 y 3746 del cuaderno público No. 17, folios 3774, 3839, 3856, 3857, 3866, 3872, 3879, 3882 y 3899 del cuaderno público No. 18.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De lo expuesto es importante destacar que las Sociedades de Gestión Colectiva no están llamadas a competir con sus pares extranjeras, pues el esquema de operación de estas entidades, universalmente aceptado, se funda en un principio de territorialidad según el cual despliegan directamente su labor de gestión de derechos (licenciamiento, recaudo y distribución) exclusivamente en el territorio en el que obtuvieron habilitación legal, e indirectamente lo hacen en los territorios extranjeros a través de las Sociedades de Gestión Colectiva nacionales respectivas, con quienes celebran contratos de representación recíproca para tal efecto<sup>12</sup>. En virtud de estos contratos, las Sociedades de Gestión Colectiva se autorizan mutuamente la gestión de sus repertorios a efectos de que cada una administre en su territorio el repertorio de sus pares extranjeras<sup>13</sup>, situación que implica que la lucha por agregación de repertorios o titulares resulte, en general, innecesaria<sup>14</sup>.

Lo anterior es plenamente aplicable en Colombia donde el principio de territorialidad y la operación a través de contratos de representación recíproca de las Sociedades de Gestión Colectiva se refleja en los artículos 43 y 49 de la Decisión Andina 351 de 1993, así como en los numerales 6 y 7 del artículo 13 y el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 44 de 1993, preceptos que, por un lado, disponen la necesidad de autorización de funcionamiento de las Sociedades de Gestión Colectiva para operar en Colombia y, por el otro, la facultad que tienen para celebrar contratos de representación recíproca con el objeto de gestionar el repertorio de sus socios en territorios extranjeros.

Por todo lo expuesto, es claro que, como se ha insistido desde el Informe Motivado -no discutido en este punto por los investigados- la posible competencia de Sociedades de Gestión Colectiva extranjeras con **SAYCO**, no desvirtúa en modo alguno la posición dominante de esta última en el mercado nacional relevante objeto de la presente actuación administrativa.

De otro lado, manifestó **SAYCO** que su posición de dominio pretendió probarse también con la enunciación de manifestaciones de otras autoridades de competencia a nivel internacional, sin que se expusiera de forma adecuada por qué se trataban de pronunciamientos análogos a los supuestos fácticos y jurídicos que atañen a este proceso, ni la identidad de normas aplicables en las diferentes legislaciones.

Al respecto debe aclararse que la mención de las decisiones internacionales sobre el asunto tiene una finalidad ilustrativa, pues teniendo en cuenta que no hay antecedentes nacionales sobre un caso similar, resulta pertinente traer a colación pronunciamientos análogos de autoridades de competencia a nivel internacional, teniendo presente que no es un secreto y sería obtuso desconocerlo, que la operación de las Sociedades de Gestión Colectiva y su regulación, responden normalmente a unos principios comunes aplicables en los diferentes Estados, generando que el funcionamiento y posición en los mercados nacionales sea similar para las diferentes Sociedades de Gestión Colectiva a escala global. No obstante lo anterior, las conclusiones de la Resolución Sancionatoria no tendrían ninguna variación si se prescindiera de las decisiones internacionales citadas, pues no puede olvidarse que **SAYCO** es la única sociedad de gestión colectiva que se encarga en Colombia de gestionar el derecho patrimonial de comunicación pública de obras musicales; existen importantes barreras de entrada legales y de mercado para la constitución de otra sociedad como **SAYCO** en Colombia y la actividad que despliega **SAYCO** es indispensable para la gestión de ciertos derechos cuya explotación es masiva.

De otro lado, **SAYCO** afirmó en su recurso que la mención a decisiones internacionales referidas en la Resolución Sancionatoria resultaba contradictoria, pues a **SAYCO** le fueron negadas

<sup>12</sup> Ver: Recomendación 2005/737/CE de la Comisión Europea. MATANOVAC VUČKOVIĆ, Romana. Implementation of Directive 2014/26/EU on collective management and multi-territorial licensing of musical rights in regulating the tariff-setting systems in central and Eastern Europe. En IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law. Max Planck Institute for Innovation and Competition, Múnich, vol. 47, No. 1, 2016. pp. 30.

<sup>13</sup> OLARTE COLLAZOS, Jorge Mario. ROJAS CHAVARRO, Miguel Ángel. *Manual de derecho de autor para alcaldías y gobernaciones*. Dirección Nacional de Derecho de Autor, 2011, Bogotá. pp. 42.

<sup>14</sup> Como una excepción a lo anterior, cabe señalar que recientemente en la Unión Europea se expidió la Directiva 2014/26UE, en virtud de la cual se autorizó a las Sociedades de Gestión Colectiva europeas la expedición de licencias multiterritoriales para explotación de música en línea en el territorio de la Unión. Esta Directiva parece abrir un escenario de competencia entre Sociedades de Gestión Colectiva por la agregación de repertorios y de titulares para el ámbito de la música en línea exclusivamente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

pruebas relacionadas con la gestión colectiva a nivel internacional por considerarlo impertinente e inconducente, sin embargo, parte del sustento de la sanción se fundamentó, precisamente, en fuentes relacionadas con la gestión colectiva a nivel internacional. Al respecto es importante recordarle al recurrente que la anterior argumentación ya le fue resulta en la presente actuación mediante la Resolución No. 48893 de 2015, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición que **SAYCO** interpuso contra de la Resolución No. 19926 de 2015, por la cual se le rechazó la solicitud de pruebas antes referida. En consecuencia, la oportunidad procesal para discutir el rechazo de las pruebas solicitadas ya feneció al ser resuelta en su momento mediante acto administrativo que se encuentra en firme.

No obstante, cabe mencionar que la referencia de los casos internacionales tuvo como propósito ilustrar la posición de dominio que, en muchos Estados se ha demostrado, ostentan las Sociedades de Gestión Colectiva. En cualquier caso, las situaciones comparadas por la recurrente son completamente distintas, pues la investigada pretendía que se decretaran como pruebas las declaraciones de los representantes de diversas Sociedades de Gestión Colectiva con el único propósito de demostrar cómo funcionaba una sociedad de gestión colectiva a nivel mundial, hecho que no era objeto de la investigación y que en todo caso es un punto de derecho regulado en la ley nacional y comunitaria.

#### 4.1.2. Análisis del Despacho sobre la legalidad de las conductas de SAYCO

Afirmó **SAYCO** que la Superintendencia de Industria y Comercio se contradice al sancionar la supuesta infracción del numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1993 (subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales), pues al tiempo que afirmó que las diversas modalidades de la comunicación pública hacen parte de un mismo mercado relevante, también indicó que se trata de prestaciones diferentes, siendo algunas de ellas los servicios vinculantes y otros los servicios vinculados.

Frente a este confuso argumento, debe indicarse que **SAYCO** al parecer entiende de manera equivocada la independencia de los derechos patrimoniales de autor, con la existencia de un mercado relevante derivado del ejercicio de aquellos. En efecto, reconocer que el derecho de comunicación pública tiene varias modalidades y que la gestión de una de ellas pueda subordinarse ilegalmente a la gestión de otra, como se demostró en el presente caso, de ninguna forma se desvirtúa por considerar que el mercado de la gestión de la comunicación pública de obras musicales sea uno solo, pues la subordinación se predica de las obligaciones adicionales que no sean objeto de la prestación de servicio inicial (negoció primigenio) independientemente que se encuentren en un mismo mercado relevante. Para el presente caso, es claro que el derecho de comunicación pública desde sus distintas modalidades puede ser objeto de negociaciones independientes, a pesar de enmarcarse en un único mercado relevante.

No puede olvidarse que el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1993 (subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales) sanciona a la persona que teniendo posición de dominio, subordine la adquisición de un producto o la aceptación de obligaciones adicionales que no sean objeto del negocio inicial en el marco del cual ostenta su posición privilegiada, resultando irrelevante que los productos o servicios involucrados (vinculante y vinculado) se enmarquen o no en un mismo mercado.

Si la tesis de **SAYCO** fuera cierta, la conducta prevista en el numeral 3 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1993 nunca podría ser sancionada porque los servicios o productos (vinculante y vinculado) pertenecen al mismo mercado. Así por ejemplo, si en un caso hipotético se determinara que una empresa tiene posición de dominio en la venta de libros y se verificara que abusando de su posición de dominio ataba la venta de un libro escolar (matemáticas) a la compra de un libro de autoayuda, no podría configurarse la conducta pues se trataría de dos segmentos que pertenecen al mismo mercado.

Por otra parte, indicó **SAYCO** que aun cuando se aceptara que tiene posición dominante, no podría considerarse su conducta como abusiva pues la vinculación contractual de las editoras que se quejaron a **SAYCO** fue libre y voluntaria. En el mismo sentido afirmó que no puede pretenderse que por la simple naturaleza de "mandato" que enmarca la relación contractual de las editoras con **SAYCO** hoy pueda desconocerse las obligaciones que de manera libre decidieron contraer, y que si la problemática deriva de una modificación contractual que **SAYCO** en su autonomía decidió rechazar, tal controversia debe dirimirse en un proceso *inter partes* de carácter

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

jurisdiccional, y no a través de una actuación administrativa sancionatoria como la que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, circunstancia que según la investigada se acredita con un proceso jurisdiccional que hoy en día puede adelantarse ante la **DNDA** o ante los jueces civiles.

Sobre dicha alegación deben realizarse las siguientes precisiones. En primer lugar, resulta sorprendente que **SAYCO** pretenda indicar que un contrato celebrado con sus socios es inmodificable, pues justamente está en la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad contractual celebrarlo, prorrogarlo, modificarlo o terminarlo, con la particularidad en este caso, que dada la naturaleza de **SAYCO** bajo ninguna circunstancia podría negarse a contratar con un autor o titular de derecho de autor<sup>15</sup>.

En segundo lugar, más allá del argumento insistentemente invocado por **SAYCO** según el cual "el contrato es ley para las partes", no puede pasarse por alto que la naturaleza jurídica de la relación contractual entre **SAYCO** y sus socios es la de un mandato en virtud del cual la primera gestiona en favor de la segunda sus derechos patrimoniales de autor<sup>16</sup>. En este sentido, no puede olvidarse que el contrato de mandato civil es esencialmente revocable por el mandante conforme se establece en los artículos 2189 y 2190 del Código Civil.

Sobre el particular, vale la pena traer lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia:

*(...) **No puede admitirse la existencia de un mandato irrevocable**; la cláusula de no revocarlo dentro de cierto tiempo o mientras no se haya terminado el negocio para el cual se confirió, no es en el fondo otra cosa que el reconocimiento o reproducción en el contrato de la doctrina que consagra el art. 2150 del C.C., y conforme al cual, aceptado el mandato no podrá disolverse sino por mutua voluntad de las partes (...).*

*(...) **La Corte no acepta que el mandato civil sea alguna vez irrevocable, porque es de la naturaleza de este contrato el que siempre pueda revocarse por el mandante, como expresamente lo reconocen los arts. 2189, 2190 y 2191 del C.C.** y porque la disposición del inciso 3° del art. 2150 no puede entenderse en el sentido contrario al de aquellos artículos, ya que es deber de los jueces armonizarlos y ya que no es posible admitir que la ley hubiera querido impedir al mandante que amparase en sus intereses contra el abandono culpable, la ignorancia o la mala fe del mandatario (...)*<sup>17</sup> (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En este contexto, olvida **SAYCO** que dentro de las conductas que fueron demostradas en la actuación administrativa, se encuentra haber desplegado una política contractual destinada a impedir a sus socios la revocación parcial del mandato que le habían conferido, para que estos no pudieran gestionar individualmente algunas de las modalidades de su derecho de comunicación pública, bajo la amenaza de terminarles totalmente el mandato conferido o relegarlos a una categoría societaria inferior. Esta conducta, además de atentar contra la regulación del contrato de mandato prevista en nuestra legislación, constituyó una restricción a la libre competencia económica en el mercado de la gestión del derecho de autor de comunicación pública, pues implicó subordinar la prestación de un servicio de administración de derechos patrimoniales a otras obligaciones de gestión que pueden separarse de la inicial (abuso de posición dominante por subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales). Además, al imponer por vía contractual la gestión obligatoria a sus socios para todas las modalidades de

<sup>15</sup> Artículo 2.6.1.2.2. del Decreto 1066 de 2015. Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior.

<sup>16</sup> Dispone en el numeral 4 del artículo 13 de la Ley 44 de 1993:

*"Artículo 13.- Son atribuciones de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos:*

*(...)*

*4. Recaudar y distribuir a sus socios, las remuneraciones provenientes de los derechos que le correspondan. **Para el ejercicio de esta atribución las asociaciones serán consideradas como mandatarias de sus asociados por el simple acto de afiliación a las mismas...**" (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia, Cas, 3 de mayo de 1899, XIV, 185 y 16 de diciembre de 1899, XV, 8. Citado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Subsección B, en Sentencia del 21 de marzo de 2012, Radicación número: 25000-23-26-000-1998-02039-01(23171). Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

comunicación pública, **SAYCO** impidió que sus socios pudieran gestionar individualmente algunos de sus derechos en el mercado (abuso de posición dominante por obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados a los canales de comercialización), pese a ser una alternativa válida y reconocida por la Corte Constitucional como una manifestación del derecho fundamental de asociación en el sentido de ejercer la libertad de no asociarse<sup>18</sup>.

Así las cosas, no es posible acoger el argumento del recurrente según el cual su actuación se enmarcó en una posición contractual legítima de no acceder a la modificación del contrato de mandato que le exigieron algunos de sus socios editores.

En el mismo sentido, en relación con la supuesta naturaleza jurisdiccional del problema jurídico que aquí se resuelve, debe reiterarse, como se ha dicho hasta la saciedad, que en la presente investigación no se resuelve el supuesto conflicto contractual entre algunas editoras y **SAYCO**, sino que la presente actuación administrativa se enmarca dentro del cometido institucional de proteger el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, previsto en el artículo 333 de la Constitución Política.

Sin embargo, esto no significa que al margen de la presente actuación administrativa, algunos particulares no puedan someter sus controversias a la solución de los jueces de la república, circunstancia que en nada afecta la presente actuación administrativa. En este sentido, no debe olvidarse que el interés que se persigue al tramitarse una acción de naturaleza civil por responsabilidad contractual es netamente particular, en cambio una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia involucra un interés general, toda vez que se involucra la protección del derecho colectivo a la libre competencia económica y la salvaguarda el modelo económico de economía social de mercado.

En suma, los supuestos fácticos objeto presente asunto, causados por el comportamiento de **SAYCO**, bien pueden derivar en diversas acciones o actuaciones que no son excluyentes entre sí. En particular, la actuación administrativa consistente en una investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia no riñe con una eventual acción civil en la que se discuta, por ejemplo, la responsabilidad contractual de **SAYCO** frente a sus socios. No sobra señalar que la responsabilidad que corresponda en uno u otro caso, es de naturaleza diferente.

Bajo este contexto se reitera, como se hizo en la Resolución Sancionatoria, que la supuesta existencia de una demanda jurisdiccional ante la **DNDA** o ante los jueces civiles por parte de alguno de sus socios editores, no interfiere en nada con la competencia administrativa de esta Entidad para investigar conductas que atenten contra el régimen de la libre competencia en Colombia. Aceptar la tesis que propone **SAYCO** conllevaría al absurdo de considerar que siempre que se adelante una acción civil relacionada con hechos que, a su vez, se enmarcaran en conductas posiblemente restrictivas de la competencia, no podrían investigarse administrativamente y, en consecuencia, el derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica quedaría sin protección.

Desde otro contexto, **SAYCO** argumentó que fue sancionada por actuar conforme la voluntad de los autores, pues en los contratos de cesión de derechos que celebran con las editoras se estipula que la gestión de los derechos de comunicación pública debe realizarse a través de la sociedad de gestión colectiva del territorio nacional al que estén afiliados el autor y el editor. Por lo tanto, **SAYCO** solo podría aceptar la modificación del contrato de mandato si, a su vez, es modificado el contrato de cesión suscrito entre autores y editoras para permitir la gestión individual. Para soportar su dicho la recurrente allegó varios contratos de cesión de derechos patrimoniales celebrados entre autores y editores.

Sobre el particular, deben realizarse ciertas precisiones, algunas de la cuales fueron mencionadas en su momento en la Resolución Sancionatoria. En primer lugar, revisados los contratos de cesión de derechos aportados por la recurrente se advierte que en ellos no se prohíbe que el porcentaje de explotación de las obras que le corresponda a los editores lo puedan gestionar directamente o a través de una entidad diferente<sup>19</sup>. Así mismo, las cláusulas contractuales referidas por el recurrente disponen que los porcentajes de explotación de las obras se gestionaran por las

<sup>18</sup> Sentencias C-509 de 2004; C-424 de 2005; C-833 de 2007 y C-912 de 2011 de la Corte Constitucional.

<sup>19</sup> Folios 4704 a 4503 (aportados por **SAYCO**) y 4636 a 4664 (aportados por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**) del Cuaderno Público 21 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Sociedades de Gestión Colectiva a las que estén afiliados el autor y el editor, que puede ser la misma o sociedades diferentes. Además, en algunos contratos se establece que en caso de que el autor no se encuentre afiliado a una sociedad de gestión colectiva, autoriza al editor para que efectúe el recaudo por intermedio de una sociedad de gestión colectiva.

Como se puede apreciar, ninguna de las cláusulas previstas en los contratos de cesión de derechos aportados por **SAYCO** impide la fragmentación de la gestión de los derechos derivados de la explotación de las obras, con lo cual es perfectamente posible que el porcentaje que corresponda a los editores se administre por cualquier sociedad de gestión colectiva, o incluso individualmente, sin que se vea afectada la gestión del porcentaje que corresponda a los autores, que es independiente y se podrá seguir gestionado conforme a la voluntad del autor.

En efecto, el esquema contractual bajo el que operan autores y editores no justifica la actuación abusiva de **SAYCO**, pues la gestión del derecho del autor puede separarse perfectamente de la gestión del derecho de la editora como titular derivado sin que ello afecte en ninguna forma a los autores, como equivocadamente lo plantea **SAYCO**. Tanto es así que, se reitera, en las cláusulas de los contratos que aporta **SAYCO** para ilustrar su defensa se dispone expresamente que si el autor está afiliado a una sociedad de gestión colectiva y el editor a otra, cada sociedad de gestión colectiva deberá gestionar el porcentaje del derecho sobre las obras que les corresponda.

De tal forma, la obligación de **SAYCO** es someterse a la voluntad de los autores y editores y gestionar específicamente el porcentaje que le hayan encargado sus socios, y no como ocurrió en el presente caso, impedir la gestión individual de sus socios editores bajo el artificial argumento de preservar la voluntad de sus socios autores.

De otra parte, expuso **SAYCO** que la inconformidad contractual de unos pocos de sus socios editores no debería ser suficiente para que se modifiquen las condiciones pactadas en los estatutos, teniendo en cuenta que se trata de un contrato multilateral, pues tal circunstancia no sólo constituiría una usurpación de la función de la **DNDA** en materia de control de legalidad de los estatutos sociales de las Sociedades de Gestión Colectiva sino que además se violaría el principio de debido proceso al modificar la manifestación de la autonomía de la voluntad a través de una decisión administrativa en un proceso en el que todos los afectados no han participado.

Sobre el particular se aclara que la sanción impuesta por este Despacho, así como las instrucciones impartidas, tienen como único propósito asegurar, ahora sí, la autonomía de la voluntad de los autores y demás titulares, para que puedan encomendar a **SAYCO** la gestión de solo aquellos derechos que quieren gestionar colectivamente, y por esta vía, que no estén obligados a entregarle la gestión de todos los derechos, frustrando su posibilidad de gestionar individualmente algunos de ellos o algunas de sus modalidades. En ningún momento se está usurpando o interviniendo en las funciones de la **DNDA** relativas al control de legalidad de los estatutos de **SAYCO**, toda vez que la presente actuación administrativa tiene como finalidad simplemente cumplir con la función legal de proteger la libre competencia económica. Además, se reitera, nuevamente, que esta sanción no es producto de la "inconformidad de unas pocas editoras" sino de una circunstancia fáctica que constituye una conducta restrictiva de la libre competencia económica que fue probada con la misma confesión de **SAYCO**, sociedad que ostenta posición de dominio en el mercado de la gestión del derecho de auto de comunicación pública de obras musicales.

Por la misma vía insistió **SAYCO** en indicar que su conducta se ha desarrollado bajo el principio de confianza legítima, pues encuentra asidero en la ley y en sus estatutos, avalados por la **DNDA**, así como en actuaciones del propio Estado colombiano. Sobre el particular señaló que el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010 dispone que *"la gestión individual será la que realice el propio titular de derecho de autor o derechos conexos no afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva"*, por lo que afirmó que quienes se encuentren afiliados a **SAYCO** en calidad de socios, como las editoras denunciadas, no podrían gestionar individualmente los derechos sobre sus obras. Adicionalmente, el literal L) del numeral 1) del artículo 9 de los estatutos prohíbe que los socios fundadores o activos gestionen de manera directa los derechos sobre las obras cuya gestión se ha encomendado. Al respecto destacó que, si bien el Despacho indicó que la **DNDA** aprobó los estatutos y no la interpretación atribuida por **SAYCO**, lo cierto es que los estatutos no deben ser leídos literalmente sino de acuerdo con la interpretación finalista, es decir, de acuerdo con la intención de las partes. Por lo tanto, planteó la investigada que es evidente que la interpretación que ha dado **SAYCO** es la única posible.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Frente al argumento de que **SAYCO** ha actuado cobijado por el principio de la "confianza legítima" se insiste en los argumentos plasmados en la Resolución Sancionatoria y que se refieren a la disposición prevista en el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010:

*"La posición de **SAYCO** resulta absolutamente inadmisibles, 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"<sup>20</sup>—, 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<sup>21</sup>:*

*"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*

<sup>20</sup> Derecho de Autor y Derechos Conexos. LIPSZYC, Delia. (1993) Pág. 175.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-833 de 2007.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*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 "[l]os 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"<sup>22</sup> (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*

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-147 de 1998. En el mismo sentido las sentencias C-011 de 1994 y C-767 de 1998.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

*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"<sup>23</sup>. 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.*

*Por otra parte, no puede perderse de vista que en el curso de su declaración –entre otras oportunidades a partir del minuto 37:00<sup>24</sup>– **SAYCO** reconoció una conducta que resulta contraria de la interpretación que ha hecho del inciso 4º del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010. Lo que afirmó **SAYCO** en la oportunidad referida es que si un titular de derechos de autor le encarga la gestión de todos sus derechos, podrá vincularse a la sociedad de gestión colectiva en la modalidad de socio<sup>25</sup>, gozando –entre otras ventajas– de derechos políticos. A ello agregó que también permite la vinculación de titulares que quieran reservarse la gestión de algunos derechos, caso en el cual la persona solo podrá vincularse en la modalidad de titular administrado.*

*Como es evidente, esta última afirmación supone que la gestión individual no queda imposibilitada por la vinculación del titular con una sociedad de gestión colectiva –de manera que es contradictoria, pues, como **SAYCO** lo admitió expresamente en su declaración (minuto 1:06:00 a 1:08:00), tanto el titular administrado como el socio son afiliados de esa sociedad de gestión colectiva.*

*De hecho, la interpretación de **SAYCO** sobre la norma es tan equivocada que contraría sus propios actos, pues se encuentra demostrado que los editores vinculados a **SAYCO** únicamente le confieren mandato a esta sociedad para la gestión del derecho de comunicación pública y siempre se reservan el de reproducción que gestionan individualmente. Con esta situación viene conviviendo **SAYCO** desde hace varios años.*

*Así las cosas, puede concluirse que los titulares de derecho de autor tienen libre disposición sobre la gestión de cada uno de sus derechos patrimoniales, que como se han expuesto, son independientes. Por lo tanto, en Colombia no existe gestión colectiva obligatoria, la cual ha sido reiteradamente rechazada por la Corte Constitucional por atentar contra la Constitución Política."*

Sobre la previsión del literal L) del artículo 9 de los estatutos que establece que son obligaciones de los socios fundadores y activos "abstenerse de gestionar de manera directa e individual los derechos sobre las obras cuya gestión ha encomendado a la sociedad", se cita lo indicado en la Resolución Sancionatoria:

*"El literal l), por su parte, establece una prohibición a cargo del titular en el sentido de impedirle cobrar la remuneración por el uso de obras cuya gestión hubiera encargado a **SAYCO**. Es decir, dispone que si, por ejemplo, el titular encargó la gestión del derecho de comunicación pública en la modalidad de comunicación en establecimiento abierto al público respecto de una obra determinada, mientras esté vigente ese encargo no puede cobrar personalmente por esa forma de comunicación pública de la obra en cuestión. La lógica de esta regla es obvia, pues pretende evitar la existencia de un doble cobro a los usuarios –el que haría **SAYCO** respecto de los derechos y obras cuya gestión se le encargó y el que simultáneamente haría el titular de manera directa–. Se evidencia nuevamente, entonces, que esta regla nada dice acerca de la posibilidad de limitar los derechos, obras o lugares en relación con los cuales se va a encargar la gestión al momento de la vinculación a **SAYCO**, ni tampoco acerca de la posibilidad de que un titular ya vinculado a **SAYCO** decida limitar el encargo conferido a esa sociedad."*

<sup>23</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016.

<sup>24</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

<sup>25</sup> De conformidad con los Estatutos de la persona jurídica investigada, obrantes a folio 3961 del cuaderno público No. 18, así como con la declaración que **SAYCO** rindió sobre el particular (minutos 5:24 y 33:41), la vinculación a la sociedad de gestión colectiva puede llevarse a cabo en dos modalidades: en primer lugar, como socio. Esta modalidad, entre otras prerrogativas, confiere al titular vinculado derechos políticos dentro de la organización de **SAYCO**. La segunda modalidad es la de titular administrado, que faculta al titular para gestionar sus derechos a través de la sociedad de gestión colectiva, pero no le otorga derechos políticos en la organización.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

Sobre el particular indicó **SAYCO** que la interpretación correcta de sus Estatutos es la que ellos denominan "finalística", es decir, la voluntad de **SAYCO**. Al respecto, debe indicarse que la norma estatutaria resulta tan clara que no hay lugar a separarse de su tenor literal y acudir a método alguno de interpretación y mucho menos el "finalista" como la que propone **SAYCO**. Ahora, en el hipotético caso en que fuera necesario acudir a un método de interpretación, el más adecuado sería el sistemático a efecto de compaginar la norma estatutaria con el ordenamiento jurídico al que debería estar acorde, como efectivamente lo está.

En el mismo sentido, reiteró la investigada que en un reciente control de legalidad de una propuesta de reforma estatutaria de **SAYCO** que pretendía que la sociedad de gestión colectiva extendiera su objeto social a actividades propias de las editoras, la **DNDA** se opuso a dicha reforma por considerar que podría generar conflicto de intereses, circunstancia respecto de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio omitió pronunciarse. Sobre el particular debe destacarse que esta Entidad no omitió pronunciarse sobre este ni ningún otro argumento de defensa.

En efecto, sobre el particular se indicó en la Resolución Sancionatoria:

*"En el mismo sentido indicó **SAYCO** en sus observaciones al Informe Motivado que la **DNDA**, mediante Resolución No. 239 del 23 de agosto de 2016, ejerció control de legalidad sobre una reforma estatutaria de **SAYCO**, en la que, entre otras, se propuso la siguiente inclusión: "Que el artículo 20 numeral 3 literal i) obliga a los editores musicales a 'Abstenerse de gestionar de manera directa e individual los derechos sobre las obras propias o de terceros cuya gestión haya sido encomendada a la sociedad.'", inclusión sobre la cual la **DNDA** se pronunció indicando que "esta Dirección no encuentra razones de orden jurídico por las cuales (...) no pueda decidir incorporar una condición, en el sentido que los socios (...) se obliguen a no gestionar de manera directa o individual los derechos cuya gestión le ha sido encomendada a la sociedad".*

*Al respecto, basta indicar que el contenido al que se refiere el aparte sobre el que se pronunció la **DNDA** –en un control de legalidad sobre una reforma estatutaria que en todo caso fue rechazada–, es idéntico al del literal i) del artículo 9) de los Estatutos de **SAYCO** ya analizado.*

*De esa forma, tiene toda la razón la **DNDA** en avalar la condición para que un titular no gestione individualmente un derecho sobre una obra cuya gestión colectiva se ha encargado a **SAYCO**, pues de otra forma se generaría una doble gestión. No obstante lo anterior, es claro que esta disposición no tiene el alcance que quiso otorgarle **SAYCO**, en el sentido de querer indicar que la **DNDA** habría legitimado la obstrucción a los titulares para modificar su contrato con el fin de entregar para la gestión colectiva sólo algunas modalidades de derechos, pues su pronunciamiento se limita a la interpretación literal de la disposición que cobra lógica para evitar multiplicidad de recaudos sobre el mismo uso."*

Así, es obvio que el conflicto de interés sobre el que se pronunció la **DNDA** se refiere a aquel que se generaría si el titular gestiona los mismos derechos que ya ha entregado para que sean gestionados por **SAYCO**, y no por gestionar directamente otros derechos que no se entreguen en mandato a la Sociedad de Gestión Colectiva.

A su vez, la investigada insistió en que ella da la posibilidad, a quienes no estén interesados en ser socios, de vincularse en la categoría de titular administrado, caso en el cual se puede prestar un servicio limitado como lo pretenden las editoras. Afirmó **SAYCO** que, no obstante lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha esforzado en ignorar y omitir dicha circunstancia. Al respecto es necesario reiterar que **SAYCO** acusa injustificadamente a la Superintendencia de ignorar u omitir argumentos, producto posiblemente de una lectura poco atenta de los actos proferidos por esta Entidad.

En efecto, sobre este argumentó se indicó en la Resolución Sancionatoria:

*"Ahora bien, argumentó **SAYCO** en sus observaciones que los titulares tenían la posibilidad de afiliarse mediante un contrato de administración, que les permitiría optar por que **SAYCO** sólo gestionara una o unas modalidades del derecho de comunicación y no todas ellas, como lo exige el contrato de mandato. Al respecto debe resaltarse que lo afirmado por la investigada no es cierto, pues tal y como lo expuso la Delegatura en su Informe Motivado, los contratos de administración también contienen cláusulas en las que*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

se impone la gestión de todas las modalidades o usos del derecho de comunicación pública. En efecto, el contrato de administración con las editoras contiene las mismas cláusulas que se citaron líneas atrás y el modelo de contrato de administración que se firma con el autor contiene la siguiente cláusula en relación con las facultades conferidas a SAYCO:

**"TERCERA. –EL AUTOR** confiere a **SAYCO** los siguientes derechos: I. La administración en el territorio nacional y en el extranjero de la (s) obra (s) descrita (s) con carácter de exclusividad. II. La facultad de autorizar y recaudar los derechos económicos originados por la utilización de su (s) obra (s) a través de la Comunicación Pública en las siguientes modalidades (...) f). Cualquier otro medio de comunicación o reproducción conocido o por conocerse de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, todo de conformidad con los artículos 15 de la Decisión Andina 351 de 1993 y 8° del tratado OMPI de 1996 sobre derechos de autor (Ley 565 de febrero 2 de 2000)."<sup>26</sup> (Subrayado fuera del texto)

Por lo tanto, es claro que también mediante las afiliaciones en la modalidad de administración se imponía la gestión de todos los usos del derecho de comunicación pública, contrario a lo que pretendió afirmar SAYCO. De hecho, la diferencia en relación con la gestión de los derechos, entre los contratos de mandato y administración en el caso de los autores, se limita al titular que ha estado menos de un año afiliado a SAYCO.

(...)

Al respecto se recuerda que, tal y como se explicó líneas atrás, no es cierto que la modalidad de "titular administrado" permita que se gestionen sólo una o algunas modalidades del derecho de comunicación pública, pues de hecho se impone la gestión colectiva de todo el derecho de comunicación pública sobre las obras que se entreguen en el mandato. Adicionalmente, se reitera que de ser así la conducta igual sería restrictiva pues tal y como lo indicó SAYCO en su interrogatorio de parte, "el titular administrado no tiene ningún derecho en la sociedad, solamente a que SAYCO le cobre su obra y le retribuya el valor menos el costo de administración"<sup>27</sup>.

Adicionalmente, esa diferenciación entre socio y titular administrado que ahora SAYCO pretende imponer no está en sus estatutos, pues el artículo 7 de dicho documento establece:

**"Artículo 7.- Categorías de socios:** Los socios de SAYCO se clasifican en fundadores, activos, adherentes, afiliados, y herederos, definidos así:

(...)

**VI. Las editoras:** Las editoras podrán ser socios activos y titulares administrados, de acuerdo con los siguientes requisitos:

a. **Serán socios activos las editoras que posean un catálogo superior a un mil (1.000) obras.**

b. Serán titulares administrados, las editoras que no cumplan con los requisitos anteriores.

Estos titulares ejercerán sus derechos a través de sus representantes.

**VII. Titular administrado:** Es aquel titular de derechos de autor, que solicita a la sociedad la administración y recaudo de los derechos económicos que sus obras le generen, de acuerdo con el contrato de mandato que suscriban. No tendrá más derechos en SAYCO que los de recibir las percepciones generadas por sus obras, una vez deducido el porcentaje de administración pactado a favor de la sociedad. El titular administrado no será por ese solo carácter, socio activo de SAYCO, pero podrá serlo cuando así lo solicite y cumpla con los requisitos que exige esta categoría.

(...)"

<sup>26</sup> Folio 74 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>27</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tal y como se desprende de los apartes antes citados, la diferencia entre una editora afiliada como socia y una editora afiliada como administrada, se limita al número de obras que representa en su catálogo y no a los derechos gestionados, por lo que la razón que ahora arguye **SAYCO** carece de todo sustento.

En ese sentido, es completamente falsa la acusación de **SAYCO** sobre la supuesta omisión de esta Entidad respecto de la existencia de la figura de "titular administrado", y es falsa también la afirmación según la cual esa figura permite una gestión individual de determinadas modalidades del derecho de comunicación pública, como se indicó en la Resolución Sancionatoria.

También argumentó **SAYCO** que el régimen legal societario impone limitaciones a los socios idénticas a las que **SAYCO** exige a sus socios. En efecto, manifestó que el numeral 4 del artículo 296 del Código de Comercio señala que los socios de sociedades colectivas deberán solicitar autorización a sus consocios para explotar por cuenta propia la misma clase de negocios en que se ocupe la compañía, por lo que resulta razonable que **SAYCO** incluya en sus estatutos la imposibilidad de realizar la gestión de derechos de comunicación pública que es la actividad a la que se dedica esa sociedad de gestión colectiva.

Sobre el particular se aclara que la norma citada por la investigada no es aplicable a la operación de las Sociedades de Gestión Colectiva, ni tampoco es equiparable al funcionamiento de este tipo societario. En efecto, parece olvidar **SAYCO** que las Sociedades de Gestión Colectiva están sometidas a un régimen regulatorio especial, diferente al de las sociedades comerciales, contenido fundamentalmente en la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 44 de 1993 y el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior No. 1066 de 2015. De allí que la Corte Constitucional se ha referido a las Sociedades de Gestión Colectiva en los siguientes términos:

*"...De manera general 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.*

*En relación con las sociedades de gestión colectiva de los derechos de autor y los derechos conexos, la Corte ha puesto de presente que si bien el artículo 10 de la Ley 44 de 1993 "... las define como entidades sin ánimo de lucro, con personería jurídica, creadas para la defensa de los intereses de los titulares de derechos de autor y derechos conexos, lo cierto es que la posterior regulación legal muestra que se trata de sociedades con contenido esencialmente patrimonial."<sup>[15]</sup> A partir de esa premisa, la Corte ha precisado que las sociedades de gestión colectiva se encuentran sometidas a un régimen regulatorio y de intervención intenso, puesto que "... se concluye que al tener las sociedades de gestión colectiva 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>[16]</sup>*

*En el mismo sentido la Corte ha expresado que "... la facultad de regulación de este tipo de sociedades deriva de la Constitución económica y no del derecho de asociación en general..."<sup>[17]</sup> y que el artículo 61 de la Constitución "... remite al legislador la facultad de regular los derechos de autor, el cual cumple dicha función como una intervención del Estado en la economía, al tenor del artículo 334 superior, restringiéndose así en la materia la autonomía de la voluntad en nombre de la racionalización y de los altos fines del Estado."<sup>[18]</sup>*

*En ese contexto, las sociedades de gestión colectiva se encuentran estrechamente reguladas en la ley, en armonía con las previsiones de las normas internacionales sobre la materia.*

(...)

*De este modo, si bien en Colombia las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos son entidades de derecho privado, con personería jurídica y sin ánimo de lucro, su creación y funcionamiento, así como el control y la*

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**vigilancia que se ejerce sobre las mismas se ubican en un ámbito de derecho público que se inscribe en el marco de las normas internacionales vinculantes sobre la materia.** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En este contexto, no sobra precisar que las Sociedades de Gestión Colectiva son diferentes de las sociedades comerciales "colectivas" reguladas en nuestro ordenamiento jurídico y a las cuales el recurrente pretende equiparar. Son dos tipos societarios absolutamente diferentes, con reglas de constitución, funcionamiento e incluso de supervisión distintas.

Así, el numeral 4 del artículo 296 del Código de Comercio regula los actos de los socios que requieren una autorización expresa en las sociedades colectivas, las cuales, como se ha dicho, no corresponden a la naturaleza de Sociedades de Gestión Colectiva de derecho de autor, con lo cual no puede concluirse, como lo hace la recurrente, que una disposición de esta naturaleza sea aplicable a la operación de una Sociedad de Gestión Colectiva de derecho de autor, cuyo objeto es totalmente diferente al de una sociedad comercial colectiva, más aun teniendo en cuenta que el trasfondo de la aplicación de la disposición restringe ilegalmente el mercado de la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales, como se demostró en la presente actuación.

Así mismo, argumentó la investigada, que de existir infracción la habría realizado por intermedio del mismo Estado, pues durante el lapso en que **SAYCO** fue intervenida estatalmente, la dirigió una persona designada por el Gobierno Nacional, la cual suscribió algunos de los contratos que hoy se reprochan a **SAYCO**. Por esta razón, afirmó que resulta contradictorio que tal gestión se califique hoy de irregular, además de comprometer la confianza legítima de **SAYCO**.

En relación con este argumento basta indicar que si bien es cierto mediante la Resolución No. 206 del 10 de agosto de 2012, la **DNDA** adoptó a título de medida cautelar una serie de medidas de intervención sobre **SAYCO**, entre las cuales se dispuso la suspensión de sus órganos directivos y en su lugar se designó a un particular para que ejerciera la dirección de la sociedad, lo cierto es que en estricto sentido la dirección societaria no estuvo en cabeza del Estado durante esa época, dado que la persona designada no era servidor público<sup>28</sup>. En cualquier caso, no existe prueba alguna en el expediente que demuestre que el interventor designado por el Gobierno desplegó, en representación de **SAYCO**, actuaciones que impidieran a los socios autores o editores revocar parcialmente el mandato a efectos de reservarse parte de su repertorio para gestionarlo individualmente. Pero incluso, si hubiera sido de este modo —que se insiste no está probado— la responsabilidad de **SAYCO** de ninguna forma se diluiría.

Finalmente, sobre la supuesta legalidad de su conducta, insistió **SAYCO** en que las "nuevas denuncias" con base en las cuales "se sancionó la conducta", fueron presentadas por sólo tres (3) agentes que no tienen la vocería del sector editorial, como se quiere hacer ver, y evidentemente no corresponden a un "sentir general" de quienes hacen parte de esta industria. Adicionalmente, afirmó **SAYCO** que, en la Resolución Sancionatoria se omitió tener en cuenta la posición expresada por editoras musicales internacionales (respecto de quienes fue imposible aportar pruebas debido a las irregularidades de índole procesal) la cual difiere diametralmente de la presentada por las denunciantes y que incluso solicitaron abstenerse de sancionar a **SAYCO**.

En primer lugar, debe reiterarse que la conducta de **SAYCO** no se sancionó por las "nuevas denuncias" de algunas editoras sino por la comprobación de una práctica generalizada que involucró una política contractual de **SAYCO** para obtener la totalidad del derecho de comunicación pública de los titulares e impedir que todos sus socios pudieran reservar parte de su repertorio para gestionarlo fuera de **SAYCO**. En segundo lugar, esta entidad nunca "quiso hacer ver" que dichas editoras representaran el sector o no, pues es completamente indiferente para esta investigación tal circunstancia. Incluso, si algunas editoras están de acuerdo con la conducta restrictiva realizada por **SAYCO**, tal circunstancia también es completamente ajena a la decisión de esta Entidad. Aun cuando todas las editoras estuvieran complacidas con la actuación de **SAYCO**, esta Superintendencia encontró que constituía una práctica restrictiva del derecho colectivo a la libre competencia económica.

En el mismo sentido, destacó **SAYCO** en su recurso de reposición que no puede desconocerse la calidad de las editoras denunciantes como profesionales en la materia y socios de **SAYCO**, además afirmó que la sanción lejos de proteger intereses colectivos, permite que las

<sup>28</sup> Así se concluye de la Resolución No. 206 del 10 de agosto de 2012 de la **DNDA**.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

inconformidades expresadas negligentemente por algunos particulares, se erijan como un castigo para **SAYCO** y para los demás miembros del sector editorial. Al respecto, se aclara que la calidad de profesionales de las editoras no afecta en nada el carácter restrictivo o no de la conducta de **SAYCO**. De otro lado, la opinión de la investigada según la cual la sanción no protege intereses colectivos carece completamente de fundamento y no es más que una consideración subjetiva que no desvirtúa la conducta restrictiva demostrada plenamente en la presente actuación administrativa.

Al respecto, para el Despacho no está demostrado cuál es el supuesto perjuicio de las demás editoras o autores con la decisión adoptada en la Resolución Sancionatoria, todo lo contrario, la decisión de esta Superintendencia preserva la voluntad de aquellos titulares de derechos que deseen gestionar todo su repertorio con **SAYCO**, así como la de aquellos que opten por reservarse la gestión de algunos de sus derechos en ejercicio de su libertad contractual y de asociación.

En cualquier caso, para el Despacho no es posible aceptar el insistente planteamiento de la recurrente tendiente a demostrar que el presente asunto se constituye por un conflicto de unos pocos editores con **SAYCO**, pues en realidad se trata de una práctica generalizada de esta sociedad de impedir la gestión de ciertos derechos por parte de sus socios, aprovechando su posición dominante para asegurar que todas las modalidades comunicación pública le sean encomendadas, pese a que los titulares tiene constitucionalmente el derecho de escoger los derechos o modalidades que encomiendan a **SAYCO**.

Por todo lo expuesto, no existe ningún argumento que contrarie el análisis de este Despacho que llevó a la conclusión de que **SAYCO** incurrió en abuso de posición dominante.

#### **4.1.3. Análisis del Despacho en relación con los aspectos procesales**

Todos los argumentos presentados por **SAYCO** relacionados con los aspectos procesales que se resumieron al inicio de este acto administrativo fueron resueltos, uno a uno, en la Resolución Sancionatoria, razón por la cual se remite al investigado, también a la Resolución Sancionatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe recordar que en la Resolución Sancionatoria se estableció, con base en los elementos de juicio obrantes en el expediente, que las conductas imputadas en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos guardaron coherencia con las que derivaron en la sanción de **SAYCO** y de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**. En ningún momento fueron modificadas las conductas imputadas como lo afirmó **SAYCO** en las observaciones al Informe Motivado y en el recurso que acá se resuelve. Diferente es que **SAYCO**, erradamente, considera como una modificación de la imputación que se hubieren probado algunos hechos imputados con pruebas recaudadas en la etapa probatoria. Tal posición es tan absurda que significaría que las únicas pruebas que podrían emplearse en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia serían las recopiladas en la averiguación preliminar, es decir, para **SAYCO** no existiría una etapa probatoria con decreto y practica de pruebas, pese a que la Ley 1340 de 2009 expresamente la contempla, y por la naturaleza de la actuación administrativa sancionatoria, obligatoriamente debe estar inmersa para preservar el debido proceso y el derecho de defensa de los investigados.

Ahora bien, complementando lo anterior es preciso recordar que en la Resolución Sancionatoria, entre otros aspectos, se precisó que el mercado definido en la apertura fue el de la gestión del derecho patrimonial de comunicación pública de obras en general y no el de una modalidad específica como lo pretendía hacer ver erradamente **SAYCO**. Así mismo, se aclaró que no existió variación de los supuestos fácticos imputados y que aquellos no se limitaron a ciertas denuncias contra **SAYCO** sino a los incorporados en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos, esto es, la restricción a la gestión individual y la venta atada de todos los usos o modalidades del derecho de comunicación pública sin diferenciar si afectaba a titulares originarios o derivados.

En cuanto a la caducidad, que **SAYCO** insistió debe contarse a partir de 2011, se indicó en la Resolución Sancionatoria que con su declaración efectuada en julio de 2016, **SAYCO** confesó que para esa fecha continuaba con la política contractual restrictiva de la gestión individual,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

consistente en impedir la modificación del contrato de mandato en virtud del cual se vinculaban a los nuevos socios y se mantenía el vínculo con los antiguos<sup>29</sup>.

De la misma forma, en la Resolución Sancionatoria se explicaron las razones por la cuales no existió una "acumulación" de denuncias sino un decreto oficioso de pruebas adoptado, en su momento, por la Delegatura durante la etapa instructiva de la actuación administrativa.

En suma, las garantías procesales dirigidas a preservar el derecho al debido proceso y al derecho de defensa fueron plenamente garantizadas a **SAYCO** durante la presente actuación administrativa.

#### **4.1.4. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con la graduación de la sanción**

Afirmó **SAYCO** que respecto del impacto de la conducta en el mercado se incluyó de manera "gratuita" un impacto del 100%, sin indicar de dónde surgió tal porcentaje y sin tener en consideración que el mercado relevante sólo se refiere a radio y televisión, con supuesta afectación únicamente a ciertas editoras. Afirmó la recurrente que de un mercado de centenas de miles de autores y millones de obras, mal podría decirse que de las "quejas" de algunas editoras se deriva una afectación al 100% del mercado.

Al respecto se reitera que el mercado relevante determinado en la investigación fue el de la gestión del derecho patrimonial de comunicación pública de obras musicales, y no exclusivamente las modalidades de explotación en radiodifusión. Adicionalmente, a diferencia de lo manifestado por la recurrente, en la variable del *impacto de la conducta en el mercado* no se refirió ningún porcentaje específico, sólo se indicó que estaba probado un efecto real en el mercado. Donde se mencionó el porcentaje fue en la *dimensión del mercado afectado*, que al tratarse de la gestión del derecho de comunicación pública, incluía la participación de **SAYCO** como única sociedad de gestión colectiva, con el 100% de participación en la gestión colectiva del derecho de comunicación pública, y la afectación a los probables pocos titulares que hicieran gestión individual enfrentados a un mercado distorsionado por la conducta restrictiva de **SAYCO**.

Indicó también **SAYCO** que el mercado no fue medido en el proceso, razón por la cual se desconoce su verdadera dimensión, y además que la Superintendencia de Industria y Comercio limitó el mercado a unos pocos canales de televisión y emisoras, sin que esté probado que todo el mercado asociado a la comunicación pública esté afectado. Sobre el particular se remite a lo dicho en líneas anteriores y se aclara que el mercado sí fue medido e identificado como se demuestra en la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos, en el Informe Motivado y en la Resolución Sancionatoria, constituyéndose por el mercado nacional de gestión del derecho de comunicación pública sobre obras musicales.

De otro lado, se indicó en el recurso que todo el patrimonio de **SAYCO** es de terceros, así, pese a que tiene un rubro de administración este constituye un fondo colectivo cuasi parafiscal de los autores para gestionar sus derechos, por lo tanto, la sanción afectará necesariamente la capacidad de gestión de **SAYCO**. En relación con este argumento, se indica que el patrimonio tomado en consideración fue un porcentaje mínimo del porcentaje de administración. De hecho, a pesar de que en los estados financieros aparecía que la administración se tomó el 40% (que excede el límite legal permitido), esta Entidad hizo caso omiso de tal circunstancia y realizó el cálculo de la multa sobre el porcentaje que por ley debería corresponderle a la administración, es decir, el 30% del valor del recaudo, que es menor al que reflejaban sus estados financieros. Así, si la sanción llegara a generar ineficiencias en la gestión de recaudo, dicha ineficiencia será imputable solamente a la propia **SAYCO**. Acoger el argumento de **SAYCO** llevaría al absurdo de concluir que ni **SAYCO**, ni ninguna empresa en Colombia ni en el mundo, podría ser sancionada pecuniariamente en sede administrativa porque se afectaría su capacidad de gestión, a pesar de que se le comprueben conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Es de la naturaleza de las sanciones administrativas generar un efecto negativo en los sancionados, de otra forma su objetivo disuasorio no se cumpliría.

Frente al *beneficio obtenido por el infractor con la conducta* indicó **SAYCO** que no se probó a cuánto ascendía dicho supuesto beneficio. Al respecto se aclara que no es obligación de esta

<sup>29</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Entidad cuantificar concretamente el beneficio obtenido por el infractor, basta identificarlo y demostrar que claramente sí existió, sobre todo cuando se trata de conductas continuadas como la que aquí se sanciona donde una cuantificación resultaría una tarea ciertamente imposible. No obstante, está probado en el expediente que el objeto social de **SAYCO** es la gestión del derecho de comunicación pública de obras musicales de sus socios, del cual ha obtenido durante su historia los recursos destinados a permitir su operación de recaudo por todos los usos del derecho de comunicación pública de sus asociados, incluso cuando los titulares con amplios repertorios, como los editores, le han solicitado expresamente dejar de gestionar modalidades específicas de su derecho de comunicación pública.

Añadió a los anteriores argumentos, que **SAYCO** ha incurrido en la supuesta conducta tanto como los presuntos afectados. Sobre el particular, señaló que no puede dejarse de lado la experticia y tamaño de las editoras quejas quienes hicieron parte de asambleas y consejos directivos en los que se tomaron las decisiones correspondientes. Sobre este punto se reitera que las características de los editores asociados a **SAYCO**, resultan indiferentes de cara a la existencia de la conducta sancionada y la responsabilidad de esta sociedad, quien ha sido sancionada en su condición de persona jurídica independiente de sus socios autores y editores.

También agregó que la Superintendencia de Industria y Comercio, al establecer la sanción no se tomó el trabajo de escindir los activos de **SAYCO** involucrados exclusivamente con la gestión de los derechos de comunicación pública en radio y televisión. Sobre el particular tiene razón la investigada, pero por la sencilla razón que no era necesario ni mucho menos una obligación escindir los activos de **SAYCO**, en primer lugar, porque el mercado incluía todo el derecho de comunicación pública en general y, en segundo lugar, porque la norma habla del *patrimonio* del infractor como un todo como criterio de graduación del sancionado.

Por último, **SAYCO** indicó que no se tuvo en cuenta que la conducta investigada cuando menos, constituía una zona gris producto de una interpretación razonable de los estatutos y de la existencia del contrato de mandato. Al respecto, este Despacho precisa que no existe ninguna zona gris en la conducta, las pruebas dieron cuenta de la actuación claramente restrictiva de la competencia y, como ya se expuso detalladamente, la interpretación de **SAYCO** a su propia actuación no sólo no es correcta sino que es inconstitucional.

#### 4.1.5. Análisis del Despacho en relación con las instrucciones proferidas

Argumentó **SAYCO** que es imposible cumplir las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, pues modificar los contratos vigentes implica una afectación a terceros como los autores que hubieran solicitado expresamente que la gestión de sus obras se realizara a través de las Sociedades de Gestión Colectiva. Así, la orden otorgada por la Superintendencia de Industria y Comercio debe involucrar a terceros, editoras y autores, para que ellos hagan las modificaciones de sus contratos respectivos.

Añadió que las instrucciones impartidas también deben involucrar a los usuarios de la comunicación pública, especialmente a través de radio y televisión, pues son ellos los que deben implementar mecanismos para realizar los pagos fraccionados a los diferentes titulares sobre una misma obra, lo cual sólo se podrá hacer una vez **SAYCO** liquide cada contrato vigente.

Al respecto se indica que, tal y como se explicó previamente, no se encuentra fundamento para considerar que se desconocerá la voluntad de los autores. La gestión de los derechos de los editores no afecta en nada la de los derechos de los autores. No puede olvidarse que en los contratos de cesión de derechos que celebran entre sí autores y editores, disponen expresamente que la gestión del porcentaje que le corresponda a cada uno, se puede realizar por las Sociedades de Gestión Colectiva a las cuales estén vinculados y, en los eventos en que el autor no está afiliado a ninguna sociedad, faculta al editor para que realice la gestión con la sociedad a la que este afiliado. Sobre este último punto es importante destacar, que la posibilidad que tiene el editor de encargar la gestión de lo que le corresponda al autor a través de su sociedad de gestión colectiva es una simple facultad y no una obligación como lo pretende hacer ver **SAYCO**.

De tal forma, no se entiende cómo puede afectarse a los autores vinculados con **SAYCO** si se cumplen las instrucciones impartidas por esta Entidad, pues todos ellos seguirán percibiendo las remuneraciones que les correspondan al estar afiliados a esa sociedad de gestión colectiva, y aquellos que no estén en **SAYCO**, tendrán diferentes alternativas para realizar su gestión, entre

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

ellas la gestión individual o que la editora lo haga a través de la Sociedad de Gestión Colectiva a la que se encuentre afiliada. En cualquier caso, **SAYCO** simplemente deberá hacer las gestiones necesarias para que los afiliados modifiquen, si así lo desean, los mandatos suscritos y que los nuevos vinculados tengan la posibilidad de entregar la gestión de todos o algunos usos del derecho de comunicación pública.

En cuanto a la vinculación de los radiodifusores o cualquier otro usuario, se aclara que no hay relación alguna entre la instrucción que se impartió y la relación de los titulares con los usuarios, puesto que la instrucción impartida y el término concedido sólo vincula a **SAYCO**. Los tiempos que tarden los titulares y los usuarios contratando el uso de los derechos es indiferente al propósito de esta investigación.

## **4.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos de JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**

### **4.2.1. Sobre la caducidad de la sanción**

Planteó **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, en la medida en que el término de 5 años se debe contar a partir del 4 de noviembre de 2011, teniendo en cuenta que en dicha fecha cesó el ejercicio de sus funciones como gerente de **SAYCO**. Considerando que el 16 de noviembre de 2016 se dio la notificación por aviso de la Resolución No. 76278 de 2016, la facultad sancionatoria caducó.

El Despacho no puede acoger el anterior planteamiento dado que la fecha en que jurídicamente cesó en sus funciones **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** como Gerente General de **SAYCO** fue, al menos, hasta el 22 de noviembre de 2011, con lo cual la facultad sancionatoria nunca caducó teniendo presente que la notificación de la Resolución Sancionatoria fue el 17 de noviembre de 2017.

En efecto, olvida el recurrente que conforme lo dispone el artículo 50 de la Decisión Andina 351<sup>30</sup> de 1993, así como el artículo 33 de la Ley 44 de 1993<sup>31</sup>, los nombramientos de los directivos de las Sociedades de Gestión Colectiva, así como sus modificaciones, solo tendrán efecto a partir de la inscripción ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor, la cual se realiza por vía de un acto administrativo. En ese orden de ideas, debe tenerse presente que conforme se indica en la Resolución No. 313 del 11 de noviembre de 2011, **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** fue inscrito como Gerente General de **SAYCO** mediante acto administrativo del 6 de mayo de 1994 y solo hasta el 11 de noviembre de 2011 se canceló tal inscripción. No obstante, debe precisarse que tal acto de cancelación en el escenario más conservador cobró firmeza únicamente hasta el 22 de noviembre de 2011. Este escenario supone que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** y **SAYCO** se hubieran notificado personalmente del referido acto administrativo el mismo día de su expedición (11 de noviembre de 2011) y no hubieran interpuesto recursos en la denominada, en su momento por el Código Contencioso Administrativo<sup>32</sup>, vía gubernativa.

De tal forma, solo hasta el 22 de noviembre de 2011, en el escenario más conservador, se insiste, dejó de fungir legalmente como Gerente General de **SAYCO**, **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** y, por consiguiente, resulta inadmisibles concluir que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia caducó en el presente asunto, dado que la Resolución Sancionatoria le fue notificada a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** el 17 de noviembre de 2016, precisando que el término de caducidad es de 5 años según lo dispone el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>30</sup> "Artículo 50.- A fin de surtir efectos frente a terceros, las sociedades de gestión colectiva están **obligadas a inscribir ante la oficina nacional competente, en los términos que determinen las legislaciones internas de los Países Miembros, la designación de los miembros de sus órganos directivos, así como los instrumentos que acrediten las representaciones que ejerzan de asociaciones u organizaciones extranjeras.**" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

<sup>31</sup> "Artículo 33.- El nombre de los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del Gerente, del Secretario, del Tesorero y del Fiscal **deberán inscribirse ante la Dirección Nacional del Derecho de Autor; toda modificación se comunicará a la citada dependencia, adjuntando copia del acto por el cual fueron nombrados o elegidos, indicando el domicilio, nombre y documento de identificación. Tales designaciones no producirán efecto alguno dentro de la sociedad o frente a terceros hasta su inscripción.**" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

<sup>32</sup> Vigente para la época.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

#### **4.2.2. Sobre la supuesta falta de prueba de las conductas restrictivas de la competencia**

Afirmó el recurrente que los hechos fundamento de la sanción carecen de prueba y en particular, los referidos por algunos editores durante el proceso no fueron investigados por la Superintendencia de Industria y Comercio, ya que esta se limitó a tener en consideración sus declaraciones sin verificar su veracidad. Tampoco se le corrió traslado a **SAYCO** respecto de dichas declaraciones.

Sobre el particular, simplemente señalar que la anterior argumentación no corresponde con la verdad, como quiera que las conductas demostradas y sancionadas en la Resolución Sancionatoria están plenamente demostradas en el expediente. Basta recordar que reposan en la actuación administrativa los modelos de contrato de mandato utilizados por **SAYCO** para vincular a sus socios, en los cuales queda claro que la única forma de hacer parte de esa sociedad es encargar la gestión de la totalidad del derecho de comunicación pública<sup>33</sup>, dado que los contratos solo permiten incorporar los datos del titular y el repertorio de obras, quedando predefinido en el contrato los derechos que se encomienda a **SAYCO** gestionar, esto es, todas las modalidades del derecho de comunicación pública.

Además, se comprobó que no existe margen de negociación para que un titular que pretenda ingresar a **SAYCO** limite el mandato a ciertos usos específicos, tal y como se corroboró con la confesión de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** (Gerente General y Representante Legal de **SAYCO** hasta noviembre de 2011)<sup>34</sup>, la confesión de **SAYCO**<sup>35</sup> y la declaración de **NELSY DIOFIR PEÑA HERNÁNDEZ** (Directora Societaria de **SAYCO** para 2010)<sup>36</sup>. Adicionalmente, obran en el expediente comunicaciones de socios editores<sup>37</sup> dirigidas a **SAYCO** donde le solicitan a esa sociedad limitar el contrato de mandato que los une a fin de gestionar individualmente algunas modalidades de su derecho de comunicación pública. Todas estas solicitudes fueron negadas por **SAYCO**, bajo la justificación de que el mandato debe ser por la totalidad del derecho de comunicación pública o en su defecto el contrato debe terminarse o eventualmente el socio debe pasar a ocupar la categoría de titular administrado en la que no tiene derechos en la sociedad. Estos últimos hechos fueron corroborados por **VIVIAN ALVARADO BAENA** (Directora Jurídica de **SAYCO** para 2012)<sup>38</sup>, así como por la Representante Legal de **UNIVERSAL**<sup>39</sup>.

Sumado a este acervo probatorio se acreditó durante la actuación que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, quien fungió como Gerente General y Representante Legal de **SAYCO** entre mayo de 1994 y noviembre de 2011, era la persona encargada de celebrar los contratos de mandato con los nuevos socios de **SAYCO**<sup>40</sup>. Si esto no fuera suficiente para considerarlo un ejecutor de la conducta restrictiva tendiente a limitar la gestión individual, en la declaración que rindió durante la etapa probatoria **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** reconoció que durante su gestión no era aceptable que un socio no encomendara la totalidad del derecho de comunicación pública a **SAYCO**, ni mucho menos que después de vinculado "cercenara" el mandato, pues eso afectaba presupuestalmente a la sociedad.

Con este breve recuento probatorio, del cual tuvo la oportunidad de pronunciarse **SAYCO** en las observaciones al Informe Motivado y en el presente recurso, no queda duda alguna que la argumentación del recurrente, en el sentido que los hechos objeto de la Resolución Sancionatoria

<sup>33</sup> Ver folios 73 a 77 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. 1968 a 1974 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente y 4788 a 4795 del Cuaderno Público No. 21 del Expediente. Los últimos folios corresponden a contratos aportados por **SAYCO** con el recurso de reposición que aquí se resuelve.

<sup>34</sup> Folio 3219 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>35</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

<sup>36</sup> Folio 125 a 172 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>37</sup> **UNIVERSAL, PRODEMUS, PEER MUSIC, CODISCOS, STAR ARSIS ETERTAINMENT, GROUP S.A.S y DISCOS FUENTES - EDIMÚSICA.**

<sup>38</sup> Folio 3237 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente, minuto 1:10:00.

<sup>39</sup> Folio 4020 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>40</sup> Folios 1969 y 1971 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

no tuvieron sustento probatorio, resulta errada y desprovista de fundamento. A la par, sobre todos esos elementos probatorios el recurrente tuvo la oportunidad de pronunciarse y controvertirlos.

Por otra parte, el recurrente afirmó, al igual que lo hizo **SAYCO**, que en los contratos celebrados entre editores y autores se pacta que los derechos de comunicación al público se gestionarían por Sociedades de Gestión Colectiva y que **SAYCO** no podía desconocer tales obligaciones. Al respecto, debe precisarse que la relación contractual en virtud de la cual los autores transfieren el derecho de comunicación pública a los editores no tiene ninguna incidencia con el mandato que autor y editor confieren a **SAYCO** y la obligación que esta última les impone de conferir para su gestión la totalidad del derecho de comunicación pública.

En todo caso, de los contratos de cesión de derechos entre autor y editor que obran en el expediente<sup>41</sup> no es posible concluir que la gestión de los derechos de las dos partes tenga que realizarse conjuntamente como lo parece plantear la recurrente. En efecto, lo que establecen los contratos es que el porcentaje de explotación del derecho de comunicación pública que le corresponda al autor y al editor será gestionado por la respectiva Sociedad de Gestión Colectiva a la que estén afiliados, que puede ser la misma o una por el autor y otra por el editor. En tal sentido, en el eventual escenario en que un editor retirara de **SAYCO** su porcentaje de explotación de una obra para gestionarla con otra sociedad de gestión o individualmente, el autor por su parte podría seguir vinculado con **SAYCO**, quien estaría facultado exclusivamente para gestionar únicamente el porcentaje del autor, el cual no se verá afectado de ninguna forma ni tampoco su relación contractual con el editor, como lo afirmó el recurrente.

En este sentido, carece de sentido alguno que el recurrente afirme que existió un delito de fraude procesal cometido por los editores, al haber omitido en sus declaraciones ante la Superintendencia de Industria y Comercio, la existencia de dicha cláusula contractual, pues como se ha visto dicha disposición contractual en nada incide o afecta el resultado de la investigación administrativa.

#### **4.2.3. Sobre el supuesto desconocimiento al principio de confianza legítima**

Afirmó el recurrente que la Resolución Sancionatoria desconoce el principio de confianza legítima, en tanto en su calidad de Gerente General de **SAYCO**, se limitó a aplicar los estatutos vigentes de la sociedad, en particular el artículo 9, asumiendo su legalidad, dado que la Dirección Nacional de Derecho de Autor los revisó y aprobó mediante Resolución 239 de 2016.

Se ha indicado insistentemente desde la Resolución Sancionatoria que no puede predicarse la aplicación del principio de confianza legítima en cabeza de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** y de **SAYCO**, derivado del control de legalidad que efectuó la **DNDA** a los Estatutos de la sociedad, en concreto al artículo 9 que dispone que los socios no pueden gestionar individualmente los confiados a la sociedad. El Despacho ha dejado en claro que la **DNDA** no aprobó la interpretación que **SAYCO** y ahora **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** confieren al artículo 9 de su norma estatutaria. Dicha norma no prohíbe que los autores asociados se reserven algunos derechos de comunicación pública para gestionarlos individualmente, lo que prohíbe realmente es que el autor gestione simultáneamente los derechos que le encomendó a **SAYCO**. En tal sentido, no puede existir vulneración al principio de confianza legítima pues no puede concluirse que la **DNDA** aprobó una interpretación acomodada de una norma estatutaria que no dispone lo que convenientemente quiere hacer ver los recurrentes.

#### **4.2.4. Análisis del Despacho relacionados con la supuesta violación al debido proceso**

Afirmó **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** que posteriormente a darse apertura a la investigación se variaron los hechos sin haber dado traslado de ellos a la defensa. Dichos hechos se constituyeron a partir de las quejas de los editores debido a que **SAYCO** no les permitió la gestión individual del derecho de comunicación al público en la modalidad de televisión. El anterior cambio de hechos, afirmó, se configura como una violación al principio de congruencia y por ende al debido proceso.

Sobre el particular, simplemente debe reiterarse lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, así como en líneas precedentes del presente acto administrativo, en el sentido que no se afectó el

<sup>41</sup> Folio 4656 del Cuaderno Público 21 del Expediente.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

principio de congruencia. Las conductas demostradas en el proceso y objeto de la sanción fueron las mismas que se imputaron. Por otra parte, es importante señalar que respecto de todas las pruebas que se decretaron y practicaron durante la actuación administrativa, los investigados tuvieron la oportunidad de controvertirlas, sea en el momento en que se practicaron, en la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, así como en la oportunidad para presentar observaciones al Informe Motivado.

Ahora bien, en relación con los demás argumentos planteados por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** es preciso realizar los siguientes pronunciamientos. Indicó que para el 4 de noviembre de 2011, existía una Dirección de Recaudo y una Dirección Jurídica dentro de la estructura administrativa de **SAYCO**. La primera tenía como propósito gestionar el licenciamiento de los conciertos y de los recaudos derivados de la explotación y el uso del repertorio. La segunda era la encargada de asesorar y ejercer las acciones jurídicas en los eventos de incumplimiento de pagos por los derechos de autor reclamados por **SAYCO** a nombre de los titulares afiliados en virtud de los convenios suscritos con Sociedades de Gestión Colectiva de otros países.

Para el Despacho, el anterior planteamiento no resulta claro como un medio de defensa para **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, pues el hecho de que al interior de **SAYCO** existieran una Dirección de Recaudo y una Jurídica, en nada varía o diluye la responsabilidad **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** por haber ejecutado como Gerente General de **SAYCO** las conductas contrarias a la libre competencia, en concreto celebrar los contratos de mandato reprochados, en el marco de una política contractual desplegada por **SAYCO** para restringir ilegítimamente la gestión individual de obras musicales.

Por otra parte, **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** indicó que esta Superintendencia se abstuvo de vincular a la **DNDA** a la actuación, teniendo en cuenta, que cuenta con funciones para ejercer control de legalidad y aprobar los estatutos sobre las Sociedades de Gestión Colectiva y, de investigar, inspeccionar y vigilar el cumplimiento de tales estatutos. Así mismo, planteó que debió haberse vinculado al Consejo Directivo de **SAYCO** y a la **ORGANIZACIÓN SAYCO-ACINPRO**.

Sobre el particular, es preciso señalar que no existe disposición legal que imponga la intervención de oficio de la **DNDA** y en cualquier caso debe indicarse que, además que la **DNDA** no es autoridad en materia de libre competencia en Colombia, en el presente asunto no existió pronunciamiento alguno sobre la legalidad de los Estatutos de **SAYCO**, toda vez que la discusión se centró en que según **SAYCO** y **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, los estatutos avalan la restricción a la gestión individual en los términos que acá se ha indicado. Al respecto, simplemente mencionar que no existe norma alguna en los estatutos de **SAYCO** que respalde su ilegal proceder. En este sentido, ya se ha mencionado que la **DNDA** aprobó los estatutos pero no las particulares interpretaciones que **SAYCO** confiere a algunas de sus normas para justificar su ilegal proceder frente a la gestión de obras musicales en detrimento de la alternativa constitucionalmente aceptada de la gestión individual. Adicionalmente, debe indicarse que no existió ningún fundamento para vincular a la presente actuación al Consejo Directivo de **SAYCO** y a la **ORGANIZACIÓN SAYCO-ACINPRO**, como lo plantea el recurrente, y en cualquier caso esta circunstancia no incide en nada en la responsabilidad de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**.

Adicionalmente, el recurrente planteó que no existe prueba que demuestre alguna conducta ejecutada por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** que coincida con los verbos rectores del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Al respecto, simplemente señalar que en la presente actuación se demostró, y así se reflejó en la Resolución Sancionatoria y en el presente acto administrativo, que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** fue Gerente General y Representante Legal de **SAYCO** entre mayo de 1994 y noviembre de 2011 y que entre sus funciones tenía la de suscribir los contratos de mandato mediante los cuales se vinculaban a los socios de **SAYCO**, de los cuales reposan varios en el expediente con la respectiva rubrica de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**.

De tal forma, con base en las pruebas obrantes en el expediente se estableció en la Resolución Sancionatoria que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, no solo celebró diferentes contratos en los que se impuso a los titulares de derechos encomendar la totalidad de sus derechos de comunicación pública sin posibilidad de negociación alguna, sino que además, entre sus políticas

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

gerenciales entendía que los titulares una vez vinculados a **SAYCO** no podían retirar parte de los derechos de comunicación pública que habían encomendado a esa sociedad<sup>42</sup>.

Son precisamente estas conductas ejecutadas por **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, plenamente demostradas en el expediente, las que vulneraron el régimen de libre competencia por obstruir el mercado de la gestión individual. En este sentido, conforme se establece en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, la conducta de ejecutar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, como las tipificadas en el artículo 50 del mismo Decreto se encuentra sancionadas en nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** indicó que durante la actuación administrativa se configuró una causal de nulidad derivada de no haberle notificado los hechos nuevos denunciados con posterioridad a la apertura de la investigación y haberse practicado pruebas con violación al debido proceso, lo cual considera, vulneró sus derechos fundamentales. Sobre este argumento debe indicarse que esta nulidad ya fue resuelta negativamente por parte del Despacho en la Resolución Sancionatoria, por lo tanto, resulta innecesario reiterar el mismo pronunciamiento.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** la Resolución No. 76278 del 3 de noviembre de 2016.

**ARTÍCULO SEGUNDO: RECHAZAR** la solicitud de nulidad formulada por **ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, según lo establecido en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO TERCERO: 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 no procede recurso alguno.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Bogotá, D.C., a los **07 MAR 2017**

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

**NOTIFICAR:**

**SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA**  
NIT 860.006.810  
Apoderado  
**JUAN GUILLERMO MOURE PÉREZ**  
C.C. 80.412.281  
T.P. 67343 del C.S. de la J.  
Carrera 5 No. 34-03  
Bogotá D.C.

**JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**  
C.C. 79.380.036  
Apoderado  
**DAVID ALARCÓN FALLA**  
C.C. 17.130.288  
T.P. 32457 del C. S. de la J.  
Carrera 13 No. 32-93, oficina 1013  
Bogotá D.C.

<sup>42</sup> Así lo declaró durante la presente actuación **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**. Ver folios 4568 a 4569 del Cuaderno Público No. 21 del Expediente.