

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

**PROCESO 01 – AI – 2019
(Gaceta Oficial número 4442)**

* * * *

Carolina Romero Romero

Especialista y consultora en propiedad intelectual

caritoromero2@hotmail.com

1. Pretensiones y argumentos expresados por las partes

Los argumentos expresados por el demandante se resumen de la siguiente manera: 1. Las facultades de control otorgadas a la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) sobre las sociedades de gestión colectiva (SGC) incumplen los artículos 43, 44, 45 (literal d) y 51 (literal b) de la Decisión Andina 351 de 1993. 2. La orden de presentar planes, así como la autorización previa para adelantar cierto tipo de actuaciones a las SGC controladas, desconoce los artículos 43 y 45 literal d) de la Decisión Andina 351/1993. 3. La remoción de dignatarios, como medida cautelar, ordenada en ejercicio de las funciones de control desconoce el artículo 45 literal d) de la Decisión Andina 351/1993. 4. La función de toma de posesión incumple los artículos 43, 44, 45 (d) y 51 (b) de la Decisión Andina 351/1993. 5. Ordenar la modificación de las cláusulas estatutarias cuando no se ajustan a la ley desconoce el modelo de supervisión descrito por los artículos 43 y 51 (b) de la Decisión Andina 351/1993.

Por su parte, Colombia manifestó que, en virtud del principio de complemento indispensable descrito por los arts. 45 literales a) y l), 46, 47 literal d) y 51 literales d) y g) de la Decisión Andina 351/1993, la República de Colombia está facultada por la norma comunitaria para ejercer funciones de control. Colombia sostuvo que, en tal sentido, la inspección y vigilancia no es sujeta de limitación comunitaria y puede incluir, en *ultima ratio*, entre ellas, la toma de posesión sobre las sociedades de gestión colectiva. Así las cosas, Colombia le solicitó respetuosamente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) que fallara señalando que la República de Colombia no incumplió los arts. 43, 44, 45 (literal d) y 51 (literal b) de la Decisión Andina 35/93 al expedir los arts. 24 a 33 de la Ley 1493 de 2011.

Colombia expresó que, a nivel andino, los conceptos de inspección y vigilancia no están delimitados por una definición específica, tal como lo reclamaba la demandante. Por lo tanto, en ejercicio del complemento indispensable, Colombia incluyó funciones de control propias de su tradición legal, las cuales resultan necesarias para la correcta ejecución de los arts. 45 literales c), e), f), j), 46, 47, 48, 51 b), f), 56, 57 de la Decisión Andina 351/1993.

La parte demandada destacó que la figura del control ya había sido admitida por el TJCAN, interpretando que la función de control tiene una connotación amplia, que incluye, pero no se limita, al momento en el que se verifica si la sociedad de gestión cumple con los requisitos exigidos no solo por la norma andina, sino también por las legislaciones internas a fin de conceder la autorización de funcionamiento y que el control continúa con el objetivo de verificar el permanente cumplimiento de dichos requisitos durante toda la existencia de la sociedad. Esta posición fue evidenciada por el Tribunal en el proceso 22-IP-98, en donde señaló:

... una sociedad de gestión colectiva para que pueda ejercer las atribuciones que le señala la ley comunitaria debe estar previamente autorizada por la oficina nacional competente, según lo establece el artículo 43 de la Decisión 351, la que, para efectos de la función y vigilancia que el Estado debe ejercer sobre estas entidades, exige la correspondiente autorización de funcionamiento. Ello indica

la calidad de entidades de derecho privado, que tienen en la sub-región, sujeta al control y vigilancia del Estado (...) En la Decisión 351 se sigue el modelo de control no sólo formal de las sociedades de gestión, como lo indica el artículo 45 literales a) a l), sino de fondo, como se desprende particularmente del artículo 45 literal f), que se ejerce tanto desde el comienzo de la vida de la sociedad (artículo 43), como a lo largo de ella.

También enfatizó que la figura del control no es ajena a la normatividad de los países miembros de la Comunidad Andina. Al respecto, Colombia señaló que Bolivia,¹ Ecuador² y

-
- 1 BOLIVIA. El artículo 64 de la Ley 1322 de 1992 sobre Derecho de Autor establece que el reglamento determinará las distintas ramas en que pueden organizarse las sociedades, los casos en que pueden constituirse por titulares de ramas similares, la forma y condiciones de su registro y demás requisitos para su funcionamiento. De conformidad con lo anterior, la Resolución Administrativa 041 de 2016, proferida por el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI), aprobó el “Reglamento de Sociedades de Gestión Colectiva”, cuyo artículo 7 estipula:

ARTÍCULO 7. (Amonestaciones emergentes de la supervisión) Como consecuencia de las medidas preventivas o de seguridad, en el marco de las diferentes actividades de: inspección, vigilancia y control, ejercidas por la Dirección de Derecho de Autor y Derechos Conexos del Senapi, podrá emitir de forma directa amonestaciones escritas a las Sociedades de Gestión Colectiva, ante el incumplimiento de cualquier Artículo del presente Reglamento.

Los actos que darán lugar a la emisión de amonestaciones escritas son:

- a) Negativa o evasiva de dar información y/o documentación, requerida por la Dirección.
- b) Falta de Renovación Anual injustificada.
- c) Incumplimiento de plazos señalados por la Dirección.

Su procedimiento y demás sanciones, se encuentran establecidas en los Artículos 39 y 40 de este Reglamento.

El artículo 38 del mismo Reglamento determina que el SENAPI puede sancionar a las sociedades de gestión colectiva, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan. De igual manera, el artículo 39 *ibidem* determina los tipos de sanción así: a) amonestación escrita; b) suspensión temporal de la autorización de licencia de funcionamiento; c) suspensión definitiva de la autorización de licencia de funcionamiento.

- 2 ECUADOR. Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, artículo 242.- De la aprobación de los estatutos de las sociedades de gestión colectiva.- Los estatutos de las sociedades

Perú³ la han incorporado tiempo atrás, mucho antes que Co-

de gestión colectiva serán aprobados por la autoridad nacional competente en materia de derechos intelectuales, que también autorizará su funcionamiento. Además, dichas sociedades estarán sujetas al monitoreo, control e intervención de la mencionada autoridad.

El Parágrafo Octavo “De la fiscalización, intervención y sanción” establece las siguientes facultades para la autoridad nacional competente en materia de derechos de autor:

- Realizar visitas de inspección y monitoreo.
- Llevar a cabo diligencias e investigaciones y, de ser el caso, intervenir a dichas sociedades.
- La intervención podrá ser decretada como medida cautelar previa o durante la sustanciación de una investigación o sumario en contra de una sociedad de gestión colectiva y durará hasta que se concluya la respectiva investigación.
- También podrá decretarse la intervención como medida para garantizar el cumplimiento de las sanciones impuestas a la sociedad de gestión por infracciones a la normativa que las rige y hasta que ésta las subsane.
- Imponer cualquiera de las siguientes sanciones, según la gravedad de la falta: (i) amonestación escrita; (ii) multa; (iii) suspensión de la autorización de funcionamiento hasta por un plazo de seis meses; y (iv) revocatoria de la autorización de funcionamiento.
- De acuerdo con el artículo 261 del Código Orgánico, si la autoridad competente decreta la suspensión de la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva, esta última dispone de un plazo de seis meses para subsanar el incumplimiento del que se trate. En caso de no subsanarse en dicho término, la autoridad competente podrá revocarle definitivamente la autorización de funcionamiento. Igualmente, en el caso del Ecuador se tiene que la autoridad nacional competente puede decretar medidas cautelares e imponer diferentes clases de sanciones a las sociedades de gestión colectiva.

- 3 PERÚ. El Decreto Legislativo 822, “Ley sobre el Derecho de Autor”, determina en su artículo 146 que las sociedades de gestión colectiva están sujetas a la fiscalización, inspección y vigilancia de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), oficina esta que, conforme al artículo 165 *ibidem*, es competente para imponerles sanciones por infracción de sus propios estatutos o reglamentos o de la legislación sobre la materia o por incurrir “en hechos que afecten los intereses de sus representados, sin perjuicio de las sanciones penales o las acciones civiles que correspondan”. Las sanciones a imponer corresponden a:

- a. Amonestación, pudiendo disponerse su publicación en la separata de Normas Legales del *Diario Oficial El Peruano*, a costa de la infractora.
- b. Multa de hasta 150 U.I.T., de acuerdo con la gravedad de la falta.

lombia, incluyendo algunas medidas similares a las consagradas en la legislación colombiana, sin que hasta el momento conste alguna manifestación que declare un incumplimiento ni por parte de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), en sede prejudicial, ni por parte del TJCAN en sede judicial. Lo anterior, a pesar de que la Secretaría General podría incluso iniciar de oficio la etapa prejudicial, sin necesidad de que un Estado miembro o un ciudadano lo pida.

2. Problema jurídico

Aunque en la sentencia el TJCAN analiza y explica varias cuestiones, el problema jurídico se enfocó en la figura del complemento indispensable, precisando el siguiente alcance:

La controversia de la acción de incumplimiento, en el caso concreto, tiene por objeto determinar hasta qué punto la legislación interna de Colombia, en aplicación del principio de complemento indispensable puede otorgar a la DNDA potestades de control y sanción sobre las SGC adicionales a las potestades de inspección

-
- c. Suspensión de las autoridades societarias en el ejercicio de sus funciones hasta por el lapso de un año, designando en su lugar una junta administradora.
 - d. Cancelación de la autorización de funcionamiento.

Por su parte, el Decreto Legislativo 822 de 1996 señala:

(...)

Artículo 153.- Las entidades de gestión están obligadas a:

(...)

j. (modificado por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1391, publicado el 05 septiembre 2018) El Consejo Directivo deberá aprobar anualmente el presupuesto de ingresos y gastos. El presupuesto de activos del rubro: Propiedad, planta y equipo e intangibles debe ser aprobado por la Asamblea General y el Consejo Directivo, para períodos no mayores de un (1) año. Los gastos administrativos no podrán exceder del treinta por ciento (30%) de la cantidad total de la remuneración recaudada efectivamente por la utilización de los derechos de sus representados y de los miembros de las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y de derechos conexos extranjeras o similares con las cuales tenga contrato de representación recíproca.

(...) Siendo responsables solidariamente los directivos de la sociedad y el director general por las infracciones a este literal. La responsabilidad solidaria alcanzará también a los miembros del Comité de Vigilancia, en el supuesto que no informen oportunamente a la Dirección de Derecho de Autor sobre dichas irregularidades.

y vigilancia previstas en la Decisión 351, como es la potestad de remover y nombrar a administradores y órganos de control interno, la potestad de tomar posesión (administración) estatal de la SGC, entre otras.

3. Decisión del TJCAN

El TJCAN, de conformidad con el art. 25 de su Tratado de Creación, en concordancia con el art. 107 de su Estatuto, decidió: 1. Declarar infundada la demanda en acción de incumplimiento interpuesta por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia (SAYCO) en contra de Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de su aprobación y puesta en vigencia de los arts. 24 (parcial), 27 (numeral 9), 28, 30 (literal b) y 34 de la Ley 1493 de 2011. 2. Declarar infundada la demanda en acción de incumplimiento interpuesta por la SAYCO en contra de Colombia por el presunto incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario andino a través de la aprobación y puesta en vigencia de los arts. 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2001. Sin embargo, en esta parte, el TJCAN establece una condición: siempre y cuando dichos artículos sean interpretados y aplicados a la luz de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos al ordenamiento jurídico comunitario andino, y procedió a explicar en tres literales lo que debe ser tenido en cuenta por Colombia al momento de interpretar las normas que fueron objeto de cuestionamiento. No nos detendremos en dichos literales en este punto porque más adelante nos referiremos a ellos. 3. Declara improcedente la solicitud de coadyuvancia presentada por la Asociación Peruana de Autores y Compositores (Apdayc) por extemporánea. 4. Declara improcedente la solicitud de condena en costas a Colombia por ser declarada infundada la demanda.

Para llegar a esta decisión, el TJCAN analiza y explica cuestiones como la naturaleza y alcance de la acción de incumplimiento, su finalidad, su diferencia con un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y con la acción de nulidad. De igual manera, realiza unas consideraciones previas sobre las SGC, refiriéndose a la reducción de costos de transacción a las que ellas contribuyen, alu-

diendo a la posición monopólica de las SGC y explicando que la intensidad de la regulación depende de la magnitud del interés público involucrado, es decir, de la magnitud de las externalidades negativas que podría ocasionar la actividad regulada; explica el interés público subyacente en la actividad de las SGC, las facultades de administración y control de los actos de administración de estas y la potestad sancionadora sobre ellas. Finalmente, realiza una explicación y análisis detallado del principio del complemento indispensable, así como de las normas que fueron objeto de cuestionamiento mediante la acción de incumplimiento interpuesta por SAYCO en contra de Colombia, para determinar si dichas normas cumplían o no el ordenamiento comunitario andino y si su expedición se enmarca en las facultades que otorga la figura del complemento indispensable.

El TJCAN manifiesta que la legislación interna de Colombia, en aplicación del principio de complemento indispensable, puede otorgarle a la autoridad nacional competente en materia de derecho de autor y derechos conexos —es decir, la DNDA— potestades de control y sanción sobre las SGC adicionales a las de inspección y vigilancia previstas en la Decisión 351/93, pero advierte, antes de llegar a esta conclusión, que el principio de complemento indispensable tiene dos límites connaturales: el primero, que la legislación nacional no viole el derecho andino, y el segundo, que la legislación nacional al desarrollar los vacíos de la norma andina debe mantener la razonabilidad, proporcionalidad y progresividad que guía a esta y que limitan las facultades más exorbitantes de la administración pública que implican una restricción o limitación significativa de derechos o libertades.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TJCAN considera que, en el caso de los arts. 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, una interpretación literal de dichos artículos podría generar una violación de los principios de razonabilidad y progresividad intrínsecos del ordenamiento comunitario andino e indica cómo deben ser interpretados para que sean compatibles con los principios y normas de dicho ordenamiento, es decir, estos serán acordes con el ordenamiento comunitario andino en la medida en que se interprete que:

...

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

4. Análisis del fallo

Aunque en el fallo existen otros asuntos que podrían ameritar ser comentados, he decidido no referirme a ellos por que, aunque son mencionados en la parte motiva, no están relacionados directamente con los hechos que motivaron la demanda ni con las normas acusadas de ser incompatibles con el ordenamiento comunitario andino, es más, a ellos no hace referencia la parte resolutive del fallo que nos ocupa. En consecuencia, me limitaré a comentar los dos asuntos que definitivamente inciden directamente en el fallo y sobre los cuales se justifica centrar el presente comentario: el complemento indispensable y el alcance de las acciones de incumplimiento.

4.1 El complemento indispensable

Acierta el TJCAN al manifestar que, en el presente caso, Colombia no incumplió la norma comunitaria andina y, por ende, reconocer la correcta aplicación por parte del Estado colombiano de la figura del complemento indispensable. Sobre dicha figura, el mismo TJCAN se ha manifestado en reiteradas oportunidades, aportando valiosas precisiones de cómo debe ser aplicada para que los Estados no incumplan la normatividad andina, así pues, no me detendré aquí a realizar una extensa explicación de esta.

En la sentencia que es objeto de este comentario, el TJCAN es muy claro al indicar artículo por artículo por qué no se vulnera el principio del complemento indispensable y, simultáneamente, reitera la facultad que tiene cada uno de los Estados para hacer uso de esta posibilidad cuando: la norma comunitaria andina no regule un determinado tema o cuando expresamente en el texto normativo se les indique a los Estados miembros que podrá regular determinados asuntos, lo cual se hace evidente en la Decisión Andina 351/93, para colocar algunos ejemplos, a través de frases como:

... que se establezcan mediante las legislaciones internas de los países miembros.⁴ (...) de acuerdo a lo dispuesto en la legislación nacional aplicable.⁵ (...) l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros.⁶ (...) d) Las demás que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros.⁷

En otras oportunidades, el TJCAN ha justificado la existencia de dicha figura —y, por ende, su utilidad— en la imposibilidad de que la norma comunitaria pueda prever todas las situaciones que pueden ser susceptibles de regulación jurídica.⁸

4 Artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993.

5 Artículo 29 de la Decisión Andina 351 de 1993.

6 Artículo 45, literal l de la Decisión Andina 351 de 1993.

7 Artículo 47, literal d de la Decisión Andina 351 de 1993.

8 “2. El principio de complemento indispensable en el derecho de autor. (...) El principio de complemento indispensable consagra una ‘norma de clausura’, según la cual se deja a la legislación de los Países Miembros la solu-

Aunque uno de los propósitos más relevantes del derecho comunitario andino al establecer regímenes comunes es lograr la mayor armonización jurídica posible, es inverosímil que el legislador Andino pueda anticiparse a todas las situaciones que se puedan presentar en determinadas materias. De allí no solo la conveniencia, sino también la necesidad de que los Estados puedan hacer uso de dicha figura.

En el tema específico de la inspección, vigilancia y control (en adelante, IVC) de las SGC, el legislador comunitario estableció una variedad de disposiciones sin privarles de la posibilidad a los Estados miembros de establecer un rango adicional de disposiciones, lo cual ha pasado en los cuatro países miembros después de la expedición de la Decisión Andina 351/1993.

La sentencia del TJCAN, al declarar que Colombia no incumplió el ordenamiento comunitario andino, mantiene en vigor una norma expedida por el congreso de Colombia, después de haber analizado que, en determinadas circunstancias, la autoridad nacional competente —es decir, la DNDA— no contaba con herramientas suficientes para tomar las medidas correctivas que tuvieran como propósito garantizar los derechos de los asociados de las SGC.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que, en virtud de los artículos 333 y 334 de la Constitución, el legislador se encuentra habilitado para regular las funciones de inspección, control y vigilancia del Ejecutivo sobre las sociedades de gestión de derechos de autor y conexos como sociedades de contenido patrimonial.

De ahí que el Capítulo VII de la Ley 1493 de 2011 desarrolle la Constitución Política de Colombia, expresando una decisión de política pública adoptada por el Estado colombiano debido a las escasas herramientas a disposición de la DNDA, facultando a dicha entidad para ejercer funciones de control y, en casos extremos, tomar posesión sobre las SGC.

Conforme a lo manifestado por el TJCAN en la sentencia que es objeto del presente comentario, los artículos cuestionados de la Ley

ción legislativa de situaciones no contempladas en la ley comunitaria, ya que es posible que aquella no prevea todos los casos susceptibles de regulación jurídica” (33-IP- 2019, numeral 2.2).

1493 de 2011 también son un desarrollo del principio de complemento indispensable.

Repasemos entonces algunas de las disposiciones de la Decisión Andina 351/1993 para observar algunos de los temas sobre IVC de las SGC que se encuentran relacionados con el caso concreto:

1. Literales a) y l) del artículo 45: se legitima a los países miembros para establecer en sus legislaciones internas los requisitos que deberán cumplir las sociedades de gestión colectiva a efectos de su constitución y mantenimiento de su autorización de funcionamiento.
2. El artículo 46 contempla la opción de revocar tal autorización, de conformidad con lo dispuesto en las legislaciones internas de los países miembros.
3. El artículo 47 consagra la posibilidad de aplicar el principio de complemento indispensable en relación con las sanciones a las sociedades de gestión colectiva que pueden ser establecidas por las legislaciones internas de los países miembros.
4. En su capítulo XII “De las oficinas competentes de derecho de autor y derechos conexos”, el artículo 51 en sus literales d), f) y g) de la Decisión 351 señala que las oficinas nacionales de derecho de autor y derechos conexos son competentes para:

- i) aplicar las sanciones contempladas en la Decisión Andina 351 o en las legislaciones internas, ii) ejercer funciones de inspección y vigilancia en los términos establecidos por cada legislación interna y, iii) adelantar las demás actividades que determinen las legislaciones.

Con base en lo expuesto, notamos que, con buen criterio, el TJCAN reconoce que el establecimiento de medidas de control por parte de Colombia se encuentra en el marco del principio del complemento indispensable, sin embargo, consideramos que la forma en que esto fue condicionado a una interpretación específica de algunas de las normas cuestionadas provoca algunas dificultades prácticas en cuanto a la aplicación de la sentencia y la verificación de su cumplimiento por parte de Colombia, en particular con relación a las actuaciones de la autoridad nacional competente para ejercer las funciones de IVC en Colombia.

Como ya fue mencionado previamente al citar la parte resolutive del fallo, frente a los arts. 29, 31 y 32 de la Ley 1493 de 2011, el TJCAN indico cómo estos debían interpretarse. Procede entonces recordarlos y explicar por qué dichas interpretaciones pueden resultar problemáticas e ir en contra de lo que ocurre en la práctica en el ejercicio de las funciones de IVC por parte de las autoridades nacionales competentes:

- Frente a la posibilidad contemplada en la norma de ordenar la remoción y consecuente cancelación de la inscripción de los miembros del Consejo Directivo, de los integrantes del Comité de Vigilancia, del gerente, del secretario, del tesorero y del revisor fiscal y empleados, según sea el caso, por incumplimiento de las órdenes de la Unidad Administrativa Especial-Dirección Nacional de Derechos de Autor del Ministerio del Interior o de los deberes previstos en la ley o en los estatutos, de oficio o a petición de parte, el Tribunal restringe tal posibilidad únicamente a la remoción de los órganos con poder de decisión en el control (o una influencia decisiva en el control) de los actos de administración de las SGC: el Consejo Directivo, el Comité de Vigilancia, el revisor fiscal, el gerente general, el secretario y el tesorero.

Si bien dicha lógica no parece incongruente, la dificultad de la limitación impuesta por el TJCAN es que realiza un juicio *a priori* de las situaciones concretas que pueden ser evidenciadas y probadas en el marco de una actuación administrativa realizada en el ejercicio de las funciones de IVC ejercidas por la DNDA y en la cual puede estar involucrado un empleado de la SGC distinto a los mencionados expresamente por el TJCAN en su sentencia. Es nuestra opinión que, para determinar si un órgano o empleado de una SGC influye o no en el control de los actos de administración o ha realizado actuaciones que contravienen la ley o los estatutos de la SGC, no basta con revisar lo que establecen dichos estatutos o el respectivo manual de funciones, sino que también será necesario realizar un análisis de los hechos y de las otras evidencias que la autoridad encuentre en cada caso concreto, así podrá llegar incluso a la conclusión de que órganos y personas diferentes a las mencionadas por el TJCAN requieren ser sancionadas en los términos expresados en la norma acusada.

- También indica el TJCAN que la designación de los reemplazantes de los órganos removidos debe recaer en primer lugar en la SGC, y solo si los designados por la SGC persisten en el incumplimiento normativo, recién entonces la DNDA puede designar a los reemplazantes.

La lógica expresada no necesariamente va en la vía de la aplicación de un principio de progresividad y razonabilidad en el marco de una actuación administrativa concreta, realizada en virtud de las facultades de IVC ejercidas por las autoridades nacionales competentes sobre una SGC.

La proporcionalidad y razonabilidad de las medidas a aplicar también deben tener en cuenta la gravedad de las situaciones que se puedan estar presentando al interior de una SGC, por lo tanto, frente a situaciones graves, deben ser aplicadas medidas estrictas, prontas y eficaces frente a la circunstancia concreta.

Es habitual que los funcionarios públicos que toman este tipo de decisiones estén sometidos al régimen disciplinario por sus acciones u omisiones, entonces, ¿cómo podría un funcionario de una autoridad nacional competente esperar que el reemplazo del empleado de la SGC involucrado sea realizado por esta cuando los órganos llamados a realizar tal designación se encuentran cuestionados en la misma actuación administrativa? Esto, sin mencionar lo que puede ocurrir por el simple paso del tiempo o demora en adoptar la decisión. Entonces, la falta de oportunidad en la adopción de una medida cuando ya se tienen pruebas y elementos para hacerlo ante la gravedad de los hechos o circunstancias coloca al funcionario público en una difícil posición que no solo vacía de contenido sus facultades, sino que además lo lleva a postergar una decisión que puede ser necesaria y trascendental para conjurar los efectos negativos del comportamiento de un empleado de la SGC al que los otros órganos de la SGC (que, como ya hemos mencionado, también pueden estar vinculados en la misma actuación administrativa) han decidido designar y mantener a pesar de que su comportamiento se encuentre por fuera de las normas que deben orientar a la SGC, provocando consecuencias negativas a esta y a sus miembros.

- Finalmente, indica el TJCAN que la toma de posesión (adquirir

el control de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria) debe ser la *ultima ratio*, es decir que, frente a las causales previstas en los numerales 1, 2 y 3 del art. 31 de la Ley 1493 de 2011 de la DNDA: (i) primero debe buscar la corrección de la conducta de los órganos de la SGC a través de la imposición de sanciones; (ii) si las sanciones no hubiesen tenido el efecto buscado, evaluaría la opción de la remoción, salvo que la remoción resultara impertinente, lo que debería justificar en su decisión; y (iii) como última opción procedería con la toma de posesión de la administración de la SGC a través de una entidad fiduciaria.

Consideramos nuevamente que el TJCAN realiza un juicio *a priori* de situaciones concretas que no necesariamente se pueden anticipar y que solo pueden ser evidentes en la correspondiente actuación administrativa. Uno de los propósitos de las facultades otorgadas a la DNDA en cuanto a la IVC de las SGC es evitar que se ocasionen perjuicios a los titulares de derecho de autor y conexos afiliados a estas como consecuencia de un comportamiento que contravenga disposiciones legales o reglamentarias. Por este motivo, aunque un funcionario tenga la intención lógica de adoptar inicialmente medidas menos gravosas, estas posibilidades solo podrán ser evaluadas frente a las evidencias del asunto que está siendo analizado por parte de la autoridad nacional competente.

En todo caso, conviene aquí recordar que las decisiones y actuaciones administrativas estarán siempre sometidas a la exigencia de una motivación y razonabilidad que las justifiquen como condición necesaria de la validez de cualquier actuación administrativa. Entonces, la práctica en el ejercicio de las funciones de IVC sobre las SGC ha demostrado que la posibilidad de la toma de posesión para administrar una SGC es una situación menos gravosa que la cancelación de la personería jurídica, porque su propósito es evitar que se prive al titular del derecho de la posibilidad de seguir recibiendo los frutos de la explotación de la obra o prestación, lo cual se vería seriamente comprometido si no cuenta con una SGC, particularmente, en ciertas modalidades de explotación caracterizadas por usos masivos de las obras protegidas por derecho de autor o prestaciones protegidas por los derechos conexos.

Adicionalmente, nos preguntamos cómo pueden aplicar los

otros órganos del Estado colombiano la interpretación expresada por el TJCAN en la parte resolutive del fallo que nos ocupa, ¿tendría entonces el Congreso que evitar expedir leyes que contravenzan dicha interpretación y los jueces fallos que no correspondan a esta a pesar de las circunstancias fácticas y de las pruebas que les sean aportadas por parte de la autoridad administrativa para justificar su actuación?

Finalmente, no podemos perder de vista que los cuatro países miembros de la CAN en virtud del principio del complemento indispensable tienen establecidas en su legislación medidas de control similares o parecidas e incluso otras distintas a las establecidas por el legislador colombiano, entonces, tenemos que preguntamos: si los resultados de una acción de incumplimiento solo es oponible a las partes involucradas, ¿sería posible llegar a la conclusión de que, a pesar de la consagración positiva en las legislaciones de los otros Estados miembros de medidas de control como las cuestionadas (hasta este momento, solo Colombia tiene una obligación expresa de interpretar y aplicar dichas disposiciones en el sentido de este fallo), este fallo pueda ocasionar una interpretación del derecho comunitario que no es uniforme?

En virtud de lo expresado, consideramos que aunque el fallo del TJCAN declara el cumplimiento por parte de Colombia, también es necesario reconocer los retos que su aplicación implica frente a las actuaciones de la autoridad encargada de la IVC en Colombia y quizás en los cuatro países miembros de la CAN.

4.2 De la acción de incumplimiento y el alcance del pronunciamiento del TJCAN

Antes de hacer referencia a los alcances de la acción de incumplimiento, vale la pena recordar brevemente cada uno de los mecanismos a cargo del TJCAN que aportan significativamente a la estabilidad y a la certeza jurídica del ordenamiento jurídico comunitario andino:

- El control de la legalidad de la actividad de los órganos comunitarios a través de la acción de nulidad, el recurso por omisión y la jurisdicción laboral.
- El control y sanción de los incumplimientos al derecho comu-

nitario por parte de los países miembros mediante la acción de incumplimiento.

- La garantía de la aplicación uniforme del derecho comunitario mediante el mecanismo de colaboración con los jueces nacionales a través de la interpretación prejudicial.
- Sobre la acción de incumplimiento, el Tribunal se ha pronunciado en muchas ocasiones. Incluso en la misma sentencia que ahora es objeto de este comentario realiza una detallada explicación de los propósitos de dicha acción, indicando que esta no es un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y tampoco un recurso de apelación, revisión o alzada, por lo tanto, mediante esta:
 - No se pueden anular o revocar actos administrativos.
 - No se pueden otorgar derechos o declararlos.
 - Tampoco se pueden restablecer situaciones jurídicas subjetivas vulneradas.
 - Solo evalúa si los criterios o fundamentos jurídicos contenidos en los actos administrativos o jurisdiccionales contravienen o no el ordenamiento andino.
 - No conduce su análisis a valorar medios probatorios.
 - De igual manera, el artículo 25 del Tratado de creación del TJ-CAN y el literal b) del artículo 49 de su Estatuto establece como requisito de la acción de incumplimiento la necesidad de pruebas que acrediten la afectación de un derecho subjetivo o un interés legítimo del demandante bajo los siguientes supuestos:
 - La afectación debe ser concreta, real y directa.
 - La respuesta del presunto afectado a dicha afectación es oportuna.

De este modo, ha indicado el mismo TJCAN que se debe tratar de conductas verificables y susceptibles de ser revertidas en el tiempo presente porque puede incluso haber conductas que no resulten relevantes tutelar al amparo de una acción de incumplimiento, puesto que, al llegar a la jurisdicción, ya no representan una afectación a la eficacia del ordenamiento jurídico andino porque:

- Han sido suspendidas unilateralmente por los países.
- Son revertidas a instancia de la SGCA antes de llegar al fuero del TJCAN.

También ha expresado el mismo Tribunal que dicha acción no pretende realizar una búsqueda activa de conductas de incumplimientos para sancionarlas, sino lograr el cumplimiento de obligaciones y compromisos, así como garantizar la eficacia del ordenamiento jurídico andino.

Teniendo en cuenta lo anterior, notamos que hay suficiente claridad en que la acción de cumplimiento no es un mecanismo de control *ex ante* de las actuaciones de los Estados. En otras palabras, no se vislumbra como una acción anticipatoria del comportamiento de los Estados. Suponer entonces que un Estado, al interpretar y aplicar una norma andina en una situación futura puede vulnerar el ordenamiento andino si la interpreta y aplica de determinada manera, excede los propósitos de dicha acción.

También conviene precisar que el demandante no logra demostrar una afectación concreta, real y directa; incluso su actuación evidencia que era consciente de la probabilidad de que la norma no fuera contraria a la normatividad comunitaria. Si hubiese tenido certeza sobre ello, ni siquiera hubiese tenido que demandar, porque, en tal caso, dicha normativa se encontraría suspendida⁹ en virtud de los principios de prevalencia, aplicación directa e inmediata de la normatividad andina.

Cabe recordar que ya habíamos repasado previamente las competencias del TJCAN, notando que, si bien en el marco del diálogo y la cooperación judicial hay mecanismos como la interpretación prejudicial que contribuyen, valga la redundancia, a la interpretación uniforme del derecho comunitario, hemos de suponer que, si se presentara una situación concreta como el supuesto de hecho planteado por el TJCAN en una controversia que sea sometida al conocimiento del juez nacional, correspondería entonces aprovechar el diálogo que se da vía interpretación prejudicial para indicar la manera en que debe interpretarse la norma comunitaria, sin embargo, aun así, el alcance sería limitado, toda vez que incluso en esas circunstancias el TJCAN no está facultado para pronunciarse sobre el derecho interno.

9 “Dejará de aplicarse automáticamente, la norma interna que de algún modo contradiga o resulte irreconciliable con la norma comunitaria” (Proceso 129-IP-2012).

Por último, me gustaría manifestar que, aunque es difícil determinar anticipadamente los resultados prácticos del presente fallo, preocupa que la interpretación propuesta por el TJCAN pueda vaciar de contenido la aplicabilidad efectiva de las medidas de control cuestionadas, razón por la cual espero que este breve comentario sea útil para realizar una reflexión desde la perspectiva académica, reconociendo que una de las actividades más complejas de ejecutar por parte de los Estados es la intervención en las actividades económicas de los particulares, que, en el caso que nos ocupa, se expresa principalmente a través de la facultades de IVC sobre las SGC, ejercida habitualmente por las autoridades nacionales competentes en materia de derecho de autor y derechos conexos, las cuales están sometidas, entre otros, al desafío de mantener el delicado equilibrio que siempre debe existir entre las libertades económicas y el interés público que justifica la intervención del Estado en la economía.