

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN NÚMERO **Nº 76278** DE 2016

( 03 NOV 2016 )

Radicación: 11-150526

**VERSIÓN ÚNICA**

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011<sup>1</sup>, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992<sup>2</sup>, y,

**CONSIDERANDO:**

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

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

**SEGUNDO:** Que la presente actuación administrativa se inició como consecuencia de una averiguación preliminar adelantada de oficio por la Delegatura<sup>4</sup>, que pretendía establecer si existía evidencia que determinara la necesidad de iniciar una investigación por la presunta violación al régimen de la protección de la competencia por parte de **SAYCO**.

**TERCERO:** Que una vez **SAYCO** presentó su escrito de descargos y solicitó y aportó pruebas, mediante Resolución No. 50644 de 2012 la Delegatura decretó las pruebas que consideró necesarias. Sin embargo, después de iniciada la práctica de esas pruebas, mediante Resolución No. 73236 de 2014 se declaró la nulidad de lo actuado desde la notificación de la Resolución de Apertura de Investigación hasta dicho momento, como consecuencia de la indebida notificación de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**. Corregido el yerro de la notificación y habiendo el investigado **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** presentado sus descargos, mediante Resoluciones Nos. 19926 de 2015 y 39485 de 2016, la Delegatura se pronunció sobre las pruebas solicitadas, decretó las que consideró pertinentes, conducentes y útiles, y procedió a su práctica.

**CUARTO:** Que culminada la etapa probatoria y habiéndose realizado la audiencia prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el 26 de septiembre de 2016 el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el Informe

<sup>1</sup> Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

<sup>2</sup> Modificado por el Decreto 19 de 2012.

<sup>3</sup> Folios 227 a 2253 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

<sup>4</sup> Folio 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante, Informe Motivado)<sup>5</sup>, en el cual recomendó:

(i) Declarar administrativamente responsables y sancionar a **SAYCO** por incurrir en los comportamientos establecidos en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153, así como en la prohibición prevista en el artículo 8 de la Ley 155 de 1959.

(ii) Declarar administrativamente responsable y sancionar 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 haber colaborado, facilitado y ejecutado las conductas contempladas en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153, así como en la prohibición prevista en el artículo 8 de la Ley 155 de 1959.

(iii) Archivar la presente actuación administrativa respecto de las demás imputaciones contenidas en la Resolución de Apertura de Investigación.

(iv) Impartir instrucciones a **SAYCO** para que haga los ajustes correspondientes, tanto en sus contratos, administración, políticas y reglamentos, así como en cualquier otro aspecto necesario, a fin de asegurar la posibilidad efectiva de que cualquier titular de derechos de autor pueda gestionar sus derechos patrimoniales de maneras diferentes de la gestión colectiva. Lo anterior, con el fin de garantizar la libre competencia económica en el mercado de gestión del derecho de autor de contenido patrimonial.

Frente a las conductas investigadas, la Delegatura expuso que en la Resolución de Apertura de Investigación se realizaron dos imputaciones: la primera denominada "*Abuso del derecho como una práctica que limita la explotación de obras por parte de los usuarios*" y la segunda "*Obstruir la gestión individual de obras y subordinar la gestión colectiva para ciertos usos a que se otorgue mandato para la gestión colectiva de todos los usos*".

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

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

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

Adicionalmente, indicó la Delegatura que en el material probatorio recaudado durante la investigación no se encuentran elementos de juicio que permitan concluir que **SAYCO** impone las tarifas a sus usuarios de manera que pudiera estar incurriendo en un abuso de los derechos que ejerce.

<sup>5</sup> Folios 4246 a 4310 del Cuaderno Público No. 20 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En relación con la segunda parte de la imputación fáctica, relativa al traslado de los costos de transacción a los usuarios debido a que en sus relaciones con ellos no explica cómo establece la tarifa, la causa del cobro ni el carácter concertado del monto a pagar, indicó la Delegatura que no se encontró ninguna prueba que soporte dicha acusación.

Con base en lo anterior, la Delegatura concluyó que **SAYCO** no incurrió en la primera imputación denominada "*Abuso del derecho como una práctica que limita la explotación de obras por parte de los usuarios*" y por lo tanto, la persona jurídica investigada no habría infringido la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ni la conducta descrita en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1993 con ocasión de esa primera imputación.

Frente a la segunda imputación, titulada como "*Obstruir la gestión individual de obras y subordinar la gestión colectiva para ciertos usos a que se otorgue mandato para la gestión colectiva de todos los usos*", la Delegatura concluyó que el comportamiento de **SAYCO** se enmarcó en esa descripción, pues de acuerdo con el acervo probatorio de la investigación, **SAYCO** habría exigido a los titulares de derechos de autor que su vinculación se instrumentalice mediante un contrato tipo y de adhesión en el que, sin que pueda haber lugar a discusión alguna, se impone a esos titulares encargar a **SAYCO** la gestión de todos sus derechos de autor en todo el mundo, incluyendo todas sus obras y, adicionalmente, las que puedan crear o adquirir en el futuro.

Para acreditar dicha conducta, la Delegatura expuso, entre otras: (i) la propia confesión de **SAYCO**, al admitir que los socios no pueden limitar el mandato otorgado a la sociedad de gestión colectiva; (ii) el modelo del contrato de mandato usado para la afiliación como asociados de los titulares de derechos de autor, en el que se obliga a que el titular entregue la gestión colectiva de todos los usos o modalidades del derecho de comunicación pública; (iii) la declaración de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, Representante Legal de **SAYCO** hasta noviembre de 2011, quien afirmó que no era procedente modificar el mandato para limitar los usos gestionados por **SAYCO**; (iv) la declaración de **VIVIAN ALVARADO BAENA**, directora jurídica de **SAYCO** entre los meses de junio de 2004 y mayo de 2012, quien indicó que mientras estuvo vinculada a **SAYCO** conoció de la negativa a la solicitud de algunas editoras referente a la modificación del mandato de gestión de sus derechos, y (v) pruebas documentales y declarativas de la efectiva negativa de **SAYCO** a la solicitud de algunas editoras para limitar el mandato y ejercer la gestión individual de determinados usos del derecho de comunicación pública.

Con base en las pruebas enunciadas la Delegatura concluyó que **SAYCO** incurrió en los comportamientos establecidos en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153, así como en la prohibición prevista en el artículo 8 de la Ley 155 de 1959.

**QUINTO:** Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados quienes, dentro del término establecido para tal fin, presentaron sus observaciones, las cuales se resumen a continuación:

#### **5.1. Argumentos de SAYCO:**

##### **5.1.1. En relación con la definición del mercado relevante**

- La apertura de la investigación se fundamentó exclusivamente en hechos relacionados con los usos del derecho de comunicación pública en establecimientos abiertos al público y en espectáculos públicos, no en hechos relacionados con la comunicación pública en general, como hoy lo pretende afirmar la Delegatura.
- El numeral 10.3 de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliegos de Cargos se tituló expresamente: "*Mercado presuntamente afectado: la ejecución pública en vivo de obras*" y se presentó como conclusión después de analizar la "*Comunicación Pública de Obras*" en sentido amplio y la "*Insustituibilidad de los usos dentro de la comunicación pública*". Por lo tanto, no puede ahora pretenderse indicar que la intención de la Delegatura era establecer que **SAYCO** abusó de su presunta posición de dominio respecto de la gestión del derecho de comunicación pública en general, pues si hubiera sido esta la intención tendría que haberse formulado así explícitamente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- La comunicación pública de obras corresponde a un concepto, mas no a un mercado, lo que sí puede predicarse de sus usos en particular (como la ejecución pública de obras en vivo), que pueden categorizarse como mercados específicos y claramente definidos. En razón de lo anterior, resulta sorprendente que en el Informe Motivado se le atribuya un sentido más amplio a un mercado que debería estar bien definido en la investigación, y de no estarlo, vulneraría el principio de seguridad jurídica que rige la investigación administrativa.
- En el Informe Motivado se diferencian cada uno de los usos de la comunicación pública y la participación de **SAYCO** en estos, para luego concluir, sin nexo alguno, que el mercado afectado es la comunicación pública en general. Esta circunstancia hace cuestionable el hecho que se haya establecido que la gestión de **SAYCO** es indispensable para unos usos y para otros no, como en el caso de la televisión, que además nunca había sido mencionado en la investigación, lo que le permite reafirmar que los usos de la comunicación pública tienen características propias que no permiten que sean analizados como un solo mercado.
- Aunque se aceptara que el mercado afectado es la comunicación pública de obras en general, incluyendo la televisión, debe desestimarse la acusación fáctica imputada, ya que no existe un solo hecho, denuncia o queja que sirviera de fundamento para imputar responsabilidad alguna a **SAYCO**. Lo anterior bajo la premisa de que toda investigación administrativa tiene que estar soportada en unos hechos específicos y determinados, y en tal sentido, no debería admitirse ahora ampliar el mercado relevante de la investigación y mucho menos, sancionar a la investigada por conductas que solo guardan relación con un uso particular del derecho que no se había considerado desde el inicio.

#### **5.1.2. En relación con la imputación fáctica relacionada con la imposición de tarifas**

- Tal y como lo reconoció la Delegatura en su Informe Motivado, **SAYCO** no limitó la explotación de obras por parte de los usuarios.
- Es claro que, como lo indicó la Delegatura, **SAYCO** no impone las tarifas a los usuarios de manera que estos tuvieran que acogerse a lo que la sociedad dispusiera, es decir de forma reprochable.
- **SAYCO** no trasladó costos significativos de transacción a los usuarios al no explicar cómo se establece la tarifa, la causa del cobro ni el carácter concertado del monto a pagar, tal y como lo explicó la Delegatura en el Informe Motivado.

#### **5.1.3. En relación con la imputación fáctica relacionada con la obstrucción a la gestión individual**

- Los hechos que sustentaron la imputación de la obstrucción de la gestión individual de obras en la Resolución de Apertura de Investigación con de Pliego de Cargos, se limitaron a las denuncias de los supuestos autores **CARLOS SÁENZ DEL RÍO** y **NARCÉS VALENCIA** –que no fueron ratificadas– y a la utilización por parte de **SAYCO** de contratos de mandato con los autores en los que se impondría la gestión colectiva. Sin embargo, la Delegatura pretende ampliar en su Informe Motivado la acusación con hechos nuevos ajenos a esta imputación.
- La discusión que se propuso en la Resolución de Apertura de Investigación y formulación de Pliego de Cargos se centraba en la presunta ilegalidad de la existencia del contrato de mandato con los autores, que la Delegatura no logró probar, y no en los problemas futuros de quienes los firmaron a conformidad, ni de la legalidad de los contratos firmados con las editoras, discusiones en las que se basó el Informe Motivado.
- Bajo la premisa de que una cosa no puede ser y no ser a la vez, la Delegatura contraviene la más simple lógica al recomendar el archivo de la imputación relacionada con la imposición de tarifas por considerar que **SAYCO** había actuado conforme sus estatutos y la ley, y al mismo tiempo recomendar sancionar a la investigada por la supuesta obstrucción a la gestión individual cuando igualmente actuó bajo la ley y los estatutos.
- La Delegatura omitió valorar, además del contrato de mandato entre **SAYCO** y los autores, otros contratos como el denominado Contrato de Administración de Derechos de Autor, en el que se

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

demuestra que también **SAYCO** da la posibilidad de prestar sus servicios sin imponer la gestión colectiva de todas las obras en todos los usos.

- La recomendación de la Delegatura en relación con esta imputación se basó en la vinculación sorpresiva y sorprendente de nuevos hechos que no fueron considerados en el momento de la apertura de la investigación y respecto de los cuales no se permitió ejercer el derecho de defensa. Así, incorporó documentos allegados y hechos alegados por las editoras **UNIVERSAL MUSIC COLOMBIA S.A.S.** (en adelante, **UNIVERSAL**) y **PRODEMUS COLOMBIA S.A.S.** (en adelante, **PRODEMUS**), mediante una solicitud de medidas cautelares y una denuncia, respectivamente, en las que coincidieron en indicar que **SAYCO** estaba abusando de su posición de dominio al evitar la reforma del contrato de mandato y por lo tanto, al impedir que las editoras gestionaran individualmente algunas modalidades de derechos.
- Ante las nuevas denuncias de algunos miembros del sector editorial, lo procedente para garantizar el debido proceso era realizar una nueva averiguación preliminar y de encontrarse mérito, abrir una investigación, pero la Delegatura decidió acumularlas a una actuación que ya estaba en curso cuando los hechos son absolutamente nuevos, con involucrados diferentes a los denunciados originales, respecto de otros mercados relevantes y cronológicamente en fechas posteriores a los hechos que dieron origen a la investigación, lo que imposibilitó el efectivo ejercicio del derecho de defensa por parte de **SAYCO**.
- La inclusión de las conductas posteriores a la Resolución de Apertura de Investigación y formulación de Pliego de Cargos puede afectar el término de caducidad que se cuenta desde que sucedió el supuesto fáctico investigado, que para el caso concreto es 2011, fecha de las denuncias presentadas por usuarios y presuntos autores respecto del mercado relacionado con la comunicación pública en establecimientos de comercio abiertos al público y espectáculos públicos, por lo que bajo ninguna circunstancia podrían considerarse los comportamientos reprochados como una conducta continuada.
- Se violó el debido proceso con la acumulación de las denuncias presentadas por las editoras a la investigación que aquí se adelanta, pues en este caso no se daban los supuestos para la acumulación de actuaciones administrativas.
- Como resultado de la acumulación se generó la participación de **PRODEMUS**, **UNIVERSAL** y la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EDITORAS DE MÚSICA** (en adelante, **ACODEM**) como terceros interesados, tres años después de la oportunidad que se tenía para el efecto, lo que contradice la normativa que rige este tipo de actuaciones.
- **SAYCO** no incurrió en acto restrictivo alguno de cara a lo denunciado por las editoras, pues su actuación estuvo apegada a las disposiciones estatutarias aprobadas por la **DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR** (en adelante **DNDA**) en 2010, en las que se dispuso que entre las formas de asociación, se encuentra la modalidad contemplada en los contratos de administración o afiliación en calidad de titular administrado, en la que sería posible que las editoras no gestionaran de forma colectiva todos los usos del derecho de comunicación pública, por lo que no podría hablarse de obstrucción a ninguna forma de gestión.
- Debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, *"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 denunciadas, no podrían gestionar individualmente sus derechos. 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. En consecuencia, la determinación de **SAYCO** tiene sustento en sus estatutos.
- La calidad de socio les otorga a los afiliados una serie de beneficios que implican el cumplimiento de una serie de cargas, de esta forma si lo que pretendían las editoras era gestionar individualmente algunas modalidades del derecho de comunicación pública, no debieron afiliarse a **SAYCO** o hacerlo en calidad de titular administrado. Lo anterior en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 296 del Código de Comercio que 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 la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- La negativa de **SAYCO** a limitar el mandato para la gestión de los derechos de comunicación pública solicitado por las editoras, lejos de corresponder a una conducta abusiva de su posición de dominio, corresponde a una conducta de respeto y apego absoluto a la ley y a los estatutos.
- 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. El mismo racero se debe aplicar para evitar que las editoras desarrollen el mismo objeto social de **SAYCO**. En el mismo acto de control de legalidad, la **DNDA** se pronunció afirmando que *"no encuentra razones de orden jurídico por las cuales la Asamblea General (...) 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"*. Por todo lo expuesto es claro que la decisión de **SAYCO** frente a la solicitud de las editoras se sustenta en la ley y están avaladas incluso por la **DNDA**.
- Resulta sorprendente que los mismos agentes que participaron en la elaboración de los estatutos ahora propongan desconocerlos, circunstancia que la Delegatura omite tener en cuenta.
- **SAYCO** actúa de conformidad con lo establecido voluntariamente por las partes en sus contratos. Así, las editoras decidieron vincularse como socios y no como titulares administrados, modalidad en la que podrían solicitar la gestión parcial de determinados usos de derechos que hoy reclaman. Tal situación fue explicada por **SAYCO** en respuesta a diversas solicitudes que se presentaron por algunas editoras, lo que desmiente la teoría de la Delegatura según la cual *"nunca concedió la opción aludida"*.
- **SAYCO** se encuentra disponible para suministrar el servicio de gestión, recaudo y administración de los derechos de comunicación pública a quienes así lo soliciten, en ejercicio de su autonomía privada, sin imponer ninguna obligación adicional, a través de la firma de un contrato de administración de derechos de autor. Por lo tanto, ante la existencia de una alternativa no puede concluirse que existiera obstrucción alguna.
- Salvo que sobrevengan condiciones imprevistas, imprevisibles, extraordinarias y externas a las partes, no sería admisible alterar el acuerdo de voluntades al que llegaron las editoras y **SAYCO**. En ese sentido, acceder a las peticiones de las editoras que motivaron la recomendación de la Delegatura sólo tendría como efecto desconocer e incumplir el contrato celebrado.
- Corresponde a una obligación contractual que la gestión de las obras, cuya titularidad se comparte entre el autor y el editor, en todas las modalidades de la comunicación pública, se realice a través de la sociedad colectiva, que para el caso es **SAYCO**. En consecuencia, permitir la gestión individual de determinados usos de la comunicación pública sería desconocer las previsiones contractuales y los derechos de los autores.
- El juez natural para conocer del asunto que es objeto de inconformidad por parte las editoras es la **DNDA**, ante la que se adelanta un proceso jurisdiccional. De la misma forma, las controversias relacionadas con el contrato de mandato son competencia de la rama judicial. Ahora bien, resulta evidente la contradicción planteada entre la sugerencia hecha en el Informe Motivado y el principio del juez natural, pues mientras la **DNDA** en funciones jurisdiccionales podría definir que la demanda presentada por Codiscos contra **SAYCO** no tiene asidero, lo contrario podría concluir la Superintendencia *"dejando por el piso la institucionalidad colombiana"*.
- Resulta desafortunado que la inconformidad contractual de seis (6) editoras resulte suficiente para que se recomiende sancionar a **SAYCO** por prácticas restrictivas de la competencia, cuando corresponde a un problema netamente contractual.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no puede abstraerse de la profesionalidad y experticia de los denunciantes que han sido incluso miembros del Consejo Directivo y por lo tanto tendrían también responsabilidad.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

#### 5.1.4. En relación con la imposición de una posible sanción

- Teniendo en cuenta la naturaleza de **SAYCO**, todos los recursos con los que cuenta son verdaderamente de sus afiliados, por lo que de darse una sanción económica serían los autores los que se verían afectados, lo que resulta en una contradicción pues según la tesis de la Delegatura fueron ellos las principales víctimas en este asunto.
- Los gastos de administración están limitados legalmente y su propósito es el de permitir desarrollar la gestión. Su afectación implica una disminución necesaria en su capacidad de recaudo.
- Si llegara a sancionarse a **SAYCO** tendrían que tenerse en cuenta varios atenuantes de la conducta, tales como la colaboración que siempre ha prestado **SAYCO** en el transcurso de la investigación, la inexistencia de precedentes en materia de prácticas restrictivas de la competencia de la investigada y el cumplimiento apegado de **SAYCO** a sus estatutos, que ahora la Delegatura califica como anticompetitivo.

#### 5.2. Argumentos de JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ

- Mientras **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** se desempeñó como Gerente General de **SAYCO** nunca tuvo injerencia directa o indirecta en la fijación de tarifas, ni tampoco era de su competencia *"subordinar el uso de obras musicales a obligaciones adicionales para la celebración de eventos musicales"* ni *"impedir que terceros accedieran al mercado de comercialización de obras"*.
- Las tarifas son fijadas por el Consejo Directivo de **SAYCO** y aprobadas por la **DNDA**.
- La recomendación de la Delegatura en su Informe Motivado carece de razonabilidad y medios de prueba legalmente practicados que sean eficaces y eficientes para endilgarle responsabilidad al investigado.
- La Delegatura en su Informe Motivado desconoce de manera flagrante las normas civiles que gobiernan el contrato de mandato.
- **SAYCO** no tiene la facultad de determinar las condiciones del mercado en el que participa, en razón a que es la **DNDA** quien lo hace, por lo que no ostenta posición de dominio.
- Frente a las quejas relacionadas con el recaudo en establecimientos de comercio abiertos al público es la **ORGANIZACIÓN SAYCO Y ACINPRO (OSA)** la llamada a responder.
- No existe ninguna prueba que acredite abuso alguno en materia de imposición de tarifas.
- La investigación adolece de un análisis técnico y sofisticado para una materia tan compleja como lo son los derechos de autor.
- La investigación ha estado cargada de una influencia mediática de la que debe sustraerse la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Resultan llamativos los sucesos que se dieron entre julio y agosto de 2016, periodo en el que, entre otras cosas, se incorporaron documentos relacionados con editoras musicales socias de **SAYCO** y se involucró a nuevos agentes en la investigación, sin que existiera relación alguna con la imputación realizada en la Apertura de Investigación, impidiendo ejercer el derecho de defensa de manera adecuada.
- Produce intranquilidad observar la celeridad de los últimos días de la Superintendencia de Industria y Comercio dificultando la defensa técnica.
- Parece que la Delegatura *"pretende, con estas exóticas novedades es la acumulación de procesos, acumulación documental (...) es decir no existe claridad alguna sobre esta dinámica procesal de la SIC y en procura de establecer la constitución de un cartel de los derechos de autor, pero omitiendo la vinculación de otros (sic) personas naturales o jurídicas"*.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

- Se practicaron pruebas el 7 de julio de 2016 sin que su práctica le hubiera sido notificada al investigado, razón por la cual debe declararse la nulidad de todo lo actuado a partir del decreto de dichas pruebas.

**SEXTO:** Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 31 de octubre de 2016 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia, el cual recomendó por unanimidad (i) sancionar a los investigados por la infracción de los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992; (ii) sancionar a la persona natural investigada por la infracción del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, y (iii) archivar las demás conductas imputadas.

**SÉPTIMO:** Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, este Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

### **7.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio**

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>6</sup>, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras, *"[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."*

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que *"[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas"*.

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido *"[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal"*.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por la violación de cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas, y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

Por todo lo expuesto, no es cierto lo argumentado por **SAYCO** en sus observaciones al Informe Motivado, sobre la presunta falta de competencia de esta Entidad para conocer de los asuntos a los que refieren los hechos relacionados con la obstrucción de las editoras para gestionar individualmente determinados usos del derecho de comunicación pública, pues contrario a lo indicado por la investigada, este tipo de procesos tutelan un bien jurídico colectivo, de carácter general, que se circunscribe a los fines de este régimen y que en nada interfieren con los intereses particulares que se disputan en pleitos inter pares como el que adelanta la **DNDA** o cualquier otro de carácter jurisdiccional.

<sup>6</sup> Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

## **7.2. Consideraciones del Despacho en relación con el mercado relevante**

Para efectos de determinar el mercado relevante base de la investigación y, en consecuencia, establecer si **SAYCO** ostenta la posición de dominio en el mercado, este acápite se dividirá en tres (3) partes: (i) una exposición general de las previsiones legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre el concepto y alcance del derecho de autor; (ii) una descripción del contenido y características del derecho patrimonial de comunicación pública, y (iii) finalmente, una explicación general sobre las modalidades de gestión de los derechos patrimoniales de autor reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico: la individual y la colectiva.

### **7.2.1. Sobre el régimen del derecho de autor**

El derecho de autor, que hace parte de la gran disciplina de la propiedad intelectual, constituye un conjunto de prerrogativas de carácter moral y patrimonial conferidas a los autores<sup>7</sup> sobre sus obras artísticas o literarias. En este sentido, el objeto de protección del derecho de autor son las obras del ingenio humano en el campo artístico y literario, sin importar su género, mérito o destinación<sup>8</sup>. El concepto de obra corresponde a *"[t]oda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma"*<sup>9</sup>.

El fundamento de la protección autoral tiene sustento en el artículo 61 de la Constitución Política que dispone *"[e]l Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley"*. A partir de este mandato superior, se encuentra un completo desarrollo legal sobre el derecho de autor comprendido, principalmente, en la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 23 de 1982, la Ley 44 de 1993 y el Decreto 3942 de 2010<sup>10</sup>, normatividad que regula las prerrogativas conferidas por el régimen autoral, la titularidad de los derechos y las modalidades en que pueden ser ejercidos.

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

*"(...) los derechos de autor son una categoría del concepto de "propiedad intelectual", que amparan el conjunto de derechos que la ley otorga al creador de una obra literaria, artística, científica, cinematográfica, audiovisual, fonograma, programa de ordenador o soporte lógico (software), para utilizar con exclusividad su creación o autorizar a terceros la utilización de la misma; reproducirla bajo distintas formas; ejecutarla o interpretarla públicamente; grabarla o fijarla por diversos medios; radiodifundirla; traducirla a otros idiomas o adaptarla(...)"*<sup>11</sup>.

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

*"(...) El derecho de autor protege toda clase de obras intelectuales, en tanto creaciones originarias o primigenias (literarias, musicales, teatrales o dramáticas, artísticas, científicas y audiovisuales, incluyéndose también en los últimos tiempos los programas de computador), o creaciones derivadas (adaptaciones, traducciones, compilaciones, arreglos musicales etc.). En la legislación colombiana, se incorporó la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, cuyo artículo 4 contiene una enumeración ejemplificativa, no taxativa, de las obras protegidas (...)"*<sup>12</sup>.

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

<sup>7</sup> De acuerdo con el artículo 3 de la Decisión Andina Autor es la *"[p]ersona física que realiza la creación intelectual"*.

<sup>8</sup> Artículo 1 de la Decisión Andina 351 de 1993.

<sup>9</sup> Artículo 3 de la Decisión Andina 351 de 1993.

<sup>10</sup> Hoy integrado en el Decreto 1066 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo del Interior.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 28 de 2010. Proceso No. 31403. En el mismo sentido: LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Unesco. Buenos Aires. 2006. pág. 11.

<sup>12</sup> Sentencia C-276 de 1996. MP. Julio César Ortiz Gutiérrez.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Los derechos morales están dirigidos a proteger "...la personalidad del autor en relación con su obra..."<sup>13</sup> y se caracterizan por ser inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables. Según el artículo 11 de la Decisión 351 de 1993, confieren al autor la facultad de conservar la obra inédita o divulgarla, reivindicar su paternidad en cualquier momento y de oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor. Adicionalmente, el artículo 30 de la Ley 23 de 1982, dispone que los autores tienen la facultad de modificar su obra, antes o después de su publicación y de retirarla de circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiere sido previamente autorizada<sup>14</sup>.

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

Los derechos patrimoniales confieren a su titular el control exclusivo sobre la explotación de su obra, confiriéndole una suerte de derecho de propiedad sobre el bien inmaterial<sup>15</sup>. En este sentido es que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha precisado que los derechos patrimoniales "*son tantos como formas de utilización sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado*"<sup>16</sup>.

Como se indicó previamente, estos derechos pueden ser transferidos por el autor mediante cualquiera de los mecanismos previstos legalmente y, en esa medida, son derechos que pueden estar radicados en cabeza del autor (titular originario) o eventualmente, en la persona natural o jurídica que los hubiera adquirido (titulares derivados)<sup>17</sup> en virtud de una cesión de derechos o una transferencia por mandato legal.

Frente a estos derechos es importante resaltar lo dispuesto en el artículo 31 de la Decisión 351 de 1993 y en el artículo 77 de la Ley 23 de 1982, donde se consagra el principio de la independencia de los derechos<sup>18</sup>, en virtud del cual debe entenderse que las diversas formas de utilización de una obra son independientes entre sí, de manera que la autorización que se conceda para una de ellas no se extiende a las demás.

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

### **7.2.2. Derecho de comunicación pública**

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

<sup>13</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* pág. 154.

<sup>14</sup> Estos dos últimos derechos solo pueden ser ejercidos si previamente se indemniza a los terceros de los perjuicios que se les pudiera ocasionar, conforme se dispone en el parágrafo 4 del artículo 30 de la Ley 23 de 1982.

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Magistrado Ponente: Humberto Barrera Domínguez. Bogotá, 10 de febrero de 1960.

<sup>16</sup> Interpretación prejudicial dentro del proceso 24-IP-1998.

<sup>17</sup> Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Interpretación prejudicial dentro del proceso 24-IP-1998.

<sup>18</sup> Sobre este principio ver: LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* Pág. 175.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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

a) La ejecución pública en vivo de obras musicales: se trata de una forma de comunicación directa prevista en el literal a) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 y que está caracterizada por *"la presencia de los intérpretes frente a un público que se encuentra presente y por la unicidad de la comunicación"*<sup>19</sup>.

b) Comunicación pública en establecimientos abiertos al público: es una forma de comunicación indirecta, caracterizada porque se desarrolla *"por medio de una fijación sobre un soporte material o a través de un agente de difusión"* y porque es posible que varias comunicaciones de la misma obra puedan desarrollarse de manera simultánea<sup>20</sup>. Corresponde con la descripción contenida en el literal f) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993 y consiste en la comunicación de la obra en establecimientos comerciales abiertos al público, tales como bares, restaurantes, cafeterías o tiendas, por ejemplo *"a través de un receptor doméstico de radio o televisión"*<sup>21</sup>.

c) Comunicación pública a través de radio o televisión: es una forma de comunicación indirecta establecida, entre otras reglas, en el literal c) del artículo 15 de la Decisión 351 de 1993. Consiste en la distribución de señales por radiodifusión o por cualquier otro medio<sup>22</sup>.

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

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

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

De esta forma, lo que conocemos como gestión es la administración de esos derechos de carácter patrimonial –que, como lo establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual ( en adelante, OMPI) *"en relación con las obras son los derechos de los autores que integran el elemento pecuniario del derecho de autor"*<sup>23</sup> – cuya finalidad es controlar la autorización o prohibición de la que trata la ley, y el posterior recaudo que se debe al autor o titular por el uso de la obra.

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

### **7.2.3. Modalidades de gestión de los derechos patrimoniales de autor**

#### **a) La gestión colectiva**

De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, la gestión colectiva es aquella realizada por una sociedad de gestión colectiva en representación de una pluralidad de titulares de derechos patrimoniales de autor o conexos. En este sentido, la OMPI<sup>24</sup> señala que *"[p]or gestión colectiva se*

<sup>19</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* Pág. 185. En el mismo sentido: RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Propiedad intelectual. El moderno Derecho de Autor. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. 1997. pág. 169.

<sup>20</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* Pág. 186.

<sup>21</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. Cit.* Pág. 171.

<sup>22</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto. *Op. Cit.* Pág. 170.

<sup>23</sup> OMPI – Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Definición No. 95.

<sup>24</sup> OMPI. Ver: <http://www.wipo.int/copyright/es/management/> y Cfr. FISCOR, Mihály. *Op. Cit.* Pág. 17.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

entiende el ejercicio del derecho de autor y los derechos conexos por organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos y en defensa de los intereses de estos últimos". Esta definición guarda armonía con la doctrina especializada<sup>25</sup> y con los pronunciamientos de la **DNDA**<sup>26</sup>.

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

Tanto la Decisión Andina 351 de 1993, como las Leyes 23 de 1982 y 44 de 1993 y el Decreto 3942 de 2010, supeditan su existencia a la constitución de una sociedad de gestión colectiva, con las prerrogativas y obligaciones que emanan de esta clase de asociaciones. La normatividad referida ha dispuesto que esas sociedades de gestión colectiva, como lo es **SAYCO**, están sometidas a una autorización de funcionamiento y a la inspección y vigilancia de la autoridad competente, en este caso, la **DNDA**. Se dispone igualmente que en Colombia la afiliación a estas sociedades por parte de los autores o titulares es voluntaria y libre; sin embargo, las sociedades de gestión colectivas están obligadas a aceptar la gestión de los derechos que les sean encargados por los titulares.

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

La normativa citada, permite aclarar que la gestión colectiva se desarrolla a través de personas jurídicas que reciben de un número representativo de titulares de derechos de autor el encargo de gestionar sus derechos de contenido patrimonial y de actuar en su representación con ese propósito. Así, la función de las personas jurídicas en cuestión consiste en negociar con los potenciales usuarios de las obras incluidas en su repertorio las condiciones de utilización correspondientes —es decir, la forma en que se llevará a cabo el uso y la remuneración que se seguirá de ello— y, acordadas esas condiciones, conceder a los usuarios la autorización que legitima la utilización de la obra. Adicionalmente, la persona jurídica se encarga de monitorear la utilización de las obras cuya gestión se le encomendó, recaudar las remuneraciones pactadas de las personas que hayan usado su repertorio y, finalmente, distribuir entre los titulares de derecho de autor afiliados, las remuneraciones obtenidas *"en forma proporcional a la utilización real de las obras"*<sup>27</sup>.

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

Es importante resaltar, con fundamento en la normativa que fue referida en este aparte, que las sociedades de gestión colectiva gozan de prerrogativas específicas de las que carece la gestión individual, tanto la que realiza el titular directamente, como aquella que adelanta a través de formas asociativas distintas de la gestión colectiva<sup>28</sup>. Ejemplo de estas ventajas se encuentra en la denominada legitimación presunta, prevista, según la **DNDA**, en el artículo 49 de la Decisión 351 de 1993 y 9 del Decreto 3942 de 2010 o en la posibilidad de celebrar contratos de representación recíproca.

<sup>25</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cít.* Pág. 407.

<sup>26</sup> Dirección Nacional de Derecho de Autor. Manual de Derecho de Autor para Alcaldías y Gobernaciones. 2011. Pág. 29 (Folio 37 del cuaderno público No. 1).

<sup>27</sup> Artículo 45, literal e) de la Decisión Andina 351 de 1993.

<sup>28</sup> Cfr. **DNDA**. Circular No. 11 de febrero 22 de 2006 (folio 1480 del Cuaderno público No. 6 del Expediente).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

De otra parte, es importante señalar que existen razones económicas que justifican la creación y la función de las sociedades de gestión colectiva. Sobre el particular, la doctrina y la práctica internacional<sup>29</sup> son fuentes que evidencian que la justificación económica de la gestión colectiva consiste en la disminución de, entre otros, tres tipos de costos asociados al ejercicio de los derechos de autor de contenido patrimonial: los costos de búsqueda, los costos negociación y los costos de ejecución del contrato.

En relación con los costos de búsqueda, es claro que la identificación de los oferentes y demandantes de las obras protegidas por el derecho de autor puede ser costosa. Desde la perspectiva del titular, porque sin gestión colectiva tendría que identificar los usuarios potenciales para dirigir hacia ellos la labor de promoción de sus obras. Desde la del usuario, porque en esas condiciones él tendría la carga de establecer quiénes son todos los titulares de las obras que pretende utilizar, lo que se torna más complicado en el caso de obras cuyos derechos pertenezcan a varios titulares. La gestión colectiva permite que una persona jurídica centralice la información necesaria para ese contacto entre oferentes y demandantes, con lo que posibilita la negociación correspondiente.

Acerca de los costos de negociación, la ausencia de un sistema de gestión colectiva supone que para cada operación cada uno de los miles de titulares de derechos de autor deba negociar las condiciones de utilización correspondientes a cada una de sus obras con cada uno de los usuarios interesados en utilizarlas, con el agravante de que esos titulares no necesariamente tienen los elementos de juicio suficientes para establecer la remuneración que corresponde por el uso de sus obras. Ante ese panorama se ha considerado que, dado el enorme número de negociaciones bilaterales que serían necesarias para legitimar el uso de las obras, un sistema de gestión colectiva se presenta como la única solución razonable<sup>30</sup>.

La conclusión anterior se fundamenta en que, además del carácter profesional de la sociedad de gestión colectiva –que, entre otras cosas, le permite establecer tarifas adecuadas a las condiciones del mercado–, esas instituciones cuentan con mecanismos que reducen los costos asociados con la determinación de las condiciones de uso de las obras que administran, entre los que se encuentran la posibilidad de establecer las tarifas correspondientes (artículo 30, Ley 44 de 1993) y la de usar las denominadas licencias generales –*blanket licenses*–, que habilitan a cada usuario la utilización de todo el repertorio administrado por la sociedad de gestión colectiva.

Finalmente, sobre los costos de ejecución debe decirse que la inexistencia de un sistema de gestión colectiva impondría al titular la tarea de monitorear la utilización de su obra para, de un lado, verificar que se use de conformidad con lo pactado y, del otro, calcular la tarifa en caso de que esté determinada por la cantidad de usos. Así mismo, el usuario tendría que asumir los costos asociados con la actividad de recaudación que, por ejemplo en el caso de la comunicación pública en establecimiento abierto al público, supondría estructurar algún mecanismo que permitiera determinar la cantidad de usos que ha tenido su obra y recorrer todo el territorio nacional para hacer el cobro.

Dado que las sociedades de gestión colectiva actúan en representación de todos sus miembros y en la medida en que centralizan la ejecución de las funciones que se vienen comentando, están en condiciones de generar economías de escala tanto en la labor de monitoreo de la utilización de las obras de su repertorio –con la finalidad de identificar los usos no autorizados y determinar las condiciones para la distribución de las regalías– como en la labor de recaudo correspondiente.

Aclarados el contenido de la gestión colectiva, su dinámica y las eficiencias que la justifican, corresponde ahora llamar la atención acerca de que en el caso colombiano la única sociedad

<sup>29</sup> Comisión Nacional de la Competencia de España. Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. 2009. Págs. 30 y ss. MERGES, Robert P. *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*. California Law Review. Vol 84. 1996. PERITZ, Rudolph. *Competition policy and its implications for intellectual property rights in the United States*. En: *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*. Cambridge University Press. 2007. Pág. 195. Supreme Court of the United States. *Broadcast Music, Inc. et al. v. Columbia Broadcasting System, Inc. et al.* 441. U.S. 1 (1979). United States District Court. Southern District of New York. *Pandora Media, Inc. v. American Society of Composers, Authors and Publishers*. 2014. Casos No. 14-1158, 14-1161 y 14-1246. PÉREZ, Ana María. Análisis económico de la gestión del derecho de autor. *Revista de la Propiedad Inmaterial*. No. 15. Noviembre de 2011.

<sup>30</sup> MERGES, Robert P. *Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations*. California Law Review. Vol 84. 1996. Pág. 1328.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

constituida para desempeñar la gestión colectiva del derecho patrimonial que tienen los titulares de obras musicales por la comunicación pública de esas creaciones es **SAYCO**. Acorde con sus estatutos, en particular los artículos 1 y 4, el objeto de esa persona jurídica es la gestión de los derechos de "*reproducción, distribución y comunicación pública*" de sus miembros<sup>31</sup>.

**SAYCO** se dedica, entonces, a desempeñar las tareas asociadas a la gestión colectiva que fueron descritas más arriba en relación con el derecho de comunicación pública de los titulares de obras musicales.

#### **b. La gestión individual**

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

A su vez, en relación con las actividades concretas que comprende la gestión individual, la doctrina especializada, identifica las siguientes: "*negociar con el usuario las condiciones de la autorización y conferirla*"<sup>32</sup>, y "*efectuar la recaudación*"<sup>33</sup> correspondiente.

Es importante destacar que la gestión individual del derecho de autor se fundamenta en la libertad que tienen los titulares de determinar autonomamente la forma en que administrarán la explotación de sus creaciones intelectuales. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, consignada en las Sentencias C-509 de 2004, C-424 de 2005, C-833 de 2007 y C-912 de 2011, ha sido contundente en disponer que en virtud del derecho constitucional de libre asociación previsto en el artículo 38 de la Constitución Política, los titulares de derecho de autor tienen absoluta autonomía de gestionar directamente sus derechos o hacerlo indirectamente a través de una sociedad de gestión colectiva. Al respecto, la Corte Constitucional expresó lo siguiente en la Sentencia C-912 de 2011, al referirse a una norma que imponía la gestión colectiva obligatoria<sup>34</sup>:

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

En este punto, resulta pertinente señalar que **SAYCO** ha sostenido, insistentemente durante la actuación administrativa, que el inciso 4º del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010<sup>35</sup>, debe interpretarse en el sentido que la gestión individual solo puede ser ejercida por los titulares de derechos que no estén afiliados a una sociedad de gestión colectiva, descartando de plano que un socio de una sociedad de esta naturaleza pueda gestionar individualmente aquellos derechos que no le hubieran encomendado a la sociedad de gestión colectiva.

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

*"Así las cosas, la normatividad aplicable es clara en señalar que la gestión individual es aquella que realizan quienes no están afiliados a ninguna sociedad de gestión colectiva, por lo cual su calidad de socios de SAYCO les impediría gestionar individualmente su derecho. En este orden de ideas, más allá de cumplir con las obligaciones básicas relativas a presentar el repertorio que administran y negociar las tarifas con los usuarios, y dentro de*

<sup>31</sup> Folio 3961 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

<sup>32</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* Pág. 443.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo.

<sup>35</sup> La norma dispone: "[l]a gestión individual será la que realice el propio titular de derecho de autor o de derechos conexos, no afiliado a ninguna sociedad de gestión colectiva".

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

*un ejercicio de simple lógica básica, el gestor individual no puede ser miembro de una sociedad de gestión colectiva, pues se incurre en una paradoja jurídica, mediante la cual se es y no es la misma cosa, al mismo tiempo*<sup>36</sup>.

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

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

En efecto, con fundamento en los artículos 31 de la Decisión 351 de 1993 y 77 de la Ley 23 de 1982, así como en lo que ha dejado establecido la doctrina especializada –que refiere *"el principio de la independencia de los derechos"*<sup>37</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>38</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*

<sup>36</sup> Folio 3142 del cuaderno público No. 14.

<sup>37</sup> LIPSZYC, Delia. *Op. Cit.* Pág. 175.

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-833 de 2007.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

*cobren o recauden sus derechos de modo directo y, como a la vez el artículo 38 *ibidem* garantiza la libre asociación, es permitido que las personas jurídicas por ellos constituidas, precisamente con miras a la defensa de sus intereses, obren como entes recaudadores de tales derechos, desde luego con la obligación -inherente a su objeto- de transferirles con exactitud lo recaudado".*

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

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

La interpretación propuesta por **SAYCO** del artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, llevaría al absurdo de vaciar los derechos patrimoniales no gestionados por esa sociedad en perjuicio de sus socios, lo cual, no solo implicaría una absoluta desprotección para los titulares vinculados a **SAYCO**, vulnerando el artículo 61 de la Constitución Política, sino que desconocería la uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la libertad de asociación en su sentido negativo y positivo y la posibilidad que tienen los titulares de derecho de autor de escoger autónomamente si gestionan colectiva o individualmente sus derechos.

Adicionalmente, la interpretación prohijada por **SAYCO** es contradictoria, incluso, con otro inciso del mismo artículo 1 del Decreto 3942 de 2010. En efecto, si se acogiera la posición de la investigada se privaría de contenido el inciso primero del artículo en comento, que expresamente reconoce que *"[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>39</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 estable la libertad de asociarse o no. Esto sin mencionar que contraría la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

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

Esta interpretación, por supuesto, encuentra sustento en los criterios hermenéuticos referidos por la jurisprudencia constitucional: se adecúa al criterio sistemático en la medida en que resulta armónica

<sup>39</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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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>40</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>41</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>42</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.

#### **7.2.4. Consideraciones del Despacho en relación con las observaciones de SAYCO al Informe Motivado respecto de la definición del mercado relevante**

**SAYCO** en sus observaciones al Informe Motivado insistió en afirmar, que el mercado relevante para este caso no incluye a la comunicación pública en general, sino que se circunscribe a las modalidades del derecho de comunicación pública consistentes en la ejecución de obras en vivo y la comunicación en establecimientos de comercio abiertos al público. Su posición está sustentada, entre otras, en el numeral 10.3 del considerando Décimo de la Resolución de Apertura de Investigación, en el que se indicó:

##### ***"10.3. Mercado presuntamente afectado: la ejecución pública en vivo de obras***

*Con base en los hechos narrados por los quejosos, y evaluadas las condiciones y dificultades que afrontan los usuarios y partícipes de esta clase de eventos, se consideraría de manera preliminar, que el mercado presuntamente afectado sería el de la ejecución pública en vivo de obras".*

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

<sup>40</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016.

<sup>41</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

<sup>42</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 imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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>43</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 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>44</sup>. En efecto,

<sup>43</sup> Página 16 de la Resolución de Apertura de Investigación.

<sup>44</sup> Cfr. PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L. Microeconomía. Prentice Hall. 4ª edición. Madrid. 2013. Pág. 8.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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 investigación tiene como mercado relevante la gestión de todas las modalidades del derecho de comunicación pública.

#### **7.2.5. Conclusión sobre la definición del mercado relevante**

De todo lo que se ha expuesto en este capítulo se concluye que, como se indicó en la Resolución de Apertura de la Investigación, el mercado relevante para este proceso es la gestión del derecho de autor de contenido patrimonial respecto de la comunicación pública de obras musicales.

#### **7.3. Consideraciones del Despacho en relación con la posición de dominio de SAYCO en la gestión del derecho de comunicación pública**

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

Dentro de las varias concepciones que pueden admitirse en relación con la definición de dominancia<sup>45</sup>, la jurisprudencia internacional ha considerado que consiste en una posición de fortaleza económica que habilita a un agente para prevenir que se mantenga una competencia efectiva, posibilidad que surge debido a que ese agente tiene las condiciones para comportarse de manera independiente respecto de sus competidores actuales o potenciales, compradores y consumidores<sup>46</sup>. Ahora bien, en relación con la extensión de esa independencia, la misma fuente ha aclarado que la posición de dominio no se desvirtúa por la existencia de algún nivel de competencia. Por lo tanto, aunque el agente en cuestión no pueda determinar absolutamente las condiciones del mercado, se considera que tiene dominancia si puede generar una considerable influencia en tales condiciones y actuar sin estar sometido a ellas.

<sup>45</sup> MONTI, Giorgio. *The Concept of Dominance in Article 82. European Competition Journal*. 31. 2006. ANNALIES, Azzopardi. *Dominant Position: A Term in Search of Meaning*. En: Capítulo 19. The Cartels and Leniency Review. Law Business Research. Second Edition. Editor Christine A. Varney. 2014.

<sup>46</sup> (i) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Decisión de febrero 14 de 1978. Asunto 27/76. *United Brands Company and United Brands Continental BV v Commission of the European Communities*. (ii) Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Decisión de febrero 13 de 1979. Asunto 85/76. *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities*. (iii) Comisión de las Comunidades Europeas. Decisión de 20 de junio de 2001. COMP/E-2/36.041/PO – MICHELIN. (iv) Tribunal de Justicia (Sala Quinta) Sentencia de 15 de diciembre de 1994. Asunto C-250/92, *Gottrup Klim* (Rec. 1994, p. I-5641). (v) Comisión de las Comunidades Europeas. Decisión del 3/7/2001. COMP/M.2220 -General Electric/Honeywell.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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

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

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

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

Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>47</sup> ha establecido que un agente económico tiene posición dominante cuando se encuentre en capacidad de "modificar significativamente y unilateralmente el precio, las cantidades ofrecidas o cualquier otra variable significativa para el mercado relevante, siempre que pueda mantener la modificación perdurablemente, porque la reacción de sus competidores, efectivos y/o potenciales, o de los consumidores, no sería suficiente para disuadirlo de realizar su conducta"<sup>48</sup>.

Ahora bien, las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, así como la literatura especializada<sup>49</sup>, permiten concluir que la determinación de la existencia de las condiciones que determinan que un agente tenga dominancia exige analizar, entre otros, los siguientes aspectos: (i) las presiones competitivas ejercidas por los competidores existentes (las cuotas de mercado y niveles de concentración), (ii) las presiones competitivas ejercidas por la amenaza creíble de futuras expansiones de los competidores existentes o la entrada de competidores potenciales (expansión y barreras de entrada), (iii) las presiones competitivas ejercidas por la fuerza o poder de negociación de los demandantes y, en fin, (iv) "otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado"<sup>50</sup>, entre los que se puede contar el que la empresa en cuestión, debido a las condiciones de contexto, se convierta en un agente indispensable para el desarrollo de actividades económicas por parte de otros participantes en el mercado<sup>51</sup>.

En relación con los factores que determinan la configuración de la dominancia es importante resaltar, con fundamento en los pronunciamientos internacionales que han inspirado el desarrollo normativo del régimen colombiano, que "[l]a existencia de una posición dominante es, en general, el resultado

<sup>47</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 15653 del 10 de mayo de 2001 (caso Induga), No. 4285 de 11 de febrero de 2002 (caso Satena), No. 30835 del 14 de diciembre de 2004 (caso Setas), No. 33361 de 2011 (Bavaria), No. 53992 de 14 de septiembre de 2012 (caso Agua en Bloque), No. 4907 de 2013 (caso Gases de Occidente S.A. E.S.P.) y No. 53403 de 3 de septiembre de 2013 (caso Portabilidad).

<sup>48</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 4285 de 11 de febrero de 2002 (caso Satena).

<sup>49</sup> WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University Press. Séptima edición. 2011. Págs. 181 a 189. También en: ANDERMAN Steven D. y SCHMIDT, Hedvig. *EC Competition Policy and IPR's* En: *The Interface Between Intellectual Property Rights and Competition Policy*. Cambridge University Press. 2007. Pág. 40.

<sup>50</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53403 de 3 de septiembre de 2013 (caso Portabilidad).

<sup>51</sup> Tribunal de Justicia (sala tercera). Decisión de 15 de marzo de 2007. *British Airways PLC v. Commission of the European Communities*. Así mismo en: Monti Giorgio y Damian Chalmers. *European Union Law. Text and Materials. Updating Supplement*. Cambridge University Press. Págs. 172-173.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos"<sup>52</sup>. En consecuencia, tales factores deben ser considerados conjuntamente.

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

### **7.3.1. SAYCO es la única sociedad de gestión colectiva del derecho de comunicación pública de titularidad de autores y compositores en Colombia**

**SAYCO** es la única Sociedad de gestión colectiva de Derechos de Autor de obras musicales en Colombia y *"reúne casi la totalidad de los autores y compositores nacionales y el 98% del catálogo musical internacional"*<sup>53</sup>.

Cuenta con personería jurídica y autorización de funcionamiento conferidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor mediante las Resoluciones No. 001 del 17 de noviembre de 1982 y 070 del 5 de junio de 1997, respectivamente. Es una sociedad sin ánimo de lucro, cuyo objeto principal es la recaudación y distribución de los derechos patrimoniales de autor, en virtud de los actos de afiliación y de los contratos de representación recíproca suscritos con otras sociedades de gestión colectiva de derechos en otros países<sup>54</sup>.

Varios elementos de prueba recaudados durante este proceso, entre los que se encuentra la declaración de **SAYCO**<sup>55</sup>, los descargos que presentó<sup>56</sup>, una demanda que ella formuló con el fin de hacer efectivos los derechos de sus asociados<sup>57</sup> y cartas que dirigió a autoridades públicas<sup>58</sup>, acreditan que, aunque no existe ninguna prohibición legal que impida la formación de otras sociedades para la gestión colectiva del derecho de autor de contenido patrimonial de titularidad de autores y compositores sobre sus obras musicales, **SAYCO** es la única persona que desarrolla esa actividad en el territorio colombiano. Este aspecto fáctico se encuentra corroborado con varios conceptos y circulares elaborados por la **DNDA**, que es la entidad encargada de otorgar personería jurídica a las sociedades de gestión colectiva<sup>59</sup>.

Se sigue de lo anotado que al menos desde hace 20 años en Colombia no existe otro agente del mercado que, habilitado con las prerrogativas de las que goza **SAYCO**, pueda competir con esa persona jurídica en la prestación del servicio de gestión colectiva del derecho de autor que se ha venido comentando. Si a ello se agrega que en Colombia tampoco existe otra persona jurídica que agremie a titulares del derecho de autor en cuestión con el objeto de desarrollar las actividades de gestión —a través de formas asociativas distintas de la gestión colectiva—, es claro que, entonces, no existe un competidor actual que en un esquema de gestión conjunta pueda ejercer alguna presión competitiva sobre **SAYCO**.

### **7.3.2. Existen considerables barreras de entrada al mercado relevante para esta investigación**

De conformidad con lo que ha dejado establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, las barreras de entrada son *"todos aquellos factores que impidan, dificulten o retrasen*

<sup>52</sup> Tribunal de Justicia (Sala Quinta) Sentencia de 15 de diciembre de 1994. Asunto C-250/92, Gottrup Klim (Rec. 1994, p. I-5641). En el mismo sentido: Comisión de las Comunidades Europeas. Decisión de 20 de junio de 2001. COMP/E-2/36.041/PO – MICHELIN.

<sup>53</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>54</sup> [www.sayco.org](http://www.sayco.org)

<sup>55</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente. Minuto 26:00.

<sup>56</sup> Folio 553 a 610 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

<sup>57</sup> Folio 1266 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

<sup>58</sup> Folio 1317 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

<sup>59</sup> Folios 467 del Cuaderno Público No. 2 y 1475 del Cuaderno Público No. 6.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. Son analizadas para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado determinado, toda vez que le otorgan a las empresas establecidas ventajas sobre los potenciales entrantes*<sup>60</sup>.

En este caso se evidencia que los requisitos de constitución de una sociedad de gestión colectiva, analizados atendiendo el contexto económico en el que se desenvuelve **SAYCO**, constituyen una barrera de entrada al mercado que interesa en este caso.

Para sustentar la conclusión anterior debe llamarse la atención acerca de los requisitos legales para crear una sociedad de gestión colectiva en Colombia. Entre ellos se encuentran los siguientes:

- De acuerdo con el artículo 12 de la Ley 44 de 1993, la sociedad debe contar con más de 100 socios, que *"deberán pertenecer a la misma actividad"*.
- Según el artículo 25 del Decreto 3942 de 2010, la sociedad debe tener las condiciones necesarias para garantizar la correcta administración de los derechos cuya gestión le sea encargada y, adicionalmente, el volumen de repertorio que espera administrar debe ser representativo.
- El artículo 11 de la Ley 44 de 1993 y el artículo 9 del Decreto 3942 de 2010, establecen que la sociedad debe contar con el reconocimiento de su personería jurídica y autorización de funcionamiento conferida por la **DNDA** mediante resolución motivada.
- En cumplimiento del artículo 23 de la Ley 44 de 1993, la sociedad deberá elaborar estatutos que contengan el objeto de sus actividades, categorías de socios, derechos y obligaciones de los afiliados, formas de dirección, organización, administración y vigilancia interna, y demás prescripciones que se estimen necesarias para su apropiado y normal funcionamiento. Los mencionados estatutos, conforme con el artículo 24 de la Ley 44 de 1993, se someterán a control de legalidad ante la **DNDA**.
- En concordancia con los literales e) y g) del artículo 45 de la Decisión 351 de 1993, el artículo 30 de la Ley 44 de 1993 y los artículos 4 y 15 del Decreto 3942 de 2010, la sociedad deberá elaborar reglamentos internos de socios, tarifas, recaudo, reparto equitativo, revisión social, contabilidad, tesorería, cartera y anticipos a afiliados.
- De conformidad con el artículo 15 del Decreto 3942 de 2010, la sociedad debe presentar un estudio de prospectiva económica, a través del cual se proyecten sus expectativas en cuanto a las sumas de recaudo, gastos administrativos y distribución de los primeros 3 años de funcionamiento.
- Según el artículo 43 de la Decisión 351 de 1993, el artículo 26 de Ley 44 de 1993 y el artículo 11 del Decreto 3942 de 2010, la sociedad de gestión colectiva estará sometida a la inspección y vigilancia de la **DNDA**.

En el contexto del mercado colombiano, la sociedad investigada gestiona un catálogo de obras musicales representativo, pues –según lo anuncia la misma **SAYCO** en diversos ámbitos– *"reúne casi la totalidad de los autores y compositores nacionales y el 98% del catálogo musical internacional"*<sup>61</sup>. Así mismo, como se aprecia en la certificación expedida el 3 de agosto de 2011 por la **DNDA**, esa persona jurídica ha construido una red de contratos de representación recíproca celebrados con 132 sociedades de gestión colectiva del exterior<sup>62</sup>. Adicionalmente, desde hace más de 30 años<sup>63</sup> **SAYCO** goza de las prerrogativas legales propias de la gestión colectiva en Colombia, que la habilitan, entre otras cosas, para *"autorizar genéricamente el uso de obras de las que no son*

<sup>60</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53992 de 14 de septiembre de 2012 (caso Agua en Bloque).

<sup>61</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>62</sup> Folios 1959 a 1967 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

<sup>63</sup> Resolución No. 001 de 17 de noviembre de 1982 expedida por la **DNDA**, mediante la cual se reconoció personería jurídica a **SAYCO** (folio 1288 del Cuaderno Público No. 5).

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

titulares" y "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"<sup>64</sup>.

Las condiciones descritas evidencian que, tanto los titulares de derechos de autor, como los usuarios de las obras, tendrán incentivos para preferir a **SAYCO** ante cualquier otra persona que desarrolle mediante la estructura de la gestión colectiva las mismas actividades que la sociedad investigada.

Así las cosas, es claro que cualquier persona interesada en prestar los servicios de gestión de los derechos que interesan en esta actuación mediante la estructura propia de la gestión colectiva tendrá notorias dificultades para satisfacer los requisitos legales aludidos. A manera de ejemplo, nótese que se le dificultará vincular a 100 titulares para que le confíen la gestión de sus derechos, pues ellos seguramente preferirán a **SAYCO**, que además de gozar del reconocimiento y preferencia de los usuarios de las obras, cuenta con prerrogativas para cobrar eficientemente y contratos de reciprocidad alrededor del mundo. Por esa misma razón la persona en cuestión tendrá grandes obstáculos para conseguir un volumen de obras que la **DNDA** pueda considerar representativo, sobre todo porque, como se indicó, **SAYCO** ya cuenta con el 98% de las obras internacionales y "casi la totalidad de los autores y compositores nacionales".

### **7.3.3. Los servicios de SAYCO son indispensables para la gestión de determinadas formas de utilización del derecho de comunicación pública**

La doctrina especializada, así como las autoridades de competencia y los organismos encargados de la promoción y protección de la propiedad intelectual a nivel mundial<sup>65</sup>, han dejado claro que, en determinadas condiciones, la gestión colectiva de los derechos de autor resulta indispensable.

Sobre el particular se ha dicho:

*"(...) la razón por la que muchas veces los derechos de autor (...) no pueden ejercerse individualmente, es que las obras de que se trata son utilizadas por un gran número de usuarios, en lugares distintos y en diferentes momentos. Los particulares, en general, carecen de capacidad para controlar todas esas utilizaciones, negociar con los usuarios y recaudar las remuneraciones"<sup>66</sup>.*

Con fundamento en las fuentes citadas es posible establecer algunos criterios que, teniendo en cuenta la dinámica y las eficiencias que justifican la gestión colectiva, deben ser analizados con el fin de determinar si esa actividad económica puede ser considerada como indispensable para materializar los derechos de autor de los titulares. Los criterios son los siguientes:

- El número de usuarios interesados en utilizar las obras protegidas por el derecho de autor.
- El número de titulares de derechos de autor.
- Factibilidad de localizar a ambas clases de agentes.
- Certidumbre sobre la utilización del derecho.

Sobre la base de lo expuesto, se ha considerado que la gestión individual es factible –y, por lo tanto, que la colectiva no es indispensable– si el número de usuarios es reducido, existe un esquema de licenciamiento en el que converge un número también reducido de titulares, es factible la localización de unos y otros agentes y, por último, existe certidumbre sobre la utilización de la obra<sup>67</sup>.

En el mismo sentido, se ha considerado que la gestión colectiva es indispensable en aquellos casos en los que el número de titulares y usuarios es alto, su localización es difícil y existen dificultades para establecer con certeza la utilización de la obra y las condiciones en las que se presentó.

<sup>64</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-833 de 2007.

<sup>65</sup> Comisión Nacional de la Competencia de España. Informe sobre la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. 2009. Págs. 24 y ss. Dirección Nacional de Derecho de Autor. Manual de Derecho de Autor para Alcaldías y Gobernaciones. 2011. Pág. 50 (folio 48 del cuaderno público No. 1).

<sup>66</sup> FICSOR, Mihály. La gestión colectiva del derecho de autor y los derechos conexos. Ginebra. OMPI. 2002. pág. 17.

<sup>67</sup> Cfr. Comisión Nacional de la Competencia de España. *Op. Cit.* Pág. 26.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Dichas circunstancias implican un poder amplio de **SAYCO** pues tiene independencia para fijar las condiciones del mercado, al menos en los usos en los que resulte indispensable, de conformidad con los criterios citados. Teniendo en cuenta además que, dependiendo del tipo de titular, puede que **SAYCO** sea indispensable para la gestión de todos sus derechos en todas las modalidades, por no poder hacerlo de manera individual, lo que implica un evidente poder de mercado,

#### **7.3.4. La posición de dominio de las sociedades de gestión colectiva, definida por otras autoridades de competencia a nivel internacional**

Para este Despacho resulta pertinente hacer referencia a la posición que se ha establecido internacionalmente en la materia, y cómo ha sido reconocida la posición dominante de las sociedades de gestión colectiva a nivel mundial.

En primer lugar, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España, ha declarado en diferentes pronunciamientos<sup>68</sup> que las sociedades de gestión colectiva existentes allí, por la extensión de su repertorio y no existiendo más entidades competidoras para cada clase de derechos de propiedad intelectual que gestionan, ostentan posición de dominio. Es así como se ha establecido que la **SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES - SGAE**, tiene posición de dominio en el mercado de gestión de los derechos de reproducción<sup>69</sup>. Por su parte, se declaró que la **SOCIEDAD DE SERVICIOS PARA LOS PRODUCTORES AUDIOVISUALES - EGEDA**, ostenta el monopolio de la gestión de los derechos de comunicación pública de los productores de obras audiovisuales. Igualmente, **ARTISTAS INTÉRPRETES SOCIEDAD DE GESTIÓN - AISGE**, se considera dominante en la gestión de los derechos de Autor de los actores, dobladores, bailarines y directores de escena. Por último, **ARTISTAS, INTÉRPRETES O EJECUTANTES - AIE** es entendida como dominante en la gestión de los derechos de los intérpretes o ejecutantes de las obras<sup>70</sup>.

Por su parte, La Comisión Europea también reconoció en su jurisprudencia la posición de dominio de las sociedades de gestión de derechos de autor. Por ejemplo, en el caso **DAFT PUNK** en contra de la sociedad de gestión colectiva francesa **SOCIÉTÉ DE AUTEURS, COMPOSITEURS ET EDITEURS DE MUSIQUE**, en español **SOCIEDAD DE AUTORES, COMPOSITORES Y EDITORES DE LA MÚSICA - SACEM**, la Comisión señaló que tiene posición de dominio en el mercado de la prestación de servicios de gestión de derechos de autor de la música en Francia, por ser la única sociedad de gestión en ese país que presta ese servicio de gestión de ese tipo de derechos.

La Comisión Europea confirmó esta posición en la decisión proferida en contra de la sociedad de gestión colectiva alemana **GESELLSCHAFT FÜR MUSIKALISCHE AUFFÜHRUNGS- UND MECHANISCHE VERVIELFÄLTIGUNGSRECHTE**, en español: **SOCIEDAD DE DERECHOS DE EJECUCIÓN PÚBLICA Y REPRODUCCIÓN MECÁNICA DE LA MÚSICA**, en adelante **GEMA**<sup>71</sup>, donde reafirma la existencia de posición de dominio de las sociedades de gestión colectiva en los mercados nacionales pues **GEMA** tiene un monopolio de derechos, por la amplitud de su catálogo, que hace difícil la existencia nacionalmente de otras sociedades de gestión de derechos.

#### **7.3.5. Conclusiones sobre la posición de dominio de SAYCO**

De todo lo expuesto se concluye, sin lugar a dudas, que **SAYCO** tiene posición de dominio en el mercado de gestión del derecho de comunicación pública en Colombia. Al respecto, se destaca que **SAYCO** en sus observaciones guardó silencio en relación con el análisis realizado por la Delegatura que aquí se reiteró. En todo caso se deja constancia que frente los argumentos esgrimidos inicialmente en sus descargos, este Despacho acoge íntegramente lo fundamentado por la Delegatura en su Informe Motivado.

<sup>68</sup> Resolución de julio 27 de 2000, Expediente 465/99 (AISGE).

<sup>69</sup> Tribunal de Defensa de la Competencia. Resolución de enero 25 de 2002, expediente 511/01 (Vale Music/SGAE)

<sup>70</sup> Comisión Nacional de la Competencia. Resolución de diciembre 9 de 2008, expediente 636/07 (AGEDI), Resolución de julio 27 de 2000, expediente 465/99 (AISGE).

<sup>71</sup> Comisión de las Comunidades Europeas. Decisión de junio 2 de 1971. IV/26760 – GEMA. 71(224/CEE) y Decisión de diciembre 4 de 1981. IV/29.971 – GEMA statutes. 82/204/EEC.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

No obstante lo anterior, **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** sí insistió en indicar que **SAYCO** no tenía posición de dominio por ser la **DNDA** la encargada de determinar las condiciones del mercado. Al respecto basta decir que la **DNDA** no es un agente ni competidor del mercado relevante, se trata de una entidad de vigilancia y control, que no se involucra ni directa ni indirectamente en la gestión del derecho de comunicación pública.

En efecto, si bien la **DNDA** es la entidad que le otorgó personería jurídica, quien ejerce control y vigilancia en cuanto a su actuar como sociedad de gestión colectiva, no puede afirmarse que dicha entidad, por tal calidad, determina las condiciones del mercado de **SAYCO**.

#### **7.4. Consideraciones del Despacho en relación con las conductas imputadas**

##### **7.4.1. Análisis del Despacho en relación con la obstrucción de la gestión individual (obstrucción) y la subordinación de la gestión colectiva de ciertos usos a la gestión de todos los usos de comunicación pública (venta atada)**

###### **7.4.1.1. El contenido de la imputación**

Frente a esta conducta es necesario resaltar, en primer lugar, que contrario a la posición que **SAYCO** asumió en las últimas acutaciones procesales antes de la presentación del Informe Motivado, la imputación que aquí se analiza se formuló en la Resolución de Apertura de Investigación, de forma precisa, como se desprende de la simple lectura del siguiente extracto en el que se indicó que:

*"(...) **SAYCO** estaría apalancándose en las eficiencias que genera la gestión colectiva de ciertos usos (principalmente la comunicación pública en establecimiento de comercio) para imponer la gestión colectiva de otros usos cuyo sistema de licenciamiento, preliminarmente, no parece ser eficiente para todos los casos. En este contexto, el titular del derecho no podría gestionar individualmente su obra, sin renunciar a las eficiencias que generaría la gestión de **SAYCO**."*

*De conformidad con lo anterior, se imputa a **SAYCO** la realización de una conducta exclusoria, tendiente a monopolizar la gestión de obras, al imposibilitar formas de gestión diferentes a la colectiva, en mercados en los que sería favorable la concurrencia.*

*Asimismo, se le imputa la realización de actos abusivos de la posición dominante, dado el carácter obstructivo que tiene subordinar la gestión colectiva para ciertos usos, a que se le otorgue un mandato para gestionar colectivamente todos los usos de la obra del autor."*  
(Subrayado fuera del texto)

Al respecto debe destacarse entonces que la posición que **SAYCO** sostuvo antes del Informe Motivado –según la cual el proceso estaría relacionado únicamente con las denuncias presentadas por: (i) **RICARDO LEYVA PÁEZ** respecto del concierto de *Aerosmith* en noviembre de 2011; (ii) **FEDERICO ANDRÉS SIERRA** acerca de la realización del evento denominado "Niños Cantores de Viena" y (iii) **JORGE ENRIQUE RAMÍREZ** sobre el evento denominado "Los pesos pesados del vallenato" que se realizó en el restaurante "Aguapanelas", y por lo tanto, la investigación no estaba relacionada con la obstrucción de la gestión individual de derechos de autor– carece de todo fundamento.

Ahora bien, llama la atención de este Despacho que la posición de la investigada haya cambiado después de que se profiriera el Informe Motivado, pues ahora no desconoce que existió la imputación, pero pretende tergiversarla argumentando que la imputación se restringía a dos denuncias de "supuestos" autores y al texto del contrato de mandato celebrado con los autores, razón por la que no podría entenderse que la imputación incluye la afectación a titulares de derechos de autor como las editoras, sino únicamente a los autores.

Esta alegación de la investigada resulta, por lo menos, ilógica, pues tal y como se indicó en el extracto antes citado y como se verifica de la lectura de la Resolución de Apertura de Investigación, la imputación de los cargos se hace por la restricción a la gestión individual y la venta atada de la gestión colectiva de los diferentes usos del derecho de comunicación pública, a los titulares de derechos de autor en general y no únicamente a los autores como titulares originarios. Aceptar el argumento de la investigada sería tan absurdo como considerar que **SAYCO** no asocia a titulares de derechos de autor como las editoras porque en su razón social se contempla específicamente que se trata de una sociedad de autores y compositores, no de editoras.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

En el mismo sentido indicó **SAYCO** en sus observaciones al Informe Motivado que en la Resolución de Apertura de Investigación sólo se mencionó el contrato de mandato con los autores, mas no con las editoras u otros titulares, razón por la que sólo ese contrato en concreto puede usarse como prueba. Al respecto debe aclararse que en la Resolución No. 20964 de 2012, mediante la cual se inició la investigación, se citó, a manera de ilustración, un aparte del contrato de mandato con los autores, que básicamente es idéntica en todos los tipos de contrato de mandato. Dicha cita se transcribió después de la siguiente afirmación "**SAYCO utiliza contratos tipo de adhesión, que incluyen cláusulas que imponene la gestión colectiva sobre todos los usos**", en la que se refería en general a todo tipo de titulares afiliados a **SAYCO**.

Adicionalmente, los modelos de contrato de mandato con las editoras y otro tipo de titulares como los herederos, también se encontraban en las pruebas de la averiguación preliminar, no citarlos expresamente en la apertura tiene completa lógica si se tiene en cuenta que, como ya se mencionó, el contenido de las cláusulas citadas era básicamente idéntico.

En la misma línea afirmó **SAYCO** que la caducidad de la conducta debe contarse desde 2011, fecha en la que se presentaron las denuncias que propiciaron la apertura de la presente investigación, y que de modo alguno podría pensarse en que la conducta pudiera calificarse como continuada. En relación con este punto debe aclararse que contrario a lo indicado por la investigada, nos encontramos ante una conducta continuada que hoy se sigue ejerciendo. En efecto, en el interrogatorio de parte rendido por **SAYCO** indicó que para la fecha de su declaración (julio de 2016) continuaba con la misma política que se tenía al menos desde 2010, relativa a impedir que el contrato de mandato se modificara o se limitaran los usos del derecho de comunicación pública concedidos a **SAYCO** para su gestión. Adicionalmente, como anexo a sus observaciones al Informe Motivado, **SAYCO** aportó los contratos que hoy en día se utilizan para las respectivas afiliaciones, que siguen siendo los mismos que se reprocharon en la Resolución de Apertura de Investigación, razón por la cual en el presente caso la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio no está caducada.

En el mismo sentido, argumentó la investigada que la imputación se limitó a cuestionar la legalidad de la existencia del contrato y no los problemas futuros con sus suscriptores. Al respecto debe el Despacho aclararle al investigado que las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia no tienen como finalidad cuestionar la legalidad concreto de un contrato en particular, sino que por el contrario, el objetivo perseguido es determinar si una conducta referida a la subordinación de la gestión colectiva de algunos usos a la entrega de todos los usos del derecho de comunicación pública, que se ve reflejada en el propio texto del contrato, contraría o no las normas relativas a libre competencia económica.

Partiendo de lo anterior, a continuación se procederá a analizar las pruebas que acreditan, sin lugar a dudas, que la conducta imputada a **SAYCO** se ejecutó (y sigue ejecutándose) y constituye una violación del régimen de libre competencia, por lo que, en consecuencia, debe sancionarse.

#### **7.4.1.2. El acervo probatorio acredita la existencia de la conducta**

Tal y como se expuso en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, así como en el Informe Motivado, los formatos de los contratos de mandato elaborados por **SAYCO**<sup>72</sup>, recaudados durante la visita administrativa realizada el 8 de noviembre de 2011<sup>73</sup> acreditan que no existe posibilidad diferente para ser socio de **SAYCO** que la de otorgar la gestión de la totalidad de usos del derecho de comunicación pública.

En efecto, los contratos son diligenciados manualmente<sup>74</sup> y únicamente es posible incluir los datos de identificación del titular o de sus obras, mientras que los derechos encargados para su gestión

72 "CONTRATO DE MANDATO SAYCO – AUTOR" (folio 73), "CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR" (folio 74), "CONTRATO DE MANDATO SAYCO – EDITOR" (folio 75), "CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN SAYCO – EDITOR" (folio 76) y "CONTRATO DE MANDATO SAYCO – SOCIO HEREDERO" (folio 77). Folios 73 a 77 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

73 Folios 3 al 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

74 Ver por ejemplo el contrato obrante a folio 1969 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente que está diligenciado a mano.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

son inmodificables e inalterables. Los textos de los contratos de mandato –tanto con los autores, como con las editoras y los herederos– contienen exactamente la misma cláusula en lo relativo a la imposición de la gestión colectiva en todas las modalidades o usos del derecho de comunicación pública, en las que se dispone que se confiere a **SAYCO** derechos de administración en el territorio nacional y en el extranjero, con carácter de exclusividad:

**"SEGUNDA. –CONTENIDO Y OBJETO:** *En desarrollo de la cláusula anterior, (...) confiere a SAYCO los siguientes derechos: (...) específicamente en relación con las siguientes facultades: la de autorizar y recaudar los derechos de autor originados por la utilización de las obras musicales a través de la Comunicación Pública, por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición al público de las obras, 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), concordante con el artículo 14 de la citada decisión"<sup>75</sup>. (Subrayado fuera del texto)*

Posteriormente, los contratos incluyen como parágrafo:

**"PARÁGRAFO:** *Aquellas formas de utilización que permiten la comunicación pública por medio de la digitalización, almacenamiento, distribución digital, puesta a disposición y acceso de los usuarios, a través de las modalidades de Ring Rones, internet, Holding Telefónicos, Música Ambiental y cualquier otra forma de reproducción o fijación de una obra que permitan su comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, serán administrados y autorizados por SAYCO para el recaudo de los correspondientes derechos."*

De las citas transcritas se evidencia que la única alternativa que tiene un autor o titular para asociarse a **SAYCO** y con ello obtener los beneficios que representa la gestión colectiva en determinados usos del derecho de comunicación pública, es entregar la totalidad de sus usos a la gestión que realiza **SAYCO**. Esta circunstancia fue corroborada por (i) **NELSY DIOFIR PEÑA HERNÁNDEZ** (Directora Societaria de **SAYCO** para el año 2010) en su declaración rendida en la averiguación preliminar<sup>76</sup>, (ii) **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** (Representante Legal de **SAYCO** hasta noviembre de 2011)<sup>77</sup> al rendir interrogatorio en la etapa de investigación y (iii) la propia investigada **SAYCO** al rendir su interrogatorio de parte<sup>78</sup> y ahora en las observaciones al Informe Motivado; quienes coincidieron en indicar que el contrato de mandato era un modelo, al que no se podrían modificar ni limitar los usos o modalidades del derecho de comunicación pública a gestionar. De esta forma, tanto **SAYCO** como los demás declarantes mencionados coincidieron en que si el titular pretendía asociarse a **SAYCO** tendría que entregar la gestión de todas las modalidades del derecho o simplemente no afiliarse, tal y como lo expresó **SAYCO** en sus observaciones al Informe Motivado.

Sobre lo expuesto hasta este punto es relevante destacar que las pruebas mencionadas serían suficientes para establecer la responsabilidad de la investigada e imponer la sanción correspondiente, pues de su misma confesión se desprende que efectivamente los titulares de derechos de autor que quieran tener la calidad de socios en **SAYCO**, están obligados a otorgar la gestión de todos los usos del derecho de comunicación pública a pesar de que sólo pudiera interesarles la gestión de determinados usos, como aquellos cuya gestión colectiva es indispensable. Por lo tanto, se subordina por ejemplo, la venta de un servicio que, en principio, es esencial, como la gestión de la comunicación pública en los establecimientos de comercio abiertos al público, a la venta de todos los usos, con lo que a su vez, se obstruye la gestión individual que respecto de este tipo de usos podrían hacer los titulares.

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

75 Folios 73 y 75 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

76 Folios 125 a 127 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

77 Folio 3219 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

78 Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

también contienen cláusulas en las que 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>79</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**.

Ahora bien, hasta este punto se insiste en indicar que las pruebas ya expuestas son suficientes para concluir que la investigada incurrió en el comportamiento imputado y que dicha conducta ha sido continua e incluso se sigue ejecutando actualmente. No obstante, en el expediente obran pruebas que ya no sólo acreditan la idoneidad para obstruir y la venta atada que implica el contenido de los contratos, sino que adicionalmente, dan cuenta de la efectiva afectación que con esta conducta se ha causado a titulares de derechos de autor, en este caso de las editoras.

Sobre este punto, relativo a la incorporación de pruebas relacionadas con las editoras, la investigada argumentó que se violó su derecho de defensa al "acumular" las denuncias presentadas por **UNIVERSAL** y **PRODEMUS**. Frente a esta alegación debe advertirse, como primer punto, que **UNIVERSAL** no presentó una denuncia sino una solicitud de decreto de medidas cautelares y su actuación no se acumuló a ninguna otra, pues se presentó en el marco de la investigación con radicado No. 11-150526, así que procesalmente lo único que se hizo fue, en cumplimiento de los deberes de instrucción e investigación de la Delegatura, incorporar de oficio los documentos aportados por la solicitante por considerarlos pertinentes, conducentes y útiles para probar las imputaciones formuladas en el marco de la investigación que se venía adelantando en contra de **SAYCO**.

En segundo lugar, en lo relativo a la denuncia de **PRODEMUS**, tal y como lo explicó la Delegatura, lo que se "dispuso fue la vinculación de varios documentos aportados al expediente, entre ellos los que acompañaron la denuncia formulada por **PRODEMUS** -no la denuncia de esa editora-, como prueba de oficio con fundamento en el artículo 169 del CGP." Con todo, valga decir que al momento de incorporar los documentos al expediente, de manera pública y conocida por los investigados, estos contaron con la oportunidad para controvertir tales pruebas, derecho que ejercieron guardando silencio, por lo que mal podrían ahora argumentar, tardíamente, una violación del debido proceso.

Sobre el particular, con el fin de abordar todos los argumentos relacionados con la supuesta irregularidad de la incorporación de los documentos relacionados con las solicitudes de las editoras, **SAYCO** indicó también, que se le dio a **ACODEM**, **UNIVERSAL** y **PRODEMUS** la calidad de terceros interesados, tres años después de la publicación de la Resolución de Apertura de Investigación, afirmación esta que carece de todo fundamento. De hecho, esta afirmación implica un grave desconocimiento del concepto de "tercero interesado" y el papel que tienen en este tipo de actuaciones, pues el reconocimiento de la intervención de un tercero interesado implica, entre otras facultades, las siguientes: (i) solicitar y aportar pruebas, (ii) participar en la práctica de pruebas, (iii) conocer de las decisiones que profiera la entidad e impugnarlas cuando haya lugar, (iv) presentar observaciones al Informe Motivado.

Como se desprende la actuación administrativa, además de que **ACODEM**, **UNIVERSAL** y **PRODEMUS** nunca han sido reconocidos como terceros autorizados mediante el respectivo acto

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

administrativo, ninguno de los sujetos a los que refiere la investigada tuvo alguna de las facultades mencionadas. Por lo anterior, confunde la investigada dos conceptos diametralmente diferentes, de una parte, la posibilidad que tiene el Despacho de decretar pruebas de oficio, con el cumplimiento de las normas aplicables y garantizando el derecho de contradicción, y de la otra, el reconocimiento de terceros interesados, que está reglado en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, y que no ha sucedido en el presente trámite administrativo.

De otra parte, **SAYCO** manifestó que no existía relación entre las imputaciones de la Resolución de Apertura de Investigación y los "nuevos hechos" a los que se refieren las pruebas documentales incorporadas de oficio y los testimonios de los representantes de **ACODEM**, **UNIVERSAL** y **PRODEMUS** también decretados oficiosamente. Tal argumento lo sustentó en que el mercado era distinto, pues mientras que la imputación se limitó a los mercados de ejecución pública de obras en vivo y la comunicación pública en los establecimientos abiertos al público, los hechos de los que dan cuenta las pruebas relacionadas con las editoras apuntan al mercado de comunicación pública a través de canales de televisión, mercado que no se mencionó en la Resolución de Apertura de Investigación. Sobre el particular basta reiterar lo ya indicado en el acápite dedicado a la definición del mercado relevante, en el que se concluyó que el mercado con base en el cual se formuló la imputación fue el de la gestión del derecho de comunicación pública en general y que en todo caso, el uso relativo a la comunicación pública a través de televisión, sí hizo parte de la imputación.

De otro lado, alegó la investigada que los hechos relacionados con las editoras se circunscriben a una discusión alejada de la imputación inicial. Esta afirmación es evidentemente falsa pues la inconformidad que han venido expresando las editoras corresponde justamente a la conducta imputada, esto es a la imposibilidad de gestionar individualmente uno o algunos de los usos de la comunicación pública, como consecuencia de la imposición de **SAYCO** para que se otorgue la gestión de todas las modalidades o usos del derecho de comunicación pública.

En efecto, en el expediente obran las comunicaciones de las editoras **UNIVERSAL**<sup>80</sup>, **PRODEMUS**<sup>81</sup>, **PEER MUSIC**<sup>82</sup> y **CODISCOS**<sup>83</sup> en las que solicitan la limitación del contrato de mandato con el fin de comenzar a gestionar de manera individual el derecho de comunicación pública de las obras musicales a través de la televisión abierta y la televisión por suscripción en Colombia. Solicitudes a las que dio respuesta **SAYCO** negando la petición e indicando que las editoras sólo tenían la posibilidad de continuar con el mandato en los términos suscritos –con la entrega de la gestión de la comunicación pública– o terminar con la relación contractual. Esta última condición, además, fue adoptada por la editora **PRODEMUS** sin que para la fecha **SAYCO** haya permitido su retiro.

Además de la constancia de la solicitud y posterior negativa a la modificación del contrato de mandato en los casos antes mencionados, **SAYCO** junto con sus observaciones al Informe Motivado alegó pruebas de otros titulares de derechos de autor, a saber, **STAR ARSIS ENTERTAINMENT GROUP S.A.S.** y **DISCOS FUENTES – EDIMÚSICA** que han pedido la modificación del contrato de mandato, con el fin de que **SAYCO** sólo gestione algunas modalidades del derecho de comunicación pública. Dichas solicitudes han sido negadas por **SAYCO**, indicando que la solicitud sólo sería procedente en la medida en la que se modifique la modalidad de afiliación, pasando de socio a titular administrado, e indicando que de no hacerlo así se violaría la ley.

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>84</sup>.

<sup>80</sup> Folios 3969 a 3970 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>81</sup> Folio 3376 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

<sup>82</sup> Folios 4037 a 4038 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>83</sup> Folios 4041 a 4042 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

<sup>84</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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.*

*(...)"*

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 argulle **SAYCO** carece de todo sustento.

Ahora bien, la negativa a las solicitudes de los titulares, tales como las editoras, dirigidas a revocar parcialmente el contrato de mandato para gestionar individualmente determinados usos del derecho de comunicación pública también quedó acreditado con la declaración de **VIVIAN ALVARADO BAENA**<sup>85</sup> (Directora jurídica de **SAYCO** hasta 2012), quien afirmó haber conocido de solicitudes de las editoras en los últimos meses de 2011, con las que pretendían revocar parcialmente el mandato, petición que fue negada por **SAYCO**. Esta declaración fue corroborada con la declaración del Representante Legal de **UNIVERSAL**<sup>86</sup> quien afirmó que la discusión que actualmente sostienen con **SAYCO** no es un inconveniente nuevo, sino que ya desde 2011 se venía dando.

Como se ha podido establecer, en el expediente existen suficientes pruebas –entre otras, la confesión de **SAYCO**, los modelos de contrato de mandato suscrito con los titulares y las pruebas relacionadas con la negativa de **SAYCO** a las solicitudes presentadas por las editoras (pruebas traídas incluso por la misma investigada)– que acreditan, sin lugar a dudas, que **SAYCO** subordina la gestión colectiva de algunos usos a la gestión colectiva de todos los usos del derecho de comunicación pública y con ello, impide a los titulares gestionar individualmente uno o algunos usos.

#### **7.4.1.3. Sobre la inexistencia de justificación de la conducta reprochada**

Habiendo probado la existencia de la conducta, pasará a estudiarse si como lo afirma la investigada, dicho comportamiento en el que ha incurrido tiene alguna justificación o sustento en la ley o en sus estatutos. En efecto, **SAYCO** ha sostenido reiteradamente que su comportamiento se funda en los literales g) y l) del artículo 9 de los estatutos vigentes desde 2010.

Sobre esta defensa es claro que, como ya lo había expuesto la Delegatura, los estatutos no tienen el contenido que **SAYCO** les atribuyó en su defensa y, por lo tanto, no sustentan la imposición que se ha descrito hasta ahora. El contenido de los literales del artículo 9 de los estatutos es el siguiente:

<sup>85</sup> Folios 3237 del Cuaderno Público No.15 del Expediente, minuto 1:10:00.

<sup>86</sup> Folio 4020 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

*"Artículo 9. Son obligaciones de los socios fundadores y activos:*

*(...)*

*g) No renunciar total o parcialmente al cobro de los derechos de autor fijados por **SAYCO** y que puedan corresponderle por sus obras.*

*(...)*

*l) Abstenerse de gestionar de manera directa e individual los derechos sobre las obras cuya gestión ha encomendado a la sociedad" (se subraya).*

Como se puede apreciar, ninguna de esas reglas justifica el comportamiento de **SAYCO**. Empezando por el literal g), nótese que se refiere a la remuneración que el usuario debe pagar en aquellos eventos en que la gestión fue encargada a –y no ha sido retirada de– **SAYCO**. Por lo tanto, regula el caso en que el titular confió la gestión de sus derechos a **SAYCO** y establece que le está prohibido a aquel eximir al usuario de pagar la tarifa que la sociedad de gestión colectiva está habilitada para cobrar en relación con los derechos y las obras sobre los cuales versa la vinculación vigente. En consecuencia, esta regla no dice nada 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.

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.

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 l) 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.

También pretende justificar **SAYCO** su actuación en lo establecido en el artículo 1 del Decreto 3942 de 2010, indicando que la gestión individual sólo se predica de aquellos titulares que no están afiliados a una sociedad de gestión colectiva, lo que como quedó explicado suficientemente en el

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

capítulo destinado a definir el mercado relevante, es una interpretación que se contradice con la realidad de las relaciones con los titulares como las editoras, que en todo caso implicaría la gestión colectiva obligatoria, que en Colombia es inconstitucional.

En este punto es pertinente mencionar la declaración de los expertos en derechos de autor que acudieron a este proceso por solicitud de **SAYCO**, quienes coincidieron unánimemente en indicar que no existe justificación legal alguna, para negarle a un titular de derechos de autor la modificación del contrato de mandato con el fin de gestionar por su propia cuenta, algunas modalidades del derecho de comunicación pública, o de cualquier otro derecho patrimonial.

Así lo afirmó **JUAN CARLOS MONROY RODRÍGUEZ** (Director de la **DNDA** hasta 2011) quien, en el minuto 9:28 de su declaración, al ser interrogado sobre la posibilidad que tenía un titular de gestionar algunos usos o modalidades de derechos patrimoniales de forma colectiva y otros de forma individual, indicó que no podría haber limitación a esta facultad del titular pues en Colombia la gestión colectiva obligatoria es inconstitucional y añadió<sup>87</sup>:

*"**JUAN CARLOS MONROY RODRÍGUEZ:** El autor puede mandarlo todo o en una de sus modalidades (...) La Ley colombiana no le tiene nombre específico a esa vinculación jurídico contractual, pero la doctrina no sólo a nivel nacional sino internacional reconoce allí un mandato de gestión. Un mandato de gestión que no implica exactamente la cesión de derechos, no se ceden los derechos nominalmente a la sociedad de gestión colectiva sino se confía un mandato para ejercer lo que yo llamaría una administración de los derechos en nombre del titular, es decir, implica un mandato con representación, pero como tal, ese contrato da libertad para que el titular determine qué derechos quiere que se le gestione y que no.*

**DELEGATURA:** *¿Y también sobre qué modalidades?*

***JUAN CARLOS MONROY RODRÍGUEZ:** Claro, es que los derechos, eh... por ejemplo, el derecho de comunicación pública se desglosa en sus distintas modalidades y el titular puede entregar o mandatarlo todo o en una de sus vertientes. Está en total libertad, por ejemplo, de confiar la gestión de su derecho de comunicación pública en vivo y decir otra cosa en relación con la comunicación pública a través de la red de la televisión, hay que recordar, y lo hago con toda la seguridad de... que el espíritu del derecho de autor reconoce una total autonomía de la voluntad. El artículo 3 de la Ley 23 del 82 establece un principio muy grande y es que la obra se explota según lo decide el titular: el derecho de libre disposición del titular a decidir la forma en que se explota su obra o se usa su obra bajo las condiciones lícitas que su propio criterio le dicte, entonces aquí el ámbito de la autonomía de la voluntad tiene respaldo legal y no puede haber nada en contra de ello si no es la propia ley. O sea, no puede un contrato, no puede la disposición de un... nismquiera de una autoridad pública o de una sociedad de gestión colectiva, incidir arbitrariamente en ese ámbito de libertad del titular, porque está respaldado en la ley."*

En el mismo sentido se pronunció **FERNANDO ZAPATA LÓPEZ**<sup>88</sup> (Director de la **DNDA** durante más de ocho años) quien afirmó, en el minuto 14:33 de su declaración, que una sociedad de gestión colectiva no puede negarse ante la solicitud de un titular, a modificar o limitar el encargo que se confiere. Así mismo, coincidió **VIVIAN ALVARADO BAENA**<sup>89</sup> (Directora jurídica de **SAYCO** hasta 2012) quien explicó que las sociedades de gestión colectiva no podrían negarse a modificar un mandato para que se dejara de gestionar colectivamente un determinado uso de un derecho patrimonial *"pues es un contrato de mandato y uno en un mandato pues puede determinar qué quiere y cuál es el alcance que quiere darle a ese contrato de mandato"*.

Sobre este aspecto argumentó **SAYCO** que los contratos en las modalidades en que se suscriben obedecen a la autonomía de la voluntad de los titulares, quienes se someten entonces a entregar la gestión de todo su derecho de comunicación pública para ser socios. Además, el contrato suscrito es ley para las partes y no puede ser modificado a menos que una causa externa imprevisible e irresistible ocurra. Estas afirmaciones de **SAYCO** no sólo confirman el comportamiento restrictivo en el que hoy en día incurre, sino que desconocen abiertamente la libertad de disposición de los titulares de derechos de autor, prevista en el artículo 3 de la Ley 23 y la libertad de contratación,

<sup>87</sup> Folio 2557 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente. Minuto 12:24.

<sup>88</sup> Folio 3234 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

<sup>89</sup> Folios 3237 del Cuaderno Público No.15 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

pues somete la aceptación de una relación comercial, en un momento en el tiempo, en el que por lo demás no tenía más opción para afiliarse, a un contrato inmutable que favorece a SAYCO.

Por lo expuesto, no existe ninguna justificación estatutaria, legal o técnica que soporte el comportamiento de SAYCO al impedir que los titulares de derechos de autor confieran a SAYCO la administración de una o algunas modalidades del derecho de comunicación pública si no se entrega la totalidad de los usos de este derecho patrimonial.

#### **7.4.1.4. Análisis del Despacho en relación con las eficiencias de la gestión colectiva y el marco constitucional**

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

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

Sobre el particular, vale la pena señalar que en la Sentencia C-833 de 2007<sup>90</sup> la Corte Constitucional precisó:

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

En otro de los apartes de la providencia se indicó:

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

En cualquier caso, es necesario precisar que ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano impone la gestión colectiva obligatoria y en aquellos casos donde expresamente el legislador intentó hacerlo, como es el caso de la Ley 1403 de 2010 o "Ley Fanny Mikey", la Corte Constitucional interpretó la norma de tal forma que salvaguardará la alternativa de los titulares de gestionar individualmente sus derechos<sup>91</sup>.

<sup>90</sup> M.P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>91</sup> En la Sentencia C-912/11, con ponencia del Honorable Magistrado Mauricio González Cuervo, se estudió la constitucionalidad de la "Ley Fanny Mikey", indicando: "En efecto, *ciñéndose a los parámetros señalados en dichas sentencias, puede afirmarse que la gestión de los derechos de remuneración que provienen de la obra o grabación audiovisual de un intérprete o ejecutante, están vinculados íntimamente a la libertad de expresión. "De allí que la libertad de asociación para el ejercicio de tales prerrogativas sea menos permeable a la capacidad de regulación estatal y que, en consecuencia, la normativa que se demanda resulte excesiva para ese nivel de la libertad individual"*[14]. Así las cosas, con el propósito de no menoscabar de manera grave el derecho de asociación – exigiéndose como obligatorio el hacer efectivo el derecho de remuneración a través de una sociedad de gestión colectiva –, debe entenderse que los intérpretes o ejecutantes de obras o grabaciones audiovisuales pueden hacer efectivos sus derechos de remuneración utilizando mecanismos de cobro distintos al de sociedad de gestión colectiva, incluyendo el cobro independiente o individual...".

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

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

#### **7.4.1.5. Adecuación normativa del comportamiento probado**

En este caso se demostró que **SAYCO** tiene posición de dominio y el comportamiento que ha venido ejecutando desde hace más de 6 años. Lo que se pasa a presentar ahora son las razones por las que ese comportamiento se adecúa típicamente al supuesto de hecho de los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Sobre el referido numeral 3, la regla en cuestión establece que se considera que constituye abuso de posición dominante el siguiente comportamiento:

*"Artículo 50. Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:*

(...)

*3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio*

(...)"

Al respecto es completamente claro que, de acuerdo con las pruebas antes expuestas, **SAYCO** subordina la gestión colectiva de uno o algunos usos (servicio vinculante) a que se entregue la gestión de la totalidad de usos o modalidades (servicio vinculado) del derecho de comunicación pública.

Por lo tanto, se concluye que **SAYCO** ha infringido la norma citada, pues se está subordinando el suministro de un servicio a obligaciones que no hacen parte de su objeto.

En lo que atañe con el comportamiento descrito en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, debe resaltarse que esa regla establece como abuso de posición de dominio la siguiente conducta:

*"Artículo 50. Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:*

(...)

*6. Obstruir o impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".*

Según lo ha precisado la Superintendencia de Industria y Comercio:

*"Algunos hechos pueden permitir identificar la mayor o menor idoneidad que tiene una conducta para cerrar el mercado. Estos, entre otros, son: a) la extensión del dominio del agente dominante en términos del porcentaje de demanda cubierto por la estrategia de contratación con exclusividad; la inexistencia de fuentes alternativas de oferta (la disponibilidad de canales de distribución alternativos); c) altas barreras de entrada ajenas al comportamiento de agentes; (...) y; g) la situación específica de la relación entre las partes (...)"<sup>92</sup>.*

En este caso salta a la vista que el comportamiento de **SAYCO** correspondió con la descripción normativa aludida. En efecto, como se ha dejado claro al exponer los hechos demostrados en este proceso, **SAYCO** impuso la gestión colectiva e imposibilitó modalidades de gestión distintas de la que ella ofrece.

92 Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53403 de 2013 (caso Portabilidad).

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Con esa conducta la investigada generó dos consecuencias. En primer lugar, al imponer mediante sus contratos la gestión colectiva sobre todas las formas de utilización contenidas en el derecho de comunicación pública y al imposibilitar otras modalidades de gestión diferentes de la que ella desempeña, **SAYCO** impidió a terceros –los titulares de derechos de autor– que accedieran al desarrollo de la actividad económica consistente en la gestión individual de sus derechos.

En segundo lugar, al obstruir la gestión individual mediante los comportamientos que han sido descritos, **SAYCO** impidió a los titulares la utilización de formas asociativas distintas de las propias de la gestión colectiva para el desarrollo de esa actividad de administración de derechos.

Por último, sobre la adecuación típica relativa al artículo 8 de la Ley 155 de 1959, se resalta que esta regla establece que:

*"Artículo 8. Las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal en perjuicio de otros comerciantes."*

Sobre esta imputación este Despacho se apartará de la recomendación realizada por la Delegatura y, en consecuencia, archivará la actuación en relación con esta conducta pues lo que aquí se reprocha es que **SAYCO** hubiera imposibilitado formas de gestión diferentes de la colectiva al subordinar la gestión de determinados usos de la comunicación pública a que se entregara la gestión de la totalidad de usos de dicho derecho, conducta que no configura el supuesto previsto en la norma analizada, pues no se probó que se estuviera monopolizando alguna actividad relacionada con actos de distribución ni tampoco que se hubieran ejecutado actos de competencia desleal.

#### **7.4.1.6. Instrucciones para evitar la continuidad del comportamiento**

Este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura, en el sentido de instruir a la investigada para que haga los ajustes correspondientes, tanto en sus contratos, administración, políticas y reglamentos, así como en cualquier otro aspecto necesario, a fin de asegurar la posibilidad efectiva de que cualquier titular de derechos de autor pueda gestionar sus derechos patrimoniales de maneras diferentes de la gestión colectiva. Lo anterior con fundamento en las disposiciones del Decreto 4886 de 2011, que en el numeral 2 del artículo 1 prevé dentro de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio:

*"Artículo 1. Funciones Generales. (...)*

*La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*

*(...)*

*2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, **velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.**"*

*(...)"*. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 4886 de 2011 establece los asuntos sobre los cuales versan las órdenes e instrucciones que puede proferir el Superintendente de Industria y Comercio:

*"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:*

*(...)*

*8. Ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas que sean contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal.*

*(...)*

*19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley.*

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

(...)" (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Las normas transcritas facultan a la Superintendencia de Industria y Comercio para dictar las órdenes que sean necesarias para asegurar la observancia de las disposiciones sobre protección de la libre competencia en los mercados nacionales, razón por la cual, en este caso, además de la sanción que deberá imponerse a **SAYCO**, se instruirá a la investigada para que cese el comportamiento restrictivo.

Entre otras medidas, deberá modificar los contratos de mandato futuros, cuyo texto deberá contener una flexibilidad suficiente para que los titulares dispongan libremente de los derechos y usos que pretendan entregar a **SAYCO** para su gestión. Adicionalmente, deberá estudiar y atender las solicitudes de revocatoria o modificación de los mandatos, permitiendo limitar o extender los derechos entregados en administración.

Frente al particular, se recuerda que el incumplimiento de las órdenes o instrucciones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se considera, de conformidad con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, una conducta restrictiva de la competencia.

#### **7.4.2. Análisis del Despacho en relación con el presunto abuso del derecho como una práctica que limita la explotación de obras por parte de los usuarios**

En la Resolución de Apertura de investigación en contra de **SAYCO** se formuló imputación fáctica por el presunto abuso del derecho, como una práctica que limita la explotación de obras por parte de los usuarios consistente en la imposición unilateral de tarifas para el pago del derecho de comunicación pública de las obras protegidas, así como trasladar costos de transacción en la medida en que no explican cómo se establece la tarifa.

En tal sentido, se exige por parte del Despacho determinar, en primer lugar si dentro de la normatividad vigente en materia de derechos de autor se encuentra la facultad por parte de **SAYCO** de fijar las tarifas para el uso de las obras por él gestionadas; en segundo lugar, si **SAYCO** se encuentra obligado a concertar tales tarifas con los usuarios y, en tercer lugar, si se encuentra probado dentro del expediente el cumplimiento de la obligación o si por el contrario se encuentran pruebas que demuestren la existencia de la conducta imputada.

Para este análisis, el Despacho resalta que las entidades de gestión colectiva están facultadas para fijar las tarifas de los diferentes usos de los derechos de autor de contenido patrimonial que está consagrada en el artículo 30 de la Ley 44 de 1993. Así, en el presente caso, es importante señalar que tal facultad está limitada por la obligación establecida en el artículo 73 de la Ley 23 de 1982, de concertar dichas tarifas con los usuarios señalando los parámetros mínimos de los que está compuesta la respectiva tarifa.

Esa fijación, por supuesto, no puede llevarse a cabo de manera arbitraria, pues deberá hacerse en las condiciones establecidas en el artículo 48 de la Decisión Andina 351 de 1993, que dispone:

*"Artículo 48. Las tarifas a cobrar por parte de las entidades de gestión colectiva deberán ser proporcionales a los ingresos que se obtengan con la utilización de las obras, interpretaciones o ejecuciones artísticas o producciones fonográficas, según sea el caso, salvo que las legislaciones internas de los Países Miembros expresamente dispongan algo distinto".*

Así entonces, **SAYCO** está normativamente habilitada para establecer sus tarifas en las condiciones previstas en el artículo 48 de la Decisión 351 de 1993, las que, una vez comunicadas, se consideran la base de negociación para los casos en que los usuarios soliciten la concertación de esa prestación.

En el mismo sentido, el artículo 7 del Decreto 3942 de 2010 establece los criterios que las sociedades de gestión colectiva deberán aplicar, en aquellos eventos en los que exista dificultad para establecer los ingresos de los usuarios con ocasión de la utilización de las obras, entre los que se cuentan la categoría del usuario, la capacidad tecnológica, la capacidad de aforo del lugar de utilización y la modalidad e intensidad del uso de las obras.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Teniendo claro las facultades y obligaciones que tiene **SAYCO** como sociedad de gestión colectiva frente a la fijación de tarifas, procede entonces este Despacho, a analizar las pruebas obrantes dentro del expediente para establecer si se encuentra demostrada la conducta imputada a **SAYCO**.

En primer lugar, se puede apreciar en las pruebas que obran en el expediente, que **SAYCO**, en la fecha de los hechos, tenía sus manuales tarifarios publicados en su página web según la obligación que consagra el artículo 5 del Decreto 3942 de 2010, inclusive al día de hoy se encuentra cumpliendo con tal obligación de publicación, especialmente el Manual Tarifario para Espectáculos Públicos de 2008<sup>93</sup>,

También, se evidencia en el expediente que **SAYCO** al momento de los hechos presentados, e incluso a la fecha, estaba cumpliendo con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 23 de 1982 que consagra:

*"Artículo 73.- En todos los casos en que los autores o las asociaciones de autores, celebren contratos con los usuarios o con las organizaciones que los representen, respecto al derecho de autor, por concepto de ejecución, representación, exhibición y en general, por uso o explotación de las obras protegidas por la presente Ley, serán las tarifas concertadas en los respectivos contratos, las que tendrán aplicación, siempre que no sean contrarias a los principios consagrados por la misma.*

*Parágrafo.- En los casos en que no exista contrato, o hayan dejado de tener vigencia legal, las tarifas serán, las que fije la entidad competente teniendo en cuenta entre otros factores la categoría del establecimiento donde se ejecute, la finalidad y duración del espectáculo; estas tarifas no podrán ser mayores a las ya acordadas por las asociaciones para casos similares."*

Adicionalmente, y tal como lo relaciona la Delegatura en su Informe Motivado, en los correos electrónicos obtenidos de la sociedad investigada<sup>94</sup>, específicamente de la cuenta de correo electrónico de **MARÍA SONIA RODRÍGUEZ TORRES** ([mrodriguez@SAYCO.org](mailto:mrodriguez@SAYCO.org)), coordinadora del área de Recaudo de Espectáculos Públicos de **SAYCO**, se evidenció el carácter concertado de la negociación de las tarifas.

En efecto, en esos documentos se hallaron comunicaciones enviadas a diferentes clientes de **SAYCO** (usuarios de las obras administradas por la sociedad) en relación con cotizaciones y cobros por cuenta de la realización de espectáculos públicos.

De otra parte, es importante reseñar como prueba de esta conducta, la declaración del empresario **RICARDO LEYVA PÁEZ** que obra dentro del Expediente<sup>95</sup>, donde hizo referencia a la concertación constante con **SAYCO** para sus eventos. Dijo el empresario en el minuto 16:35 de su declaración lo siguiente:

*"RICARDO LEYVA PÁEZ: Era el único empresario por el volumen de eventos que tenía en el año que tenía una tarifa diferente que era entre el 10 y 8 por ciento, nadie más la tenía, por eso le dije que se negociaba (...)"*

Más adelante en su declaración (minutos 17:10, 17:40, 58:20 y 01:02:10), **RICARDO LEYVA PÁEZ** confirmó que la tarifa que **SAYCO** cobraba para los eventos realizados por él, era más baja que la publicada, porque él la negociaba por el volumen de eventos que realizaba al año.

Adicionalmente, y como ha hecho referencia la Delegatura en su Informe Motivado, durante su declaración, **SAYCO** describió la forma y los criterios usados para el establecimiento de las tarifas de conformidad con las condiciones de la normativa aplicable. Dijo la investigada al minuto 1:49:00 de su declaración lo siguiente<sup>96</sup>:

*"DELEGATURA: Usted nos podría precisar, ¿cómo hace SAYCO para determinar las tarifas que se van a cobrar por el uso de las obras?"*

<sup>93</sup> Folios 1040 al 1050 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

<sup>94</sup> Folios 145 a 147 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>95</sup> Folio 3223 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

<sup>96</sup> Folio 3962 del Cuaderno Público No. 18.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

**SAYCO:** *SAYCO tiene un plan tarifario que lo aprueba el Consejo Directivo. Sucede que todo ese plan tarifario se basa a sociedades similares a la nuestra y con base a los estándares internacionales y las normas de la CISAC, con base a eso es que SAYCO implementa y luego de estar implementado, como dicen por ahí, aprueba el Consejo Directivo el plan tarifario por el cobro del derecho de autor. En estos momentos tenemos un nuevo plan tarifario, con base a una serie de requerimientos que se hicieron en el pasado, una reunión que existió entre Ricardo Lozano era que se llamaba el gerente en ese momento, con unos empresarios donde se miraban el que era permanente, el no permanente, con un aforo de tanto hasta tanto, total es que en estos momentos SAYCO las tarifas van en espectáculos públicos del 5% hasta el 10%, no nos podemos pasar del 10%, y nosotros como le digo esto con base a lo que dice la Ley. Concertación de tarifas, dentro de esa concertación de tarifas está eso, que tenemos tarifas del 5% hasta el 10%. En el tema de los Rolling Stones se aplicó una tarifa del 5%, ¿por qué? Con base al aforo, entonces todo va con base a ello y al tipo de evento, si es gratuito, si no es gratuito, entonces".*

**DELEGATURA:** *Es para ver si entendí bien. Ustedes tienen el manual entonces basado en la normativa aplicable (...)"*

**SAYCO:** *Sí, un manual tarifario.*

**DELEGATURA:** *(...) lo que otras sociedades de gestión colectiva, y eso les dio, vamos a, consideramos que la tarifa debería ser entre el 5 y el 10%, eso usted le coloca, le da un piso y un techo y usted concerta con los usuarios un punto concreto entre ese piso y ese techo?"*

**SAYCO:** *Dependiendo de la magnitud del evento. Porque eso fue algo que aunque no quedó plasmado en documentos, esta administración en compañía del Consejo Directivo quisimos darle y honrar la palabra de aquel creo que gerente Ricardo Lozano en su momento, de que había concertado en su momento con el sector de empresarios de espectáculos públicos que la tarifa iba del 5 al 10% dependiendo la magnitud del evento y si era permanente o no permanente el usuario. Tenemos otros tipos de tarifas como son radio, televisión, en estos momentos televisión, ya las sociedades homólogas a nivel internacional nos han conminado a que mejoremos ese plan tarifario porque está por debajo del estándar internacional, lo mismo que el de radio, en estos momentos hemos estado sosteniendo conversaciones con TELMEX, ASOMEDIOS, con los canales abiertos y cerrados, para llegar a una concertación, pero en virtud de toda esta serie de inconvenientes y documentos enviada por la editora PRODEMUS, donde dice que le limitó el mandato a SAYCO, ellos nos han enviado unos documentos diciéndonos que hasta que no se dirima este conflicto, ellos no se sentarán con nosotros a concertar las nuevas tarifas. No es una exigencia solamente de SAYCO, es una exigencia a nivel internacional porque en estos momentos una de las tarifas más bajas en términos de radio y televisión es la que tiene Colombia".*

En conclusión, y según las pruebas obrantes en el expediente, y tal como lo señaló la Delegatura en su Informe Motivado, no es posible considerar demostrado que **SAYCO** esté imponiendo la tarifa en la forma reprochable que se le imputó mediante la Resolución de Apertura de Investigación.

Como se puede apreciar, **SAYCO** no sólo está facultada para establecer las tarifas de conformidad con la normativa aplicable, sino que difícilmente podría afirmarse que, una vez fijada la remuneración, los usuarios carecieran de opción de discusión alguna, de manera que tuvieran que acogerse a lo que dispusiera la sociedad de gestión colectiva.

En consecuencia, con base en lo que se ha expuesto hasta este punto, debe concluirse que no se considera probada la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, ni la conducta tipificada en el artículo 6 del artículo 50 del Decreto 2153, respecto de esta conducta, pues no se considera probado el abuso del derecho por parte de **SAYCO** como una práctica que limita la explotación de obras por parte de los usuarios, consistente en la imposición unilateral de tarifas para los usuarios del derecho de comunicación pública, así como trasladar costos de transacción por la razones expuestas en esta Resolución.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Por lo tanto, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura y archivará la presente investigación en lo que tiene que ver con esta imputación jurídica formulada en la Resolución 20964 del 2 de abril de 2012.<sup>97</sup>

#### **7.5. Responsabilidad de JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ, Gerente General de SAYCO hasta 2011 (persona natural investigada)**

Conforme lo previsto en el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

***"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.***  
*Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:*

(...)

*12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.*

(...)"

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

***"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.***  
*Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

(...)

*16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

(...)"

En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene el Superintendente de Industria y Comercio en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola vinculación de una persona con un agente del mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria al régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un hecho que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión.<sup>98</sup>

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio declare la responsabilidad e imponga una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2156 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe demostrar en el curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la

<sup>97</sup> Folios 2227 a 2253 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

<sup>98</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 23521 del 12 de mayo de 2015, págs. 47-48; Resolución No. 16562 del 14 de abril de 2015, pág. 54.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

infracción y estando en posibilidad de hacerlo, omite adoptar medidas para evitar que se realizara o cesara la misma.

- Prueba de que la persona en razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

Teniendo en cuenta lo anterior, del análisis de las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho debe concluir que sí se encuentra probada la conducta imputada al señor **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, quien fungió como Gerente General de **SAYCO** entre el 6 de mayo de 1994 y el 18 de noviembre de 2011<sup>99</sup>.

En efecto, encontró el Despacho que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** era la persona que firmaba los diferentes contratos de mandato y de administración<sup>100</sup>, que como se demuestra a lo largo de esta Resolución, eran contratos sin posibilidad de modificación por parte de los titulares de los derechos, por medio de los cuales **SAYCO** restringió a sus administrados y socios la posibilidad de realizar la gestión individual de usos del derecho de comunicación pública.

Se encuentra entonces probado en el expediente, que el investigado, si bien no se encargaba de establecer las condiciones de los contratos, sí ejecutó otros comportamientos que fueron determinantes para la configuración de las conductas restrictivas de la competencia objeto de esta investigación. Con su manifestación de voluntad en ejercicio de la representación legal de **SAYCO**, por medio de su firma, se comprobó que sí participó en la realización de la conducta, ya que acató e hizo efectivas las condiciones referidas en tales contratos.

Para este Despacho, es claro que sin la intervención de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, en su condición de Gerente General de **SAYCO**, no habría sido posible que **SAYCO** materializara la obstrucción a modalidades de gestión diferentes de la colectiva, pues los contratos, donde se prueba claramente la conducta obstructiva, no se habrían podido perfeccionar sin su firma.

Es así, que se puede verificar en los contratos de mandato y administración obrantes en el expediente<sup>101</sup>, que el señor **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** por medio de su firma, entendida esta como una manifestación de voluntad, aceptó y confirmó las condiciones contractuales que generaron la obstrucción a la gestión individual de los derechos de comunicación pública.

En su declaración el señor **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** señaló que no se encargaba de establecer las condiciones de los contratos y que en virtud de su calidad de Gerente General solamente firmaba los mismos. Sin embargo, en la misma declaración corrobora que conocía claramente el contenido de los contratos y la restricción impuesta en ellos a la gestión individual de algunos de los derechos, pues manifestó:

*"DELEGATURA: ¿Los socios podían modificar el mandato?"*

***JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ:** Mientras yo estuve, (...) los socios ingresaban y se entendía que la comunicación pública era tácitamente por el solo acto de afiliación delegada para la recaudación de SAYCO sin discusión alguna, sin discusión alguna, inclusive soportada mediante acuerdos, en el caso que hubiese que hacerlos de orden general. (se subraya)*

*(...)"*

También en dicha declaración, el señor **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, teniendo en cuenta su posición de administrador de la sociedad, admitió que permitir la modificación del mandato otorgado por los socios atentaría contra el presupuesto, los estatutos y la normatividad interna.

*"**JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ:** Lo que sí era muy difícil era aceptar que un socio se afiliara y posteriormente empezar a cercenar el mandato que le daba a **SAYCO**, porque*

<sup>99</sup> Folio 128 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>100</sup> Folios 1969 y 1971 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

<sup>101</sup> Folios 1969 y 1971 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

*también hay un estatuto y una normatividad interna que obligaba a generar presupuesto y beneficios en materia de anticipos. Ocurría más bien lo contrario, se entendía que la comunicación pública era "impajaritiblemente" del resorte de **SAYCO** y que más bien los titulares afiliados a **SAYCO** podían adicionar nuevas unidades, o sea que es al contrario, lo que se podía era adicionar nuevas unidades de recaudo y no restringirlas."*

De acuerdo con lo anterior, es claro que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** por lo menos ejecutó el comportamiento restrictivo en el que incurrió **SAYCO**, pues a pesar de no encargarse de la elaboración de las condiciones de los contratos de mandato, sí conocía su contenido y con su firma aceptó de manera voluntaria dichas condiciones, encontrando además las condiciones contractuales aquí reprochadas como convenientes para lograr los presupuestos de la sociedad, ejecutando así la conducta obstructiva que es contraria al régimen de la libre competencia económica.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado la conducta que configuró las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (obstruir la gestión individual de obras y subordinar la gestión colectiva para ciertos usos a que se otorgue mandato para la gestión colectiva para todos los usos) desarrolladas por **SAYCO**.

En cuanto a los argumentos expuestos por el investigado, debe el Despacho comenzar por indicar que no llevará acabo ningún análisis frente aquellos relacionados con la imputación realizada en el numeral 11.1. de la Resolución No. 20964 del 2 de abril de 2012, denominada "*Abuso del derecho como una práctica que limita la explotación por parte de los usuarios*", dado que, como ya se determinó en el presente acto administrativo, la Superintendencia de Industria y Comercio, acogiendo la recomendación de la Delegatura, archivará la investigación en lo concerniente a esta imputación. En tal sentido, no se pronunciará respecto de los argumentos relacionados con la fijación, cobro y recaudo de tarifas.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con los argumentos en contra de la imputación, "*Obstruir la gestión individual de obras y subordinar la gestión colectiva para ciertos usos a que se otorgue mandato para la gestión colectiva de todos los usos*", el Despacho considera lo siguiente:

Frente al argumento del investigado, según el cual, la Delegatura carece de razonabilidad y medios de prueba legalmente practicados que sean eficaces y eficientes para endilgarle responsabilidad, el Despacho considera necesario señalar que el investigado realizó la anterior afirmación sin hacer cuestionamiento preciso sobre alguna de las pruebas presentadas por la Delegatura, como tampoco sin haber presentado pruebas que den soporte a su afirmación. Por el contrario, como ya se expuso, la Superintendencia de Industria y Comercio, a lo largo de la investigación ha recaudado, apreciado y valorado suficientes pruebas que permiten inferir la responsabilidad del señor **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, entre ellas, su propia declaración y los contratos suscritos en calidad de Gerente General de **SAYCO**, donde se da cuenta clara de la conducta endilgada al investigado por parte del Despacho, como ya se anotó.

En lo que tiene que ver con el argumento referido al hecho de que el Despacho desconoció las normas del mandato, esta entidad aclara que en ningún momento se está cuestionando la legalidad del contrato de mandato de cara a su existencia, ni mucho menos dejando de lado la normatividad que lo regula; la imputación se formuló en contra de la investigada por infracción de las normas que protegen la libre competencia, ya que abusivamente **SAYCO**, aprovechándose de su posición de dominio en el mercado de la comunicación pública de obras, a través de contrato de adhesión tipo, no permitió que el mandato para la gestión de los derechos de explotación incluyera solo algunos usos de la comunicación pública, sino la totalidad de los mismos, impidiendo que los autores, compositores o editores pudieran gestionar individualmente algunos de sus derechos. Además de lo anterior, **SAYCO** condicionó la afiliación a los socios de la organización, con los beneficios que ello conllevaba, a que se otorgara la totalidad de la gestión del derecho de explotación de la comunicación pública de las obras musicales.

Al investigado propiamente se le imputó el haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado una conducta violatoria de las normas sobre protección de la competencia ya reseñada. En el marco del proceso quedó demostrado que al menos ejecutó la conducta, al suscribir, como Gerente General de **SAYCO**, contratos de mandato con los distintos autores, compositores y

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

editores, en los que se obligó a estos últimos a entregar la gestión de todas las modalidades del derecho de comunicación pública.

Ahora bien, referente a los argumentos en los que afirma que la investigación está cargada de influencia mediática y que adolece de un análisis técnico y sofisticado para una materia como los derechos de autor, el Despacho manifiesta que no acepta dichos argumentos, dado que el pleno de la investigación demuestra el rigor técnico en la recolección y práctica de pruebas, la determinación del mercado relevante, la apertura de la actuación y el desarrollo de la misma. Adicional a lo anterior, y como ya se ha afirmado en el presente acto administrativo, el investigado hace afirmaciones sin explicación ni soporte probatorio que las respalde.

Ahora bien, en cuanto a los señalamientos sobre los sucesos que se dieron entre julio y agosto de 2016, específicamente la incorporación de los documentos de los editores musicales y la vinculación de estos últimos a la investigación, sin que existiera relación con la imputación formulada, impidiendo así ejercer el derecho de defensa; así como aquellos referentes a la acumulación de procesos y la dinámica procesal de la entidad, el Despacho se remite a las consideraciones realizadas para el caso de la investigada **SAYCO**, ya que guardan especial identidad que permite al Despacho hacer remisión a los pronunciamientos ya realizados al respecto.

Frente a la afirmación según la cual, produce intranquilidad observar la celeridad de los últimos días de la Superintendencia de Industria y Comercio dificultando la defensa técnica, solo le basta señalar al Despacho, que la actuación se ha adelantado dentro de los términos legamente establecidos para esta clase de procedimientos, con plena garantía del debido proceso y de los derechos de defensa y contradicción, por lo que causa extrañeza el señalamiento efectuado por el investigado.

#### **7.6. Consideraciones del Despacho en relación con la solicitud de nulidad presentada por JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**

El investigado **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** solicitó la nulidad de todo lo actuado a partir de la expedición de la Resolución No. 39485 del 21 de junio de 2016, por medio de la cual se decretaron algunas pruebas de oficio y se reprogramó la práctica de unas pruebas, alegando la falta de notificación del acto administrativo que ordenó su práctica.

Al respecto, el Despacho advierte que esta alegación es infundada, como se expone a continuación:

Mediante la Resolución No. 39485 del 21 de junio de 2016<sup>102</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio, luego de las debidas consideraciones, ordenó reprogramar el testimonio del señor **ANDRÉS FELIPE SILVA DUQUE** y el interrogatorio de **SAYCO**, para el 6 de julio de 2016. Así mismo requirió nuevamente al investigado **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** para que remitiera la información financiera ordenada en la Resolución No. 19926 de 2015, que valga la pena señalar, no ha remitido a la fecha de la presente resolución, aspecto que será tenido en cuenta al momento de fijar la multa a imponer.

En el mismo acto administrativo, se ordenó tener como pruebas los documentos que se acompañaron a la solicitud de medidas cautelares formulada por **UNIVERSAL** y a la denuncia de **PRODEMUS**. De igual forma, se decretaron de oficio los testimonios de los representantes legales de estas dos últimas sociedades, así como del representante legal de la **ACODEM**, para el día 7 de julio de 2016; y finalmente se ordenó la práctica de una inspección judicial en las instalaciones de **SAYCO**.

En el artículo quinto de la mencionada resolución se ordenó comunicar su contenido a **SAYCO** y a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, en cumplimiento del inciso tercero del artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 de del Decreto 019 de 2012, el cual dispone que, *"Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán a la dirección que para estos propósitos suministre el investigado o apoderado y, en ausencia de ella, a la dirección física o de correo electrónico que aparezca en el registro mercantil del investigado."*

La comunicación de la Resolución No. 39485 del 21 de junio de 2016 al investigado **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, se realizó mediante comunicación remitida a su apoderado a la

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

dirección Carrera 13 No. 32 – 51, Oficina 1013 de la ciudad de Bogotá, la cual fue recibida el día 23 de junio de 2016, como se evidencia con el sello de recibido que consta a folio 3411 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

Frente a lo anterior, el apoderado de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** alegó que dicha comunicación no fue recibida. Al respecto, el Despacho advierte que la comunicación fue remitida de forma correcta a la dirección del apoderado y cuenta con el correspondiente sello de recibido. Como si lo anterior no fuese suficiente, se advierte que tanto para la comunicación de la Resolución No. 46697 del 18 de julio de 2016, *"Por la cual se adoptan decisiones sobre pruebas, se cierra la etapa probatoria y se convoca a audiencia"*, como para la comunicación del Informe Motivado, se siguió el mismo procedimiento de comunicación, entregándose el correspondiente oficio en la misma dirección citada y donde fue igualmente recibido, sin que hubiera manifestado inconformidad alguna, tal y como consta a folio 4180 del Cuaderno Público No. 20 y en el acta de entrega obrante a folio 4312 del mismo cuaderno de la investigación.

Expuesto lo anterior, el Despacho no entiende las afirmaciones del investigado, según las cuales, no se le notificó legal y oportunamente sobre el decreto y practica de pruebas que se produjeron a través de la Resolución No. 39485 del 21 de junio de 2016. Como se ve, se le comunicó en debida forma dicho acto administrativo. Además de lo anterior y como se dejó claro, la comunicación de la citada resolución se hizo a la misma dirección en la que afirmó haber recibido la comunicación del traslado del Informe Motivado.

En tal sentido, se encuentra demostrado por el Despacho que no existió una notificación ilegal ni inoportuna, por lo tanto, se rechazará la nulidad solicitada por el investigado.

#### **OCTAVO: Monto de la sanción.**

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que lo establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"<sup>103</sup>.*

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Entidad, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el papel higiénico, las servilletas, las toallas de cocina y los pañuelos para manos y cara, productos que, como se mencionó previamente, tiene un rol importante en la economía nacional y particularmente en la canasta familiar de los colombianos. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la competencia en este sector tendrá un impacto importante en la economía y el bienestar general de la población colombiana.

<sup>103</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003, Exp. Rad. D-4059.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, utilidades operacionales, patrimonio, y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria. También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.

Bajo este contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

### 8.1. Sanción a imponer a SAYCO

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **SAYCO**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta en el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el abuso de la posición de dominio generó efectos perjudiciales en el mercado, en la medida en que no sólo se demostró que **SAYCO** ha impedido a los titulares, a través de los contratos de mandato, otorgar la gestión de sólo algunos de los usos del derecho de comunicación pública, sino que adicionalmente en el marco del proceso se acreditó la afectación material de titulares de derechos de autor que, a pesar de sus solicitudes expresas, se han visto obligados a seguir gestionando todos los usos del derecho de comunicación pública de manera colectiva y en consecuencia, han frustrado su intención y derecho de ejercer la gestión individual respecto de determinados usos.

De igual forma, al haber obstruido la participación en el mercado de nuevos jugadores, **SAYCO** impidió que entraran nuevos oferentes de los servicios, con la consecuencia afectación de la competencia que esto conlleva.

En cuanto a la *dimensión del mercado afectado*, debe tenerse en cuenta que la afectación de la conducta restrictiva se da en el 100% del mercado de gestión del derecho de comunicación pública, afectado a los autores y a los titulares de derechos de autor.

Con respecto al *beneficio obtenido por el infractor con la conducta*, está demostrado que **SAYCO** ha obtenido los recursos de su administración de recaudo por todos los usos del derecho de comunicación pública de sus asociados por más de seis (6) años, incluso cuando los titulares le han solicitado expresamente dejar de gestionar determinados usos.

En cuanto al *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **SAYCO**, ha abusado de su posición de dominio, por lo menos, hace seis (6) años.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **SAYCO** ejerció su derecho de defensa y contradicción de manera tal que no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

En este caso específico, teniendo en cuenta la naturaleza de la investigada y para efectos de no afectar el patrimonio de los titulares de derechos de autor, que son los directamente perjudicados

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

con la conducta sancionada, se tomará como criterio auxiliar, el 20% de los ingresos de **SAYCO** que corresponden a los gastos de administración.

En cuanto a la *cuota de mercado*, tal y como se indicó en el análisis de la posición de dominio de **SAYCO**, no sólo es el único agente en la gestión colectiva del derecho de comunicación pública, sino además, según afirmó la misma investigada, representa a casi la totalidad de los autores y compositores nacionales y el 98% del catálogo musical internacional.

De conformidad con lo anterior, para la investigada **SAYCO**, se impondrá una multa de **MIL TRESCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS DIEZ MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 1.378.910.000.00)** equivalentes a **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al 10% aprox. del porcentaje de los gastos de administración de **SAYCO** para el año 2015 y al 1.95 % aprox del total de los ingresos de 2015.

Lo anterior sanción equivale al 2% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

## 8.2. Sanción a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** (Gerente General de **SAYCO**)

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer en contra de **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** (Representante Legal de **SAYCO** hasta el 18 de noviembre de 2011), de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992 (Modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), este Despacho indica lo siguiente:

En relación con la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta imputada al menos entre 2010 y 2011 ejecutando el comportamiento restrictivo endilgado.

Frente al *impacto de la conducta en el mercado*, el Despacho debe señalar que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** con su conducta de ejecución permitió que **SAYCO** generara efectos perjudiciales en el mercado, en la medida en que, a través de la suscripción de los contratos y el acatamiento de las instrucciones del Consejo Directivo de la sociedad de gestión colectiva, se evitó que los autores, compositores y editores musicales que quisieran ser socios de la organización y potencialmente en los que quisieran limitar el mandato concedido, no tuvieran la posibilidad de escoger los usos de comunicación pública sobre los cuales pudieran adelantar gestión individual y sobre cuales ceder la gestión colectiva a **SAYCO**, so pena de que no se les aceptara ser socios. Se encontró acreditado que con la conducta endilgada se obstruía la posibilidad de que existiera una gestión individual de los derechos de explotación de comunicación pública de obras musicales y adicionalmente, el derecho de asociación de los autores, compositores y editores musicales, al no poder constituir asociaciones diferentes para la gestión colectiva de ciertos usos que por su naturaleza podrían ser gestionados por fuera de **SAYCO**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas contrarias a la competencia previstas en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, así como en la prohibición prevista en el artículo 8 de la Ley 155 de 1959, en los términos del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observa que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** (Gerente General de **SAYCO**), si bien no ejerció una colaboración en el desarrollo de la investigación que facilitara el cumplimiento del objetivo de la misma, ejerció su derecho de defensa y contradicción sin dilaciones, engaños o argucias que afectaran la misma, por lo que no se le puede endilgar una conducta procesal reprochable que incremente el monto de la sanción a imponer. No obstante lo anterior, debe advertirse que omitió su obligación de aportar la información financiera requerida por la Delegatura en el marco de la investigación.

Finalmente, en cuanto a *al grado de participación* en la conducta reprochada se encuentra demostrado, por lo expuesto líneas arriba, que el investigado tuvo un rol activo en la misma.

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho al momento de imponer la sanción tendrá en cuenta que, conforme los estatutos que rigen a **SAYCO** y la estructura orgánica de dicha sociedad de gestión colectiva, la decisión sobre el contenido de los contratos de adhesión tipo corresponde al Consejo Directivo y no al Gerente General, quien es el encargado de ejecutar sus lineamientos, por lo que la actividad del señor **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ** estaba determinada por el órgano mencionado.

De conformidad con lo anterior, para el investigado **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, se impondrá una multa de **CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 137.891.000.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 SMMLV)**.

Frente a la sanción impuesta a este investigado debe resaltarse que esta Entidad no contó con información financiera para graduar correctamente la multa, pues a pesar de los insistentes requerimientos de la Delegatura para conseguir dicha información, el investigado se reusó a aportarla.

Lo anterior sanción equivale al 10% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

**RESUELVE:**

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

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

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

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

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

**ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR** que **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.380.036, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 en relación

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

con lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al ejecutar dicha conducta anticompetitiva, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

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

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

**ARTÍCULO SEXTO: ARCHIVAR** la presente actuación administrativa en favor de la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA – SAYCO**, identificada con NIT. 860.006.810-7, por las infracciones contempladas en los artículos 1 y 8 de la Ley 155 de 1959, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

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

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA – SAYCO** y **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, informan que:*

*Mediante Resolución No. **№ 7 6 2 7 8** de 2016 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA – SAYCO** y **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, por haber infringido lo dispuesto en los numerales 3 y 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

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

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

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

**ARTÍCULO DÉCIMO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a la **SOCIEDAD DE AUTORES Y COMPOSITORES DE COLOMBIA – SAYCO** y a **JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el

*"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"*

recurso de reposición, el cual podrá interponerse ante el Superintendente de Industria Comercio, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

**ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO** : Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **03 NOV 2016**

**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

Carrera 7D No. 148-26, Bogotá

Apoderado

**DAVID ALARCÓN FALLA**

C.C. 17.130.288

T.P. 32457 del C. S. de la J.

Carrera 13 No. 35-51, oficina 1503

Bogotá D.C.

**JAIRO ENRIQUE RUGE RAMÍREZ**

C.C. 79.380.036

Carrera 7D No. 148-26, Bogotá