

**LA INDEMNIZACION Y CUANTIFICACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR  
INFRACCIONES A LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL EN  
COLOMBIA**

**TRABAJO DE GRADO**

Para optar al título de Abogado

**Autores**

María Manuela Toledo Vallejo

Salomón Vásquez Castillo

**Asesor**

Andrés Márquez Acosta

(Abogado)

**ESCUELA DE DERECHO**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**MEDELLIN**

**2020**

## CONTENIDO

ABSTRACT .....	5
PALABRAS CLAVES .....	5
INTRODUCCION .....	5
1. CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y CONCEPTUALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL .....	9
1.1 Derechos de autor y derechos conexos.....	10
1.1.1 Derecho moral de autor.....	12
1.1.2 Derechos patrimoniales.....	16
1.1.3 El autor.....	18
1.1.4 Derechos conexos.....	19
1.1.5 La obra.....	21
1.1.5.2 Algunas clasificaciones de las de obras .....	23
1.2 Propiedad industrial .....	25
1.2.1 Signos distintivos.....	25
1.2.2 Nuevas Creaciones .....	28
1.2.3 Otros derechos de propiedad industrial.....	30
2. CAPITULO II: EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ORDENMAIENTO JURIDICO COLOMBIANO .....	33
2.1 Concepto de responsabilidad civil.....	33
2.2 Clases de responsabilidad civil .....	34
2.2.1 Responsabilidad civil contractual.....	35
2.2.2 Responsabilidad civil extracontractual.....	36
2.3 Sistemas de imputación de responsabilidad civil .....	37
2.3.1 Sistemas de imputación en el ordenamiento jurídico colombiano: .....	37

2.3.2	Sistema de imputación de responsabilidad civil aplicable a los casos de infracción a los derechos de propiedad intelectual.....	39
2.4	El daño y el perjuicio en la responsabilidad civil .....	41
2.4.1	Definición clásica de daño.....	41
2.4.2	Teorías sobre la distinción o ausencia de ella entre daño y perjuicio.....	42
2.5	Funciones de la responsabilidad civil.....	45
2.5.1	Función indemnizatoria y principio de reparación integral.....	45
2.5.2	Función preventiva.....	46
2.5.3	Función punitiva.....	47
2.5.4	Función de indemnización restitutiva.....	49
2.6	Necesidad sobre una nueva definición del concepto de daño.....	50
3.	CAPITULO III: TEORIAS DE LA INFRACCION Y EL DAÑO EN LA PROPIEDAD INTELLECTUAL.....	53
3.1	Teorías de la infracción y el daño en la propiedad intelectual.....	53
3.1.1	La infracción al derecho de propiedad intelectual no es constitutiva per se del elemento del daño.....	55
3.1.2	La infracción al derecho de propiedad intelectual da lugar a una presunción del daño.....	56
3.1.3	La infracción es constitutiva, per se, del elemento daño.....	58
3.2	Adopción de teoría.....	59
4.	CAPITULO IV: LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LA PROPIEDAD INTELLECTUAL.....	63
4.1	Probar la existencia del derecho.....	63
4.1.1	En materia de derecho de autor.....	63
4.1.2	En materia de propiedad industrial.....	63
4.2	Probar la existencia de la conducta infractora.....	64
4.3	Probar el daño causado.....	65

4.4	Relacionar el hecho infractor con el daño sufrido por el titular del derecho .....	71
4.5	Tasar los perjuicios .....	71
CONCLUSIONES.....		79
BIBLIOGRAFIA .....		81

## **ABSTRACT**

La globalización y el avance tecnológico y científico, ha supuesto una verdadera contradicción para la propiedad intelectual, ya que, si bien ha permitido un mayor desarrollo, también resulta evidente que, gracias a estos mismos aspectos, las infracciones a los derechos de propiedad intelectual son hoy en día evidentemente mayores de lo que pudieron serlo en años anteriores. Es a raíz de la necesidad expuesta que, surge la importancia de exponer los retos vigentes en materia de protección a los derechos de propiedad intelectual a través de la responsabilidad civil y el estudio de la efectividad o adecuación del marco jurídico colombiano en la misma materia, teniendo en cuenta el derecho nacional, la doctrina y el derecho comparado; con el fin último de presentar al lector una propuesta de solución a los desafíos referidos.

## **PALABRAS CLAVES**

Daño; Propiedad intelectual; Responsabilidad civil; Indemnización de perjuicios; cuantificación del daño; Intangibles; Infractor; Infracción.

## **INTRODUCCION**

En el mundo moderno, los bienes intangibles se han convertido en parte esencial del comercio, obteniendo así, un papel protagónico en la economía moderna. Solo en el año 2019 el valor de las 3 marcas más valiosas del mundo (Apple, Google, Microsoft)<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Forbes: The World's Most Valuable Brands. Recuperado de: <https://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>

superaron con creces el PIB de Colombia del mismo año<sup>2</sup>. Incluso así lo reconoce la revista Forbes en una publicación del año 2014, en la cual menciona que los activos no tangibles (intangibles) componen el 80% del patrimonio de las empresas<sup>3</sup> y continúa afirmando que este grupo de activos integran la mayoría del valor de la compañía.

Por lo anteriormente descrito, la propiedad intelectual se ha convertido en una preocupación prioritaria de las empresas y los individuos quienes buscan a través de los distintos medios de protección regulados por el Estado proteger sus bienes intangibles, que son por regla general, producto de arduos esfuerzos monetarios y creativos o el resultado de prácticas exitosas que llevan al aumento de la reputación de quienes las realizan. Esto con el fin de evitar que la competencia o terceros aprovechen las ventajas innovadoras, creativas o reputacionales que otorgan los bienes intangibles a sus titulares.

No obstante, en la práctica jurídica la protección de estos derechos se ve enfrentada a numerosas realidades y problemas prácticos, entre ellos, el tratamiento del daño en la propiedad intelectual, la cual conlleva una grave dificultad probatoria, debido a que en la teoría clásica para haber indemnización debe haber daño, y este último debe probarse; en ese orden de ideas probar el daño causado al titular de una intangible resulta especialmente difícil por los siguientes hechos, entre otros:

- Medir el daño causado de un bien intangible puede resultar difícil, impreciso o simplemente imposible.

---

<sup>2</sup> World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files. Recuperado de: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?end=2019&locations=CO&start=2019>

<sup>3</sup> JUETTEN, Mary. Pay Attention To Innovation And Intangibles, Forbes, 2014. Recuperado de: <https://www.forbes.com/sites/maryjuetten/2014/10/02/pay-attention-to-innovation-and-intangibles-more-than-80-of-your-business-value/#11f25f551a67>

- La medición del daño sufrido por el titular del intangible puede que no se vea reflejado en una disminución de ventas o simplemente no ser observable en los libros contables u otros medios de prueba.
- Que, aunque se haya probado la infracción, y se evidencia una clara disminución en las ventas del producto o servicio, o la pérdida de oportunidad del licenciamiento del intangible persiste la dificultad de vincular ambos hechos bajo el elemento de nexo causal.

Lo anterior ha llevado pues a que se evidencia que en la práctica algunos comerciantes a sabiendas de la dificultad probatoria en los casos de propiedad intelectual realicen infracciones, evaluando que será improbable que sean condenados a indemnizar a quien sea el titular del intangible o quien detente las licencias de uso.

Por otro lado, la dificultad probatoria también ha generado obstáculos para la reclamación por el cumplimiento efectivo de los Derechos de propiedad intelectual, incluso cuando el hecho infractor existió, fue probado y el juez tiene absoluta certeza del ilícito, generando así un ambiente propicio para que los infractores queden impunes de sus actos. A lo anterior se suma, la extrema precaución de los jueces al momento de fallar indemnizaciones en materia de intangibles, puesto que aun la conciencia de lo material persiste en muchos de ellos.

Para que un proceso por infracción de activos intangibles se reconozca una indemnización por infracción a los derechos de propiedad intelectual, es necesario que: (i) el demandante pruebe la existencia del derecho; (ii) de igual forma deberá probar la existencia de la conducta infractora por parte del agente del derecho adquirido por el titular; (iii) probar el daño económico causado, (iv) relacionar el hecho infractor con el daño sufrido por el titular del derecho, y finalmente (v) el demandado deberá presentar al

juez una estimación de los perjuicios para que el juez finalmente resuelva mediante la sentencia la cuantía de los mismos.

Esto conlleva de manera desafortunada a que no se cumpla con el fin de los bienes de propiedad intelectual consistente en detentar el monopolio otorgado por el Estado para la explotación exclusiva del bien intangible por parte de su titular; puede además desincentivar los esfuerzos de las empresas y los individuos para la creación de nuevos desarrollos y tecnologías, afectando fuertemente los sectores que integran la denominada economía naranja, que son los motores principales hoy por hoy, de la economía mundial.

## 1. CAPÍTULO I: PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y CONCEPTUALES SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

La propiedad intelectual se ha convertido en una preocupación prioritaria de las empresas y los individuos, quienes buscan a través de los distintos medios de protección regulados por el Estado, materializar sus bienes intangibles. Estos derechos adquiridos son por regla general, producto de arduos esfuerzos monetarios y creativos o el resultado de prácticas exitosas que llevan al aumento de la reputación de quienes las realizan. Tienen como función evitar que la competencia o terceros aprovechen las ventajas innovadoras, creativas o reputacionales que otorga los bienes intangibles a sus titulares.

La propiedad intelectual es un conjunto de Derechos que tiene en común la materialización a través de la protección de bienes intangibles, pero que son muy variados en su origen y en su naturaleza; estos se dividen principalmente en Derechos de Autor (que incluye los derechos conexos) y en Propiedad industrial (que se dividen principalmente en nuevas creaciones y signos distintivos), destacando que una parte minoritaria de la doctrina ubicada en los países ibéricos, se refieren al derecho de autor como propiedad intelectual<sup>4</sup>.

En relación con lo anterior, cuando hablamos de Derecho de Autor hablamos de los derechos que protegen los creadores de entretenimiento, educación e información; creaciones las cuales encontramos diariamente en nuestra vida cotidiana; al respecto Bercovitz expresa: *“Hablar de propiedad intelectual es hablar de discos, videos, libros, prensa, radio, televisión, espectáculos, discotecas, programas de ordenador, bases de datos, Internet, ... Cada vez que compramos o nos descargamos discos, videos, libros, prensa, ... escuchamos la radio, vemos la televisión o un espectáculo, accedemos a un*

---

<sup>4</sup> PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Barranquilla-Bogotá. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Op. Cit., p. 13.

*sitio de Internet con algún contenido cultural, o simplemente utilizamos nuestro ordenador personal, estamos obteniendo bienes o servicios protegidos por la propiedad intelectual.”<sup>5</sup>*

La propiedad industrial por su parte es una categoría de la propiedad intelectual, esta también es un conjunto de derechos que protegen bienes intangibles, consistentes en las nuevas creaciones, y en los signos distintivos. Existen, además, otros derechos protegidos que no se encuentran contenidos en las dos categorías principales de la propiedad industrial, como lo son el secreto empresarial y la variedad vegetal, los cuales para efectos del presente escrito, se integrarán de manera genérica cuando se mencione el término propiedad industrial.

### **1.1 Derechos de autor y derechos conexos**

El derecho de autor se encuentra compuesto por dos tipos de derechos: (i) derechos morales y (ii) derechos patrimoniales; los cuales surgen de la creación intelectual y artística de una o varias personas naturales.

Además de lo anterior, los derechos de autor comprenden la protección de bienes inmateriales llamados obras, por tanto, es de afirmarse que el objeto de protección del derecho de autor no es el soporte en un objeto físico, sino la obra en sí misma. Desde esta perspectiva lo que se protege, por ejemplo, en una obra musical va más allá que el objeto que sirve como soporte material, ya sea el disco o incluso el archivo que permite reproducir la obra; si no que su protección se encontrará dirigida a proteger todo el contenido creativo, artístico y/o literario de lo que creó el autor.

---

<sup>5</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo: Manual de propiedad intelectual. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2019. Op. Cit., p. 19.

De acuerdo a lo anterior es distinto tener la titularidad del soporte material de una obra musical, que la titularidad de la obra contenida en ella; lo cual hace perfectamente posible que un consumidor compre un álbum musical sin ser titular de los derechos de las obras contenidas en el, y es además este el escenario más común cuando consume propiedad intelectual; por ello en el mercado moderno cuando un consumidor compra películas, pinturas, música, esculturas; se hace poseedor de un soporte físico de una obra, rara vez se hace poseedor de derechos patrimoniales propios de la obra.

El derecho de Autor es, además, para una parte considerable de la doctrina, un derecho de propiedad, esto debido a que puede ser utilizado para el “uso, el goce y la disposición”. Sin embargo, tiene diferencias irreconciliables para quienes critican esta postura: (i) primero, el derecho de propiedad solo recae sobre cosas corporales; (ii) segundo, la propiedad intelectual tiene límites temporales, mientras que en la propiedad ordinaria es perpetua, y finalmente (iii) tercero, los derechos de propiedad intelectual cuentan con los derechos morales que entre sus características esta la imposibilidad de transmitirlos.

Existe por otro lado la teoría de que el Derecho de Autor pertenece a los derechos personales. Esta teoría proviene de los trabajos de Locke, los cuales se fundamentan en que los derechos de propiedad intelectual, debido a que son fruto de la creatividad y esfuerzo del individuo justifican su protección. Esta concepción se fundamenta en que estos derechos de propiedad intelectual son una *“manifestación propia del espíritu del autor o creador”* (Plata, 2010)<sup>6</sup>.

También existe una tercera teoría que consiste en que el derecho de autor es producto de la necesidad de grandes editoriales e imprentas, de proteger e incentivar la venta de libros, de ahí el nombre “copyright”<sup>7</sup>. Esta teoría es acorde al sistema del Common Law,

---

<sup>6</sup> PLATA LÓPEZ, Luis Carlos: Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Op. Cit., p. 19.

<sup>7</sup> PLATA LÓPEZ, Luis Carlos: Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Op. Cit., p. 20.

especialmente en Estados Unidos, la cual incluso no protegía los derechos morales de autor sino hasta 1988 cuando el Estado se adhirió al convenio de Berna.

Lo que sí es claro conforme una visión actual del derecho de autor, superando la visión material de este tipo de activos, es que los bienes intelectuales son efectivamente bienes respecto de los cuales podemos predicar el derecho de propiedad (uso, goce y disposición); como bienes que son, pueden formar parte del patrimonio de las personas; son objeto de transacciones como lo son los activos materiales, solo que deberá tenerse en cuenta que estamos frente a un tipo de propiedad *sui generis*, dada su temporalidad y las características propias de materialización; pero propiedad al fin y al cabo.

### **1.1.1 Derecho moral de autor**

Los derechos morales son derechos irrenunciables que tiene únicamente el Autor de la obra, quien, de manera simplista y general, es el creador de la obra. Estos derechos surgen desde el momento de creación de la obra y están definidos en la normativa colombiana en la ley 23 de 1982 en su artículo 30:

*Artículo 30º.- El autor tendrá sobre su obra los siguientes derechos: Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta Ley.*

*A. A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por esto;*

*B. A Conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria;*

*C. A modificarla, antes o después de su publicación;*

*D. A retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización, aunque ella hubiere sido previamente autorizada.*

Adicionalmente, los derechos morales son extrapatrimoniales, es decir, en teoría no son “apreciables en dinero”, sin embargo, su afectación, infracción o vulneración debe ser reparada y normalmente esta reparación es cuantificada en dinero. Por otro lado, los derechos morales son irrenunciables, imprescriptible e inalienables<sup>8</sup>.

#### **1.1.1.2 Derecho de divulgación**

Es el derecho del artista de decidir si su obra se mantiene en el anonimato o si esta es divulgada al público, de hecho, la doctrina habla del derecho negativo de inédito cuando decide no publicarse<sup>9</sup>. A propósito de este derecho, existe una crítica generalizada de la doctrina que dice que este derecho se agota al divulgar la obra, y por tanto no cumpliría uno de los preceptos de los derechos morales (la perpetuidad).

#### **1.1.1.3 Derecho de paternidad**

Consiste en que el creador, creadores, o quien haya hecho aportes importantes a la obra tengan el reconocimiento de ser autores de la misma. Por ejemplo, los derechos patrimoniales de una obra podrán estar en cabeza de un encargante (en el caso de una obra por encargo) o en cabeza de un licenciatario, o en cabeza de cualquier otro cesionario a través de los vehículos jurídicos que la ley dispone, pero la vinculación del autor con la obra misma no será objeto de ningún tipo de cesión como en los derechos expuestos.

---

<sup>8</sup> VEGA JARAMILLO, Alfredo: Manual de Derecho de Autor. Ministerio de Interior y de Justicia 2010. Op. Cit., p. 32.

<sup>9</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo: Manual de propiedad intelectual, Tirant Lo Blanch, 2019. Op. Cit., p. 113.

#### **1.1.1.4 Derecho de integridad**

Este derecho consiste en la facultad del autor para evitar que su obra sea destruida, modificada o mutilada, de manera que lesionara la reputación de su autor. Al respecto Bercovitz afirma: *“es el derecho del autor a exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella, que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo de su reputación”*.

#### **1.1.1.5 Derecho a la modificación**

Como su nombre lo indica, trata sobre el derecho de realizar modificaciones sustanciales y accesorias a la obra por parte del Autor, sin embargo, parte de la doctrina cree que solo aplica para modificaciones sustanciales.

Es menester resaltar que, este derecho suele estar en conflicto con el derecho de propiedad del titular del soporte de la obra, puesto que este último no permitirá que la obra que adquirió sea modificada, y querrá por su parte que se mantenga en el estado que la compró.

Existe además una diferenciación entre la modificación de la obra y su transformación; Bercovitz menciona que el criterio para diferenciar la transformación de la modificación es que: (i) una modificación permite que la obra siga siendo la misma, mientras que (ii) la transformación da lugar a una nueva obra derivada. La diferenciación explicada anteriormente tiene una vital importancia, ya que la transformación corresponde a los derechos patrimoniales a diferencia del derecho de modificación de la obra<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo: Manual de propiedad intelectual, Tirant Lo Blanch, 2019. Op. Cit., p. 173.

### **1.1.1.6 Derecho de retiro o de arrepentimiento**

También conocido como derecho de “retracto”, es un derecho fundamentado en la libertad de pensamiento y la posibilidad de cambiar de opinión, lo que consistente en poder retirar la obra después de divulgada. No obstante, este derecho de cualquier forma no excluye al autor de no reparar el daño que se cause en ejercicio del mismo<sup>11</sup>.

### **1.1.1.7 ¿Derechos de acceso?**

Sobre los derechos de acceso, Bercovitz menciona en su obra, que consisten en la capacidad del autor de poder acceder a la obra para poder ejercer sus otras facultades como titular de los derechos morales (es decir las facultades anteriormente mencionadas). El autor continúa explicando que este derecho está fundamentado y constituido en el artículo 14.7 de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>12</sup>. La pregunta es, ¿ese derecho existe en nuestro ordenamiento? Por un lado, no se encuentra especificado en la Decisión 371 de 1993 y tampoco en la ley 23 de 1982, y de igual forma tampoco se encuentra en el convenio de Berna, por lo que pareciera que no existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano<sup>13</sup>.

A pesar de lo anterior, para que sean efectivos los derechos morales, El Autor requerirá tener la capacidad de al menos inspeccionar la obra para que pueda ejercer su derecho de integridad o modificación, esto quizás a través de medidas cautelares o una prueba

---

<sup>11</sup> VEGA JARAMILLO, Alfredo: Manual de Derecho de Autor. Ministerio de Interior y de Justicia 2010. Op. Cit., p. 32.

<sup>12</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo: Manual de propiedad intelectual, Tirant Lo Blanch, 2019. Op. Cit., p. 142.

<sup>13</sup> Ibidem.

extraprocesal, lo cual haría efectivo el derecho. Sin embargo, este tipo de prerrogativa sigue representando una diferenciación profunda entre el sistema jurídico colombiano y el español, en el cual el último, tiene una norma plenamente definida.

### **1.1.2 Derechos patrimoniales**

Los derechos patrimoniales de autor son aquellos derechos y facultades que permiten que la obra sea explotada económicamente, los cuales son además adquiridos desde que la obra sea divulgada por primera vez. Es decir que, a diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales tienen un límite temporal, son alienables y pueden ser objeto de múltiples transacciones económicas.

Estos derechos son de autorizar o prohibir: la reproducción de la obra, la comunicación pública; la distribución pública; la importación de copias no autorizadas y la transformación de la obra<sup>14</sup>, entre otros, ya que, a diferencia de los derechos morales, no se trata de una lista taxativa sino enunciativa, en la medida en que los avances tecnológicos pueden dar pie a nuevas formas de explotación económica, generando nuevas modalidades de derechos patrimoniales.

#### **1.1.2.2 Derecho de reproducción**

Como el nombre lo indica es la potestad de crear nuevas copias de la obra, en principio se refería solo a copias físicas, reproducciones de pinturas, pero debido a la modernidad,

---

<sup>14</sup> Ley 1915 de 2018 Artículo 13.- El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
- d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho;
- e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

han nacido nuevos tipos de reproducciones, como son las copias en archivos de música o imágenes.

### **1.1.2.3 Derecho de comunicación pública**

Es la posibilidad de que los individuos puedan acceder a la obra sin necesidad de que esta sea reproducida por una copia, por ejemplo, que una pintura sea transmitida en un museo o que una obra musical sea reproducida en un lugar con público. Es de agregar que debido a la evolución tecnológica, también resulta posible que por medios digitales o de telecomunicación, se den comunicaciones públicas como transmisiones en vivo de televisión o radio.

### **1.1.2.4 Derecho de distribución**

El derecho de distribución es la capacidad de vender las copias (o soporte original) de una obra, ya sea la venta, el arrendamiento, o alquiler.<sup>15</sup>

### **1.1.2.5 Derecho de transformación**

En la Decisión 351 de 1993 se habla de “traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra”. El artículo parece realizar una lista enunciativa y ejemplificativa más que una explicación precisa de lo que es la transformación; como se mencionó anteriormente este derecho puede confundirse con el derecho moral de modificación, y suele entrar en conflicto con el derecho moral de integridad de la obra;

---

<sup>15</sup> Comisión de la Comunidad Andina. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos (Decisión 351 de 1993)

sin embargo, hay cierto consenso de que si una obra es derivada de la original nos encontramos en un caso de transformación.

Es necesario resaltar además que, los cambios de formato (lienzo a imagen digital o DC/ROM a archivo musical MP3) no son en principio necesariamente transformaciones, puesto que no hay (necesariamente) un aporte creativo a la obra, y en este caso quizás nos encontraríamos frente a un caso de reproducción de la obra. No obstante, y así como en el caso de las traducciones que consideran una obra derivada por este hecho ya que implica un gran esfuerzo creativo, estas adaptaciones tecnológicas también podrían constituir transformación en la medida que requieran de ese aporte creativo.

### **1.1.3 El autor**

Es el titular originario de los derechos de Autor, el ser humano físico y real, quien ha puesto su ingenio y creatividad como aporte para crear la obra. Este puede transferir sus derechos patrimoniales a una persona natural o jurídica quien se convertiría en el nuevo titular del derecho patrimonial de autor o titular derivado, pero nunca una persona jurídica puede ser titular originaria y por tanto no puede ser autora, como máximo podrá ser titular de los derechos patrimoniales<sup>16</sup>.

También resulta posible que existan multiplicidad de autores en una misma obra; como lo es el caso de las obras en colaboración y las obras colectivas.

Sobre las obras en colaboración, la ley 23 de 1982 las define en su artículo 8 como: *“Obra en colaboración: la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados”*. Como puede evidenciarse las obras en colaboración consisten en que la obra que tuvo aportes de distintos individuos, serán

---

<sup>16</sup> DELGADO PEÑA, Pablo Andrés. Derechos de autor en Colombia: Especial referencia a su transferencia y disposición jurídica en el ámbito universitario. Medellín. Revista CES Derecho, 2017. Op. Cit., p. 247.

todos ellos autores del mismo, siempre que su aporte fuera suficiente y creativo; mas no técnico o auxiliar<sup>17</sup>.

Por otra parte, sobre las obras colectivas tienen más de un autor, tiene un director que podrá ser una persona jurídica o natural que será encargado de la orientación del proyecto y está por su parte puede ser o no autora de la obra, lo que en algunos de los casos conlleva a que la ley por remisión directa presuma la cesión automática de los derechos patrimoniales en cabeza de este (obras audiovisuales, software, orquestas, etc.).

#### **1.1.4 Derechos conexos**

Los derechos conexos (o afines) nacieron con el fin de darle reconocimiento al trabajo creativo por parte de los intérpretes, ejecutantes y también productores de fonogramas. Si bien estos no son los creadores de la obra *“per se”*, aportan un valor agregado importante; por ejemplo, no es lo mismo que un violonchelista interprete las suites de Bach, a que un intérprete internacionalmente reconocido la interprete, puesto que el valor agregado que le da a la obra permite su explotación comercial.

Por otro lado, es necesario hacer la diferenciación de que los artistas, intérpretes y ejecutantes la ley les otorga derechos morales y patrimoniales, mientras que los productores de fonogramas solo tienen derechos patrimoniales. También es de resaltar que de nacer un conflicto entre los derechos de autor y los derechos conexos prevalecerán los primeros, en virtud del artículo 33 de la decisión 351 de 1993 que le da favorabilidad al autor.

---

<sup>17</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo: Manual de propiedad intelectual, Tirant Lo Blanch, 2019. Op. Cit., p. 78.

La ley 1915 de 2008 que modifica la ley 23 de 1982 introdujo especial atención a los titulares de derechos conexos y se dispuso a definir sus derechos:

*Artículo 166. Los artistas intérpretes o ejecutantes, tienen respecto de sus interpretaciones o ejecuciones el derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; b) La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas; c) La reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas por cualquier manera o forma, permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica; d) La distribución pública del original y copias de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonograma, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad; e) El alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus Interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, incluso después de su distribución realizada por el artista intérprete o ejecutante o con su autorización; f) La puesta a disposición al público de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*

Como se puede observar, este artículo solo habla de derechos patrimoniales, sin embargo, el artículo 171 de la ley 23 de 1982 consagra que tendrán los derechos morales del artículo 30 (que son aquello que gozan los autores), pues es lógico que tengan los mismos derechos sobre sus interpretaciones que los autores sobre sus obras.

Los productores de fonogramas por otro lado, solo cuentan con derechos patrimoniales, estos son la capacidad de autorizar o prohibir el producto de su trabajo: La reproducción del fonograma; la distribución del fonograma original y las copias; la importación de copias; el alquiler comercial del original o las copias, incluso después de la distribución

inicial hecha por los titulares o autorizada por ellos y la puesta a disposición al público de sus fonogramas<sup>18</sup>.

### 1.1.5 La obra

Es la creación intelectual consistente en un bien intangible que pretende ser protegida en defensa e interés de los titulares morales o patrimoniales de los derechos de autor. Estas pueden ser científicas, artísticas y literarias (entre estas se incluyen los softwares). La Decisión 351 de 1993 la define de la siguiente manera: *“Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma”*<sup>19</sup>.

El requisito de originalidad que se menciona en la Decisión 351 de 1993 es imperativo. Este es un criterio que puede ser objetivo o subjetivo según ha definido la doctrina: (i) El criterio objetivo se refiere a que no haya existido creaciones anteriores iguales o similares, es decir que sea novedosa (similar al criterio de novedad de las patentes); (ii) el criterio subjetivo, por otra parte, no exige que la obra sea totalmente original, simplemente que esta no sea una imitación o plagio, y que contenga un aporte significativo por parte del autor de su trabajo e ingenio creativo. Sin embargo, es de relevancia agregar que, los países que han sido de tradición del sistema del Civil Law, como los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones, España, Argentina entre otros; se han decantado por el criterio subjetivo.

Es importante resaltar que la obra es un bien intangible diferente a su ejemplar original o su copia, la cual es definida por la Decisión 351 de 1993 así: *“Copia o ejemplar: Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción”*. De esta

---

<sup>18</sup> Ley 23 de 1982 Artículo 172.

<sup>19</sup> Decisión 351 de 1993 de la CAN Artículo 3 inciso 12.

manera un fresco original no es más que un ejemplar que sirve de soporte material de la creación intelectual, misma función que recaería sobre una copia de un archivo de MP3 con relación a una obra musical o un archivo PDF para una obra literaria o artística.

De acuerdo con lo anterior un fresco original de un pintor famoso no es la obra per se sino el mero soporte material (original) de la obra; la obra es entonces el bien intangible que va más allá de su soporte que le otorga prerrogativas y derechos al autor o titular que le permiten explotar y proteger la creación artística original, de esta manera se puede adquirir un soporte material de la obra mas no los derechos patrimoniales y morales de la obra.

Camilo Plata retrata lo anteriormente descrito de manera clara y práctica:

*“En efecto, cuando se adquiere un ejemplar de un libro o de un CD de audio o de un DVD, solamente por dicha transacción se adquiere el derecho de propiedad sobre una cosa corporal; esto es, el soporte físico el que recae la obra, y evidentemente su titular podrá gozar y disponer de este bien a su parecer sin más límites que el derecho ajeno y los impuestos por la función social de la propiedad. Sin embargo, por este hecho no se adquiere ninguna de las facultades o atribuciones del derecho de autor; mal podría pensarse que cada persona que compra un libro pudiera reproducirlo o exhibirlo”<sup>20</sup>.*

Las obras por otro lado deben ser creaciones producto del intelecto y creatividad humana; así por ejemplo un software traductor web no creará una obra objeto de protección con una traducción automática o la modificación de un audio de manera automática por un programa de ordenador porque carece de personalidad; no obstante si un individuo utiliza herramientas digitales para modificar una obra musical original de manera análoga, en ese caso podríamos estar frente a la creación de una obra derivada; esto conlleva a la

---

<sup>20</sup> PLATA LÓPEZ, Luis Carlos: Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Op. Cit., p. 34.

interrogante de cual es el límite para definir si existe o no una obra cuando una maquina o software están en el proceso de creación<sup>21</sup>.

## **1.1.5.2 Algunas clasificaciones de las de obras**

### **1.1.5.2.1 Obras originarias, originales, independientes o primigenias**

Sobre las obras originales, independiente o primigenias la ley 23 de 1982 la define como “aquella que es primitivamente creada”<sup>22</sup>, esto es, aquella que es nueva y novedosa. Este tipo de obra es una creación que se pueda considerar independiente o autónoma, que no proviene de la modificación, traducción, división, adaptación o mutilación de otra obra; es decir que sea el resultado de un trabajo “original”, novedoso o primigenio. En palabras de Camilo Plata las obras originarias son aquella que *“sean expresadas por primera vez por el autor”*<sup>23</sup>.

### **1.1.5.2.2 Obras derivadas o compuestas**

Al contario de la obra primigenia u originaria, es aquella que es fruto de la transformación, división, traducción, adaptación o mutilación de otra obra; siempre y cuando haya un aporte que permita que se considere como una creación autónoma, es decir si no hay cierto grado de originalidad que cuente con un aporte del autor o que contenga cierta “altura creativa”, no puede considerarse una obra en sí misma sino una mera reproducción de la obra original.

---

<sup>21</sup> Bercovitz Rodriguez, Rogrigo. Manual de propiedad intelectual, Tirant Lo Blanch, 2019. Op. Cit., p. 54.

<sup>22</sup> Ley 23 de 1982, Artículo 8, Numeral i.

<sup>23</sup> Plata López, Luis Camilo. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Op. Cit., p. 38.

Para que un autor pueda crear una obra derivada a partir de la obra de otro autor, requerirá la autorización de autor de esa obra<sup>24</sup>.

#### **1.1.5.2.3 Obras con un único autor**

Aquellas que fueron producto del trabajo e intelecto de un solo autor.

#### **1.1.5.2.4 Obras en colaboración**

Son aquellas que tienen multiplicidad de autores, donde cada uno hizo un aporte de trabajo e intelecto, como se menciona anteriormente en este trabajo este debe ser mínimamente significativo y no debe ser meramente técnico. La ley colombiana en el literal c del artículo 3 de la Ley 23 de 1982, señala que además de la multiplicidad de autores, los aportes de estos no pueden ser separados. Sin embargo, la anterior apreciación es inexacta, porque si bien en algunos casos esto puede ser cierto, en otras creaciones como una obra musical donde se puede separar la obra de quien escribió la letra (obra literaria) de quien compuso la música (obra musical). Si bien el producto final puede ser una obra derivada resultado de la obra original de dos autores distintos, esto no significa que la obra deje de ser una en colaboración.

#### **1.1.5.2.5 Obras colectivas**

---

<sup>24</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo. Manual de propiedad intelectual, Tirant Lo Blanch, Op. Cit., p. 76.

Como se explicó anteriormente en el presente trabajo, son aquellas con múltiples autores pero que tuvieron una especial dirección ya sea de una persona natural o jurídica que puede ser o no autora de la misma obra.

## **1.2 Propiedad industrial**

La propiedad industrial es una subclasificación de propiedad intelectual consistente en un conjunto de derechos sobre bienes intangibles reconocidos por el Estado. Esta clasificación puede dividirse entre: signos distintivos, nuevas creaciones y otros derechos de propiedad industrial. Entre los signos distintivos se encuentran las marcas, el nombre comercial, el lema comercial, la enseña, las indicaciones geográficas y en un sentido amplio, también los nombres de dominio. Entre las nuevas creaciones se encuentran las patentes de invención, las patentes de modelo de utilidad y el diseño industrial. Entre los otros derechos de propiedad industrial se encuentran la variedad vegetal y el secreto empresarial, no obstante, algunos doctrinantes ubican estas dos últimas categorías como una subclasificación de las nuevas creaciones.

### **1.2.1 Signos distintivos**

#### **1.2.1.2 Las marcas**

Es aquel signo distintivo que sirve para identificar cualquier producto o servicio de cualquier empresa, y suelen ser los signos con los que los consumidores identifican a las empresas; estas pueden ser una combinación de letras, de palabras, una imagen, un nombre, un sonido, un color una forma de un producto o cualquier combinación de las anteriores<sup>25</sup>. La marca se adquiere mediante el proceso definido en el artículo 138 de la

---

<sup>25</sup> Decisión 486 del 2000 de la CAN Artículo 134.

Decisión 486 del 2000, que debe realizarse frente a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

### **1.2.1.3 Nombre comercial**

Es un signo distintivo que puede identificar una actividad económica, un establecimiento comercial o una empresa; esta no requiere ser registrado, no obstante, se contempla en nuestro país la posibilidad de realizar el depósito del mismo ante la Superintendencia de Industria y Comercio, sin que esto amplíe o mejore su protección, ya que solo constituiría un medio probatorio como indicio de uso. El nombre comercial se adquiere con el primer uso en el comercio y se extingue cuando cesa ese uso<sup>26</sup>. Es importante diferenciar el nombre comercial con la razón social. Así por ejemplo una empresa puede identificarse en su razón social como “Trébol Consultar S.A” y su nombre comercial ser igual, o solo llamarse “Trébol” o tener un nombre comercial totalmente distinto como “Las plantas”.

### **1.2.1.4 Lema comercial**

La Decisión 486 del 2000 la define de la siguiente manera “*Se entiende por lema comercial la palabra, frase o leyenda utilizada como complemento de una marca*”, la cual se adquiere mediante un registro frente a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) al igual que las marcas.

El lema comercial es subsidiario a la existencia de una marca, es decir, que este sigue la suerte de la marca que lo relaciona, si la marca es declarada nula, el lema también lo será, si la marca se vence y no es renovada, la protección sobre el lema comercial también caducará.

---

<sup>26</sup> Decisión 486 de 2000 de la CAN Artículo 191.

### **1.2.1.5 La enseña**

Este signo distintivo es el que se encuentra fuera de un establecimiento de comercio y sirve para identificarlo, se adquiere también por el primer uso en virtud del artículo 200 de la decisión 486 del 2000 al registrarse por las normas del nombre comercial<sup>27</sup>. Esta puede ser igual a la marca, o dicho de una mejor manera la marca puede servir como enseña comercial.

Por otro lado, vale la pena resaltar que la decisión 486 no la define en ningún momento. La enseña no tiene registro, sin embargo, frente a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) se puede realizar un trámite de depósito (al igual que con el nombre comercial) que sirve como presunción legal del uso de la enseña o nombre comercial que se halla depositado<sup>28</sup>.

### **1.2.1.6 Nombre de dominio**

Por extensión y atendiendo a la importancia de estas denominaciones en la actualidad, los nombres de dominio pueden incorporarse dentro de la categoría de los signos distintivos. El nombre de dominio solo es mencionado en el artículo 233 de la decisión 486 del 2000, y solo hace alusión a la protección de otro signo distintivo protegido que se haya utilizado indebidamente para la inscripción en un nombre de dominio. Aunque no

---

<sup>27</sup> Decisión 486 de 2000 Artículo 200.- La protección y depósito de los rótulos o enseñas se registrará por las disposiciones relativas al nombre comercial, conforme a las normas nacionales de cada País Miembro.

<sup>28</sup> ¿Qué son los nombres y enseñas comerciales? Super Intendencia de Industria y Comercio recuperado de:  
<https://www.sic.gov.co/node/61#:~:text=El%20dep%C3%B3sito%20es%20una%20inscripci%C3%B3n,empez%C3%B3%20a%20usar%20el%20nombre>

existe un régimen internacional y en pocas ocasiones existen regímenes nacionales<sup>29</sup>, hoy en día los nombres de dominio se consideran signos distintivos, esto en razón a las ventajas competitivas que otorgan a sus titulares.

## 1.2.2 Nuevas Creaciones

### 1.2.2.2 Patente de invención

La patente es un título que conlleva a un conjunto de prerrogativas y facultadas que se otorgan por parte del Estado a favor de uno o varios titulares como resultado de haber creado una invención y haber superado un proceso riguroso de registro<sup>30</sup>.

La patente para poder ser registrada debe cumplir con que la invención cuente con los siguientes tres requisitos:

- **Debe ser novedosa:** se refiere a que la invención no se encuentre prevista en el “Estado de la técnica”<sup>31</sup>
- **Debe tener un nivel inventivo:** se refiere a que no se puede inferir de manera obvia del Estado de técnica ni que fuera una obvia o evidente desde el punto de vista de un

---

<sup>29</sup> CASTRO GARCÍA, Juan David: La Propiedad Industrial. Universidad Externado de Colombia. 2009. Op. Cit., p. 234.

<sup>30</sup> TAMAYO CARDENAS, Carlos David: Análisis de la responsabilidad civil extracontractual por infracción de patentes de invención: un estudio jurídico del daño pecuniario y la función del instituto. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

<sup>31</sup> Decisión 486 del 2000 de la CAN artículo 16: “El estado de la técnica comprenderá todo lo que haya sido accesible al público por una descripción escrita u oral, utilización, comercialización o cualquier otro medio antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida.”

individuo que se desempeñe en alguna labor que conozca los aspectos técnicos de una materia que tenga relación con la patente que se pretenda registrar<sup>32</sup>, es en otras palabras, el verdadero aporte del inventor, el cual permite “distinguir la invención de la simple innovación”(Castro)<sup>33</sup>.

- **Debe tener una aplicación industrial:** la Decisión 486 de manera acertada considera sobre la aplicación industrial como aquella “cuando su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios”<sup>34</sup>.

### 1.2.2.3 Patente de modelo de utilidad

Estas se diferencian de las patentes de invención en tanto que no requieren un nivel inventivo tan alto y es posible adquirirse con un desarrollo de un objeto o proceso que ya pertenezca al estado de la técnica, es decir el modelo de utilidad debe representar un mejoramiento o avance ya existente de una invención anterior<sup>35</sup>. Es una respuesta a la necesidad de proteger los avances tecnológicos que no cumplen con los requisitos para ser registrados como patentes de invención.

### 1.2.2.4 Diseños industriales

---

<sup>32</sup>Decisión 486 del 2000 Artículo 18.

<sup>33</sup> CASTRO GARCÍA, Juan David: La Propiedad Industrial. Universidad Externado de Colombia. 2009. Op. Cit., p. 275.

<sup>34</sup> Decisión 486 del 2000 de la CAN Artículo 19.

<sup>35</sup> CASTRO GARCÍA, Juan David: La Propiedad Industrial. Universidad Externado de Colombia. 2009. Op. Cit., p. 350.

Los diseños industriales son definidos por el artículo 113 de la Decisión 486 del 2000 de la siguiente manera: “*Se considerará como diseño industrial la apariencia particular de un producto que resulte de cualquier reunión de líneas o combinación de colores, o de cualquier forma externa bidimensional o tridimensional, línea, contorno, configuración, textura o material, sin que cambie el destino o finalidad de dicho producto*”. El diseño industrial solo protege la parte visual y estética del producto y no la funcional a diferencia de las patentes.

El diseño industrial no es más que el título otorgado por el Estado por la creación de una apariencia particular de un producto, caso tal como los envases de bebidas, envolturas o los empaques, como también la forma externa de un automóvil. En palabras de Juan David García Castro es “cualquier creación de forma que se incorpore a un producto industrial o artesanal para darle una apariencia especial”<sup>36</sup>.

### **1.2.3 Otros derechos de propiedad industrial**

#### **1.2.3.2 Secreto empresarial**

El secreto empresarial es toda información que no haya sido divulgada; que tenga aplicación industrial, productiva o comercial, que tenga la aptitud de ser transmitida a terceros, además para considerarse secreto empresarial requiere 4 requisitos: (i) Que sea secreta; (ii) que tenga valor comercial por ser secreta (más precisamente por la ventaja competitiva que otorga); (iii) que no sea de fácil obtención y (iv) que se hayan tomado medidas razonables por su legítimo poseedor para conservarla secreta<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Ibidem Op. Cit., p. 373.

<sup>37</sup> Decisión 486 del 2000 Artículo 260.

Para obtener el derecho sobre el secreto empresarial no es necesario realizar ninguna clase de registro. Por otro lado, la Decisión 486 protege el secreto empresarial mediante la figura de competencia desleal<sup>38</sup>, en nuestra legislación regulada en la ley 256 de 1996.

Es necesario resaltar que el secreto empresarial como bien intangible que es, no solo es protegido por las normas de competencia desleal, sino también por la regulación en relación a las indemnizaciones en virtud de los daños causados, y al igual que los otros derechos de propiedad industrial, es posible utilizar los criterios del artículo 243 de la Decisión 486 para la indemnización de perjuicios causados por el infractor<sup>39</sup>.

### **1.2.3.3 Variedad vegetal**

La variedad vegetal se obtiene mediante registro en el Instituto Colombiano Agropecuario, y se rigen bajo las normas de la Decisión 345 de 1993 de la comisión del acuerdo de Cartagena, el título adquirido es llamado certificado de obtentor. Para que sea posible adquirir el registro la variedad vegetal debe cumplir con 4 criterios: ser nueva, homogénea, distinguible, estables y que se les asigne una denominación que constituya su designación genérica<sup>40</sup>.

El certificado de obtentor otorga a su titular un derecho de monopolio sobre su variedad vegetal con distintas potestades para impedir diferentes actos, entre ellos la producción,

---

<sup>38</sup> Decisión 486 del 2000 artículo 262: define que actos constituyen competencia desleal con relación al secreto empresarial.

<sup>39</sup> Decisión 486 Artículo 243.- “Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o, c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.”

<sup>40</sup> Decisión 345 de 1993 de la Comisión del acuerdo de Cartagena Artículo 4.

importación, reproducción entre otras<sup>41</sup>. Este registro perdura *“de 20 a 25 años para el caso de las vides, árboles forestales, árboles frutales incluidos sus portainjertos y, de 15 a 20 años para las demás especies, contados a partir de la fecha de su otorgamiento, según lo determine la autoridad nacional competente”*.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Decisión 345 de 1993 de la Comisión del acuerdo de Cartagena Artículo 24.

<sup>42</sup> Decisión 345 de 1993 de la Comisión del acuerdo de Cartagena Artículo 21.

## 2. CAPITULO II: EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO

### 2.1 Concepto de responsabilidad civil

No obstante que, en Colombia el código civil en materia de responsabilidad no contiene un capítulo especial y por el contrario su normativa se encuentra dispersa a lo largo del documento; la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico cobra una gran relevancia, en tanto que el ser humano como ser social, tiene siempre la posibilidad de causar daños a otra persona con su actuar, lo cual es propio de las comunidades y más aun de una sociedad industrializada.

En razón de esto, para autores como Phillippe le Tourneau<sup>43</sup>, la responsabilidad civil encuentra uno de sus fundamentos principales normativos en la ética, ya que para el autor todas las personas son libres en su actuar, pero son responsables de las consecuencias que de ellas se derivan.

Así las cosas, la autora Marcela Castro de Cifuentes<sup>44</sup>, utiliza el principio del derecho romano “alterum non laedere”, para explicar que cuando es posible demostrar que un hecho que produce un daño es imputable a otra persona, el responsable deberá indemnizar a la víctima y añade que “el hecho ilícito es, junto con la ley y el acto voluntario, fuente de obligaciones”. Esta última afirmación realizada por la autora quiere decir que, la relevancia del sistema de la responsabilidad civil recae no solo en demostrar dentro de un proceso la imputabilidad de un hecho dañino en cabeza de un agente, sino que más

---

<sup>43</sup> LE TOURNEAU, Philippe: *Responsabilidad Civil*. Bogotá, Legis Editores, 2006. Op. Cit., p. 28 a 29.

<sup>44</sup> CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho de las obligaciones* (2.ª ed.), Bogota, Temis, 2015. Op. Cit., p. 19 a 20.

allá de ese reconocimiento surge de ello misma, la obligación del agente de reparar a su víctima.

## **2.2 Clases de responsabilidad civil**

A pesar de que en el antiguo régimen no existía una distinción de las clases de responsabilidad civil, en Francia alrededor del año 1700, autores como Domat y Pothier, plantean una diferenciación entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual<sup>45</sup>.

Debido a lo anterior y a la indudable influencia del código civil francés en el código civil colombiano, hoy en día, la normatividad colombiana si bien no cuenta con un capítulo sobre las clases de responsabilidad civil, el legislador reconoce la clasificación a la cual se hace referencia y frente a ello, la jurisprudencia, según la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1940, ha justificado dicha distinción y al respecto ha mencionado: “el principio universal ya expresado, *nemo laederi*, en tratándose de la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual, voluntario o no, que perjudique a terceros”<sup>46</sup>.

De acuerdo con la distinción, las clases de la responsabilidad civil se caracterizan según los siguientes conceptos:

---

<sup>45</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando: *La Responsabilidad Civil*, Dialnet, 2001. Op. Cit., p. 392. “... fueron las ideas de Domat y de Pothier que influyeron en los redactores del Code Civil, que sentó la diferenciación de la responsabilidad civil bifurcándola en la derivada de la inejecución de las obligaciones, cuyos doctrinadores la trataron como responsabilidad contractual, y en la derivada de los delitos y de los cuasi-delitos, que vino a ser tratada como responsabilidad extracontractual”.

<sup>46</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de marzo de 1940) Gaceta Judicial Tomo XLIX. Op. Cit., p. 118

## 2.2.1 Responsabilidad civil contractual

En primer lugar, es menester iniciar expresando que esta clase de responsabilidad civil surge del incumplimiento de una obligación contractual, lo cual puede incluir incluso la trasgresión de los límites determinados por el mismo documento. Se requiere que, además de que las partes se encuentren vinculadas por un contrato, que la obligación incumplida haya sido: (i) determinada, (ii) previa e (iii) imputable al deudor. Así mismo, lo reconoce la Corte Constitucional en sentencia C-1008 de 2010 y expresa que, la responsabilidad civil contractual “resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido”<sup>47</sup>.

En el ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad civil contractual se encuentra establecida del artículo 1604 al 1617 del Código Civil. Sin embargo, el artículo 1604<sup>48</sup>, da cuenta que las partes en concordancia con las normas de orden público, por medio de las cláusulas contractuales, tienen la posibilidad de modificar la responsabilidad que a ellas se les imputa, de modo que podrán limitarla e incluso excluirla; sin detrimento de lo señalado en el artículo 1616<sup>49</sup>, en el que se indica que el agente responsable deberá responder por todos los perjuicios previsibles y no previsibles causados a la víctima en caso de tratarse de dolo.

---

<sup>47</sup> Corte Constitucional. Sentencia C1008 de 2010. (9 de diciembre de 2010)

<sup>48</sup> Código Civil (2016) Edición 36ª Ed. Legis. Artículo 1604. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

<sup>49</sup> Código Civil (2016) Edición 36ª Ed. Legis. Artículo 1616. Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

## 2.2.2 Responsabilidad civil extracontractual

A diferencia de la anterior clasificación, la responsabilidad civil extracontractual no tiene origen en el incumplimiento de una obligación contractual, lo cual quiere decir que, además de que no hay un deudor y un acreedor vinculados contractualmente, tampoco hay una obligación determinada y previa, por lo que el agente deberá responder por los perjuicios tanto previsibles, como los imprevisibles.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de junio de 1970, ha expresado que la responsabilidad civil extracontractual “nace con prescindencia de todo vínculo contractual y tiene lugar cuando una persona, con motivo de una conducta ilícita (dolosa o culposa), le irroga daño a otra”<sup>50</sup>. La “conducta ilícita” a la cual se hace alusión por parte de la Corte Suprema de Justicia, según Marcela Castro se refiere a la vulneración del deber de diligencia y cuidado por parte de una persona en la realización de actividades desarrolladas en el conglomerado social, que podrá ser: un acto positivo o una omisión, ya sea que hubiere sido cometido por dolo o culpa<sup>51</sup>, tal como lo señala el artículo 2341 del Código Civil<sup>52</sup>.

La distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual es importante tenerla presente en este trabajo teniendo en cuenta que, a pesar de que en la actualidad para algunos casos es cada vez más difícil establecer a que categoría se pertenece, es

---

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (17 de junio de 1970) Gaceta Judicial Tomo CXXXIV. Op. Cit., p. 124

<sup>51</sup> CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho de las obligaciones* (2.<sup>a</sup> ed.), Bogotá, Temis, 2015. Op. Cit., p. 34 a 35.

<sup>52</sup> Código Civil (2016) Edición 36<sup>a</sup> Ed. Legis. Artículo 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

aún cierto que el demandante o víctima de la infracción a los derechos de propiedad intelectual, no se le permite elegir o fundar su demanda en la clasificación que el pueda preferir, si no que deberá prestar especial atención a la categoría de responsabilidad civil, ya que en caso de que funde su demanda en la clasificación errónea, el juez podrá rechazar la demanda emprendida. Lo último, teniendo en cuenta que la responsabilidad civil nace del incumplimiento de los deberes, ya sea contractuales o de diligencia y cuidado, y la diferenciación se hace con el fin de establecer que consecuencias lesivas son imputables al agente, ya que tanto en uno como en otra, serán distintas según su origen.

## **2.3 Sistemas de imputación de responsabilidad civil**

### **2.3.1 Sistemas de imputación en el ordenamiento jurídico colombiano:**

Tanto para la legislación colombiana como para la doctrina, existen dos sistemas de imputación. Estos sistemas de imputación son los siguientes:

#### **2.3.1.1 Sistema de responsabilidad subjetiva**

Este criterio se encuentra basado en el concepto de culpa, sin embargo, la legislación colombiana no define exactamente el concepto, por el contrario, el legislador parece omitir su definición y únicamente se encarga a través del artículo 63 del Código Civil a distinguir sus especies. Es por ello que se recurrirá para efectos de este trabajo, a lo dispuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 2 de junio de 1958, en el que señala que para la doctrina hay culpa cuando “el agente no

previo los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar”<sup>53</sup>.

La definición de culpa por parte del Tribunal, parte del fundamento ético anteriormente referido por Phillippe le Tourneau<sup>54</sup>, en el cual surge para el agente el deber de indemnización debido a que con su actuación u omisión imputable, ocasiono un daño a otra persona. En esta medida, para el derecho colombiano como herencia del derecho civil francés, la responsabilidad subjetiva además de ser un sistema de imputación es un principio general del derecho, pues en caso de ausencia de ella, no surgirá la obligación del agente de indemnizar al demandante; a excepción de los tipos donde no se requiere la culpa como se tratara a continuación.

### **2.3.1.2 Sistema de responsabilidad objetiva**

El criterio más acogido, encuentra como fundamento de la responsabilidad civil objetiva, la teoría del riesgo, la cual explica el autor Phillippe le Tourneau que consiste en que: una persona que realice una actividad que provoque un riesgo para la sociedad (a pesar de que sea una actividad beneficiosa), será civilmente responsable del perjuicio que cause, sin la necesidad de que sea analizado el elemento subjetivo de la conducta, esto es la culpa<sup>55</sup>. En otras palabras, cuando es aplicable el sistema de imputación de responsabilidad objetiva, basta con que el demandante pruebe dentro del proceso, la existencia del daño causado por el agente, con el fin de que a este último le sea imputable y nazca para él el deber de indemnizar.

---

<sup>53</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2 de junio de 1958) Gaceta Judicial Tomo LXXXVII. Op. Cit., p. 138

<sup>54</sup> LE TOURNEAU, Philippe: *Responsabilidad Civil*. Bogotá, Legis Editores, 2006. Op. Cit., p. 27

<sup>55</sup> LE TOURNEAU, Philippe: *Responsabilidad Civil*. Bogotá, Legis Editores, 2006.. Op. Cit., p. 39

Por otra parte, al ser la responsabilidad subjetiva el principio general, el sistema de responsabilidad objetiva solo resulta aplicable a los casos expresamente señalados por el legislador según lo establecido por el artículo 88 de la Constitución Política<sup>56</sup> o por una ley que dicte un régimen especial; como es el caso de las actividades peligrosas, responsabilidades a título de garantía, responsabilidades con obligación de resultado, accidentes laborales, etc.

### **2.3.2 Sistema de imputación de responsabilidad civil aplicable a los casos de infracción a los derechos de propiedad intelectual**

Teniendo en cuenta los dos sistemas de imputación expuestos, surge la cuestión si en los casos de infracción a los derechos de propiedad intelectual, es menester probar dentro del proceso la culpa, o si por el contrario es aplicable un régimen de responsabilidad objetiva.

Al respecto, autores como Ricardo Antequera Parrilli<sup>57</sup> responden a esta cuestión que, por ejemplo, en los casos de infracción a los derechos de autor debería de aplicar un sistema de imputación objetiva, pues basta con que el titular del derecho hubiere sufrido un daño para que surja en cabeza del agente el deber de indemnizar, sin la posibilidad

---

<sup>56</sup> Constitución Política de Colombia (2015) Edición 34ª Ed. Legis Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

<sup>57</sup> Luis Carlos Plata López cita al autor Ricardo Antequera Parrilli: “Existen otras concepciones según las cuales es simplemente ilícita toda utilización de una obra que se haga sin el consentimiento del autor, independientemente de la existencia de culpa o dolo, y por ende, corresponderá al infractor la carga de probar las causales de exclusión de responsabilidad; en este caso no serán suficientes las medidas adecuadas de diligencia y cuidado, sino que deberá haber una ruptura del nexo causal a través de la prueba de causa extraña”

de que este pueda probar dentro del proceso que actuó conforme a un nivel general de conducta.

Sin embargo a pesar de la discusión, lo cierto es que en Colombia actualmente, en estos casos, resulta aplicable la responsabilidad subjetiva como sistema de imputación, pues en primer lugar no hay una norma que reconozca expresamente que se aplique el sistema de responsabilidad objetiva, y en segundo, algunos autores como Luis Felipe Botero Aristizábal, concluyen que el sistema de imputación debe ser subjetivo, pues así lo reconocen los artículos 45<sup>58</sup> y 48<sup>59</sup> del Anexo 1C del GATT (ADPIC), al advertir que la norma, declarada exequible por sentencia C137 de 1995, “supone un juicio de reproche a la conducta del infractor”<sup>60</sup>.

Esta última teoría para nuestra consideración es pertinente en tanto que, el agente al que se le imputa un daño y un perjuicio debido a la transgresión a los derechos del titular de

---

<sup>58</sup> Anexo 1C del GATT. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Artículo 45. Perjuicios. 1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar al infractor que pague al titular del derecho un resarcimiento adecuado para compensar el daño que éste haya sufrido debido a una infracción de su derecho de propiedad intelectual, causada por un infractor que, sabiéndolo o teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora. 2. Las autoridades judiciales estarán asimismo facultadas para ordenar al infractor que pague los gastos del titular del derecho, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. Cuando así proceda, los Miembros podrán facultar a las autoridades judiciales para que concedan reparación por concepto de beneficios y/o resarcimiento por perjuicios reconocidos previamente, aun cuando el infractor, no sabiéndolo o no teniendo motivos razonables para saberlo, haya desarrollado una actividad infractora.

<sup>59</sup> Anexo 1C del GATT. Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Artículo 48. Indemnización al demandado. 1. Las autoridades judiciales estarán facultadas para ordenar a una parte a cuya instancia se hayan adoptado medidas y que haya abusado del procedimiento de observancia que indemnice adecuadamente a la parte a que se haya impuesto indebidamente una obligación o una restricción, por el daño sufrido a causa de tal abuso. Las autoridades judiciales estarán asimismo facultadas para ordenar al demandante que pague los gastos del demandado, que pueden incluir los honorarios de los abogados que sean procedentes. 2. En relación con la administración de cualquier legislación relativa a la protección o a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, los Miembros eximirán tanto a las autoridades como a los funcionarios públicos de las responsabilidades que darían lugar a medidas correctoras adecuadas sólo en el caso de actuaciones llevadas a cabo o proyectadas de buena fe para la administración de dicha legislación.

<sup>60</sup> BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe: La indemnización de perjuicios en las acciones de infracción a los derechos de propiedad intelectual, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2006. Op. Cit., p. 30

propiedad intelectual; el agente con el fin de quedar exento de responsabilidad civil, podrá acreditar dentro del proceso de responsabilidad civil que ha obrado de manera cuidadosa y/o prudente. No sería preciso entonces que un agente sea obligado a realizar el pago de una indemnización, a pesar de que pruebe ante el juez de que desplego todos los medios necesarios para impedir causar un daño al titular de los derechos.

Para concluir, es importante mencionar que la aplicabilidad de la responsabilidad subjetiva para los casos de infracción a los derechos de propiedad intelectual no es incompatible con la propuesta que se realiza sobre el concepto de daño que se expone más adelante, puesto que se recuerda al lector que el concepto de daño y de culpa, en los procesos de responsabilidad civil, son conceptos diferentes que el juez debe evaluar de manera separada.

## **2.4 El daño y el perjuicio en la responsabilidad civil**

### **2.4.1 Definición clásica de daño**

El daño es uno de los principales elementos de la responsabilidad civil. En Colombia, al igual que en Francia, si bien se exige la existencia del daño para que haya la responsabilidad, el código no lo define en sí mismo. A pesar de la carencia legislativa, la doctrina ha aportado diferentes definiciones, una de las más destacadas es la dispuesta por el autor Fernando Hinestrosa, para quien el daño es una “lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> HINESTROSA, Fernando. *Derecho de Obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967. Op. Cit., p. 529

Así mismo, la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 abril de 1968, ha mencionado la importancia del daño en la configuración de la responsabilidad, al respecto la Corte expresa que del daño o de lo que es la lesión de un interés jurídicamente protegido, emerge la responsabilidad y continua afirmando que “dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”<sup>62</sup>.

#### **2.4.2 Teorías sobre la distinción o ausencia de ella entre daño y perjuicio**

No obstante, a pesar de la claridad jurisprudencial de la necesidad del daño en la configuración de la responsabilidad civil, la doctrina tanto nacional como internacional, discute en la actualidad si los daños y perjuicios son lo mismo o por el contrario son dos nociones diferentes, como se explica a continuación:

##### **2.4.2.1 Teoría que afirma que hay una ausencia de distinción entre daño y perjuicio**

Para parte de la doctrina y autores como Javier Tamayo, consideran que no existe una distinción entre daño y perjuicio, exponiendo que tampoco debería de hacerse atendiendo que así mismo el código civil no los distingue, lo cual puede resultar innecesario y sin ningún objeto.

---

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (4 de abril de 1968) Gaceta Judicial Tomo CXXIV. Op. Cit., p. 58 a 65

El autor mencionado, realiza la distinción entre ambos conceptos atendiendo a la diferencia entre daño físico y daño jurídico. Al respecto el autor menciona que quienes admiten que el daño o perjuicio son lo mismo, el daño jurídico no es un concepto material sino “un concepto relativo a la disminución de una ventaja económica o extrapatrimonial no prohibida por el Estado”<sup>63</sup>. El autor continúa explicando que en caso de que un objeto resulte deteriorado por causa de un hecho imputable a una persona, ese daño es un daño físico, pero es en realidad el daño jurídico el que hace surgir la responsabilidad civil.

#### **2.4.2.2 Teoría que afirma que existe una distinción entre daño y perjuicio:**

Sin embargo, otro sector de la doctrina encuentra necesario realizar una distinción entre daño y perjuicio, puesto que para ellos mientras el primero es una manifestación física, el segundo es la consecuencia jurídica, así como lo ha reconocido la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Entidad referida y para la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de abril del 2001 y reiterado más recientemente en sentencia del 12 de junio de 2018, el perjuicio se entiende como “la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del “(...) perjuicio que el daño ocasionó (...)”<sup>64</sup>.

Esta teoría además tiene dos vertientes:

- Hay quienes afirman que para que el titular del derecho pueda obtener una

---

<sup>63</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier: Reflexiones sobre la ontología del daño y la relación entre daño y perjuicio, 25 de octubre 2015.

<sup>64</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (6 de abril de 2001) Radicación: Exp. No. 5502

indemnización por parte del agente infractor, es necesario que se pruebe dentro del proceso la existencia del daño y los tipos de perjuicio que genera<sup>65</sup>. Así lo ha reconocido la Superintendencia de Industria y Comercio en sentencia de diciembre 12 de 2018, dentro del expediente 2016-240789, donde se estableció que dentro de los procesos de propiedad industrial, es necesario probar tanto el daño como el perjuicio; posición reiterada en sentencia 1600 de diciembre 27 del 2018.

- Sin embargo y como se considera más apropiado, autores como Fernando Moreno Quijano, afirman que si bien, es de destacar que realizar la diferencia entre lo que es el daño y perjuicio resulta útil, en la medida en que permite identificar la totalidad de los intereses afectados derivados de un daño; es erróneo por parte de esta doctrina, establecer como requisito de la responsabilidad civil la existencia tanto del daño como del perjuicio. Dice el autor “lo erróneo es convertir ese desdoblamiento (daño-perjuicio) en un requisito de la responsabilidad civil, porque así se desconocen los daños inmateriales puros (esa categoría en que se afecta un derecho sin sede material ni sede corporal y en que no es necesario constatar una repercusión en otros bienes jurídicos)”<sup>66</sup>.

En razón de lo anterior y contrario a otras posiciones, en las cuales se afirman que la sentencia 1600 de diciembre 27 del 2018 de la SIC ha “facilitado los mecanismos que tienen los titulares para demostrar una infracción a sus derechos” (soto, 2019)<sup>67</sup>, lo cierto es que la postura de la Entidad, según la observación realizada por el profesor Moreno, podría en realidad representar mayores exigencias a un titular de derecho de propiedad intelectual en caso de que sus derechos se vean vulnerados, pues no solo deberá probar el daño sino además deberá probar el perjuicio causado, en caso de

---

<sup>65</sup> ÁMBITO DEL LECTOR: Reflexiones sobre reflexiones del daño y perjuicio. 12 de enero 2016.

<sup>66</sup> MORENO QUIJANO, Fernando: *¿Responsabilidad Civil Sin Perjuicio?*. Bogotá, Colombia, 2015. Op. Cit., p. 11.

<sup>67</sup> SOJO, Bettina. . *Infracciones al régimen de Propiedad Industrial*. Asuntos Legales, 14 de febrero 2019.

que desee que se le reconozca una indemnización.

## **2.5 Funciones de la responsabilidad civil**

Para el ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad civil tiene una función, la cual es la reparación del daño a través de una indemnización, que además suponga una reparación integral del daño. Sin embargo, debido a la evolución del derecho nacional e internacional, es imperativo tener en cuenta la anterior distinción que se proponía entre el daño y perjuicio, puesto que su estudio posibilita aproximarnos a otras funciones de la responsabilidad civil.

### **2.5.1 Función indemnizatoria y principio de reparación integral**

La función indemnizatoria, es la esencia misma de la responsabilidad civil en el ordenamiento colombiano, puesto que en los casos en los que existe un daño imputable a un agente, surge para él la obligación de reparar a la víctima y de indemnizarla por los perjuicios que le causa.

En Colombia, para realizar la valoración de los daños dentro de los procesos de responsabilidad civil, como principio general, los jueces deben atenerse al principio de la reparación integral, lo cual es en otras palabras, que el juez deberá limitarse a reconocer una indemnización de acuerdo con el perjuicio realmente sufrido por la víctima; tal y como lo establece el artículo 16 de la ley 446 de 1998<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Congreso de Colombia. (7 de julio de 1998). Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. (Ley 446 de 1998). Artículo 16. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

Marcela Castro Cifuentes explica que, para el ordenamiento jurídico colombiano, solo debe de indemnizarse a la víctima en justa medida de acuerdo al perjuicio sufrido, pues de lo contrario se vulneraría un principio fundamental en nuestro sistema de responsabilidad civil, ya que en caso de que a la víctima le sean reconocidos beneficios económicos en exceso o de forma indebida, ello representaría una fuente de enriquecimiento sin causa para la víctima<sup>69</sup>.

### **2.5.2 Función preventiva**

La responsabilidad civil cumple una función preventiva o de cesación del ilícito. Esta función a la cual hacemos referencia se encuentra mayormente desarrollada en el derecho comparado en sistemas del Civil Law, particularmente en Francia. La reforma al derecho de la responsabilidad civil en Francia desea introducir en su ordenamiento jurídico a través del artículo 1266 del Código Civil<sup>70</sup>, la figura de la cesación del ilícito, es decir, una figura que posibilita a la víctima acudir al juez civil con el fin de solicitarle que se le exija al demandado detener un determinado hecho que puede causar un perjuicio que todavía no existe.

A pesar de que el derecho colombiano ha heredado gran parte de su normatividad del derecho francés, aun hoy en Colombia, nuestra jurisprudencia considera necesario la existencia tanto del daño como del perjuicio, con el fin de que se le sea otorgada una indemnización a la víctima. Actualmente en Colombia, son pocas las sentencias que se

---

<sup>69</sup> CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho de las obligaciones* (2.<sup>a</sup> ed.), Bogotá, Temis, 2015. Op. Cit., p. 20 a 21

<sup>70</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile (mars 2017). Article 1266. En matière extracontractuelle, indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur.

han apartado de dicho criterio, caso de la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014, pero es de recalcar que, esta sentencia continúa afirmando que solo se le reconoce a la víctima dicho derecho cuando se trata de derechos personalismos y que son de total relevancia constitucional.

No obstante, en lo atinente a las infracciones de derechos de propiedad industrial, lo cierto es que el ordenamiento a través de la adopción interna de la Decisión 486 del 2000, proporciona al titular del derecho acciones legales preventivas contra la indebida utilización. Lo anterior, se encuentra reflejado específicamente en el artículo 238<sup>71</sup> y 241<sup>72</sup> de la mencionada Decisión, en la cual se establece que una vez se constate la legitimidad de la calidad del titular para ejercer la acción, el titular podrá pretender ante la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales según el artículo 24 del Código General del Proceso, el cese de los actos de un tercero que se consideren como una inminente amenaza de infracción así aun no hubieren causado un perjuicio para el titular

### **2.5.3 Función punitiva**

En el sistema del Common Law, la responsabilidad civil tiene también una función punitiva, la cual llaman como punitive damages. Esta función en el Common Law, según los autores James Goudkamp y Eleni Katsampouka, trata sobre el reconocimiento de daños compensatorios adicionales a la víctima que superan con creces el daño sufrido,

---

<sup>71</sup> Decisión 486 del 2000 de la CAN. Artículo 238. El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción. Si la legislación interna del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá iniciar de oficio, las acciones por infracción previstas en dicha legislación. En caso de cotitularidad de un derecho, cualquiera de los cotitulares podrá entablar la acción contra una infracción sin, que sea necesario el consentimiento de los demás, salvo acuerdo en contrario entre los cotitulares

<sup>72</sup> Decisión 486 del 2000 de la CAN. Artículo 241. El demandante o denunciante podrá solicitar a la autoridad nacional competente que se ordenen, entre otras, una o más de las siguientes medidas: a) el cese de los actos que constituyen la infracción;

en razón de que el agente cometió una conducta que es gravemente reprochable para el ordenamiento jurídico y con el fin de disuadirlo a él y a otros posibles agentes, de actuar de manera similar<sup>73</sup>. Lo particular de esta función, es que permite que surja la obligación en cabeza del agente, aun cuando no hay un perjuicio, sino que basta con la gravedad de la conducta; sin embargo, los punitive damages solo operan en algunas situaciones, como sucede con la interferencia a la propiedad, dentro de la cual se incluye la propiedad intelectual.

En Colombia, al igual que en el caso anterior, tampoco reconoce los daños punitivos, puesto que reconocer esta función podría resultar contraria a la función indemnizatoria y al principio de reparación integral que rige no solo para Colombia, sino que permea a todo el sistema del Civil Law. A pesar de lo comentado, el proyecto de reforma al código civil francés desea introducir esta función a su ordenamiento civil a través del artículo 1266-1<sup>74</sup>.

Vale la pena en este punto recabar a manera de ejercicio académico, si pareciere justo que el infractor de un derecho de propiedad intelectual, luego de ser vencido en un largo y complejo proceso, únicamente tenga el deber de reponer al titular, lo que hubiese pagado si se hubiese beneficiado de los activos intelectuales a través de las vías legales (franquicia, licenciamientos, transferencias de tecnología, etc.) que seguramente hubiesen implicado negociaciones y decisiones por parte del titular mas allá del simple elemento económico. En el fondo y no obstante no perder de vista el concepto de enriquecimiento sin causa ya analizado en este escrito, el mensaje para el infractor sigue

---

<sup>73</sup> GOUDKAMP, James, & KATSAMPOUKA, Eleni. An Empirical Study of Punitive Damages, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018.

<sup>74</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile (mars 2017). Article 1266-1. En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés.

siendo benévolo, ya que en el pero de los casos, su comportamiento conllevaría al pago de lo que debió pagar por las vías legales y no por las de hecho.

#### **2.5.4 Función de indemnización restitutiva**

La ultima función a la cual nos referiremos es la función de indemnización restitutiva, reconocida igualmente en el sistema del Common Law. Esta función permite a la víctima acudir ante juez con el fin de solicitarle que se le entregue todas o parte de las ganancias obtenidas por el agente a causa del ilícito. Esta función, suele ser utilizada para los casos Torts, derivados de la propiedad intelectual como: derechos de autor, propiedad intelectual, infracción marcaría y explotación de patentes y licencias.

En Colombia, si bien podríamos afirmar nuevamente que esta función controvierte el principio de reparación integral, lo cierto es que actualmente nuestro marco normativo para temas de propiedad industrial, reconoce la posibilidad de fijar una indemnización por referencia al beneficio obtenido por el infractor o el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, según lo dispuesto por la Decisión 486 expedida por la Comisión de la Comunidad Andina y lo que parece ser el artículo 57 de la Ley 44 de 1993.

Sin embargo, a pesar de que el ordenamiento jurídico colombiano si bien permite que la indemnización de daños y perjuicios sea cuantificada de esta manera, lo cierto es que el ordenamiento no reconoce que a este tipo de criterio se le pueda adicionar un monto que corresponda a la indemnización por haber cometido el ilícito, lo cual puede beneficiar al infractor e incluso incentivar su acción.

De acuerdo a lo anterior, es posible afirmar que las funciones de la responsabilidad civil no solo se encuentran en la reparación del daño y el principio de reparación integral, sino que como ya vimos, puede resultar preciso cuestionarnos sobre la normatividad vigente

en el marco jurídico colombiano y como ella responde a las necesidades actuales, sobre todo en materia de propiedad intelectual, puesto que al realizar la comparativa de normatividad con otros países, parece ser que el derecho colombiano no estuviera preparado para afrontar las infracciones a este derecho de propiedad. De nuevo, la legislación queda corta en materia de enviar un mensaje claro y contundente tanto al titular respecto de su protección, como al infractor respecto de su conducta.

## **2.6 Necesidad sobre una nueva definición del concepto de daño**

Para justificar la necesidad de un nuevo concepto del daño en la responsabilidad civil colombiana, se tiene en consideración en primer lugar, la distinción entre daño y perjuicio y en segundo lugar, el cómo esta diferenciación ya reconocida incluso por la jurisprudencia, tiene una implicación en las funciones de la responsabilidad civil anteriormente expuestas.

Así las cosas, debido al desarrollo tecnológico y a la evolución del mismo derecho, el cual permite hoy en día darles especial protección a derechos que en un pasado no tuvieron el mismo grado de amparo, como lo son en este caso, los derechos desprendidos de bienes intangibles; es menester que se adopte una nueva definición del daño. Esto último quiere decir que, no porque el concepto sea antiguo significa que sea equivocado, sin embargo la necesidad de un nuevo concepto, se configura en la medida en que, en la actualidad resulta difícil abarcar una infinidad de problemáticas que el concepto anteriormente abarcaba, y en esta medida y como es natural, se considera imperioso que se conciba un desarrollo del mismo, teniendo en cuenta las nuevas circunstancias, que fueron talvez difíciles de prever y tener en consideración anteriormente.

Incluso, es de agregar que en Francia, país del cual tenemos grandes influencias en nuestras instituciones jurídicas (como en la responsabilidad civil), a través de la propuesta de reforma al texto legal realizada en el año 2017, la cual se estudia con mayor

profundidad en el título precedente, se evidencia que el sistema legal francés a través del reconocimiento de las diferentes funciones de la responsabilidad civil, se ha venido construyendo un nuevo desarrollo doctrinal en materia del daño; lo que permite cuestionarnos aún más sobre cuáles deben ser los futuros pasos que tome el ordenamiento jurídico colombiano en materia civil, con el propósito de responder a las nuevas problemáticas planteadas.

Este sería el caso, si por ejemplo se decidiera publicar un libro, pero se pone a disposición de los lectores de forma gratuita permitiendo la copia y la difusión de manera libre y adicionalmente decide renunciar a sus derechos patrimoniales. Si bien en el presente ejemplo pareciera que no puede haber una infracción a los derechos del autor de la obra, toda vez que el mismo autor decide no darle una explotación económica y renuncia a sus derechos patrimoniales; si podría existir una vulneración a sus derechos morales; como lo sería si uno de los lectores decidiera reproducir la obra y la distribuyera de forma igualmente gratuita, pero autodenominándose el autor de la obra, infringiendo los derechos de paternidad del titular. Como vemos en la ejemplificación, hay una indiscutible vulneración a los derechos morales de paternidad, pero no hay una vulneración a los derechos patrimoniales

Un segundo ejemplo en materia industrial sería si una persona decidiera abrir un establecimiento no legalizado que tenga como objetivo comercializar productos de consumo masivo, como lo podría ser una tienda de barrio, y el propietario de dicho establecimiento decidiera otorgarle un nombre comercial o una enseña que ya identifica a un supermercado, el cual además de estar en el mismo sector del mercado, también cuenta ya con gran reconocimiento dentro del público.

Surge en este ejemplo la misma cuestión anterior: ¿Puede afirmarse que por el uso del nombre marcario en una tienda de barrio, el supermercado dejó de obtener ganancias? ¿Cómo se calcularía la indemnización según los criterios de la Decisión 486 del 2000? Son estas cuestiones las cuales nos permiten evidenciar la dificultad probatoria a la cual

se sometería a la víctima si se entiende por daño un “menoscabo patrimonial”, ya que ella tendría que demostrar la afectación económica; lo cual resulta para efectos de este caso difícil de no ser imposible. Y frente a este caso (de alta frecuencia en nuestro medio), no cabría ninguna duda en que existió la infracción por el uso no autorizado del signo distintivo y que por ende existió un daño; por poco o mínimo que este pareciera, pero daño hubo y por ende reportaría una indemnización al titular. De lo contrario, permitiría el sistema la propagación de múltiples y pequeños infractores, que de manera individual serían aparentemente inofensivos frente al titular y del activo intangible mismo, pero además del efecto económico, el mensaje enviado sería por lo menos desmotivante. De ahí la importancia de la indemnización sancionatoria, ya que actualmente quedan infracciones sin castigo alguno, por no reportar aparente daño.

En consecuencia, de todo lo aquí expresado y con la intención de evitar la vulneración de derechos, se considera pertinente adoptar el concepto de daño adoptado por el profesor Juan Carlos Henao, el cual presenta que el daño es “toda afrenta<sup>75</sup> a los intereses lícitos de una persona”<sup>76</sup>.

La adopción de esta nueva definición del daño, permite además de plantear una diferenciación entre los conceptos de daño y perjuicio, en el cual el daño es la vulneración de los intereses legales de una persona por parte de un agente y el perjuicio, la consecuencia que recae en el bien material; también abre la posibilidad de que en el marco normativo colombiano, se puedan introducir funciones de la responsabilidad civil que no eran antes reconocidas, y con ello nuevas formas de aplicación, como ocurre en el caso de la función preventiva y de la función punitiva; lo cual blindará y protege en mayor medida los derechos de los titulares de bienes intangibles.

---

<sup>75</sup> Definición de afrenta según la Real Academia Española: 1. f. Vergüenza y deshonor que resulta de algún dicho o hecho, como la que se sigue de la imposición de penas por ciertos delitos. 3. f. Peligro, apuro, trance.

<sup>76</sup> HENAO, Juan Carlos: *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Primera ed.). Universidad Externado de Colombia, 1998. Op. Cit., p. 280

### **3. CAPITULO III: TEORIAS DE LA INFRACCION Y EL DAÑO EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

#### **3.1 Teorías de la infracción y el daño en la propiedad intelectual**

Como ya vimos, a pesar de que el marco jurídico colombiano otorga reconocimiento a los derechos de propiedad intelectual, cabe preguntarse si esa normativa protege al titular de los derechos frente a las infracciones por parte de los agentes; ya que, gracias al avance tecnológico, la vulneración a estos derechos se ha incrementado en los últimos años y lo más preocupante es que en muy pocos casos el titular logra obtener una reparación integral por las infracciones cometidas.

Es en razón de esto último que, el artículo 243 de la Decisión 486 de 2000 cobra gran importancia, donde se reconoce la posibilidad del demandante de obtener no solo la indemnización por daño emergente y lucro cesante (propias de la función de reparación integral de la responsabilidad civil), sino también la posibilidad de obtener parte de las ganancias que ha recibido el agente infractor en razón de los hechos dañosos, reconociendo así la función de indemnización restitutiva. Esto da cuenta de la intención del legislador de sancionar con severidad todas aquellas conductas contrarias al nivel general de conducta.

Así las cosas, dentro de los procesos de responsabilidad civil, para el ordenamiento jurídico colombiano es menester que la víctima pruebe los elementos que lo estructuran, los cuales son: el factor de atribución, el nexo causal y el daño. Por lo anterior, es de afirmarse que el éxito de las pretensiones en un proceso de responsabilidad civil, en el cual se solicita el reconocimiento de daños y la indemnización de perjuicios, se encuentra realmente en las pruebas que se aporten al proceso, como lo indica el artículo 167 del

Código General del Proceso<sup>77</sup> al establecer que a cada parte le corresponde probar los supuestos de hechos en los que fundamenta su pretensión, defensa o excepciones.

Sin embargo, la diferencia que se hace sobre daño y perjuicio, tiene un impacto en materia probatoria, puesto que en caso de que decida la presunta víctima acudir ante juez con el fin de obtener una indemnización, es importante establecer si el accionante deberá entonces probar si solo la infracción cometida por un agente, basta para que exista daño en materia de responsabilidad civil o si por el contrario, de la infracción cometida surge la presunción del daño, la cual es susceptible de ser probada en contrario.

Este es otro aspecto principal que hasta el momento sigue presentando problemáticas, puesto que hoy en día tanto la jurisprudencia como la doctrina colombiana, discuten si las infracciones cometidas por un agente son constitutivas de daño y en esa medida es posible otorgar a la víctima una indemnización de perjuicios. La anterior posición ha sido de gran controversia, pues el solo planteamiento de ella genera una objeción por parte de la postura clásica de la responsabilidad civil, en la cual se requiere que el daño represente, según palabras del profesor Fernando Hinestrosa, un “quebranto económico”<sup>78</sup>.

Como consecuencia de lo aquí presentado, la doctrina y jurisprudencia han pretendido dar claridad al asunto en el cual el legislador no fue claro, mediante la importante cuestión de si verdaderamente la sola infracción constituye o no el daño. El autor Carlos David

---

<sup>77</sup> Código General del Proceso (2018) Edición 5ª Ed. Legis. Artículo 167. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

<sup>78</sup> HINESTROSA, Fernando. *Derecho de Obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967. Op. Cit., p. 529

Tamayo<sup>79</sup>, ha diferenciado las tres principales posturas, las cuales se consideran pertinentes para explicar la división en lo que se refiere al tema, las cuales son:

### **3.1.1 La infracción al derecho de propiedad intelectual no es constitutiva per se del elemento del daño**

Esta es una posición rígida, acogida por la doctrina y jurisprudencia que defiende el concepto clásico de la responsabilidad civil. Esta posición, considera que los conceptos de infracción y daño son elementos diferentes y aislados; motivo por el cual incumbe al demandante probar además del supuesto de hecho, el efecto jurídico que el hecho causa.

Por consiguiente, el daño ocasionado por el agente deberá estar ligado a un tipo de perjuicio, con el fin de que la víctima obtenga una indemnización; pues de lo contrario, en caso de que el demandante no logre probar plenamente el daño, no habrá lugar al reconocimiento de una indemnización.

Por otra parte, esta posición es claramente expuesta en sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio del 25 de junio de 2014, dentro del expediente 2013-191258, en la cual señala *“Luego para efectos de la acreditación del daño, es claro para la suscrita que no es suficiente la mera prueba de la infracción. Una infracción a un derecho de propiedad industrial, trátese de un signo suficientemente distintivo, o sobre una marca débil, no se acredita con la mera infracción, porque el daño debe probarse, la existencia misma de este debe probarse y no puede derivarse de manera alguna de la declaración de infracción”*.

---

<sup>79</sup> TAMAYO CARDENAS, Carlos David: *Análisis de la responsabilidad civil extracontractual por infracción de patentes de invención: un estudio jurídico del daño pecuniario y la función del instituto*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017. Op. Cit., p. 141 a 163

La teoría referida, como se observa, ha sido la postura clásica de la Entidad, esto es, que sobre el daño no hay ningún tipo de presunción ya que en la legislación colombiana no hay ninguna norma que así lo establezca y deberá la víctima probar dentro del proceso que como consecuencia de una infracción se sufrió verdaderamente un daño. Esta misma postura, es retomada por la Entidad en (i) sentencia de junio 15 del 2016, dentro del expediente 2015-170623; (ii) sentencia de octubre de 2018, dentro del expediente 2015-298997; (iii) sentencia de diciembre 12 de 2018, dentro del expediente 2016-240789.

### **3.1.2 La infracción al derecho de propiedad intelectual da lugar a una presunción del daño**

Esta teoría es una postura semirrígida, pues por una primera parte, parece acoger la distinción clásica entre los conceptos de infracción y daño, tal y como en la teoría anterior; sin embargo esta nueva teoría no trata los conceptos aisladamente y por el contrario opina que cuando se presente una infracción a los derechos de propiedad intelectual, se supone una presunción de daño; la cual no es absoluta y es susceptible de ser probada en contrario.

Esta misma teoría es acogida por el derecho español, como lo revela la sentencia No. 516 del 3 de septiembre del 2019 de la sala civil del Tribunal Supremo: “Esta doctrina, pacífica y reiterada, tiene una excepción en la propia jurisprudencia, la cual estima correcta la presunción de existencia del daño (aparte, claro ésta, cuando haya una norma legal específica) cuando se produce una situación en que los daños y perjuicios se revelan como reales y efectivos. Se trata de supuestos en que la existencia del daño se deduce necesaria y fatalmente del ilícito o del incumplimiento, o son consecuencia forzosa, natural e inevitable, o daños incontrovertibles, evidentes o patentes, según las diversas dicciones utilizadas. Se produce una situación en que "habla la cosa misma"

("ex re ipsa"), de modo que no hace falta prueba, porque la realidad actúa incontestablemente por ella"<sup>80</sup>.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, como Entidad con facultades jurisdiccionales para resolver controversias en materia de propiedad industrial; a pesar de que ha sido reiterativa en su posición clásica respecto a la diferencia conceptual de infracción y daño; en sentencia de diciembre 17 del 2015, dentro del expediente 2015-026466, la Entidad reconoce que en el tema marcario, en este caso, donde se presenta la situación en la que el demandado sin el consentimiento del titular del derecho ha utilizado sus marcas en el comercio; la jurisdicción justifica que solo por el uso injustificado de una marca por parte de un tercero se causa un daño, ya sea mucho o poco daño. Dice la Entidad "¿si un tercero sin mi permiso usa mi marca, eso significa que no hay daño? Desde luego que no, la respuesta es negativa desde el punto de vista lógico. Algún daño causó, repito, del hecho de haber usado una marca sin consentimiento de su titular"<sup>81</sup>.

Así mismo y más recientemente, la SIC por medio de la sentencia de octubre 1 de 2018, dentro del expediente 2018-101291<sup>82</sup>, ha adoptado una postura similar y ha establecido: "la infracción a un derecho de propiedad intelectual como lo sería el ejercido por una marca, causa per se un daño".

Si bien la Superintendencia de Industria y Comercio en ambas sentencias, aun hace la diferencia entre daño y perjuicio, teniendo en cuenta que la delegatura continua mencionando que la infracción es la que causa el daño; la sentencia posibilita el cuestionarnos sobre la postura clásica de la Entidad, puesto que como se observa en

---

<sup>80</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo civil (3 de septiembre 2019). Sentencia 516/2019

<sup>81</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. 17 de diciembre de 2015. Sentencia de primera instancia en proceso de infracción de derechos de propiedad industrial, rad. 2015-026466.

<sup>82</sup> OLARTE COLLAZOS, Jorge Mario Delegatura de Asuntos jurisdiccionales de la Super Intendencia de Industria y Comercio 2018-101291. Op. Cit., p. 7.

esta sentencia, la Entidad se abre paso a afirmar que una vez el acervo probatorio pruebe la infracción cometida por el agente, resulta lógico para la jurisdicción que de esa infracción se causara algún daño.

### **3.1.3 La infracción es constitutiva, per se, del elemento daño**

Esta teoría, representa una postura moderna que intenta dar respuesta a las problemáticas actuales que han sido causadas por la teoría clásica, en la cual se ha permitido que numerosas situaciones no sean indemnizadas debido a que el demandante no logra probar más allá de la infracción, el daño o el “quebranto económico”. Es debido a esto último que quienes apoyan esta posición, han sostenido que es necesario adoptar una nueva postura respecto a la definición del daño, y por ello entienden los autores de esta teoría que la infracción es en si misma constitutiva del daño.

Para la doctrina colombiana, autores como Ernesto Rengifo García, han defendido esta posición, según el profesor, surge para el agente el deber de indemnizar los daños y perjuicios causado por la infracción, con el solo hecho de la violación del derecho exclusivo que ostenta el titular del derecho de propiedad intelectual<sup>83</sup>. Como es de observar, la posición del profesor Rengifo García hace énfasis en la exclusividad que tiene el titular sobre su derecho de propiedad, lo cual lo faculta a permitir o prohibir que terceros interfieran o exploten comercialmente su derecho, esto es, la importancia que cobra para el profesor el deber que tiene cada persona de respetar los derechos ajenos y de no impedir su ejercicio por este; y en esta medida en caso de infracción o vulneración

---

<sup>83</sup> RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *Los perjuicios en la infracción de los derechos de propiedad intelectual*, *Ámbito Jurídico*, 11 de junio 2015. “El deber de indemnizar surge de la infracción del derecho, pues el derecho del titular a reclamar indemnización de los daños y perjuicios resulta del solo hecho de la violación de su derecho exclusivo.”

a esa esfera jurídica otorgada por el mismo ordenamiento jurídico al titular del derecho, nace en cabeza del agente infractor, el deber de indemnizar.

### **3.2 Adopción de teoría**

Una vez expuestas las teorías de infracción y daño en la propiedad intelectual existentes tanto en la jurisprudencia como en la doctrina; es menester realizar una propuesta y explicar al lector porque se considera pertinente adoptar la última teoría, esto es, la postura que apoya que la infracción es constitutiva, per se, del elemento daño.

En primer lugar, es de reconocer que, resulta cada vez más fácil para los agentes encontrar medios y/o mecanismos que vulneren los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, a pesar de que las sociedades son cada vez más conscientes del deber de respeto hacia este tipo de derechos, algunos ordenamientos jurídicos no otorgan una protección eficiente, en la medida en que las sanciones e indemnizaciones resultan siendo preferentes por los agentes, ya que las ganancias obtenidas por la infracción cometida, son mayores a las indemnizaciones impuestas; y lo que es peor, existen otros casos en los cuales ni siquiera se les impone un deber de indemnización, ya que el demandante no logra probar los perjuicios a pesar de la certeza de la infracción cometida o la cuantía resulta ser materialmente irrelevante.

Debido a la problemática descrita (sobre todo los ordenamientos jurídicos del Civil Law, puesto que los países que adoptan un sistema de Common Law, ya lo habían reconocido), los Estados, con el fin de brindar mayor garantía a los titulares de derechos de propiedad intelectual; han empezado a adoptar nueva normatividad que permite que le sean reconocido a los titulares, indemnizaciones por el solo hecho de que el agente hubiere cometido la infracción.

Además del caso francés, donde se desea introducir la función preventiva y punitiva de la responsabilidad civil a través de una propuesta a la reforma del código civil; en España actualmente, el ordenamiento jurídico en materia de marcas a través del numeral 5 del artículo 43 de la Ley 17 de 2001<sup>84</sup>, ha señalado que para el cálculo de indemnización de daños y perjuicios, basta con la infracción por parte de un agente a los derechos del titular de propiedad intelectual, razón por la que el demandante no deberá de probar ningún otro aspecto ante el juez, para que surja para el deber de indemnizar por parte del agente.

Tal y como se observa, si bien aún en estos ordenamientos se sigue planteando una distinción entre los conceptos de infracción y daño, lo cierto es que su legislación, de manera discreta, ha tenido que evolucionar debido a los problemas impuestos por la nueva realidad, los cuales no hubieran podido ser solucionados de seguir adoptando una postura totalmente clásica de responsabilidad civil.

No obstante de que demás países que adoptan un sistema del Civil Law, han establecido medidas legislativas que permiten a la víctima obtener una indemnización por la infracción cometida por parte del agente; concretamente en Colombia tenemos dos grandes problemáticas: (i) en materia de responsabilidad civil, en tanto que el legislador no define el concepto de daño y ha trasladado su obligación a la rama judicial, a pesar de que sea su deber constitucional como órgano al cual le corresponde emitir las leyes según el artículo 114<sup>85</sup> de la Constitución política de Colombia; permitiendo que, además de que se creen discusiones jurisprudenciales, queden desprotegidos en numerosas

---

<sup>84</sup> Jefatura del Estado. (7 diciembre de 2001). Ley de Marcas. (Ley 17 de 2001). Artículo 43 numeral 5: Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios: El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 por ciento de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.

<sup>85</sup> Constitución Política de Colombia (2015) Edición 34<sup>a</sup> Ed. Legis. Artículo 114. Corresponde al Congreso de la República reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración. El Congreso de la República, estará integrado por el Senado y la Cámara de Representantes.

ocasiones los derechos de los titulares donde terceros vulneren su derecho de exclusividad. (ii) En materia de propiedad intelectual, pues a pesar de que el ordenamiento jurídico otorga una diversidad de normas que permiten la protección efectiva de los derechos de los titulares de bienes intangibles, la jurisprudencia colombiana y la adopción de decisiones por parte de las entidades, mantiene problemas de observancia y una falta de criterio práctico de aplicación normativa.

Como consecuencia de la desprotección que afronta hoy en día los derechos de propiedad intelectual, es necesario retomar la necesidad de acoger un nuevo concepto del daño, entendiéndolo según lo expuesto en el capítulo II como: “cualquier afrenta a los intereses lícitos de una persona” (Henao, 1998). De acuerdo con esta definición y según el concepto de infracción por la RAE<sup>86</sup>, se sustrae que tal y como se menciona en la tercera teoría, la infracción es constitutiva del elemento del daño.

Incluso, a pesar de que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) parece acogerse en la mayoría de sus sentencias a la primera teoría expuesta en el punto 3.1.1, en la cual la infracción al derecho de propiedad intelectual no es constitutiva del elemento del daño; si se realiza un análisis a la sentencia 1600 del 27 de diciembre de 2018, emitida por la misma Entidad; se encontrara que allí la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) citando a la Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril 6 de 2001, entiende por daño “la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes”.

Según la definición del daño de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) dispuesta en la sentencia 1600 de 2018, esta refuerza la concepción dispuesta por el profesor Henao y recalca además la Entidad, la diferencia entre daño y perjuicio, entendiendo que el daño es “la vulneración del interés tutelado” y que cuando se refiere

---

<sup>86</sup> Definición de infracción según la Real Academia Española: 1.f. Transgresión, quebrantamiento de una ley, pacto o tratado, o de una norma moral, lógica o doctrinal

a la “repercusión en una lesión a bienes”, hace alusión a la consecuencia derivada del daño, es decir el perjuicio.

Por lo anterior, resulta paradójico que en anteriores sentencias descritas en el punto 3.1.1, aun para que la víctima pueda obtener una indemnización, sea necesario probar la infracción y el daño de manera separada, entendiendo que el concepto daño dispuesto en la sentencia 1600 de 2018 dispone que el daño es una consecuencia necesaria de la infracción. Al respecto la Entidad afirma que “el daño se ve materializado en la infracción del derecho de propiedad industrial, esto es, en la vulneración de las prerrogativas exclusivas que ostenta el titular”.

Con todo y debido a la confusión jurisprudencial, es necesario que la legislación colombiana en materia de responsabilidad civil y propiedad intelectual, se encargue de adoptar una postura que evidencie la evolución del derecho en sí mismo, creando un marco jurídico armónico que sea capaz de brindar un grado suficiente de protección a los derechos que las personas ostentan, al no permitir que terceros puedan interferir en su derecho y que de ser así, podrá obtenerse una indemnización, sin ponerlo en una situación de desventaja procesal. Esto es una necesidad real, y como se profundizará más adelante el ordenamiento colombiano está obligado por el tratado de libre comercio con Estados Unidos de crear una protección efectiva a los titulares de bienes intangibles.

## **4. CAPITULO IV: LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS EN LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

Para indemnizar perjuicios en Colombia con relación a la propiedad intelectual es necesario cumplir con todos los presupuestos de un proceso, estos son: (i) Probarse la existencia del derecho; (ii) Probarse la existencia de la conducta infractora; (iii) Probarse el daño causado; (iv) relacionar el hecho infractor con el daño sufrido por el titular del derecho, (v) Tasar los perjuicios.

### **4.1 Probar la existencia del derecho**

#### **4.1.1 En materia de derecho de autor**

Si bien los derechos de autor no se adquieren mediante registro (o el depósito más precisamente) en la Dirección Nacional de Derecho de Autor, este constituye una prueba suficiente del hecho, que la contraparte tendrá la obligación de desvirtuar. Sin embargo, esto no significa que este sea el único medio de prueba idóneo. Cualquier medio de prueba puede servir para constituir el hecho de creación (en relación con los derechos morales) o de divulgación (ya sea los derechos patrimoniales)<sup>87</sup> de la obra.

#### **4.1.2 En materia de propiedad industrial**

---

<sup>87</sup> Código General del Proceso Artículo 165. Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

En la propiedad industrial, para adquirir los derechos es necesario realizar un registro (a excepción del secreto empresarial, el nombre comercial y la enseña), será suficiente entregar una certificación de la existencia del derecho expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) o por el Instituto Colombiano Agropecuario (ICA) (si es variedad vegetal) y (ii) que la titularidad recaiga sobre quien realiza la reclamación.

De manera específica para algunas materias:

- Nombre comercial y la enseña comercial; deberá probarse (i) el primer uso en el mercado, para la cual se puede realizar un depósito en la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) que servirá de presunción legal del primer uso en el mercado o de igual forma se puede probar ante el juez mediante cualquier otro medio y (ii) que continúa utilizando el signo distintivo.
- El secreto empresarial: debe probarse los presupuestos anteriormente descritos en el punto 1.2.3 por cualquier medio de prueba que pueda resultar idóneo para cada caso concreto.

#### **4.2 Probar la existencia de la conducta infractora**

Las infracciones son por regla general las acciones que sobrepasen o trasgredan los derechos conferidos en virtud de la titularidad de un intangible a quien se le ha reconocido un derecho sobre este. Estas acciones pueden ser realizadas por parte de terceros cuando trasgredan el monopolio que tiene el titular o titulares sobre el intangible, como también proceden cuando un licenciataria sobrepasa los derechos otorgados a este en virtud de un contrato de licencia, por ejemplo cuando tiene la potestad de únicamente producir una cantidad determinada y produce más de la fijada; también ocurre cuando el licenciataria solo tenía la potestad de producir y en violación del contrato también se dispone a importar de otro país, o cualquier trasgresión que sobrepasa lo acordado.

Por otro lado, un titular del derecho sobre un intangible también puede realizar una acción constitutiva de una infracción sobre un intangible, este es el caso cuando la titularidad de un bien recae en cabeza de más de una persona. Por regla general independiente del intangible objeto de la protección, un titular no puede explotarlo económicamente sin el consentimiento de los otros titulares. Sin embargo, en los algunos casos, como por ejemplo de patentes y marcas, es posible que cada uno de los titulares la explote sin el consentimiento de los otros, he incluso que uno de ellos otorgue una licencia de explotación a un tercero sin el consentimiento de los otros<sup>88</sup>.

Para probar estas infracciones es necesario, reunir evidencia mediante cualquier medio probatorio del artículo 165 del Código General del Proceso, de que se realizó una infracción. Es común en la práctica solicitar pruebas extraprocesales donde no se notifique al demandado en virtud el artículo 189 del Código General del Proceso, esto para adquirir una prueba confiable y fehaciente de la infracción al intangible. También es común que se realice un procedimiento frente a la notaría para que exista una “fe pública” de la existencia de un documento o un hecho que sea constitutivo de una infracción.<sup>89</sup>

#### **4.3 Probar el daño causado**

---

<sup>88</sup> El Artículo 554 del código de comercio dispone que cada comunero de una patente puede explotar la invención y perseguir las falsificaciones, y también dispone que previa orden de juez por un proceso al que se le da trámite de incidente, un mero titular podrá conceder el licenciamiento a terceros. Sin embargo, este licenciamiento debería poder favorecer a todos quienes tengan derecho sobre la patente aunque no hayan sido parte de la negociación. Esta norma es aplicable a marcas en virtud del artículo 597 del código de comercio.

<sup>89</sup> Corte Constitucional. Sentencia C863 de 2012 (25 de octubre de 2012) *“De allí el valor jurídico y al alcance probatorio que se le reconoce a los actos y declaraciones surtidas ante el notario, y a los hechos de los cuales éste dé cuenta por haber ocurrido en su presencia, y todo ello en razón de estar investido por el Estado de la autoridad necesaria para atribuir autenticidad a tales actos y atestaciones, en razón de ser depositario de la fe pública”*.

Probar el daño por la infracción de un intangible es un reto que no debe ser subestimado, por un lado, que un tercero utilice de manera indebida el activo de un titular de un intangible no significa *per sé* que el daño que le causó sea perceptible en su contabilidad, y mucho menos en la integridad del intangible debido a su naturaleza. En muchas ocasiones el daño causado al titular es imposible de probar, o al menos, es absolutamente difícil. Sin embargo, su derecho ha sido violado.

Esto sin duda genera un ambiente propicio para que terceros infractores tomen ventaja y, sin haber asumido ningún esfuerzo, trabajo o capital, se aprovechen de las ventajas otorgadas por el intangible. Para enfrentar este problema, los sistemas jurídicos de otros países han buscado soluciones alternativas con relación a la dificultad de probar el daño.

La Cámara civil y comercial de apelaciones en lo Federal de Argentina se pronunció de la siguiente manera debido a la dificultad probatoria mencionada anteriormente:

*“en el ámbito del derecho a la propiedad industrial, frente a las notorias dificultades para la prueba del daño causado por una infracción, y considerando que en casos frecuentes la invasión del derecho legítimamente obtenido tiene origen en conductas maliciosas, la más moderna doctrina se inclina-no sin sólidos fundamentos- a sostener que, como regla, toda usurpación de marca, designación social, patente de inversión, modelos ornamentales, modelos de utilidad, etc. Provoca un daño. Y como este, en general, es de difícil prueba (cuando no imposible), los autores propician que se parta de una presunción de daño, debiendo los jueces-para superar problemas probatorios y evitar que estos obren como vehículos de impunidad”<sup>90</sup>*

Por otro lado, el Tribunal Superior Argentino ha tenido una posición casi idéntica en el tratamiento de Derechos de autor, afirmando con relación al daño los siguiente “*en casos*

---

<sup>90</sup> Extraído de: TAMAYO CÁRDENAS, Carlos David Análisis de la responsabilidad civil extracontractual por infracción de patentes de invención: un estudio jurídico del daño pecuniario y la función del instituto n.º86. 2017. Op. Cit., p. 156.

*tales el derecho de indemnización resulta solo del hecho de la violación y que debido a las particularidades de los derechos inmateriales se debe valorar todas las circunstancias sin sujeción de normas rígidas*<sup>91</sup>.

El derecho colombiano por su parte ha mostrado la necesidad de probar el daño para la indemnización de infracciones de propiedad intelectual en múltiples ocasiones; a propósito, en sentencia de 15 de junio de 2016 con Nro. de expediente No. 2015-170623 acoge una posición donde el daño debe ser demostrado para que se dé lugar a una indemnización y además afirma que los criterios del artículo 243 de la decisión 486 del 2000 son daños en sí mismos <sup>92</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia ha ido evolucionando de perspectiva, y ha buscado la manera en que las infracciones contra la propiedad intelectual de sus titulares no queden impunes, intentando alterar la carga de la prueba, presumiendo la existencia del daño en casos de infracción, o incluso considerando la constitución del daño en sí mismo con la mera infracción respondiendo a las teorías de la doctrina expuestas en el punto 3.6. Es altamente posible que una razón determinante de este cambio de perspectiva sea el tratado de libre comercio con Estados Unidos impone que independiente de las medidas que se adopte en cada parte del tratado y por los estados miembros, no debe permitirse que las infracciones queden impunes o se vuelvan una práctica común:

“Nade en este capítulo será interpretado como que impide a una parte adoptar medidas necesarias para prevenir prácticas anticompetitivas que puedan resultar del abuso de los derechos de propiedad intelectual estipuladas en este capítulo”<sup>93</sup>

---

<sup>91</sup> Extraído de: PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Op. Cit., p. 160.

<sup>92</sup> SANDOVAL GUTIERREZ, Jose Fernando: Super Intendencia de Industria y Comercio. Delegatura de asuntos jurisdiccionales sentencia con radicado 16-185373 del 27 de diciembre de 2018) Op. Cit., p. 14.

<sup>93</sup> Tratado de libre comercio entre estados unidos y Colombia Artículo 5 capítulo 16.1

También en el mismo tratado obliga a cada parte a que por motivo de la infracción se indemnicen los daños causados por infracciones, pero también como mínimo que se indemnicen en los derechos de autor y conexos y en las marcas las ganancias obtenidas por el infractor, sin mencionar el daño ocasionado. Por otro lado, las nuevas invenciones han sido tratadas por la SIC de igual forma que las marcas *“lo cierto es que las apreciaciones de la delegatura de asuntos jurisdiccionales en relación con otros derechos de propiedad industrial, al tenor de sus mismas palabras parecen hacerse extensivas a todos estos derechos”*<sup>94</sup>

Esto se tuvo o al menos se debió tomar en cuenta por la calidad jerárquica que tiene el tratado de libre comercio en nuestro ordenamiento al hacer parte del bloque de constitucionalidad<sup>95</sup>, se debe tener en cuenta que este tratado hace parte del bloque de constitucionalidad, y su cumplimiento debe ser el más integral posible.

La Delegatura de asuntos jurisdiccionales en sentencia 2018-101291 da razón a lo expuesto anteriormente *“De conformidad con lo expuesto, el despacho es absolutamente claro que la infracción a un derecho de propiedad intelectual, como lo sería el ejercido sobre una marca, causa per sé un daño. No reconocer esta situación implicaría, no solo desconocer la naturaleza de los derechos de propiedad intelectual, sino evadir la protección integral que debe concederse a este tipo especial de propiedad, tal como lo exige el artículo 61 de la constitución política y tratados internacionales como el acuerdo*

---

<sup>94</sup> Extraído de Carlos David Tamayo Cárdenas. Análisis de la responsabilidad civil extracontractual por infracción de patentes de invención: un estudio jurídico del daño pecuniario y la función del instituto n.º86. . 1. Op. Cit., p. 148.

<sup>95</sup> La corte ha admitido que tratados internacionales hagan parte del bloque de constitucionalidad: “De manera excepcional la Corte ha aceptado que algunas normas comunitarias puedan integrarse al bloque de constitucionalidad siempre y cuando se trate de una normatividad que reconozca de manera explícita y directa los derechos humanos, como la Decisión 351 de 1993, expedida por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en cuanto a los derechos morales de autor” C 339 de 2006 En relación al tratado de libre comercio, el capítulo de propiedad intelectual debería ser reconocido en el bloque pues trata los derechos morales de autor, y las normas que los protegen no distinguen de estos y los patrimoniales, y en ocasiones ni siquiera de otros tipos de propiedad intelectual.

*sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio -ADPIC- (Art 45)<sup>96</sup>*

Si bien esta posición fue novedosa (y en nuestra opinión acorde a la normativa internacional y efectiva para enfrentar un ambiente que facilite la explotación ilegal de intangibles), el mismo tribunal dio un paso atrás con la sentencia 2015-298997 expedida solo 7 días después, donde contrarió la posición expuesta anteriormente y recalcó la necesidad de probar el daño<sup>97</sup>. Recalcando que no fueron fallados por el mismo magistrado, y que en esta última sentencia argumenta que los criterios del artículo 243 se refieren a la tipología del daño, dando un tratamiento normal u ordinario a la necesidad de probar el daño en proceso por indemnización de perjuicios por infracción de intangibles: *“y es importante aclarar en este punto que sean cual sean los daños, tipologías tradicionales o no tradicionales, siempre se deben demostrar: daño emergente, lucro cesante, los beneficios obtenidos por el infractor, el valor de una licencia hipotética esos daños de todos esos literales siempre se deben demostrar”<sup>98</sup>.*

Finalmente, como sentencia hito surgió el caso Gas Gombel vs Gasmax, donde se afirmó por parte de la delegatura de asunto jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) que el daño se materializa con la infracción como se indicó en el punto 3.2.1 de la sentencia<sup>99</sup>, pero también es necesario probar el perjuicio para que haya indemnización. Por lo anteriormente descrito, el artículo 243 de la Decisión 486 del 2000

---

<sup>96</sup> OLARTE COLLAZOS, Jorge Mario: Delegatura de Asuntos jurisdiccionales de la Super Intendencia de Industria y Comercio 2018-101291 Op. Cit., p. 7.

<sup>97</sup> SANDOVAL GUTIERREZ, Jose Fernando: Super Intendencia de Industria y Comercio. Delegatura de asuntos jurisdiccionales sentencia con radicado 15-298997 del 16 de octubre de 2018 video de la audiencia oral en el siguiente vinculo: <https://vimeo.com/300774465> minuto 21.20.

<sup>98</sup> Ibidem.

<sup>99</sup> SANDOVAL GUTIERREZ, Jose Fernando: Super Intendencia de Industria y Comercio. Delegatura de asuntos jurisdiccionales sentencia con radicado 16-185373 del 27 de diciembre de 2018 Punto 3.2.1

y los criterios que están contenidos en el mismo, son definidos como “tipologías de perjuicio”.

No obstante lo novedoso de esta decisión es que las tipologías de perjuicio son las que requieren ser probadas y no el daño, pues este se materializa con la infracción; desde esta perspectiva, si bien en relación al lucro cesante y al daño emergente no queda otra que probarlos de manera ordinaria, la decisión del tribunal también permitió tener otras opciones probatorias más sencillas; por un lado sería suficiente con probar que el infractor obtuvo ganancias a partir de la infracción, que puede verificarse en los libros contables de este; o que como en el caso concreto de la sentencia mencionada fue suficiente para el tribunal probar que la contraparte no contaba con una licencia de intangible para probar el perjuicio<sup>100</sup>.

Como se observó anteriormente, La Superintendencia de Industria y Comercio(SIC) ha ido cambiando de posición de manera constante durante los últimos años en búsqueda de proteger a los titulares de propiedad intelectual, en cumplimiento del tratado de libre comercio con Estados Unidos y en búsqueda de evitar un ambiente propicio para que los infractores queden impunes de sus actos, causando así que se debilite el incentivo de creación necesaria para la industria beneficiada por la propiedad intelectual, relegando a Colombia al atraso y la incompetencia y pudiendo derivar incluso en acciones de incumplimiento por parte del Estado al no brindar la seguridad jurídica esperada.

En cuanto a los derechos de Autor la Corte Suprema De justicia ha aceptado que sobre intangibles (como es el derecho de imagen) se vea probado el daño con la mera infracción *“En cuanto al menoscabo del buen nombre, hay que admitir que el daño se configura cuando se demuestra la violación culposa del bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia”* y además afirman *“A partir de un hecho probado puede admitirse la certeza de otro, siempre y cuando entre los dos se produzca un enlace*

---

<sup>100</sup> SANDOVAL GUTIERREZ, Jose Fernando: Super Intendencia de Industria y Comercio. Delegatura de asuntos jurisdiccionales sentencia con radicado 16-185373 del 27 de diciembre de 2018 Punto 3.3.2

*preciso y directo según la reglas del criterio humano”* Y es sino lógico que la vulneración de los intereses de un titular de bienes intangibles sufre un perjuicio al infringir sus derechos.

#### **4.4 Relacionar el hecho infractor con el daño sufrido por el titular del derecho**

Este punto consiste en relacionar de manera fáctica o lógica el hecho constitutivo de infracción con el daño. Es importante resaltar que si se toma la posición que ha ido posicionándose en relación con la presunción del daño cuando existe infracción o incluso a que la mera infracción constituye el daño, esta relación fáctica o lógica no es necesario realizarse pues se entiende que está ya ha sido probada, debido a la consecuencia dañosa de necesidad de un hecho infractor.

#### **4.5 Tasar los perjuicios**

<b>CRITERIOS DIVERGENTES PARA VALORAR LOS PERJUICIOS EN DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL</b>	
<b>DERECHOS DE AUTOR</b>	<b>PROPIEDAD INDUSTRIAL</b>
<p><b>Artículo 57 de la Ley 44 de 1993:</b></p> <p>El artículo 57 de la ley 44 de 1993 dice lo siguiente con relación a infracciones de derecho de autor:</p> <p>Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta:</p>	<p><b>Artículo 243 de la decisión 486 de 2000:</b></p> <p>La Decisión 486 para los derechos que están contenidos en la norma (dejando por fuera solo el nombre de dominio y la variedad vegetal) expresa 3 criterios de manera enunciativas en su artículo 243 consistentes en:</p>

<p>a. El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización.</p> <p>b. El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación.</p> <p>c. El lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita</p> <p>Estos criterios pueden resultar ineficientes o inexactos para valorar el perjuicio causado por una infracción de derecho de autor. El jurista Camilo Plata comenta por ejemplo que en relación al valor comercial este es inferior al original y no tiene en consideración las ganancias percibidas, en cuanto al segundo criterio afirma que es insuficiente o “incompleto” porque no toda infracción genera valor necesariamente y finalmente en relación al tercer criterio comenta</p>	<p>a. El daño emergente y el lucro cesante</p> <p>b. El monto de los beneficios obtenidos por la infracción</p> <p>c. El precio que habría pagado el infractor por una licencia.<sup>102</sup></p> <p>Estos tres criterios han sido considerados por la Superintendencia de Industria y Comercio como tipologías de perjuicios, y en numerosas sentencias ha recalado que sirven para cuantificar el monto a indemnizar.</p> <p>Por otro lado, los beneficios obtenidos por la infracción también deben ser probados, para esto pueden servir cualquier medio de prueba, pero el ideal sería una prueba extraprocesal para revisar los libros contables de la contraparte. También es necesario resaltar que no deben tomarse los ingresos de la contraparte como el valor a indemnizar, sino el beneficio,</p>
---	---

<sup>102</sup> Artículo 243.- Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes: a) el daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción; b) el monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción; o, c) el precio que el infractor habría pagado por concepto de una licencia contractual, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.

<p>que si bien puede ser útil para castigar con más fuerza quienes lleven largo tiempo explotando una obra de manera ilícita, sin embargo el lapso de tiempo de una infracción no necesariamente corresponde al daño causado<sup>101</sup> y una mera infracción sin repetición puede causar “un daño inconmensurable al autor” (Plata, ).</p> <p>Vale la pena destacar que por la manera en que está redactado el artículo se da a entender que estos criterios son meramente enunciativos, y se pueden utilizar los criterios clásicos como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño en la vida de relación.</p>	<p>para ello es necesario restar de los ingresos los costos asociados al producto, como son la materia prima para crearlos, o el precio para comprarlos, los costos asociados a la publicidad o cualquier otro costo relacionado con su venta. (Mitelman)<sup>103</sup>. Este criterio, además, eximiría al titular de ser solidario con una mala gestión “empresarial” del infractor.</p> <p>En cuanto al precio que habría pagado el infractor para valorar el perjuicio es necesario tener en cuenta que no es forzoso que haya existido una oferta del titular con relación al infractor, para fijar el precio se pueden observar otras licencias otorgadas por el titular del intangible anteriormente, como también hay métodos de valoración reconocidos que sirven para fijar el precio de una licencia incluso si esta nunca fue otorgada anteriormente.</p>
--	---

<sup>101</sup> Plata López, Luis Carlos. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010. Op. Cit., p. 173.

<sup>103</sup> MITELMAN, Carlos Octavio: Responsabilidad Por Daños Derivados De Infracciones A Marcas Y Patentes. recuperado de: [http://www.obligado.com.ar/pdfs/resp\\_por\\_danos\\_derivados\\_de\\_infracciones\\_a\\_marcas\\_y\\_patentes.pdf](http://www.obligado.com.ar/pdfs/resp_por_danos_derivados_de_infracciones_a_marcas_y_patentes.pdf) . Op. Cit., p. 4.

<p><b>Indemnizaciones preestablecidas:</b></p> <p>Esta es una posibilidad que aún no se ha materializado. Sin embargo, esta opción debería estar próxima de estar disponible, esto debido a que la ley 1915 de 2018 en su artículo 32 introdujo la opción del titular de los derechos de autor por optar por indemnizaciones preestablecidas, y otorgó al gobierno de un plazo de un año para reglamentar la materia. Desafortunadamente el plazo mencionado no se ha respetado, pero se espera que un futuro próximo esta opción sea palpable.</p>	<p><b>Indemnizaciones preestablecidas:</b></p> <p>Además de lo expuesto, la propiedad industrial cuenta con indemnizaciones preestablecidas, conforme el Decreto 1074 de 2015, pero únicamente en materia de marcas<sup>104</sup>, estas pueden ir desde 3 hasta 100 salarios mínimos por cada marca infringida y dependiendo de la gravedad de la infracción y puede aumentar hasta en 200 salarios mínimos si al infringir o suplantar la marca de demuestra que el infractor obró de mala fe, reincidió en la conducta infractora o si causó un riesgo para la vida o salud de las personas, como sería el caso de la suplantación de la marca de una vacuna. Para este caso hay que tener en cuenta que, si bien el Juez fijará finalmente el monto a indemnizar, será el demandante quien deberá aportar los elementos suficientes para este efecto.</p>
---	---

<sup>104</sup> Decreto 2264 de 2014 artículo 2: Cuantía de la indemnización preestablecida. En caso de que el demandante opte por el sistema de indemnizaciones preestablecidas, dicha indemnización será equivalente a un mínimo de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta un máximo de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por cada marca infringida. Esta suma podrá incrementarse hasta en doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la marca infringida haya sido declarada como notoria por el juez, se demuestre la mala fe del infractor, se ponga en peligro la vida o la salud de las personas y/o se identifique la reincidencia de la infracción respecto de la marca.

**CRITERIOS COMUNES PARA VALORAR LOS PERJUICIOS EN  
DERECHO DE AUTOR Y PROPIEDAD INDUSTRIAL**

**Daño emergente:**

Teniendo en cuenta la jerarquía de la legislación en el sistema jurídico colombiano, es requisito iniciar haciendo referencia al artículo 1614 del Código Civil, en el que se consagra como daño emergente la “pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”.

Adicional, para la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de junio de 2000, el daño emergente es ocasionado por el agente a la víctima, y este incluye tanto la pérdida de los elementos patrimoniales, como los desembolsos que se hubieren tenido que realizar o los que fueren necesarios en el futuro. Esto último, quiere decir que en un proceso de responsabilidad civil donde se pretende la indemnización de perjuicios por daño emergente, pueden existir dos tipos: (i) daño emergente pasado, que se deberá solicitar con intereses y actualización monetaria y (ii) daño emergente futuro, al cual se le deberán restar los intereses.

**Lucro cesante:**

Al igual que en el caso anterior, el artículo 1614 del Código Civil, se define como lucro cesante “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”; esto es, el lucro cesante es la ganancia o interés que la víctima no logra percibir como causa del hecho

imputable al agente, pero que de no haberse producido el hecho, hubiere ingresado al patrimonio de la víctima.

Si bien, el lucro cesante también puede ser pasado o futuro; la jurisprudencia colombiana señala que es necesario que, cuando la víctima persigue que se le reconozca en un proceso de responsabilidad civil, una indemnización de perjuicios por lucro cesante futuro es necesario que el demandante pruebe una situación real que descarte una situación hipotética. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 4 de marzo de 1998 ha dicho que cuando se trate de un lucro cesante futuro “procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido”

Es de mencionar, por último, que el lucro cesante puede ser además: (i) Personal, ya sea que se trate de la víctima directa o indirecta que reclame su pérdida o (ii) por bienes, que estos a su vez podrán ser productivos o no productivos

**Perjuicios morales:**

Debido a que el legislador colombiano no ha definido para la normativa el concepto de daño moral, se recurre a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia. Para el alto tribunal, la lesión ocasionada por el agente tiene una consecuencia negativa en el ámbito sentimental y por consiguiente afecta la esfera íntima de la víctima, causándole lo que trata la

Corte como “sufrimiento moral” y la cual, además, podrá ser causada tanto a la víctima directa como a la víctima indirecta.

A su vez, el autor Juan Carlos Henao anota que los perjuicios morales pueden tener origen en: (i) la aflicción que causa la muerte de una persona cercana, como consecuencia de un evento dañoso imputable al agente (ii) el sufrimiento moral causado a una persona víctima de un accidente (iii) afectaciones morales a una persona o a su familia por hechos que atentan contra la reputación, y se le añade al autor (iv) los perjuicios morales por daños materiales.

Este tipo de perjuicio inmaterial plantea un análisis en materia de indemnización de perjuicios por infracciones a los derechos de propiedad intelectual en Colombia, puesto que actualmente en España, el Tribunal Supremo en sentencia del 19 de julio de 2016, reconoce que la indemnización del daño “patrimonial” es compatible con la indemnización por daños morales, esto sin perjuicio de la vía por la cual la víctima hubiere elegido para reclamar los perjuicios patrimoniales. Este criterio aún no ha sido de gran estudio en el marco jurídico colombiano.

**Daño a la vida en relación:**

De igual forma y contrario a lo que se cree, la vulneración a los derechos de propiedad intelectual también pueden generar un daño a la vida en relación en concordancia con la definición otorgada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de mayo de 2008, en la cual expone que el daño a la vida en relación es “una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos,

en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial” .

De la definición dada por el alto Tribunal es de inferir que el daño a la vida en relación, puede también surgir de la afectación de los bienes intangibles de la personalidad o de derechos fundamentales, como lo sería por ejemplo la vulneración al derecho al buen nombre; y es en razón de ello es que vale la pena exponer dicha clasificación, pues tal y como se demuestra con el ejemplo dado, no resulta difícil pensar que las infracciones a los derechos de propiedad intelectual causen una afectación o disminución en la calidad de vida de una persona.

**Juramento estimatorio:**

Otra metodología por la cual el demandante puede optar como medio para que el juez liquide la indemnización de perjuicios, está establecida en el artículo 206 del Código General del Proceso , en la cual se señala que el demandante tiene la posibilidad de estimar por medio de la demanda el monto de los perjuicios que el reclama, sin embargo es posible también que el demandado objete de la cuantía que el titular pretende que le sea reconocido, y en esa medida el demandante deberá demostrar y probar el monto que ha sido estimado, dentro del proceso.

## CONCLUSIONES

1. La necesidad jurídica de adoptar un nuevo concepto del daño en materia de responsabilidad civil como “toda afrenta a los intereses lícitos de una persona” esto debido a que el concepto clásico del daño no responde a las necesidades sociales y económicas actuales, y probablemente no responderá a las necesidades que surjan en el futuro. Los ordenamientos jurídicos no pueden pretender ser inmutables, incluso en sus bases como el concepto del daño en la responsabilidad civil.
2. Si bien existe una diferencia conceptual entre daño y perjuicio, entendiendo al primero como la vulneración de los intereses legales de una persona por parte de un agente y al segundo como las consecuencias materiales que se derivan del daño mismo; lo cierto es que, es incorrecto que en materia procesal se exija siempre a la víctima probar ambos elementos, pues es posible que existan casos de responsabilidad civil sin perjuicio. Esto ha ocurrido repetidas ocasiones por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, y si bien pareciera que sus intenciones buscaran que hubiera mayor facilidad para probar infracciones de propiedad industrial, por el contrario, podrían estar entorpeciendo la tarea de los titulares de ser indemnizados por la infracción de sus derechos.
3. Es relevante que el ordenamiento jurídico colombiano contemple otras funciones de la responsabilidad civil además de la función indemnizatoria, en tanto que su función no debería ser únicamente reconocer indemnizaciones luego de haber ocurrido un hecho dañoso, sino que de igual forma debería ser una rama del derecho que prevenga los mismos y que sancione las conductas contrarias al ordenamiento. La función punitiva como la función preventiva, ha sido adoptada por otros ordenamientos propios del Civil Law en gran parte por la necesidad de responder a un mercado moderno y contrarrestar las imposibilidades probatorias que exigen probar un daño o perjuicio efectivamente causado. Por lo anterior, para

no quedar rezagados a los avances judiciales de otros ordenamientos es necesario que se permitan adoptar otras funciones de la responsabilidad civil.

4. El concepto del daño propuesto, integra dentro de sí el concepto de infracción, es decir que, la sola infracción cometida por parte de un agente constituye por sí un daño, en tanto que hay una vulneración a la esfera jurídica ajena al transgredir los derechos de exclusividad que recae en cabeza del titular del derecho. Esta concepción es necesaria para responder a las dificultades probatorias que son comunes para los titulares de intangibles que pretenden ser indemnizados, y para no continuar permitiendo la existencia de un entorno propicio para que terceros o cualquier tipo de infractor se beneficien de la propiedad intelectual explotada de manera ilegítima; causando eventualmente que se perciba que es innecesario proteger los intangibles de manera que se desincentive realizar trabajos creativos o inventivos.
  
5. En relación con las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio, en las sentencias mencionadas en el punto 4.3 ha mostrado que no ha sido ajena a la institución la necesidad de librar al infractor de probar el daño debido a la inmensa dificultad o imposibilidad que esto presenta. Sin embargo, si bien consideramos que la decisión de la sentencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) del 27 de diciembre de 2018 16-185373 fue un importante avance para fortalecer la protección de titulares de propiedad intelectual al afirmar que el daño se constituye con la infracción, y facilitando el ejercicio probatorio, se considera que es necesario legislar indemnizaciones preestablecidas a toda la propiedad intelectual del ordenamiento o hacer extensivo por vía jurisprudencial las indemnizaciones pre establecidas de marcas al resto de la propiedad industrial al mismo tiempo que el congreso cumpla su obligación de legislar las indemnizaciones preestablecidas del Derecho de Autor, o al menos aquella que está contenida en la Decisión 486 del 2000.

## BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Juan Felipe: *La indemnización de perjuicios por actos de infracción de propiedad industrial en Colombia*. Olarte Moure & Asociados. Recuperado de: <https://www.olartemoure.com/la-indemnizacion-de-perjuicios-por-actos-de-infraccion-de-propiedad-industrial-en-colombia-2/>

ÁMBITO DEL LECTOR: Reflexiones sobre 'reflexiones del daño y perjuicio. 12 de enero 2016. Recuperado de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/ambito-del-lector/civil-y-familia/reflexiones-sobre-reflexiones-del-dano-y-perjuicio>

ANDRADE PERAFÁN, Felipe: *La acción por infracción de derechos para la protección de la propiedad industrial*. Universidad Externado. 12 de septiembre 2011. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3001/3651>

BERCOVITZ RODRIGUEZ, Rodrigo: *Manual de propiedad intelectual*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2019.

BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe: La indemnización de perjuicios en las acciones de infracción a los derechos de propiedad intelectual, *Revista La Propiedad Inmaterial*, 2006. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/download/896/850/>

CALVINHO, Gustavo Adrián: La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental, *VOX JURIS*, 19 de junio 2017. <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1079/861>

CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *Derecho de las obligaciones* (2.<sup>a</sup> ed.), Bogotá, Temis, 2015.

CASTRO GARCÍA, Juan David. *La Propiedad Industrial*. Universidad Externado de Colombia. 2009.

Código Civil (2016) Edición 36<sup>a</sup> Ed. Legis

Código General del Proceso (2018) Edición 5<sup>a</sup> Ed. Legis

Comisión de la Comunidad Andina. Régimen común sobre propiedad industrial. (Decisión 486 de 2000)

Comisión de la Comunidad Andina. Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos (Decisión 351 de 1993)

Congreso de Colombia. (28 de enero de 1982). Sobre derechos de autor. (Ley 23 de 1982).

Congreso de Colombia. (26 de octubre de 1987). Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas". (Ley 33 de 1987).

Congreso de Colombia. (12 de diciembre de 1975). Por medio de la cual se autoriza la adhesión de Colombia los siguientes Instrumentos Internacionales: "Convenio Universal sobre Derechos de Autor, sus protocolos I y II ". (Ley 48 de 1975).

Congreso de Colombia. (2 de febrero de 2000). Por medio de la cual se aprueba el 'Tratado de la OMPI – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derechos de Autor'. (Ley 565 de 2000).

Congreso de Colombia. (28 de diciembre de 1994). Por medio de la cual se aprueba el "Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial". (Ley 178 de 1994).

Congreso de Colombia. (15 de diciembre de 1994). "Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la "Organización Mundial de Comercio (OMC)", suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino". (Ley 170 de 1994).

Congreso de Colombia. (5 de febrero de 1993). Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. (Ley 44 de 1993).

Congreso de Colombia. (12 de julio de 2018). Por la cual se modifica la ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos. (Ley 1915 de 2018).

Congreso de Colombia. (5 de febrero de 1993). Por la cual se modifica y adiciona la ley 23 de 1982 y se modifica la ley 29 de 1944. (Ley 44 de 1993).

Constitución Política de Colombia (2015) Edición 34<sup>a</sup> Ed. Legis

Corte Constitucional. Sentencia C863 de 2012 (25 de octubre de 2012)

Corte Constitucional. Sentencia C1008 de 2010. (9 de diciembre de 2010)

Corte Constitucional. Sentencia C137 de 1995. (28 de marzo de 1995)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de agosto de 2014)  
Radicación: Exp. No. 2003-00660-01

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (4 de abril de 1968) Gaceta Judicial Tomo CXXIV (pg. 58 a 65)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de agosto de 2014).  
Radicación: Exp. 2003-00660-01

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (7 de diciembre de 2018).  
Radicación: Exp. 2003-00833-01

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (5 de marzo de 1940) Gaceta Judicial Tomo XLIX (pg. 115 a 122)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (2 de junio de 1958) Gaceta Judicial Tomo LXXXVII. (pg. 135 a 160)

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (6 de abril de 2001) Radicación: Exp. No. 5502

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (28 de junio de 2000)  
Radicación: Exp. No. 5348

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (4 de marzo de 1998)  
Radicación: Exp. No. 4921

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. (13 de mayo de 2008)  
Radicación: Exp. No. 1997-09327-01.

DELGADO PEÑA, Pablo Andrés. Derechos de autor en Colombia: Especial referencia a su transferencia y disposición jurídica en el ámbito universitario. Medellín. Revista CES Derecho, 2017. Recuperado de : <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n2/v8n2a04.pdf>

GOUDKAMP, James, & KATSAMPOUKA, Eleni. An Empirical Study of Punitive Damages, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2018. Recuperado de: <https://academic.oup.com/ojls/article-abstract/38/1/90/4124805?redirectedFrom=fulltext>

Forbes: The World's Most Valuable Brands. Recuperado de:

<https://www.forbes.com/powerful-brands/list/#tab:rank>

HENAO, Juan Carlos: *El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés* (Primera ed.). Universidad Externado de Colombia, 1998.

HINESTROSA, Fernando. *Derecho de Obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967.

IBERLY. *Una sentencia del Tribunal Supremo admite como criterio la posibilidad de que el titular de una obra pueda ser indemnizado tanto por la infracción de su propiedad intelectual como por los perjuicios morales sufridos por esa infracción*, 9 de agosto 2006. Recuperado de: <https://www.iberley.es/noticias/compatibilidad-derechos-autor-danos-morales-27503>

Jefatura del Estado. (7 diciembre de 2001). Ley de Marcas. (Ley 17 de 2001)

JUETTEN, Mary. Pay Attention To Innovation And Intangibles,

Forbes, 2014. Recuperado de:

<https://www.forbes.com/sites/maryjuetten/2014/10/02/pay-attention-to-innovation-and-intangibles-more-than-80-of-your-business-value/#11f25f551a67>

LE TOURNEAU, Philippe: *Responsabilidad Civil*. Bogotá, Legis Editores, 2006.

MITELMAN, Carlos Octavio: Responsabilidad Por Daños Derivados De Infracciones

a Marcas Y Patentes. Recuperado de:

[http://www.obligado.com.ar/pdfs/resp\\_por\\_danos\\_derivados\\_de\\_infracciones\\_a\\_marcas\\_y\\_patentes.pdf](http://www.obligado.com.ar/pdfs/resp_por_danos_derivados_de_infracciones_a_marcas_y_patentes.pdf) .

MORENO QUIJANO, Fernando: *¿Responsabilidad Civil Sin Perjuicio?*. Bogotá, Colombia, 2015.

MORÉTEAU, Oliver: *Basic Questions of Tort Law From a Comparative Perspective*.

Recuperado de: [https://www.jan-sramek-](https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_ComparaTortLaw_Eng_0040_2_DRUCK_eBook.pdf)

[verlag.at/fileadmin/user\\_upload/Koziol\\_ComparaTortLaw\\_Eng\\_0040\\_2\\_DRUCK\\_eBook.pdf](https://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_ComparaTortLaw_Eng_0040_2_DRUCK_eBook.pdf)

MUNITA, Renzo: Reforma al derecho de la responsabilidad civil en Francia. El

proyecto definitivo Parte I, 10 de noviembre 2017. Recuperado de:  
<https://prensa.udd.cl/medios-y-prensa/reforma-al-derecho-la-responsabilidad-civil-francia/>

OLARTE COLLAZOS, Jorge Mario Delegatura de Asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio 2018-101291.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (s. f.). Derecho de autor.

Recuperado de: [//www.wipo.int/copyright/es/](http://www.wipo.int/copyright/es/)

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos: El concepto de conducta como elemento indispensable en la Responsabilidad Civil por Infracciones al Derecho de Autor. *Revista de Derecho*, 2010. Recuperado de:  
<http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/920/4244>

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor. Barranquilla-Bogotá. Ediciones Uninorte; Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

Presidente de la Republica. (8 de agosto de 1969) Por el cual se aprueba el Acuerdo de Integración Sub-regional ( Grupo Andino ), suscrito en Bogotá el 26 de mayo de 1969 por Plenipotenciarios de los Gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, el Ecuador y Perú. (Decreto 1245 de 1969)

Presidente de la Republica (11 noviembre de 2014) Por el cual se reglamenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaria. (Decreto 2264 de 2014)

Projet de reforme de la responsabilite civile, mars 2017.

QUINCHE, Manuel Fernando: *Derecho Constitucional Colombiano* (2.<sup>a</sup> ed.).

Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2008.

RENGIFO GARCÍA, Ernesto: *Los perjuicios en la infracción de los derechos de propiedad intelectual*, *Ámbito Jurídico*, 11 de junio 2015. Recuperado de:  
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/los-perjuicios-en-la-infraccion-de-los-derechos-de-propiedad>

SÁNCHEZ PIEDRAHITA, Ana Maria: *Indemnizaciones preestablecidas en*

- Propiedad Intelectual: Derecho de Autor*, Universidad Externado de Colombia, 2019. Recuperado de: <https://propintel.uexternado.edu.co/en/indemnizaciones-preestablecidas-en-propiedad-intelectual-derecho-de-autor/>
- SANDOVAL GUTIÉRREZ, José Fernando: Indemnización de daños causados con la infracción de derechos de propiedad industrial. Un sistema que escapa de la tradición. *La Propiedad Inmaterial*, 2017. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/4977/6067>
- SARMIENTO CRISTANCHO, Daniel, MEDINA VELANDÍA, Sindy & PLAZAS ESTEPA, Rodrigo: Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios. *Viel*, 2017. Recuperado de: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3754>
- SOJO, Bettina. . *Infracciones al régimen de Propiedad Industrial*. Asuntos Legales, 14 de febrero 2019. Recuperado de: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/bettina-sojo-2784068/infracciones-al-regimen-de-propiedad-industrial-2827753>
- SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable. *IARCE*, marzo 2016.
- Superintendencia de Industria y Comercio (27 de diciembre de 2018) Sentencia 1600 de 2018.
- Superintendencia de Industria y Comercio (17 de diciembre de 2015) Sentencia de primera instancia en proceso de infracción de derechos de propiedad industrial, rad. 2015-026466.
- Superintendencia de Industria y Comercio. *Propiedad Industrial*. Recuperado de: <https://www.sic.gov.co/tema/propiedad-Industrial>
- Superintendencia de Industria y Comercio (27 de diciembre de 2018) Sentencia con rad. 16-185373
- Superintendencia de Industria y Comercio (1 de octubre de 2018) Sentencia con rad. 2018-101291.
- Superintendencia de Industria y Comercio (16 de octubre de 2018) Sentencia con

rad. 15-298997. Video de la audiencia oral en el siguiente vinculo:  
<https://vimeo.com/300774465> minuto 21.20.

TAMAYO CARDENAS, Carlos David: *Análisis de la responsabilidad civil extracontractual por infracción de patentes de invención: un estudio jurídico del daño pecuniario y la función del instituto*. Bogota, Universidad Externado de Colombia, 2017.

TAMAYO JARAMILLO, Javier: Reflexiones sobre la ontología del daño y la relación entre daño y perjuicio, 25 de octubre 2015. Recuperado de:  
<https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/administrativo-y-contratacion/reflexiones-sobre-la-ontologia-del-dano-y>

Tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Colombia. Artículo 5 Capítulo 16.1.

Tribunal Supremo. Sala de lo civil (3 de septiembre 2019). Sentencia 516/2019

Universidad de los Andes: *Lucro cesante*, 5 de agosto 2020. Recuperado de:

[https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=lucro\\_cesante](https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=lucro_cesante)

Universidad de los Andes: *Responsabilidad Civil Objetiva*, Universidad de los Andes, 10 de marzo de 2020. Recuperado de: [https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=responsabilidad\\_civil\\_objetiva#:~:text=La%20responsabilidad%20objetiva%20es%20una,haya%20sido%20culposa%20o%20dolosa](https://hipertexto-obligaciones.uniandes.edu.co/doku.php?id=responsabilidad_civil_objetiva#:~:text=La%20responsabilidad%20objetiva%20es%20una,haya%20sido%20culposa%20o%20dolosa).

VIDAL RAMIREZ, Fernando: *La Responsabilidad Civil*, Dialnet, 2001. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084757>

VEGA JARAMILLO, Alfredo. Manual de Derecho de Autor. Ministerio de Interior y de Justicia Bogotá. 2010.

World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files. Recuperado de:

<https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?end=2019&locations=CO&start=2019>