

# **MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS EN COLOMBIA**

NIXON JEFREY GIL AGUIRRE\*

## **INTRODUCCIÓN**

El ordenamiento jurídico colombiano, a la luz del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), ha sufrido reformas en la estructura del aparato jurisdiccional, en un intento por responder a distintas situaciones, como por ejemplo la congestión de los despachos judiciales, dando lugar a que las funciones jurisdiccionales no solo sean ejecutadas por la rama jurisdiccional propiamente. La Constitución Política de Colombia establece en su artículo 116 que excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas, e igualmente, el Código General del Proceso, en su artículo 24, consagra que algunas autoridades administrativas están debidamente facultadas para desempeñar funciones jurisdiccionales.

En materia de procesos de derechos de autor y conexos, el numeral 3 literal b del artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 establece el ejercicio de funciones jurisdiccionales en cabeza de la Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor; sin embargo, este régimen de paridad y unificación es de difícil interpretación cuando se habla de medidas cautelares. La Ley 1439 de 2011

\* Abogado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, especialista en Derecho Tributario Corporativo de la Universidad Externado de Colombia y candidato a especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia; diplomado en Alta Gerencia y Contratación Estatal; ponente en el XV Concurso Semilleros de Investigación del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Participante en diferentes versiones del Congreso Colombiano de Derecho Procesal, el Congreso Boyacense de Derecho Procesal, el Congreso Internacional de Derechos Humanos de la UPTC, el Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y el Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, las XI Jornadas Internacionales de Derecho Minero Energético y el XI Congreso Anual de Propiedad Intelectual: “Valuación de Activos Intangibles de Propiedad Intelectual: Armonización Jurídica, Financiera, Económica y Contable” de la Universidad Externado de Colombia, entre otros. Contacto: nixongil@hotmail.com.es. Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2016. Fecha de aceptación: 30 de noviembre de 2016. Para citar el artículo: Gil Aguirre, N. J. Medidas cautelares innominadas en la protección de los derechos de autor y conexos en Colombia. *Revista La Propiedad Inmaterial* n.º 22, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre 2016, pp. 57-82. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/16571959.n22.04>.

regula las funciones de inspección, vigilancia y control de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y establece que su director podrá, mediante resolución debidamente motivada, adoptar medidas cautelares como: a) el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derecho de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos; b) la suspensión en el ejercicio de funciones a los miembros del consejo directivo, del comité de vigilancia, al gerente, al secretario, al tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras; c) la suspensión de la personería jurídica y de la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras; y d) *cualquier otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.*

Incluido como medida cautelar innominada, el literal d, fue objeto de revisión constitucional mediante la sentencia C-835 de 2013. El análisis de la Corte verificó la existencia de contradicción constitucional, lo que dio como resultado la inexecutable de la medida; sin embargo, la Corte no examinó la viabilidad de la medida cautelar, en el sentido de que siendo nominada o innominada no implica prejuzgamiento, y, a pesar de reconocer que la aplicación de las medidas cautelares innominadas envuelve un alto grado de indeterminación, la Corte no las analizó como herramientas jurídicas indispensables en la protección de los derechos de autor y conexos. Con el fin de explicar la posición adoptada en este artículo, se entrará a examinar en primer lugar la definición de medida cautelar, su clasificación y origen, y en segundo término se analizarán las funciones jurisdiccionales que desempeña la Dirección Nacional de Derecho de Autor frente a los procesos de derechos de autor y conexos. Como propuesta, se sugerirá adecuar la norma para restablecer las medidas cautelares innominadas a nuestro ordenamiento jurídico, siempre que en su aplicación se respeten los parámetros requeridos por la Corte (igualdad y razonabilidad, entre otros). Se concluirá que se hacen necesarias las medidas cautelares innominadas, ya que con ellas no solo se protegen los derechos de los asociados a una sociedad de gestión colectiva, sino que también se garantiza la protección del derecho en conflicto, mientras se conoce el sentido del fallo, por ejemplo, en casos de plagio o piratería.

## I. ORIGEN

Las medidas cautelares surgen en la historia de forma paulatina; no es dable fechar su nacimiento, su origen en un tiempo y lugar específicos, pues su creación se dio de manera evolutiva, a través de etapas que introdujeron elementos importantes, para que se pudieran conformar y unificar en su esencia y estructura, tal y como se conocen en la actualidad.

En la época romana existían instituciones de carácter similar, como la *pignoris capio*, o instrumentos como el medio de coacción de que disponía el magistrado,

en virtud de su *imperium*, para embargar o secuestrar; de igual manera, en España se conocían figuras análogas, algunas determinadas en las Siete Partidas del Rey Alfonso “El Sabio”; específicamente, en la Tercera Partida, normas en materia procesal, en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, y en consecuencia el comprador perdía el precio pagado por ella, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda, asemejándose así al secuestro de la cosa litigiosa.

En Chile también existió la figura de la tutela cautelar, que luego se transformaría en la medida cautelar; al respecto, paulatinamente se ha avanzado de una concepción eminentemente conservativa o precautoria (piénsese en las figuras en torno a las cuales se realizó la construcción dogmática procesal de las medidas cautelares en Chile: secuestro, retención de bienes, prohibición de celebrar actos y contratos, nombramiento de interventor judicial, entre las más significativas) hacia un plano anticipativo de la resolución del litigio.

En materia internacional,

... las medidas cautelares no nacieron con el Tratado Internacional que creó la Corte Internacional o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino que tales medidas se establecieron en el Estatuto o en el Reglamento de estos órganos judiciales, es decir, su origen no es convencional. Este antecedente lo heredó el sistema interamericano, en relación con las medidas cautelares, con origen en el Reglamento de la Comisión Interamericana (art. 25) y las medidas provisionales tuvieron origen en la Convención Americana (art. 63.2). En conclusión, las medidas tienen sus antecedentes en América en la Convención que creó la Corte de Justicia Centroamericana y en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos<sup>1</sup>.

## 2. CONCEPTO

El concepto de las medidas cautelares desde el punto de vista doctrinal es muy amplio, pero a partir de los diferentes significados que se han dado a estas es posible definir las como un mecanismo de protección de los derechos humanos y los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional. La doctrina ha señalado que para dar una definición de medidas cautelares se ha de indagar en su finalidad; así, según comenta González Chévez, tanto Calamandrei como Carnelutti coinciden en señalar que la definición de las medidas cautelares, sin salirse del campo procesal, ha de buscarse, más que a partir de un criterio ontológico, a partir de un criterio teleológico; esto es, no atendiendo a la cualidad (declarativa o ejecutiva) de sus

<sup>1</sup> REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, ÁNGELA MARGARITA “Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica UCES*, Buenos Aires.

efectos, sino al fin al que sus efectos están pre-ordenados<sup>2</sup>; entonces, la definición de medidas cautelares está íntimamente ligada con la finalidad que persiguen<sup>3</sup>.

Etimológicamente y según el Diccionario de la Real Academia Española, “cautelar” significa prevenir o precaver; desde el punto de vista del derecho, señala la Real Academia que medida cautelar es “el dicho de una medida o de una regla: Destinada a prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”<sup>4</sup>. Por lo cual se puede considerar que las medidas cautelares son un mecanismo o institución judicial utilizada para la prevención o protección de un derecho que se encuentra ante una amenaza que puede causar infalibles e irreparables daños, lo que hace imperativa una protección inmediata y urgente de las condiciones fácticas y jurídicas que se encuentren amenazadas.

En el ámbito nacional, la Corte Constitucional define las medidas cautelares como:

... aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido<sup>5</sup>.

De otra parte, en Sentencia C-054 de 1997, la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a la naturaleza de esta institución, en el siguiente sentido:

En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido (por ejemplo el cobro ejecutivo de créditos), impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho (secuestro preventivo en sucesiones) o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado<sup>6</sup>.

2 GONZÁLEZ CHÉVEZ, HÉCTOR, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006, p. 80.

3 PRIORI POSADA, GIOVANNI, *La tutela cautelar*, Lima, Ara Editores, 2006, p. 106.

4 *Diccionario de la Real Academia Española (DRAE)*, 22.<sup>a</sup> ed., 2001.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-379/04 del 27 de abril de 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, exp. D-4974.

6 Corte Constitucional, Sentencia C-054 del 6 de febrero de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, exp. D-1384, citada también por PELÁEZ HERNÁNDEZ, RAMÓN ANTONIO, *Elementos teóricos del proceso*, t. 1, Bogotá, Doctrina y Ley, 2013, p. 447.

A nivel internacional, el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su artículo 25 dispone que en situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares para prevenir daños irreparables a las personas o al objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente, así como a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, con independencia de cualquier petición o caso pendiente. Estas medidas podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables.

En consecuencia, el número de medidas otorgadas no refleja el número de personas protegidas mediante su adopción; así, muchas de las medidas cautelares acordadas por la CIDH extienden la protección a más de una persona y, en ciertos casos, a grupos de personas, como pueden ser comunidades o pueblos indígenas. Asimismo, el Reglamento indica que el otorgamiento de esas medidas y su adopción por el Estado no constituirán prejuzgamiento sobre la violación de los derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables.

Para cerrar este acápite recordemos que Ibarra Valdivia define las medidas cautelares como una “institución procesal que sirve de instrumento al proceso principal, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la decisión final a la cual arribe el órgano jurisdiccional y al mismo tiempo protege el derecho que se discute en el proceso”<sup>7</sup>.

### 3. CARACTERÍSTICAS

Los planteamientos a nivel dogmático e investigativo respecto a las características de las medidas cautelares son muy dispersos, por lo cual es necesario realizar un análisis específico sobre las características más imperantes. Así, en Colombia pueden ser esbozadas desde una perspectiva sustancial y procesal, en primer lugar como una figura de creación *legal* cuya aplicabilidad, procedencia y características deben ser fijadas por el legislador, de acuerdo con los criterios que inspiran su actividad. En consecuencia, será el legislador quien determine en qué casos son procedentes según la evaluación que se haga de la incidencia en cada tipo procesal del aludido mandato.

Las medidas cautelares tienen características comunes en todos los ámbitos, dentro de las cuales está su *naturaleza excepcional*. Esto significa que proceden cuando resultan estrictamente necesarias para asegurar la ejecución de la sentencia.

De la misma manera que se consideran de naturaleza excepcional, tienen la característica de ser *temporales*, esto es, tienen una vida limitada en el tiempo, de

<sup>7</sup> IBARRA VALDIVIA, CÉSAR, *Medidas cautelares en los procesos de derechos de autor*, tesis doctoral, España, 2009, p. 187.

manera que subsistirán mientras existan los factores que las motivaron. Se decretan en un estado de amenaza, debiendo responder al nivel de riesgo o peligro en que se encuentre la persona destinataria de las mismas, y solo podrán ser aplicadas en cuanto fueren necesarias para garantizar su seguridad<sup>8</sup>. Cabe resaltar también la validez de esta característica en lo que hace a las medidas cautelares reales.

Igualmente las medidas cautelares son *instrumentales*, en relación al derecho sustancial, es decir que dentro de un proceso son un instrumento que tutela de manera mediata que contribuye a garantizar anticipadamente el eficaz funcionamiento de la justicia y tiene por objeto garantizar la efectividad de la sentencia<sup>9</sup>. Amparada en elementos como la accesoriedad y la dependencia.

En derecho penal se pueden encontrar las medidas cautelares de carácter *personal*, concebidas como un instrumento idóneo para contrarrestar el riesgo de que durante el transcurso del proceso el sujeto pasivo (de la medida) pueda realizar actos o adoptar conductas que impidan o dificulten gravemente la ejecución de la sentencia.

Desde una perspectiva universal, las medidas cautelares poseen un *carácter internacional*, pues guardan estrecha relación y armonía con los derechos humanos reconocidos en el ámbito global mediante convenios y tratados internacionales. Según la Corte Constitucional de Colombia, en esta esfera la naturaleza jurídica de una medida cautelar se considera como: “Un acto jurídico adoptado por un organismo internacional de protección de los derechos fundamentales mediante el cual se conmina al Estado demandado para que adopte, en el menor tiempo posible, todas las medidas necesarias, de orden administrativo o judicial, a fin de que cese una amenaza que se cierne sobre un derecho humano determinado”<sup>10</sup>.

Del mismo modo, se han considerado como características de las medidas cautelares la jurisdiccionalidad, la instrumentalidad y la provisionalidad<sup>11</sup>, agregándose a estas tres la proporcionalidad:

a. *Jurisdiccionalidad*: se sustenta en la idea de que, en la medida en que su materialización opera en virtud del ejercicio de la función jurisdiccional del Estado, es en ese escenario donde adquieren la preponderancia que les es atribuida.

b. *Instrumentalidad*: se expresa en el hecho de que están ligadas a la materialización de una decisión de orden judicial, independiente del momento procesal en que se adopten, es decir que pueden ser previas o decretadas en el curso mismo del proceso.

8 MONTENEGRO GALARZA, DANIELA, *La aplicación de las medidas cautelares personales*, disponible en: <[http://repo.uta.edu.ec/bitstream/handle/123456789/1253/3\\_TESIS%20DANIELA%20MONTENEGRO.pdf](http://repo.uta.edu.ec/bitstream/handle/123456789/1253/3_TESIS%20DANIELA%20MONTENEGRO.pdf)>.

9 MABEL DE LOS SANTOS, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar, semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales”, en Jaime Greif (coord.), *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002, p. 360.

10 Corte Constitucional, Sentencia T-524 del 20 de mayo de 2005, M.P.: Humberto Sierra Porto.

11 PELÁEZ HERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 449- 450.

c. *Provisionalidad*: el hecho de estar supeditadas al desarrollo y culminación del proceso significa que existe transitoriedad en las mismas, de tal manera que desaparecerán cuando, en virtud de una decisión, se ponga término a la actuación.

d. *Proporcionalidad*: se expresa en que en ningún caso puede haber exceso cuando de establecer el monto de la afectación en virtud de la medida cautelar se trata, especialmente en lo referente a embargos, pues en aras de no hacer más gravosa la situación del afectado existen unos límites para esa fijación.

Es pertinente aclarar desde ahora que la característica de jurisdiccionalidad de las medidas cautelares no es en sentido estricto exclusiva, pues, como se analizará más adelante, las medidas cautelares estudiadas en este artículo se dan en un escenario extrajudicial, apartado del ejercicio de funciones jurisdiccionales, esto tratándose de las funciones de inspección, vigilancia y control propias de la Dirección Nacional de Derecho de Autor.

#### 4. CLASIFICACIÓN

Es pertinente, para los fines de este trabajo, hacer mención exclusiva a la clasificación patrimonial y personal de las medidas cautelares. Las primeras tienen como propósito primordial la afectación de bienes, y sus modalidades son la inscripción de la demanda, el embargo y secuestro, la guarda y aposición de sellos, entre otras; las segundas recaen sobre las personas, siendo susceptibles de practicarse en aquellos procesos donde debe garantizarse la condición física o mental de las mismas, y pueden ser directas (si recaen sobre las personas directamente, como en la detención preventiva) e indirectas (si se dirigen a satisfacer necesidades de las personas que concurren al proceso, como en el caso de los alimentos).

#### 5. EJERCICIO DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES POR AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

De acuerdo a lo señalado por el artículo 116 superior, de manera excepcional la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Es así como el artículo 2.º de la Ley 1437 de 2011 señala los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos sectores, órdenes y niveles, los órganos autónomos e independientes del Estado, y dice que a los particulares que cumplan funciones administrativas se les denominará autoridades administrativas y estarán sujetos al ámbito de aplicación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Como se advierte, es la Constitución Política la que faculta a las autoridades administrativas a actuar con funciones jurisdiccionales, principalmente en situaciones originadas en la materia objeto de competencia de determinada autoridad administrativa. Con ello se busca descongestionar la administración de justicia, haciendo que las autoridades administrativas conozcan de aquellas situaciones pro-

pías de la jurisdicción ordinaria, que por dificultades, en ocasiones han impedido la materialización oportuna y eficaz de los fines estatales.

Bajo esta perspectiva, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, le da materialización a lo preceptuado por la Constitución, en el sentido de regular en su artículo 24<sup>[12]</sup> el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, como la Superintendencia de Industria y Comercio, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Financiera de Colombia, el Instituto Agropecuario y, para el caso específico de los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos, la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Sin embargo, estas funciones generan una competencia a prevención, es decir que no excluyen la competencia que la ley ha otorgado a las autoridades jurisdiccionales en estos asuntos; por consiguiente, no existen funciones jurisdiccionales exclusivas de las autoridades administrativas, donde el demandante esté en la obligación de acudir ante una autoridad administrativa, también tiene la posibilidad de acudir ante los

12 “Artículo 24. *Ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas.* Las autoridades administrativas a que se refiere este artículo ejercerán funciones jurisdiccionales conforme a las siguientes reglas:

“(...)

“3. Las autoridades nacionales competentes en materia de propiedad intelectual:

“a) La Superintendencia de Industria y Comercio en los procesos de infracción de derechos de propiedad industrial.

“b) *La Dirección Nacional de Derecho de Autor en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos.*

“c) El Instituto Colombiano Agropecuario en los procesos por infracción a los derechos de obtentor de variedades vegetales.

“*Parágrafo primero.* Las funciones jurisdiccionales a que se refiere este artículo, generan competencia a prevención y, por ende, no excluyen la competencia otorgada por la ley a las autoridades judiciales y a las autoridades administrativas en estos determinados asuntos.

“Cuando las autoridades administrativas ejercen funciones jurisdiccionales, el principio de inmediación se cumple con la realización del acto por parte de los funcionarios que, de acuerdo con la estructura interna de la entidad, estén habilitados para ello, su delegado o comisionado.

“*Parágrafo segundo.* Las autoridades administrativas que a la fecha de promulgación de esta ley no se encuentren ejerciendo funciones jurisdiccionales en las materias precisas que aquí se les atribuyen, administrarán justicia bajo el principio de gradualidad de la oferta. De acuerdo con lo anterior, estas autoridades informarán las condiciones y la fecha a partir de la cual ejercerán dichas funciones jurisdiccionales.

“*Parágrafo tercero.* Las autoridades administrativas tramitarán los procesos a través de las mismas vías procesales previstas en la ley para los jueces.

“Las providencias que proferian las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

“Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.

“Cuando la competencia la hubiese podido ejercer el juez en única instancia, los asuntos atribuidos a las autoridades administrativas se tramitarán en única instancia.

“*Parágrafo cuarto.* Las partes podrán concurrir directamente a los procesos que se tramitan ante autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales sin necesidad de abogado, solamente en aquellos casos en que de haberse tramitado el asunto ante los jueces, tampoco hubiese sido necesaria la concurrencia a través de abogado.

“(...)

“*Parágrafo sexto.* Las competencias que enuncia este artículo no excluyen las otorgadas por otras leyes especiales por la naturaleza del asunto” (resaltado fuera del texto original).

operadores generales de la justicia. Cabe aclarar que estas atribuciones otorgadas a las distintas autoridades administrativas deben tener en cuenta los principios de intermediación, oralidad y gradualidad de la oferta para su implementación. Al respecto, para el tema en discusión, la Dirección Nacional de Derechos de Autor, por medio de la Resolución 366 del 28 de noviembre de 2012, especificó que únicamente adelantará hasta diez trámites jurisdiccionales de manera simultánea.

Asimismo, entre los más recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional al respecto, se encuentra la sentencia C-436 del 2013<sup>[13]</sup>, donde declaró la exequibilidad de las funciones jurisdiccionales atribuidas a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, siempre y cuando la estructura y funcionamiento de esta entidad garantice los principios de imparcialidad e independencia en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas:

La Corte consideró que la atribución de funciones jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en los procesos relacionados con los derechos de autor y conexos, no viola los mandatos de precisión temática y orgánica derivados del artículo 116 de la Constitución. Adicionalmente constató que tal atribución no desconoce la prohibición de asignar a las autoridades administrativas funciones para instruir sumarios o juzgar delitos. No obstante lo anterior, este Tribunal identificó un riesgo de confusión entre las funciones administrativas de inspección, vigilancia y control y las funciones judiciales a cargo de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Considerando dicho riesgo y en atención a lo señalado por la jurisprudencia constitucional en casos semejantes, dispuso declarar la exequibilidad condicionada del literal demandado de manera tal que respete los principios de imparcialidad e independencia. La regla de atribución precisa, derivada directamente del artículo 116 de la Constitución, *exige que se delimiten adecuadamente las materias respecto de las cuales podrán ser ejercidas funciones jurisdiccionales y que se indiquen claramente las autoridades administrativas que serán titulares de la competencia para ello*. La disposición demandada, al aludir a los procesos en materia de “derechos de autor y derechos conexos”, delimitó la materia mediante una enunciación temática general determinada que la Corte ha considerado constitucionalmente admisible. El literal acusado también señaló específicamente la autoridad encargada indicando que lo sería la Dirección Nacional de Derecho de Autor. *Al constatar un riesgo de confusión entre el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control y el cumplimiento de las funciones judiciales asignadas a la Dirección Nacional de Derecho de Autor, se identificó un riesgo de indistinción entre unas y otras que podría afectar la imparcialidad e independencia*. Sin embargo no existía ninguna razón para considerar que ese riesgo fuera insuperable. En atención a los precedentes vigentes en la materia, al principio de gradualidad establecido en el parágrafo 2 del artículo 24 de la ley 1564 de 2012 y al principio democrático, la Corte declara la constitucionalidad de dicho literal bajo la condición consistente en que mediante los

13 Corte Constitucional, Sentencia C-436 del 10 de julio de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo, exp. D-9408.

procedimientos constitucionales previstos, se adopten las medidas que se requieran para asegurar que la estructura y funcionamiento de la Dirección Nacional de Derecho de Autor no afecten los principios de imparcialidad e independencia propios de la administración de justicia. En esas condiciones debe garantizarse: (1) que no pueda el mismo funcionario o despacho ejercer funciones judiciales en asuntos de derechos de autor o derechos conexos respecto de los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de alguna de las funciones administrativas; y (2) que las funciones judiciales asignadas sean desarrolladas por funcionarios distintos, que no tengan relación alguna de sujeción jerárquica o funcional frente a quienes dictaron o aplicaron pronunciamientos en materia de derechos de autor o conexos y que se refieran directamente al asunto que se somete a su conocimiento (resaltado fuera del texto original).

La Corte Constitucional concluyó que el ejercicio de funciones jurisdiccionales en la Dirección Nacional de Derecho de Autor genera confusión, y por ese motivo la sentencia es condicionada a que se respete la imparcialidad y la independencia, sin implicar que la entidad administrativa pueda cumplir funciones jurisdiccionales dentro del margen de inspección, vigilancia y control.

#### 5.1. DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR (DNDA)

La Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) fue creada mediante el Decreto 2041 de 1991, como organismo del Estado, con las características de Unidad Administrativa Especial adscrita al Ministerio de Interior. Propiamente tiene como objetivo:

... el diseño, dirección, administración y ejecución de las políticas gubernamentales en materia de derecho de autor y derechos conexos. *En tal calidad posee el llamado institucional de fortalecer la debida y adecuada protección de los diversos titulares del derecho de autor y los derechos conexos*, contribuyendo a la formación, desarrollo y sustentación de una cultura nacional de respeto por los derechos de los diversos autores y titulares de las obras literarias y artísticas<sup>14</sup> (resaltado fuera del texto original).

#### 5.2. FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR

Inicialmente el Decreto 2041 de 1991 establece que la Dirección Nacional de Derecho de Autor tendrá, entre otras, las siguientes funciones:

1. Diseñar, administrar y ejecutar las políticas gubernamentales en materia de derecho de autor y derechos conexos.

<sup>14</sup> Dirección Nacional de Derecho de Autor. "Definición", disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/definicion>.

2. Administrar el registro nacional de las obras literarias, artísticas, y de los actos o contratos vinculados con el derecho de autor o los derechos conexos.

3. *Ejercer la facultad de inspección y vigilancia sobre las sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos.*

4. Recomendar la adhesión y procurar la ratificación y aplicación a los tratados internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos.

5. Dictar las providencias necesarias con el objeto de cumplir los acuerdos internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos.

6. Capacitar y difundir el conocimiento del derecho de autor y los derechos conexos<sup>15</sup> (resaltado fuera del texto original).

### 5.3. DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

La Ley 23 de 1982, sobre Derechos de Autor, permite la protección de los *autores* de obras literarias, científicas y artísticas, así como de los *intérpretes o ejecutantes*, de los *productores de fonogramas* y de los *organismos de radiodifusión*, en sus derechos conexos a los del autor. Se entiende por obra “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida”<sup>16</sup>.

En el artículo 2.º de esta ley se indica que los derechos de autor recaen en obras *científicas, literarias y artísticas* que comprenden las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, como: libros, folletos, conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; obras dramáticas o dramático-musicales; composiciones musicales con letra o sin ella; obras coreográficas y pantomimas; obras cinematográficas, videogramas; obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía, obras fotográficas; obras de arte aplicadas; ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, topografía, arquitectura o a las ciencias; en sí, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse o definirse por cualquier impresión, o de reproducción por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer<sup>17</sup>.

Cabe destacar que al referirse a *derechos patrimoniales* en materia de derechos de autor, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) los considera

15 Dirección Nacional de Derecho de Autor. “Funciones”, disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/objetivos-y-funciones>.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-276 del 20 de junio de 1996, M.P.: Julio César Ortiz Gutiérrez, exp. D-1163.

17 Art. 2 del Cap. 1 de la Ley 23 de 1982, “sobre Derechos de Autor”.

como el elemento pecuniario de los derechos de autor diferente a los derechos morales. Los derechos patrimoniales permiten que el autor tenga, entre otros, el derecho exclusivo de realizar o autorizar la reproducción de la obra, la traducción, la adaptación, el arreglo, la transformación y la comunicación de la obra al público por medio de representación, ejecución, radiodifusión; sin importar si existe o no un pago oneroso para su disposición.

#### 5.4. SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA

Según el artículo 10 de la Ley 44 de 1993, los titulares de derechos de autor y derechos conexos podrán formar sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, sin ánimo de lucro y con personería jurídica, para la defensa de sus intereses conforme a las disposiciones establecidas en la Ley 23 de 1982 y en la misma Ley 44.

Estas sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos están sometidas a la inspección y vigilancia de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, y por tanto deben ajustarse a las funciones y atribuciones establecidas por la Decisión Andina 351 de 1993, la Ley 44 de 1993 y demás normas pertinentes.

En sentencia C-124 de 2013, la Corte Constitucional señala “que los autores y los titulares de obras literarias y artísticas están facultados para autorizar el uso de sus creaciones, para lo cual se prevé que el recaudo de los derechos de autor y conexos sea efectuado por el propio interesado, o por intermedio de personas jurídicas, denominadas sociedad de gestión colectiva que realizan tal actividad conjuntamente y sin ánimo de lucro”<sup>18</sup>. Aquí la Corte se refiere al respaldo que brinda la gestión colectiva que realizan dichas sociedades para sus afiliados.

Por otra parte, la Corte Constitucional señala el enfoque funcional esencialmente patrimonial que tienen las sociedades de gestión colectiva; así en la sentencia C-509 de 2004, donde establece que las sociedades de gestión colectiva son sociedades de contenido patrimonial, no en el entendido de buscar un lucro propio, “sino en la medida en que su función se centra en la recaudación de las remuneraciones provenientes por el pago de los derechos patrimoniales ligados al derecho de autor y conexos y su reparto entre los beneficiarios pertenecientes a la asociación”<sup>19</sup>.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-124 del 13 de marzo de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-9133.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-509 del 25 de mayo de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, exp. D-4892.

## 6. MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS EN LOS PROCESOS RELACIONADOS CON LOS DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

Para comprender de qué se tratan las medidas cautelares innominadas en los procesos de derechos de autor y conexos, se debe partir de la idea opuesta a innominado, es decir, comprender la definición de medidas cautelares nominadas. La medida cautelar surge de la posibilidad de proteger un derecho mientras aún se encuentre pendiente de decisión judicial. En este entendido, la medida cautelar se convierte en un instrumento:

La importancia de las medidas cautelares no se contrae, entonces, a la eficacia práctica de la sentencia. Quizá se observe mejor su utilidad si se les estudia como instrumentos para asegurar la efectiva aplicación del régimen jurídico a través del proceso judicial [...] se convierte en la herramienta idónea para proteger a quien busca la tutela jurisdiccional, de las consecuencias adversas que puede producirle el transcurso del tiempo o eventuales actos fraudulentos<sup>20</sup>.

Según Rangel Romberg, las medidas cautelares innominadas

... pueden definirse como aquellas no previstas en la ley, que puede dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

En nuestro régimen jurídico, las medidas cautelares están concebidas como un instrumento jurídico que tiene por objeto garantizar el ejercicio de un derecho objetivo, legal o convencionalmente reconocido, impedir que se modifique una situación de hecho o de derecho o asegurar los resultados de una decisión judicial o administrativa futura, mientras se adelante y concluye la actuación respectiva, situaciones que de otra forma quedarían desprotegidas ante la no improbable actividad o conducta maliciosa del actual o eventual obligado. Las medidas cautelares no tienen ni pueden tener el sentido o alcance de una sanción, porque aun cuando afectan o pueden afectar los intereses de los sujetos contra quienes se promueven, su razón de ser es la de garantizar un derecho actual o futuro, y no la de imponer un castigo<sup>21</sup>.

Entendidas como herramienta, las medidas cautelares pueden ser nominadas e innominadas; las primeras, expresadas y señaladas en la ley; las segundas, tema objeto de estudio, son las que no están señaladas en la ley y por esto no tienen

20 ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE, *La Teoría del Proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 221.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-054 del 6 de febrero de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, exp. D-1384.

ningún tipo de regulación; en este sentido se podría afirmar la existencia de una dicotomía: nominadas = regladas, innominadas = no regladas. Las medidas cautelares innominadas, o como las llaman algunos autores, *providencias cautelares innominadas*, se encuentran dentro de la esfera discrecional del juez; sin embargo, “este tema que, como se comprende, envuelve la cuestión más amplia de saber cuáles son los límites de la potestad judicial frente a esta clase de resoluciones”<sup>22</sup>, es objeto de especial análisis en materia constitucional, particularmente en la protección de principios constitucionales como el debido proceso, la legalidad, el acceso a la administración de justicia, el derecho de defensa, entre otros.

#### 6.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LOS PROCESOS DE DERECHOS DE AUTOR Y CONEXOS

De acuerdo a lo anterior y en materia de procesos de derechos de autor y conexos, las medidas cautelares forman parte de las competencias de inspección, vigilancia y control de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, destinadas exclusivamente a evitar algún tipo de acto fraudulento por parte de las sociedades de gestión colectiva que vulneren o atenten contra los derechos patrimoniales de sus afiliados.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor, además de tener las facultades de inspección y vigilancia de las sociedades de gestión colectiva (Dcto. 2041 de 1991), con la Ley 1493 de 2011 (“Por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de Gestión Colectiva y se dictan otras disposiciones”) ve adicionada la facultad de control determinada en el capítulo VII, artículos 25 a 29, referente a la funciones de inspección, vigilancia y control<sup>23</sup>, en los siguientes términos:

1. *Inspección*: es la atribución para “solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos, así como realizar auditorías periódicas o extraordinarias a las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor o de derechos conexos, con el fin de analizar su situación contable, económica, financiera, administrativa o jurídica”. Incluye además la posibilidad de practicar investigaciones administrativas sobre esas entidades.

2. *Vigilancia*: es la atribución permanente que permite velar por que dichas sociedades y sus administradores se ajusten a la ley y a los estatutos, para evitar: (a) abusos de sus órganos de dirección, administración o fiscalización, que impliquen

22 COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.ª ed., Buenos Aires, de Palma, p. 322.

23 Arts. 25 a 29 del Cap. VII de la Ley 1493 de 2011, “por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones”.

desconocimientos de los derechos de los asociados o violación grave o reiterada de las normas legales o estatutarias; (b) el suministro al público, a la Dirección Nacional o a cualquier organismo estatal, de información que no se ajuste a la realidad; (c) que no se lleve contabilidad acorde con la ley o con los principios contables generalmente aceptados; y (d) que se realicen operaciones no comprendidas en su objeto social.

3. *Control*: es la atribución que permite ordenar, mediante acto administrativo de carácter particular, los correctivos necesarios para “subsanan una situación crítica de orden jurídico”.

Los denominados correctivos se materializan en el artículo 30 la Ley 1493 de 2011 y no son más que medidas cautelares:

Artículo 30. *Medidas cautelares*. El Director de la Unidad Administrativa Especial-Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio del Interior podrá adoptar, en desarrollo de las funciones de inspección, vigilancia y control y mediante resolución motivada, las siguientes medidas cautelares inmediatas:

- a. El cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derecho de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos;
- b. Suspender en el ejercicio de sus funciones a los miembros del Consejo Directivo, del Comité de Vigilancia, al Gerente, al Secretario, al Tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;
- c. La suspensión de la personería jurídica y de la autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras;
- d. Cualquiera otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

Parágrafo. Las medidas cautelares podrán decretarse antes de iniciar una investigación, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio antes de que se profiera la decisión que le ponga fin. *La adopción de estas medidas no implicará prejuzgamiento*<sup>24</sup>.

La adopción de medidas por parte del director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor no implica prejuzgamiento, esto último como aclaración de que las medidas cautelares, a pesar de poder ser impuestas antes de proferirse decisión final (carácter preventivo), no se inmiscuyen en la condena. Se trata pues de

<sup>24</sup> Art. 30 del Cap. VII de la Ley 1493 de 2011, “por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones”.

mecanismos de medio (carácter instrumental) que buscan asegurar un resultado teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el riesgo por demora del trámite (*periculum in mora*). El tema del prejuzgamiento se profundizará *infra* en la propuesta.

Por su parte, el artículo 31 de la Ley 1493 de 2011 establece otras medidas a cargo del director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor:

La Dirección Nacional de Derecho de Autor también podrá tomar posesión de una sociedad de gestión colectiva para administrarla, cuando dichas asociaciones (i) no quieran o no puedan gestionar los derechos confiados por sus socios o por contratos de representación recíproca; (ii) sus administradores persistan en violar en forma grave las normas a las que deben estar sujetos, y (iii) cuando sus administradores hayan rehusado dar información veraz, completa y oportuna a la Dirección Nacional, o a las personas a quienes estas hayan confiado la responsabilidad de obtenerla<sup>25</sup>.

El artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, sobre la adopción de medidas cautelares, establece medidas nominadas e innominadas, siendo procedente indicar que la medida cautelar innominada contenida en el literal d –“Cualquier otra medida que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control”– es aquí el principal tema de estudio y debate, y se denominará a partir de ahora “medida innominada única”, la cual fue objeto de revisión constitucional mediante la sentencia C-835 de 2013, que reiteró lo establecido en la sentencia C-124 de 2013, al señalar que la Ley 1493 de 2013 trata asuntos patrimoniales de las sociedades de gestión colectiva, y no asuntos de derechos de autor y conexos.

En síntesis, como ha explicado la Corte Constitucional, la Ley 1493 de 2011 tiene por objeto la regulación de las condiciones fiscales, económicas, administrativas, financieras y tributarias para la realización de espectáculos públicos, así como también de los controles *que pueden ejercerse por una incorrecta o fraudulenta gestión de los mismos, sin que el objeto central de la ley sea regular los derechos de autor o establecer limitaciones frente a los mismos* (resaltado fuera del texto original).

No obstante, la Corte en la sentencia C-124 de 2013 no considera que mediante acciones incorrectas o fraudulentas por parte de las sociedades de gestión colectiva se pueden afectar derechos de autor y conexos. Pese a ser tema directamente tocante con las medidas cautelares en la protección de los derechos de autor y conexos, la Corte no entró a examinar que son escasos los mecanismos de protección de derechos de autor, en particular en estas actuaciones irregulares de las sociedades de gestión colectiva; sino que se limitó exclusivamente a determinar si con la apli-

<sup>25</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-436 del 10 de julio de 2013, M. Sustanciador: Mauricio González Cuervo, exp. D-9408.

cación de la medida innominada única se estarían vulnerando el debido proceso administrativo y los principios de legalidad y proporcionalidad:

Procede la Corte a establecer si la posibilidad de que la Dirección Nacional de Derecho de Autor pueda imponer cualquier medida cautelar que encuentre razonable, para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, otorgada en el literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, desconoce los principios de legalidad y proporcional y con ello el debido proceso administrativo.

Para resolver el cuestionamiento jurídico, la Corte utiliza la sentencia C-145 de 2009, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, que declaró inexecutable el literal h) del artículo 7.º del Decreto Ley 4333 de 2008, que habilitaba a la Superintendencia de Sociedades, en desarrollo de una intervención administrativa, a adoptar “cualquier otra [medida] que se estime conveniente para los fines de la intervención”, considerando que “evidentemente envuelve un alto grado de indeterminación, desconociendo los principios superiores de legalidad y proporcionalidad”.

En virtud de lo señalado por la sentencia C-145 de 2009, la Corte declara inexecutable la medida innominada única, establecida en el literal d) del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, por considerar que la mencionada era indeterminada y que con ello se desconocían principios de importancia jurídica, que no podían ser ignorados por el legislativo:

Con todo, permitir a la Dirección Nacional de Derecho de Autor imponer cualquier otra medida cautelar que encuentre razonable para garantizar el adecuado ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que le son propias, *tiene tal grado de indeterminación que desconoce el principio de legalidad exigible para este tipo de actuaciones administrativas, máxime que con ellas se restringe el derecho de asociación de las entidades vigiladas.*

Tal indeterminación resulta latente al constatar que impide incluso efectuar un adecuado análisis de proporcionalidad de la medida, para efectos de determinar si atiende o no principios y valores constitucionales, al punto que no permite establecer un aspecto tan relevante como si resulta idónea o no para cumplir los fines constitucionales propuestos por el legislador.

Resulta pertinente recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que una regulación de funciones administrativas por parte del legislador resulta “deficiente”, cuando las autoridades públicas no tienen ningún parámetro de orientación, de modo que los administrados no tienen certeza sobre cuál será la actuación concreta de los servidores públicos<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, exp. D-3287.

Así, el principio de legalidad consignado en el artículo 29 superior exige que las funciones públicas otorgadas a la administración estén previa y claramente establecidas de modo que se permita conocer los alcances del ejercicio de dichas facultades, sin que ello implique un rigorismo exhaustivo.

Empero, la indeterminación es tal, que impide a esta corporación establecer cuál sería el tipo de medida cautelar inmediata que esa entidad considere “razonable” imponer, para garantizar el adecuado ejercicio de sus funciones y, a partir de ello, establecer su idoneidad frente a los fines propuestos (resaltado fuera del texto original).

Adicional a lo anterior, la Corte Constitucional considera que la medida innominada única no es discrecional, siendo, por el contrario, una medida arbitraria que puede vulnerar el derecho de defensa de las sociedades de gestión colectiva. A su vez, afirma que las medidas innominadas únicas son un medio cautelar e innominado, “que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para “prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”<sup>27</sup>.

Como medida innominada única, no puede estar aislada de la ley, debe circunscribirse a un ordenamiento jurídico, so pena de ser inaplicada, y pese a que la Corte Constitucional indique que la medida cautelar innominada no es sinónimo de arbitrariedad; se evidencia que la Ley 1493 del 2011 no fijó los parámetros para la aplicación de la misma por parte de la autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales, permitiendo que el director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor adopte esta medida bajo su absoluto arbitrio:

Así, aunque las medidas cautelares innominadas no significan arbitrariedad, sino una facultad circunstancialmente atribuida al juez técnicamente para obrar consultando la equidad y la razonabilidad, al servicio de la justicia, los parámetros para su imposición se encuentran previamente establecidos en la ley, cosa que no ocurre en el caso ahora analizado, dejando al absoluto arbitrio de la Dirección Nacional de Derecho de Autor establecer no solo cuál sería la medida cautelar adoptada, sino también los parámetros de necesidad y razonabilidad para acudir a la misma.

## 7. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Corte Constitucional, al declarar inexecutable el literal en discusión de la Ley 1493 de 2011, imposibilita al director de la Dirección Nacional de Derecho de

<sup>27</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-835 del 20 de noviembre de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, exp. D-9626.

Autor para decretar medidas cautelares innominadas, en el entendido de que estas se consideran excesivamente amplias y que generan un alto grado de indeterminación; no obstante, la interpretación constitucional no adecua la medida innominada única a la lógica propuesta por el párrafo único de la Ley 1493 de 2011, que indica que la adopción de las mencionadas medidas cautelares, sean nominadas o innominadas, *no implicará prejuzgamiento*.

Considerando lo anterior, valdría la pena reflexionar si la lógica propuesta por el párrafo único de la Ley 1493 del 2011, donde la aplicación de la medida cautelar innominada no implica un prejuzgamiento, es suficiente y equivale a los criterios requeridos para la adopción de una medida cautelar innominada, como la equidad y la razonabilidad, teniendo en cuenta que las razones de inxequibilidad no atendieron a la no necesidad de las mismas, sino a la indeterminación en los parámetros para adoptarlas.

Con base en este análisis se pregunta: ¿existe la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas por parte del director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, que como órgano administrativo tiene funciones jurisdiccionales? Y si es posible adoptar estas medidas cautelares innominadas, ¿cuál sería el procedimiento de su trámite? La lógica nos indica que debería ser análogo al proceso judicial.

## 8. PROPUESTA

En primer lugar se responderá que no existen medidas cautelares innominadas en la Ley 1493 de 2011, ya que la única que existía –medida innominada única–, fue declarada inexecutable por la sentencia C-835 de 2013, luego el sustento jurídico que pretende proteger a los afiliados de las sociedades de gestión colectiva se ha limitado a: el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción a las disposiciones legales o estatutarias en materia de derechos de autor, por parte de las sociedades de gestión colectiva, entidades recaudadoras o de sus directivos; la suspensión en el ejercicio de sus funciones a los miembros del consejo directivo, del comité de vigilancia, al gerente, al secretario, al tesorero y al revisor fiscal de las sociedades de gestión colectiva y de las entidades recaudadoras; y la suspensión de la personería jurídica y autorización de funcionamiento de las sociedades de gestión colectiva y de las mismas entidades recaudadoras.

El director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor no tiene como herramientas jurídicas para la protección de derechos de autor y conexos las medidas cautelares innominadas, pese a que las mismas solo se ejercen en presencia de la verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el riesgo por la demora en el trámite (*periculum in mora*).

En esa sentido, no se comprende en últimas la naturaleza de la medida cautelar como instrumento de protección de un derecho, que se aleja de un prejuzgamiento; la medida cautelar no define al proceso, son el proceso y las circunstancias del mismo los que la hacen viable y útil; por ello, acogiendo lo señalado por el tratadista

venezolano Parés Salas<sup>28</sup>, se defiende la siguiente postura para llenar el vacío dejado por la inexequibilidad de la medida innominada única, que a su vez configura un elemento indispensable para el análisis y la propuesta ulteriores:

En síntesis, el que una medida otorgue provisionalmente la razón de una manera anticipada y con un fin bien definido a una de las partes –evitar que el transcurrir del tiempo necesario para determinar a quién le asiste la razón no perjudique a aquel que la tiene– no puede implicar jamás un prejuzgamiento. De afirmarse la tesis contraria, se destruiría, sin más, toda la construcción y la lógica de la protección cautelar. Decir que otorgar con base en meras presunciones y de manera provisional –insistimos, solo provisionalmente– la razón a una de las partes para evitar perjuicios irreparables o de muy difícil reparación, constituye prejuzgamiento del fondo, pareciera denotar un incorrecto entendimiento de las medidas cautelares.

Empero, supone que habrá de entenderse, pues, que el juez al confeccionar su fallo deberá insistir en que su decisión está fundada en meros indicios, en presunciones que, por tales, no pueden prejuzgar sobre la definitiva y que la dispositiva de la sentencia cautelar no vincula, de manera alguna, el contenido del fallo definitivo, el cual para confirmar, modificar, ampliándolo, restringiendo, o revocar la decisión cautelar.

En el mismo sentido se pronuncia Ibarra Valdivia, en materia de protección de derechos de autor en España:

Entre las medidas cautelares especiales establecidas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, existen algunas que son específicas para la protección de los derechos de autor, mal denominadas “propiedad intelectual”, precisamente éstas las estudiaremos detalladamente a continuación, pero antes procederemos a enunciarlas:

1.- El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado (artículo 727.1 Ley de Enjuiciamiento Civil).

2.- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

28 PARES SALAS, ALFREDO, “El adiós de las medidas cautelares innominadas del código de procedimiento civil o un ejercicio básico de interpretación jurídica”, *Revista de derecho administrativo* n.º 20, Venezuela.

3.- La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

4.- El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

5.- *Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio*<sup>29</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil es muy clara al establecer que pueden adoptar cualquier otro tipo de medida cautelar, que no se encuentra enumerada en el artículo 727, y que se encuentre establecida en una norma especial; es decir que se legitiman todas las medidas cautelares estudiadas en la Ley de Propiedad Intelectual.

El órgano jurisdiccional, podrá adoptar además cualquier otra medida cautelar siempre y cuando sean idóneas y se estimen necesarias para asegurar tanto la efectividad de la tutela judicial como para proteger los derechos de autor. Es decir que el legislador deja abierta la posibilidad de que se puedan adoptar otras medidas cautelares, provenientes de una legislación especial, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos y requisitos necesarios para su adopción válida.

Este artículo es de enorme amplitud, es autosuficiente y permite una ilimitada variedad de medidas cautelares, literalmente señala que el juez puede acordar como medida cautelar que estime necesarias para la efectividad de la tutela judicial. Dentro de esta libertad concedida, el actor es libre de solicitar cualquier tipo de medida cautelar sin limitaciones a priori, siempre que cumpla con los requisitos de ley<sup>30</sup>.

En las anteriores posturas se refleja la importancia que tienen las medidas cautelares innominadas en la protección de los derechos de autor y conexos, y que las autoridades judiciales podrán aplicar en atención al cumplimiento de la verosimilitud del derecho invocado o apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y al riesgo por la demora en el trámite (*periculum in mora*). Si se pretende que una autoridad administrativa, como la Dirección Nacional de Derecho de Autor, ejerza funciones jurisdiccionales, no se concibe que la misma carezca de medios judiciales que permitan la protección de los derechos de autor y conexos. Es imprescindible que se adecue la norma para establecer los parámetros reque-

29 IBARRA VALDIVIA, ob. cit., pp. 443-444.

30 Ibid., pp. 465-466.

ridos por la Corte en la aplicación de las medidas cautelares innominadas; así, en el entendido de que no son suficientes las medidas cautelares nominadas para proteger derechos vulnerados, es necesario acudir a las medidas innominadas, bajo criterios de racionalidad, razonabilidad, responsabilidad y proporcionalidad, con el fin de evitar la arbitrariedad y las subjetividades por parte del funcionario administrativo competente.

Otro punto importante es que el director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor no sea el único que imponga las medidas cautelares, siendo preciso que existan otros sujetos de derecho facultados para solicitarlas, teniendo legítima acción para defenderlas, aportando pruebas y medios válidos que permitan la adopción de las mismas, sin que esto afecte la imparcialidad del funcionario, por la misma fuerza del medio cautelar, que no implica prejuizgamiento.

Con ello se pretende dar más fuerza a lo contemplado por la Constitución en el artículo 116 y a lo señalado por la Ley 1564 de 2012, en el sentido de que las autoridades administrativas podrán ejercer funciones jurisdiccionales de acuerdo a las competencias legales que manejen, como en el caso de la Dirección Nacional de Derecho de Autoridad, que puede fungir como una verdadera entidad que aboga por la protección de los derechos de autor, y no solo por los económicos y patrimoniales, sino también por los morales y los que afecten directamente al autor de las obras literarias, científicas y artísticas, al igual que los derechos conexos, como lo establece la Ley 23 de 1982.

## CONCLUSIONES

La Corte Constitucional dispuso en sentencia C-436 de 2013 que la Dirección Nacional de Derecho de Autor ejerce funciones jurisdiccionales de manera condicionada: siempre que no afecte principios de imparcialidad e independencia propios de la administración de justicia, estableciendo que los funcionarios que se hubieren pronunciado anteriormente respecto a un tema referente a derechos de autor y conexos no podrán ejercer funciones judiciales, es decir que dichas funciones judiciales serán desarrolladas por funcionarios distintos.

Por consiguiente, la Ley 1493 de 2011 estableció unas medidas cautelares a cargo del director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor. Así, el artículo 30 menciona en sus primeros literales medidas cautelares nominadas, y en el literal d posibilita la presencia de una medida cautelar innominada, bajo un criterio razonable para garantizar la efectiva vigilancia, inspección y control de las sociedades de gestión colectiva.

Esta medida cautelar innominada fue objeto de revisión de constitucionalidad mediante la sentencia C-835 de 2013, que declaró la medida como inexecutable, bajo el criterio de que es altamente indeterminada y que las decisiones que adopte el

director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor puede ocasionar perjuicios a las sociedades de gestión colectiva.

La decisión adoptada por la Corte Constitucional imposibilita al director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor para imponer medidas cautelares diferentes a las contempladas en el artículo 30 de la Ley 1493 de 2011, desconociendo la existencia de medidas cautelares innominadas, que cumplen como propósito final con la protección de un derecho; puesto que las mismas no suponen una sentencia definitiva, son herramientas jurídicas que permiten, mediante su adopción, la salvaguarda de intereses para alguna de las partes, que de ser desconocidos podrían ocasionar un daño irreparable para quien tiene mayores probabilidades de vencer.

Para Parra Quijano, las medidas cautelares innominadas son aquellas que no están previstas expresamente por el legislador, si bien se faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte las decreta si las “encuentra razonables para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión” (lit. c, num. 1, art. 590 CGP).

Ahora bien, si en el actual Código General del Proceso se determinan las medidas cautelares innominadas como medida de protección, para impedir las consecuencias derivadas del conflicto, prevenir daños, o asegurar la efectividad de la pretensión, todo esto bajo la razonabilidad del juez, ¿por qué el director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor que ejerce funciones jurisdiccionales, dentro de sus competencias no puede adoptar la única medida cautelar innominada en relación con los procesos de derechos de autor y conexos de las sociedades de gestión colectiva, como lo contempla el artículo 24 numeral 3 literal b de la Ley 1564 de 2012?

Es este cuestionamiento el que permite señalar que la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C-835 de 2013, mediante la cual declaró inexecutable la única medida cautelar innominada, limita las funciones jurisdiccionales del director Nacional de Derecho de Autor, lo que implica, *per se*, que la norma no esté enfocada a lo preceptuado por la Constitución en el artículo 116 y lo señalado por el artículo 24 CGP que señala *stricto sensu* el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, específicamente por la Dirección Nacional de Derecho de Autor frente a procesos de derecho de autor y conexos, no solo inmersos en materia pecuniaria, sino también en materia propia de los derechos humanos que de manera indirecta se ven vulnerados, esto en la medida que, en conexidad con los derechos de autor, se pueden afectar derechos de los afiliados a las sociedades de gestión colectiva tales como la dignidad –al ser tratados como objetos en la obtención de un beneficio de lucro–, la vida, el mínimo vital y móvil, el régimen de seguridad social, entre otros de relevancia constitucional.

La decisión de la Corte Constitucional debatida en esta ponencia no permite concretar la naturaleza propia de la medida cautelar: por ningún motivo ha de entenderse como prejuzgamiento en el proceso la utilización de este instrumento

del ordenamiento jurídico que de manera provisional, y mientras se mantiene el proceso, protege un derecho que es objeto de discusión procesal, en este caso, los procesos relacionados a la protección de los derechos de autor y conexos.

Como propuesta, se plantea la incorporación, en materia de derechos de autor y conexos, de las medidas cautelares innominadas, adoptadas por el director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, no solo de manera oficiosa, sino también a petición de parte o de quien tenga un interés legítimo en la protección de los derechos de autor y conexos, como por ejemplo los afiliados a alguna de las sociedades de gestión colectiva en el país, que vean vulnerados sus derechos, como autor, intérprete, compositor, etc.; la decisión que adopte el director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor debe ajustarse al cumplimiento estricto de criterios cautelares, como la verosimilitud del derecho invocado y el riesgo por la demora en el trámite.

Con apoyo de la legislación española que permite la aplicación de la medida cautelar innominada, establecida en el numeral 5 del artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, específicas para la protección de lo que allí se denomina de propiedad intelectual, y en Colombia como derechos de autor: *Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.* Se cita a Ibarra Valdivia, en los siguientes términos:

La Ley de Enjuiciamiento Civil es muy clara al establecer que pueden adoptar cualquier otro tipo de medida cautelar, que no se encuentra enumerada en el artículo 727, y que se encuentre establecida en una norma especial; es decir que se legitiman todas las medidas cautelares estudiadas en la Ley de Propiedad Intelectual. El órgano jurisdiccional, podrá adoptar además cualquier otra medida cautelar *siempre y cuando sean idóneas y se estimen necesarias para asegurar tanto la efectividad de la tutela judicial como para proteger los derechos de autor.* Es decir que el legislador deja abierta la posibilidad de que se puedan adoptar otras medidas cautelares, provenientes de una legislación especial, *siempre y cuando se cumpla con los presupuestos y requisitos necesarios para su adopción válida*<sup>31</sup>.

Así, en el ordenamiento español, siempre que se cumpla con los requisitos de ley, el juez podrá establecer medidas cautelares innominadas, de manera similar a lo que ocurre en la legislación colombiana (art. 590 de la Ley 1564 de 2012), siendo entonces factible que el director de la Dirección Nacional de Derecho de Autor adopte las medidas necesarias bajo criterios razonables y racionales, que no se crucen con la arbitrariedad y las subjetividades, con el fin de cumplir el objetivo principal del proceso o pleito determinado con justicia y equidad para las partes.

31 *Ibid.*, pp. 465-466.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COUTURE, EDUARDO J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, De Palma.
- DE LOS SANTOS, MABEL, “Medida autosatisfactiva y medida cautelar, semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales”, en Jaime Greig (coord.), *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (DRAE). 22.<sup>a</sup> ed., 2001.
- GONZÁLEZ CHÉVEZ, HÉCTOR, *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*, México, Porrúa, 2006.
- IBARRA VALDIVIA, CÉSAR, *Medidas cautelares en los procesos de derechos de autor*, tesis doctoral, España, 2009.
- PARES SALAS, ALFREDO, “El adiós de las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil o un ejercicio básico de interpretación jurídica”, *Revista de Derecho Administrativo* n.º 20, Venezuela.
- PELÁEZ HERNÁNDEZ, RAMÓN ANTONIO, *Elementos teóricos del proceso*, t. 1, Bogotá, Doctrina y Ley, 2013.
- PRIORI POSADA, GIOVANNI, *La tutela cautelar*, Lima, Ara Editores, 2006.
- REY CANTOR, ERNESTO y REY ANAYA, ÁNGELA MARGARITA, “Medidas cautelares y medidas provisionales ante la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica UCES*, Buenos Aires.
- ROJAS GÓMEZ, MIGUEL ENRIQUE, *La teoría del proceso*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

## NORMAS JURÍDICAS

- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1493 del veintiséis (26) de diciembre de 2011, “por la cual se toman medidas para formalizar el sector del espectáculo público de las artes escénicas, se otorgan competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva y se dictan otras disposiciones”.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 del doce (12) de julio de 2012, “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 23 del veintiocho (28) de enero de 1982 “Sobre Derechos de Autor”.

## JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

- Sentencia C-276 del 20 de junio de 1996, M.P.: Julio César Ortiz Gutiérrez, exp. D-1163.

- Sentencia C-054 del 6 de febrero de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, exp. D-1384.
- Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, exp. D-3287.
- Sentencia C-379 del 27 de abril de 2004, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra, exp. D-4974.
- Sentencia C-509 del 25 de mayo de 2004, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett, exp. D-4892.
- Sentencia T-524 del 20 de mayo de 2005, M.P.: Humberto Sierra Porto.
- Sentencia C-436 del 10 de julio de 2013, M.P.: Mauricio González Cuervo, exp. D-9408.
- Sentencia C-124 del 13 de marzo de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, exp. D-9133.
- Sentencia C-436 del 10 de julio de 2013, M. Sustanciador: Mauricio González Cuervo, exp. D-9408.
- Sentencia C-835 del 20 de noviembre de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla, exp. D-9626.

#### INFOGRAFÍA

- “Protocolo de Cartagena de Indias”, 1985, disponible en: <<http://www.oas.org>>.
- “Protocolo de Managua”, 1993, disponible en: <<http://www.oas.org>>.
- “Protocolo de Washington”, 1992, disponible en: <<http://www.oas.org>>.
- DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. “Definición”, disponible en: <<http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/definicion>>.
- DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHO DE AUTOR. “Funciones”, disponible en: <<http://www.derechodeautor.gov.co/web/guest/objetivos-y-funciones>>.
- MONTENEGRO GALARZA, DANIELA. *La aplicación de las medidas cautelares personales*, disponible en: <[http://repo.uta.edu.ec/bitstream/handle/123456789/1253/3\\_TESIS%20DANIELA%20MONTENEGRO.pdf](http://repo.uta.edu.ec/bitstream/handle/123456789/1253/3_TESIS%20DANIELA%20MONTENEGRO.pdf)>.