

PROCESO 22-IP-98

Interpretación prejudicial de los artículos 9, 45 literales a), k), l) y 30, 43 y 44 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, solicitada por el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz,. Autor: Sociedad de Autores y Compositores de Colombia. Interpretación de oficio de los artículos 9 y 51 de la misma Decisión. Expedientes internos N° 3272 y 3274, Caso: SAYCO Y OTROS.

Quito, Noviembre 25 de 1998

EI TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

V I S T O S:

Que el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, a través del Consejero Ponente doctor Néstor Rafael Ariza Muñoz, dentro del proceso de nulidad instaurado por la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, SAYCO, contra la Resolución N° 1098 de 31 de octubre de 1994, expedida por el Director General de la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional de Derecho de Autor de la República de Colombia, relacionada con el reconocimiento de personería jurídica a la Sociedad Nacional de Autores y Editores "SONATA", solicita a este Tribunal comunitario, interpretación por la vía prejudicial del artículo 45 literales a), k) y l), y de los artículos 43 y 44 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Que este Tribunal, al admitir la solicitud reconoce la legitimación del Consejo de Estado de la República de Colombia para requerir la presente interpretación conforme al artículo 29 del Tratado de Creación de Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y que éste, a su vez, tiene competencia para resolver según el artículo 28 del mismo instrumento.

Que la consulta prejudicial se tramita con observancia de lo dispuesto por el artículo 61 del Estatuto del Tribunal, indicándose el nombre del juez nacional que formula la solicitud; la relación de las normas del ordenamiento jurídico cuya interpretación se requiere; el lugar y dirección en donde el despacho judicial solicitante recibirá la notificación correspondiente; la identificación de las causas que han originado la solicitud y el siguiente informe sucinto de los hechos que la autoridad consultante estima relevantes para la interpretación:

"...Mediante solicitud de 1° de junio de 1994 el Secretario General de la sociedad nacional de Autores y Editores "SONATA", solicitó el reconocimiento de la personería jurídica y autorización de funcionamiento para dicha entidad.

"Surtido el trámite de rigor, la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial - Dirección Nacional del Derecho de Autor, expidió la Resolución núm. 1098 de 31 de octubre de 1994, por medio de la cual reconoció personería jurídica a "SONATA" como sociedad de gestión colectiva de derechos de autor sin ánimo de lucro e impartió aprobación de los estatutos, por considerar que reunía los requisitos de ley."

La Sociedad de Autores y Compositores de Colombia, SAYCO, demandó ante el Consejo de Estado la nulidad de la Resolución 1098 de 1994, citada.

"5. Para sustentar los cargos de violación de las normas indicadas en la demanda, adujo la sociedad actora lo siguiente:

"Se violó el artículo 45 literales a), k) y l) de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que prevén que para que la oficina nacional competente otorgue autorización de funcionamiento de la sociedad ésta debe obligarse a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas; y a cumplir con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los países miembros.

"La entidad demandada violó la norma precitada por cuanto SONATA no podía constituirse dado que no llenaba los requisitos antes señalados. En cuanto al número de socios, 39 de los que figuran en el listado son miembros de SAYCO. Los 9 editores que figuran en la lista de dicha sociedad no pertenecen a la misma actividad, toda vez que deben ser autores de obras musicales, o sea, creadores, titulares originarios y no derivados.

"De dicho listado se deben descontar los 39 socios pertenecientes a SAYCO y 9 editores, quedando la nómina reducida a 74 socios, lo cual viola las leyes internas existentes, dado que para que pueda funcionar la sociedad aludida se exige un número de 100 socios..."

Este Tribunal comunitario considera del caso referirse además a otros aspectos de la demanda, a la contestación de la demanda formulada por la Unidad Administrativa Especial, Dirección Nacional de Derechos de Autor y a la impugnación de la demanda presentada por la Sociedad Nacional de Autores y Editores "SONATA".

Argumentos adicionales de la Demanda

La Sociedad de Autores y Compositores de Colombia SAYCO mediante representante legal, en su libelo de demanda, señala que la Sociedad SONATA no llena los requisitos legales exigidos por la ley comunitaria, Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, y por las leyes internas colombianas, particularmente el artículo 12 de la ley 44 de 1993 sobre número mínimo de 100 socios requeridos para la constitución de una sociedad de gestión de derechos de autor, ya que de los 122 socios deben descartarse 9 editores no pertenecientes a la misma actividad, según la exigencia especial de la norma aludida y además porque según el literal e) del artículo 4º de la ley 23 de 1982, el editor "es titular a título derivado de los derechos que recibe del autor por virtud de la cesión que éste le hace. No es titular originario.", además según la actora deben descartarse 39 socios pertenecientes a la sociedad de gestión SAYCO que fueron considerados y presentados ante la Dirección citada como pertenecientes a SONATA sin haberse producido la renuncia o retiro de la Sociedad SAYCO, violándose el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 que exige como requisito para la autorización de funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva de derechos de autor, que la nueva sociedad se obligue a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieren renunciado previa y expresamente a ellas. Agrega que los socios pertenecientes a SAYCO han venido recibiendo las liquidaciones correspondientes a su derecho de autor por parte de esa sociedad, para los años de 1993 y 1994.

Establece que el procedimiento utilizado para la constitución de la sociedad SONATA fue violatorio de la normatividad jurídica tanto comunitaria como interna y en él se cometió fraude procesal.

Señala como concepto de violación por parte de la Resolución 1098 de 31 de octubre de 1994, que el acto fue expedido en forma irregular violando el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo colombiano y excediendo las facultades otorgadas a funcionarios públicos. Señala que por formar parte la Decisión 351 de la normatividad andina, según la Corte Suprema de Justicia colombiana, los países signatarios están sujetos a ella de manera directa por virtud del traslado de competencias que las partes contratantes hicieron voluntariamente en el Tratado constitutivo, por cesión o tránsito de prerrogativas de lo nacional a lo supranacional.

Expresa que la Dirección Nacional de Derechos de Autor no ha debido expedir la Resolución cuestionada y señala que existe una dicotomía no entendible en la Resolución al autorizar, por una parte, a SONATA para ejercer las atribuciones señaladas por la legislación autoral, y por otra, al disponer que el reconocimiento de SONATA no entraña "autorización de funcionamiento".

Indica que la sociedad SONATA "no podía constituirse puesto que, además de no llenar el número mínimo de socios para tal fin, 39 de los que figuran en el listado entregado a la Dirección Nacional son miembros de SAYCO...". De otra parte los 9 editores que figuran en la lista suministrada por SONATA "no pertenecen a la misma actividad" puesto que no reúnen el requisito exigido por la OMPI que define al autor como "la persona que crea una obra" en tanto que el editor musical no es titular de derechos de autor sino que realiza su función como mero intermediario en el proceso de difusión, careciendo de fuerza creativa, precisamente porque el autor "le ha cedido la explotación de unos derechos", todo lo cual indica que la presencia de los editores musicales en SONATA no puede entenderse dentro del concepto legal de socios y que los editores de acuerdo con la convención de Roma de 1961 son más bien protegidos dentro de los "derechos conexos".

Añade que del listado de socios de SONATA deberán adicionalmente descartarse los 39 de ellos pertenecientes a SAYCO que se hicieron figurar en el acto constitutivo de la sociedad pero que obedecieron a manipulaciones y violaciones legales y estatutarias de la sociedad SONATA. Indica que los socios de la entidad objeto de la Resolución acusada no podían pertenecer a otra entidad nacional o extranjera dedicada a la misma actividad, y su pertenencia era constitutiva de una inhabilidad e incompatibilidad para los socios.

Estima que tampoco se dio cumplimiento al literal l) del artículo 45 de la Decisión 351 que exige para la autorización de funcionamiento de una sociedad colectiva, el cumplimiento de los demás requisitos establecidos "en las legislaciones internas de los Países Miembros". Por todo lo anterior solicita declarar la nulidad de la Resolución demandada y además pide la suspensión provisional de dicho acto por ser manifiestamente violatorio de normas legales y constitucionales colombianas y de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Contestación de la Demanda

La Unidad Administrativa Especial, Dirección Nacional de Derechos de Autor, en la contestación a la demanda, destaca los siguientes argumentos en favor de la legalidad de la Resolución acusada:

a) Se refiere al artículo 9° de la Decisión 351 para indicar que según esta norma una persona natural o jurídica distinta del autor puede ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra, de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas y que según la ley interna "los titulares de los derechos de autor y de los derechos conexos podrán transmitirlos a terceros en todo o en parte" (artículo 182 de la ley 23 de 1982). Indica con base en la doctrina que cuando un autor ceda su derecho patrimonial a un tercero esta cesión coloca al cesionario en las mismas condiciones en las que se encontraba su cedente (Delia Lipszyc). Indica que la intención del legislador comunitario de 1993 fue la de "permitir que se pudieran asociar todos los titulares sin distinción alguna", pues en caso contrario, la restricción a la libertad de asociación para los titulares derivados, estaría imponiendo limitaciones y restricciones al debido ejercicio y protección de derechos de autor.

Concluye a este respecto la Dirección de Derechos de Autor, que los editores musicales a quienes se les ha cedido parcialmente el derecho patrimonial por titulares de obras de esta naturaleza, han adquirido total o parcialmente la posición jurídica de su cedente y por tanto es posible que ellos puedan asociarse "como titulares derivados de derechos de autor con otros titulares de derechos de autor".

b) En cuanto a la prohibición contenida en el literal k) del artículo 45 de la Decisión 351, en el sentido de que las sociedades de gestión colectiva deben obligarse a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieren renunciado "previa y expresamente a ellas", se refiere "a un requisito que debe ser cumplido para obtener la autorización de funcionamiento que prevé el artículo 43 de la Decisión".

Indica la demandada que el gobierno nacional no ha reglamentado el tema de la autorización de funcionamiento de la sociedades colectivas y por tanto la Dirección de Derechos de Autor no está habilitada legalmente para imponer o exigir la autorización de funcionamiento de que trata la Decisión 351, ya que ello requiere de un desarrollo legal y específico por lo cual la Dirección "no exigió el permiso de funcionamiento a la Sociedad Nacional de Autores y Editores SONATA".

Agrega que no "obstante lo anterior, al momento de otorgar la personería jurídica a SONATA (esto es cuatro meses después de la solicitud), dicha Asociación se encontraba constituida por más de 100 socios que acreditaron ser titulares de derechos de autor.

En concepto de la Dirección "en las solicitudes de reconocimiento de personería jurídica impetradas ante la Dirección, ni la Sociedad de Actores y Compositores de Colombia, SAYCO, ni ninguna otra sociedad de gestión colectiva se constituye **per se** en tercero interesado...", sin que sociedades existentes de gestión colectiva del mismo género puedan impedir su conformación. Sin embargo indica que en el trámite la sociedad SAYCO tuvo oportunidad de hacer valer sus derechos en forma plena.

Aduce que SAYCO fue la sociedad que precisamente se encargó de "suministrar la información de las renunciaciones que ante ellas se habían presentado por los socios que intentaban constituir la

sociedad SONATA, renunciadas que se presentaron conforme a las prescripciones estatutarias. Señala que la intención del artículo 4º de la Resolución 1098 de 1994 "no fue otra que la de advertir a la sociedad, que a pesar de haber sido constituida con posterioridad a la vigencia de la Decisión 351 de 1993, en manera alguna la eximía de solicitar la autorización de funcionamiento, una vez el gobierno nacional expida la reglamentación correspondiente".

Para concluir explica que no existe la falsa motivación a que alude el actor y que la sociedad SONATA cumplió con todos los requisitos de ley habiendo velado la Dirección de Derechos de Autor por la legalidad de los hechos y por el acceso efectivo de los socios de SONATA a sus derechos subjetivos, respetando el derecho. Indica que no se consideran violados los requisitos del número mínimo de 100 socios y que no se incurrió en violación alguna al artículo 45, literal k) de la Decisión 351.

Impugnación de la Demanda por la Sociedad SONATA

La Sociedad Nacional de Autores y Editores SONATA, mediante apoderado coadyuva a la contestación de la demanda impugnando los argumentos de la actora para indicar que SONATA cumplió los requisitos legales exigidos en el artículo 12 de la ley 44 de 1993, acerca del número mínimo de 100 socios y que los socios editores tienen para efectos legales la misma calidad de los autores, exigiéndose sólo que pertenezcan a una misma actividad que en este caso es la musical. Indica que previo a la constitución de una sociedad de gestión colectiva no puede pretenderse que algunos de sus miembros hubieran renunciado de antemano a SAYCO y que la circunstancia de haberseles hecho las liquidaciones semestrales correspondientes no es indicativa de la intención del autor de permanecer afiliado a SAYCO.

Explican que las renunciadas presentadas a SAYCO "no se hicieron para cumplir con los requisitos de la Decisión andina 351 para funcionar, ya que en Colombia aún no se ha expedido autorización de funcionamiento a ninguna sociedad de gestión colectiva de derechos de autor, derechos conexos, y las sociedades reconocidas... funcionan con base en el otorgamiento de la personería jurídica" como ocurre con SAYCO. Agrega que la personería jurídica no constituye autorización de funcionamiento. Por ello en la Resolución acusada el artículo 1º reconoce personería jurídica e imparte aprobación a los Estatutos de SONATA y el artículo 2º autoriza ejercer las atribuciones otorgadas a las sociedades de gestión colectiva e indica que quedarán sometidas a la inspección y vigilancia de la Dirección de Derechos de Autor, autorizando a la sociedad constituida para desarrollar su objeto social.

La coadyuvante presenta como excepciones la carencia de legitimación en la causa del actor puesto que la Resolución acusada es un acto administrativo de carácter particular y los legitimados para actuar deben ser quienes crean lesionado su derecho y que ese derecho está amparado legalmente ya que al no existir disposición jurídica que ampare a SAYCO para que sus socios no renuncien a la misma, ésta carece de legitimación para actuar.

Con base en lo anterior la parte coadyuvante de la demandada solicita del Consejo de Estado desestimar la petición de nulidad y restablecimiento del derecho, formulada contra la Resolución 1098 de 1994.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

CONSIDERANDO:

I. NORMAS JURÍDICA QUE VAN A INTERPRETARSE

Además de las normas contenidas en la ley comunitaria, Decisión 351, artículos 43, 44 y 45 literales a), k) y l), estima del caso el Tribunal interpretar también los artículo 9 de la Decisión 351 citado en la contestación de la demanda, sobre titularidad de los derechos patrimoniales de autor por parte de una persona natural o jurídica distinta del autor y 51, inciso 1o. y literal b) de la misma norma, sobre atribuciones de la Oficina Nacional Competente.

"DECISION 351

"**Artículo 9.-** Una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros.

"**Artículo 30.-** Las disposiciones relativas a la cesión o concesión de derechos patrimoniales y a las licencias de uso de las obras protegidas, se regirán por lo previsto en las legislaciones internas de los Países Miembros.

"**Artículo 43.-** Las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y de Derechos Conexos, estarán sometidas a la inspección y vigilancia por parte del Estado, debiendo obtener de la oficina nacional competente la correspondiente autorización de funcionamiento.

"**Artículo 44.-** La afiliación de los titulares de derechos a una sociedad de gestión colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos, será voluntaria, salvo disposición expresa en contrario de la legislación interna de los Países Miembros.

"**Artículo 45.-** La autorización a que se refiere el artículo anterior, se concederá en cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que las sociedades de gestión colectiva se constituyan de conformidad con las leyes que rigen estas sociedades en cada uno de los Países Miembros;
- k) Que se obliguen a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, del país o del extranjero, que no hubieran renunciado previa y expresamente a ellas;
- l) Que cumplan con los demás requisitos establecidos en las legislaciones internas de los Países Miembros..."

"CAPITULO XII

DE LAS OFICINAS NACIONALES COMPETENTES DE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS."

"**ARTICULO 51.-** Las Oficinas Nacionales de Derechos de autor y Derechos Conexos son competentes para:

- b) Ejercer la función de autorización, inspección y vigilancia de las asociaciones o entidades de gestión colectiva".

II. NATURALEZA Y FINES DE LAS ASOCIACIONES O SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

La filosofía de las sociedades de gestión colectiva se deriva de la doctrina y de la ley comunitaria; de ellas se desprenden sus atribuciones de administrar los derechos de los asociados según sus normas orgánicas, procurando los mejores beneficios para ellos, como los del fomento de la producción intelectual y el mejoramiento de la cultura. Por conducto de estas entidades que se llamarán en adelante dentro de esta sentencia "Sociedades de Gestión" pero que se conocen también como Sociedades de Administración o Sociedades de Percepción o Asociaciones de Gestión, se realiza el ejercicio de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos. Dícese que "en un sentido lato, siempre que haya una actuación conjunta de un grupo de autores o de titulares de derecho de autor o conexos podría decirse que se está en presencia de esta actividad" como una forma de actuar "en interés de una pluralidad de autores o titulares de derechos", que se efectúa "por un tercero, persona natural o jurídica al que cada uno de estos le haya otorgado los oportunos poderes de representación -gestión colectiva- por 'agentes'". (Delgado Porras Antonio, "La Función de las Sociedades de Gestión de Derechos de Autor y Derechos Conexos". Condiciones necesarias para su cumplimiento, Curso de la OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, en Cooperación con el Ministerio de Educación y Cultura del Ecuador, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena y la Sociedad de Autores y Editores (SGAE), Quito, noviembre de 1995).

La existencia de la sociedad de Gestión Colectiva se justifica por la doctrina, por los siguientes motivos:

- a) El ejercicio individual del derecho de autor resulta de muy difícil cumplimiento frente a la diversidad de usos que de la producción artística o literaria se realiza a través de comunicaciones públicas como radio, televisión, salas de fiesta, tecnología digital, etc.
- b) Los derechos de simple remuneración concedidos a los artistas por la Convención de Roma y por las leyes nacionales no podrían llevarse a efecto sin la gestión colectiva.
- c) La existencia de un gran número de artistas, escritores y en general titulares de derechos de autor con una relativamente débil posición negociadora y contractual para salvaguardar los derechos de remuneración, requiere de una efectiva representación por conducto de las sociedades de gestión.
- d) La garantía para el usuario de poder obtener licencia de uso por parte de una sociedad de gestión, que representa a todos los artistas.

En síntesis la administración colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos se justifica cuando tales derechos "no pueden ejercerse en la práctica de manera individual o cuando desde el punto de vista económico sea desventajosa" (Pérez Solís Miguel, "La Gestión Colectiva en los Umbrales del Siglo XXI: de los Derechos Conexos", publicado en la Memoria del Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Montevideo 1997, pág. 14).

La existencia de estas sociedades se justifica aún más frente al progreso y desarrollo de la tecnología digital que permite almacenar una inmensa cantidad y combinación de categorías de obras y fonogramas y en general de datos combinado en sistemas de multimedia, sistemas en los que las sociedades de gestión están en mejor capacidad de seguir el rastro de las interpretaciones o ejecuciones de obras protegidas por derecho de autor, respecto de las cuales ha concedido licencia.

Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica las sociedades de gestión colectiva, aunque no reguladas en las convenciones internacionales, tienden a ser organizadas como instituciones de naturaleza privada en algunos países europeos, en Estados Unidos y en Latinoamérica, sin perjuicio de que puedan ser sometidas a autorización de funcionamiento, a fiscalización o vigilancia por parte del Estado, a la intervención para el señalamiento de tarifas, etc.. No participan estas instituciones de la naturaleza de sociedades mercantiles, por cuanto no están sujetas al aporte de capital de sus miembros, no se constituyen **in tuitu personae**, no tienen fines de lucro, lo cual no indica que estén impedidas de desarrollar actividades económicas o actos mercantiles. Para algunos las anteriores características hacen que las entidades de gestión sean consideradas más bien como asociaciones **sui generis**, sujetas a una regulación detallada (Véase Antequera Parrilli Ricardo, Derechos de Autor, Dirección Nacional de Derechos de Autor, Caracas, segunda Edición, 1998, págs. 688 y 689). La Decisión 351 no define explícitamente la naturaleza privada o pública de estas sociedades.

En la sociedad de gestión la relación jurídica entre ésta y sus miembros o asociados puede ser la del mandato con representación para la administración de los derechos de autores, artistas o productores, el cual puede ser voluntario o por imperio de la ley. Consideran los tratadistas que la relación entre la asociación y sus miembros se asimila a una concesión o a una "cesión fiduciaria" con respecto a los derechos patrimoniales que ceda (Delgado Antonio, "Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos", citado por Antequera Parrilli, obra citada, pág. 697). La sociedad sólo podrá realizar las gestiones para las cuales el miembro o asociado haya accedido.

Pueden ser miembros las sociedades de gestión colectiva, en términos generales, los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos, de otra advirtiéndose sí que no existe la posibilidad jurídica para que en una misma sociedad converjan miembros pertenecientes a una y otra categoría, como se indica más adelante en esta sentencia.

III. OFICINA NACIONAL COMPETENTE

Considera el Tribunal importante referirse al artículo 51 de la Decisión 351 en concordancia con el artículo 1 de la misma normativa para indicar que cuando la ley habla de oficina nacional competente se entiende, por definición de la propia ley comunitaria en su artículo 1, que es el órgano administrativo encargado de la protección y aplicación del derecho de autor y derechos conexos, cuya competencia está señalada en el capítulo 12 relativo a las oficinas nacionales competentes, cuando señala que éstas son competentes para ejercer las atribuciones allí conferidas en relación con esta materia y en particular al establecer que las sociedades de gestión colectiva están facultadas para ejercer la función de autorización, inspección y vigilancia de tales asociaciones o entidades de gestión.

No existe pues vacío en la ley comunitaria con relación a las facultades asignadas a las oficinas nacionales competentes para ejercer las atribuciones sobre derecho de autor, derechos conexos y entidades de gestión colectiva, de manera que para su puesta en ejecución por cada uno de los Países Miembros, no se requiere de reglamentación interna a manera de "complemento indispensable" que en opinión de este Tribunal sólo es aplicable frente a la ausencia de regulación en la norma comunitaria, como lo ha señalado jurisprudencia anterior, tal como pasa a estudiarse en el siguiente aparte.

IV. RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA JURÍDICA Y AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO DE LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN

En el proceso interno generador de la presente consulta se debate el tema de la distinción entre el reconocimiento de personería de una sociedad colectiva de gestión por la oficina nacional competente y la autorización de funcionamiento propiamente dicha, indicándose que por el primero se reconoce la existencia de tal personería y se permite a la sociedad ejercer su razón social una vez que la autoridad nacional competente declare formalmente constituida la sociedad. Cosa distinta es la autorización de funcionamiento.

Aunque las dos formas relacionadas con la constitución y funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva debieran estar comprendidas dentro de una sola actuación administrativa, para que la sociedad una vez nacida a la vida jurídica pueda ejercer su capacidad de actuación en forma plena, debe indicarse que, de todas maneras, 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 subregión, sujeta al control y vigilancia del Estado.

La autorización de funcionamiento que en términos de la doctrina administrativa se conoce como un "acto condición", hace que los sujetos de derecho para los cuales se declare que reúnen los requisitos exigidos por la ley, puedan ejercer sus atribuciones. Se ha dicho que a través de la autorización se ejerce el control del acceso de estas organizaciones a la gestión autoral y de allí nace la vigilancia del Estado para asegurar el cumplimiento de las condiciones de funcionamiento exigidas en la ley. 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 (artículos 46, 47 y 50). La autorización de funcionamiento no es el acto por el cual se da reconocimiento de la existencia jurídica de la sociedad, sino que constituye un acto administrativo de habilitación de la sociedad para que desarrolle su actividad dentro del marco legal establecido.

El reconocimiento de personería en cambio está destinado a dar nacimiento a la sociedad como ente jurídico distinto de los socios individualmente considerados. Podría decirse que la personería jurídica se produce en el momento en que se constituye legalmente una sociedad por el reconocimiento que de ella haga el Estado, pero por ese sólo hecho no puede entrar a funcionar sin la autorización previa del estado (Oficina Nacional Competente), que debe hacerlo una vez comprobado el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley comunitaria.

Cuestión importante se suscita en el caso en estudio con la autorización de funcionamiento, pues la exigencia del literal k) del artículo 45 de la Decisión 351 en el sentido de que las sociedades de gestión colectiva deben obligarse a no aceptar miembros de otras sociedades de gestión del mismo género, sino cuando hubieren renunciado previamente a ellas, se ha establecido que es un requisito que debe cumplirse para obtener la autorización de funcionamiento. De manera que si por falta de desarrollo reglamentario de la ley comunitaria en el derecho interno para regular la autorización de funcionamiento se llegare a argüir -como lo ha hecho la Dirección General de Derechos de Autor- que la norma comunitaria no se ha podido poner en efecto, quedarían en suspenso y sin poder vinculante las determinaciones de la Decisión 351 relativas a los requisitos que deben cumplirse para la autorización de funcionamiento, entre ellos el del literal k) aludido.

Sobre este punto debe enfatizar el Tribunal, en primer lugar, que la norma comunitaria en estudio sí señaló claramente el régimen de autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva, como se desprende de lo establecido en el artículo 43 de la misma Decisión en concordancia con el artículo 45, que asignan categóricamente a la oficina nacional competente la facultad de autorizar el funcionamiento de las sociedades previo el cumplimiento de requisitos tales como los contenidos en los literales k) y l) sobre obligación de los asociados de no aceptar miembros de otras sociedades de gestión del mismo género y sobre cumplimiento de los demás requisitos señalados en las legislaciones internas. Es decir, cuando la ley comunitaria se refiere en concreto a las oficinas nacionales competentes identificándolas como las Direcciones de Derechos de Autor y a ellas les asigna la función de expedir las autorizaciones de funcionamiento, indudablemente debe entenderse que el tema está regulado a nivel comunitario, y a éste le es aplicable el principio ampliamente reconocido por este Tribunal de aplicación directa, inmediata y prevalente en cada uno de los Países Miembros.

Sobre el tema de la aplicación directa de la ley comunitaria el Tribunal ha sentado, a propósito de la obligatoriedad de la Decisión 344 de la Comisión sobre régimen de propiedad industrial, jurisprudencia que se reproduce a continuación en su parte pertinente por ser aplicable al caso controvertido internamente:

"...tiene carácter obligatorio en los 5 países miembros y debe ser directamente aplicable en ellos por imperio de los artículos 2o. y 3o. del Tratado fundacional del Tribunal.

"Queda pues, al margen de cualquier duda, discusión o cuestionamiento, la vigencia y el carácter obligatorio de dicha Decisión, por imperio de las normas comunitarias citadas y por el artículo 27 del Acuerdo de Cartagena, como fuente de derecho primario, que, con las normas de derecho derivado contenidas en la Decisión 344, constituyen parte del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. La obligatoriedad de la Decisión 344 como norma de carácter comunitario se halla ratificada por el artículo 27, inciso 2o. del Acuerdo y el artículo 5o del Tratado de Creación del Tribunal.

"La vigencia y obligatoriedad de la norma citada es producto de la libre voluntad de los países signatarios del Acuerdo y del Tratado de Creación del Tribunal, por ser la Decisión el desarrollo legislativo del Acuerdo, encomendado a la Comisión, la que, estando compuesta por plenipotenciarios de los 5 Países Miembros, así lo ha determinado, pactado y convenido.

"Sus disposiciones en cuanto a patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, marcas, lemas y nombres comerciales, marcas colectivas y denominaciones de origen tienen pues carácter obligatorio para los países pactantes.

"Allí se contiene todo lo que los países miembros están obligados a hacer en la materia regulada. Conforme lo reconoce la misma legislación comunitaria (Decisión 344), todo lo no legislado por ella es remitido a la legislación nacional para que sus desarrollos se ajusten a reglas compatibles con la aplicación preferente del derecho comunitario, como se explica en el siguiente punto...". (Proceso 10-IP-94, Gaceta Oficial No. 177 de Abril 20 de 1995).

De esta jurisprudencia deduce el Tribunal que el régimen de autorización de funcionamiento señalado en la Decisión 351 debió aplicarse en todos los Países Miembros a partir del 21 de diciembre de 1993 fecha en la cual entró a regir dicha normativa, en virtud de su promulgación en la Gaceta Oficial del Acuerdo N° 145 (artículo 3o. del Tratado). Allí se señala la diferencia entre constitución y autorización funcionamiento de una sociedad de gestión colectiva, diferencia que también recoge el siguiente párrafo del doctor Antequera Parilli, en la obra citada pág. 706: "la organización aspirante a desempeñar atribuciones propias de la gestión colectiva una vez constituida con las formalidades anotadas, debe proceder a solicitar la autorización del Estado para su funcionamiento a través de la Dirección Nacional del Derecho de Autor".

Es importante precisar el momento en que ha debido producirse la autorización del funcionamiento para poder establecer, dentro del caso en estudio, cuándo la nueva sociedad debió comprobar el número de socios y cumplir con la obligación de acreditar la renuncia de miembros pertenecientes a sociedades del mismo género, para poder determinar si en el caso concreto resultó válida o no la renuncia de los 39 socios que venían siendo miembros de la sociedad preexistente, SAYCO. Corresponderá al juez nacional verificar, con base en las pruebas allegadas y a la luz de las normas del derecho andino citadas atrás (artículo 43 y 45 de la Decisión 351) si la Dirección General de Derechos de Autor de Colombia al dictar la Resolución 1098 de 1994 acusada, se ciñó a las exigencias para la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión contenidas en el ordenamiento jurídico de la subregión.

V. CALIDAD DE AUTORES Y EDITORES, Y DIFERENCIACIÓN CON LOS TITULARES DE DERECHOS CONEXOS.

Se debate en el proceso interno la distinta calidad del autor propiamente dicho de una obra y del editor de la misma, hasta el punto de que la demandante considera que los editores que figuran como miembros de la nueva sociedad de gestión no pertenecen a la misma actividad del autor ya que, según el actor, el editor es un mero intermediario en el proceso de difusión de una obra, carece de fuerza creativa y por esas circunstancias no puede formar parte éste de una sociedad de gestión, con lo cual el demandante asimila al editor más a un titular de derechos conexos.

Por ello estima el Tribunal indispensable referirse a la distinción entre derecho de autor como titularidad originaria, y al editor, como titularidad derivada. En primer lugar debe decirse que el derecho de autor nace para éste con la creación de la obra intelectual. Para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, el autor es la persona que crea una obra. Esta definición coincide con la de autores como Antequera Parilli y otros, así como con el Proyecto de Ley de Derecho de Autor patrocinado por la Business Software Alliance (BSA) que hace recaer

la protección de derecho de autor sobre todas las obras del ingenio de carácter creador, de naturaleza literaria, artística o científica. La noción es recogida también por la Decisión 351 cuando en su artículo 3 define al autor como la persona física que realiza la creación intelectual. La Protección al derecho de autor comienza pues en el momento de creación de la obra sin que para ello se requiera trámite o inscripción alguna. El autor es titular de su derecho **per se** hasta el punto de que el artículo 8 de la Decisión 351 señala que se presume autor a la persona cuyo nombre aparece indicado en la obra. Por eso se le califica como titular del derecho en calidad de autor, lo cual no impide que una persona natural o jurídica sin ser creador de una obra pueda ostentar titularidad de los derechos patrimoniales de una obra a la luz de lo señalado en el artículo 9 de la Decisión 351.

De la naturaleza del derecho de autor se desprende que siendo el autor a quien le corresponde la titularidad originaria del derecho por ser creador de la obra, tiene la facultad de transferir a un derecho-habiente su derecho patrimonial. Ese derecho-habiente es quien adquiere la calidad de titular del derecho patrimonial en forma derivada. Corresponde pasar a establecer ahora cómo se realiza la transmisión de un derecho a otra persona y qué calidad ostenta quien lo recibe. Sólo así, a la luz de la norma comunitaria, se podrá despejar la duda presente en el proceso interno, acerca de si en una misma sociedad de gestión colectiva pueden o no coexistir el autor y el editor.

Sobre la naturaleza del acto por el cual se transfiere el derecho patrimonial de autor no existe coincidencia entre quienes se ocupan de este tema. Para algunos (Planiol y Ripert, citado por Antequera) -los que conciben el derecho autoral como perteneciente a la **propiedad intelectual**- la transmisión se realiza como una venta, Para otros se trata de una delegación o autorización para el ejercicio del derecho patrimonial (Della Costa Héctor, citado por Antequera) y para otros, el fenómeno es el de una cesión especial, no exclusiva del derecho pecuniario por parte del autor o de un cesionario autorizado para ello. El cesionario final del componente patrimonial de los derechos de autor adquiere el título en forma derivada, por medio de la cesión. Así lo reconoce expresamente el artículo 30 de la Decisión que se interpreta, al distinguir la cesión, de las licencias de uso de obras protegidas.

Sea una u otra la tendencia que se acoja -puesto que el artículo 9 de la Decisión 351 deja este aspecto a la regulación de las legislaciones internas de los Países Miembros- lo cierto es que los derecho-habientes en su calidad de cesionarios se subrogan al autor para el ejercicio de los derechos patrimoniales cedidos, ocupan su lugar, por así decirlo, y por tanto mal puede afirmarse que siendo titulares tanto el uno como el otro, sean considerados como pertenecientes a actividades distintas. No es aceptable pues para este Tribunal que los titulares originarios y derivados estén impedidos de participar como miembros de una misma sociedad de gestión colectiva.

VI. INCOMPATIBILIDADES PARA LA AFILIACION.

Los artículos 43 y 45 de la Decisión 351 exigen a las sociedades de gestión colectiva obtener la autorización de funcionamiento por parte de la Oficina Nacional Competente de cada País Miembro, y dentro de los requisitos para obtenerla se establece, en el literal k) del último artículo citado, la obligación de no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género que no hubieren renunciado previa y expresamente a ellas, lo que entraña evitar la competencia entre sociedades de gestión.

En el tema de la no concurrencia entre sociedades del mismo género, las tendencias doctrinales van desde la prohibición absoluta de autorizar el funcionamiento de sociedades de gestión paralelas en el mismo género de actividad, dotándolas de carácter público, como en Italia, donde ejercen una especie de actividad monopólica en su campo de acción, hasta las legislaciones que aceptan la existencia de una sociedad por categoría de obras y una sola sociedad para los derechos conexos (Alemania y Suiza). En la subregión andina, sin embargo, se permite la coexistencia de diversas sociedades de gestión del mismo género pero en forma restrictiva obligando a la sociedad, como requisito para su autorización, a no aceptar miembros de otras sociedades del mismo género, del exterior o del país que no hubieren renunciado **previa y expresamente** a ellas, como lo determina el literal k) de la decisión 351.

La regla de la no competencia tiene por objeto evitar los efectos negativos que, como consecuencia de la coexistencia, se pueden presentar tanto para los titulares como para los usuarios de las obras que se pretenda proteger.

La exigencia del literal k) del Artículo 45 citado de no aceptar a miembros que pertenezcan a otras sociedades del mismo género, en la práctica evita la inconveniente proliferación de las mismas. La doctrina coincide en sostener que "Una de las condiciones básicas (e incluso imperativas) que han de darse..." para alcanzar el objetivo "de no concurrencia de varias sociedades en el mismo sector de derechos gestionados o quizás mejor la de evitar, en lo posible, la existencia de organizaciones paralelas". (Delgado Porras, Antonio, "La Función de las Sociedades de Gestión de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Condiciones necesarias para su cumplimiento", documento preparado para el Curso de la OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, Quito 1995, pág. 17).

Si bien la sociedad de gestión colectiva debe regirse para su constitución por las leyes internas de los Países Miembros, es necesario que dentro de los estatutos se tomen en consideración los requisitos a que se refiere el artículo 45 de la Decisión 351. De encontrar la oficina nacional competente que los miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género no hubieren renunciado previamente, debe requerir la renuncia antes de conferir la autorización o, en caso contrario debería proceder a concederla después de haber excluido de los socios que presenten incompatibilidades, salvo que no se llegue al número necesario que señale la ley interna.

En la materia concreta de esta consulta, la renuncia exigida en el literal que se comenta, debe producirse con anterioridad y como requisito indispensable para obtener la autorización de funcionamiento, de manera que para ese momento se haya perfeccionado legalmente el retiro de los miembros que vayan a conformar la nueva sociedad, con respecto de la sociedad antigua. Sobre este particular considera el Tribunal que corresponde al Juez nacional determinar si en el caso concreto sometido a su definición se cumplieron, según la legislación interna los trámites y condiciones necesarios para la renuncia de la calidad de miembro. Queda pues a la apreciación del juez determinar el momento exacto en el que debió perfeccionarse la renuncia, habida cuenta de que -según la narración de los hechos y las consideraciones de la Resolución 1098 de 1994 de la Dirección General de Derechos de Autor, demandada- lo que se hizo fue actuar sobre el reconocimiento de personería jurídica de la sociedad de gestión propuesta, advirtiendo que no se trataba de una autorización de funcionamiento, pero anotando, en forma equívoca, que la

sociedad debía desarrollar su objeto en los términos de los estatutos aquí aprobados, con observancia de los preceptos que le impone la ley..." dentro de la cual se encuentra naturalmente la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de aplicación prevalente.

VII. DEBIDA MOTIVACIÓN

A diferencia de lo que sucede en virtud del artículo 95 de la Decisión 344, la 351 no expresa el requisito de motivación de los actos de la Oficina Nacional Competente. Esta circunstancia no significa que la concesión o negativa de la autorización pueda carecer de la debida motivación. En aplicación de los principios generales de derecho administrativo, este Tribunal estima del caso referirse a continuación al tema, como lo hizo en el Proceso 4-AN-97:

"...La motivación de los actos administrativos refleja las razones que inclinaron al órgano emite a pronunciarse en uno u otro sentido, tomando como antecedente las normas legales y los hechos materiales o situaciones fácticas que precedieron a la expedición de un acto y que lo justificarían, constituyen su causa y su razón de ser. La motivación se contrae en definitiva a explicar el por qué de la Resolución o Decisión, erigiéndose por ello en un elemento sustancial del mismo -y hasta en una formalidad esencial de impretermisible expresión en el propio acto si una norma expresa así lo impone- y cuya insuficiencia, error o falsedad puede conducir a la nulidad del acto. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por el administrador respecto del derecho y los hechos, por una parte, y de otra, la declaración final por él adoptada frente a los efectos que dicho acto va a producir, constituye la ecuación jurídica necesaria para que pueda hablarse de una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación". Son estos principios generales que se desprenden de la jurisprudencia del Tribunal, ratificada recientemente en la interpretación prejudicial emitida con motivo del caso N° 05-AN-97 del 8 de junio de 1998. (G.O. 361 del 7 de agosto de 1998, interpretación prejudicial 04-AN-97, del 17 de agosto de 1998).

"...la motivación tanto jurídica como de hecho, vendría a constituir de esta manera la causa del acto, expresada por el sujeto del mismo, quien emite su voluntad con el objeto de producir efectos jurídicos concretos, encaminados a alcanzar una finalidad necesariamente vinculada con el interés general o colectivo". (Interpretación prejudicial N° 04-AN-97, del 17 de agosto de 1998)..."

Corresponderá al juez nacional determinar si la Resolución impugnada cumple con el requisito de debida motivación de los actos administrativos, según las reglas del derecho interno.

En desarrollo de lo anteriormente expuesto en esta sentencia,

EI TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA,

C O N C L U Y E:

1. Las sociedades de gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos, son organizaciones de derecho privado destinadas a representar a los titulares de estos derechos en interés general de los asociados, que hacen posible el ejercicio colectivo de los derechos patrimoniales de autor y de derechos conexos. Pueden ser socios de las sociedades de gestión

colectiva los autores y los titulares de derechos de autor, de una parte y los titulares de derechos conexos de otra, pudiendo converger en una misma sociedad, titulares originarios y derivados de una misma rama de la actividad autoral.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 51 de la Decisión 351 de la Comisión de la Comunidad Andina, en concordancia con los artículos 1 y 12 de la misma norma, el ejercicio de las funciones de fomento y protección de los derechos de autor y derechos conexos corresponde a las oficinas nacionales competentes, sin que para la puesta en vigor de estas facultades se requiera reglamentación o complemento jurídico interno.

3. Por medio de la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva, los Países Miembros deben ejercer el control de acceso y la vigilancia de la gestión autoral de estas organizaciones, como lo prescriben los artículos 43, 45, 46, 47 y 51 de la Decisión 351. La normativa andina a este respecto goza de aplicación directa e inmediata, así como de preeminencia sobre el derecho nacional, desde la fecha en que entró a regir la Decisión 351, por virtud de su promulgación en la Gaceta Oficial del Acuerdo.

4. En desarrollo de lo dispuesto por los artículos 1, 3 y 9 de la Decisión 351, así como de la doctrina más generalizada, en virtud del fenómeno jurídico de la cesión de derechos, pueden pertenecer a una misma sociedad de gestión colectiva tanto los titulares originarios de derechos de autor como los titulares derivados de los derechos patrimoniales respectivos.

5. Como requisito para la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva por parte de la oficina nacional competente de cada País Miembro, según lo establecido en los artículos 43 y 45 de la Decisión 351, tales oficinas tienen la obligación de no aceptar miembros de otras sociedades de gestión colectiva del mismo género, que no hubieren renunciado previa y expresamente a ellas, para dar cumplimiento a la regla de la no competencia entre sí, a fin de evitar los efectos negativos de la coexistencia de sociedades de gestión para los titulares y usuarios de las obras que protegen.

6. Corresponde al juez nacional establecer si en el caso bajo su estudio se dio cumplimiento a los requisitos señalados por el artículo 45 de la Decisión 351, particularmente el referido al perfeccionamiento de la renuncia de los miembros que estaban llamados a conformar la nueva sociedad, desligándose jurídicamente de la sociedad antigua.

De conformidad con el artículo 31 del Tratado de Creación de este Tribunal, el Consejo de Estado de la República de Colombia, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, deberá adoptar la presente interpretación al dictar sentencia dentro de los procesos N° 3272 y 3274.

Notifíquese al nombrado Consejo de Estado, mediante copia sellada y certificada, y remítase igualmente copia certificada de esta interpretación prejudicial a la Secretaría General de la Comunidad Andina para su publicación oficial.

Roberto Salazar Manrique
PRESIDENTE
Juan José Calle y Calle

MAGISTRADO

Gualberto Dávalos García

MAGISTRADO

Luis Henrique Farías Mata

MAGISTRADO

Patricio Bueno Martínez

MAGISTRADO

Patricio Peralvo Mendoza

Secretario a.i.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.- La sentencia que antecede es fiel copia del original que reposa en el expediente de esta Secretaría. CERTIFICO.-

Patricio Peralvo Mendoza

SECRETARIO a.i.