



La responsabilidad civil extracontractual en Colombia por infracción de derechos de autor: daños, perjuicios y cuantificación*

Diana Marcela Peña-Cuellar^a ■ Eduardo Andrés Velandia-Canosa^b ■ Astrid Daniela Vidal-Lasso^c

-
- * Artículo de investigación, resultado del proyecto de investigación “Desafíos contemporáneos de protección de la persona en el derecho privado y del proceso: derechos humanos, mercado y tecnología” desarrollado por el Grupo de Investigación en Derecho Privado y del Proceso, perteneciente al Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Libre, sede Bogotá, y por el Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia, Florencia, Caquetá, Código: COL0175628.
- a** Diana Marcela Peña-Cuellar, doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con énfasis en Derecho Procesal, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, especialista en Propiedad Industrial, Derecho de Autor y Nuevas Tecnologías de la misma casa de estudios, abogada de la Universidad de la Amazonia. Directora de Investigaciones de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Docente de la Universidad de la Amazonia, co-directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia. Correo electrónico: d.pena@udla.edu.co
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2161-9430>
- b** Eduardo Andrés Velandia-Canosa, magíster en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia, Specializzazione In Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti de la Università Di Pisa, especialista de la Universidad Libre de Colombia, abogado de la Universidad Libre de Colombia. Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina), presidente de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional; expresidente de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional; miembro de las asociaciones argentina de Derecho Procesal Constitucional, brasileña de Derecho Procesal Constitucional y paraguaya de Derecho Procesal Constitucional; docente investigador, excoordinador y profesor de la maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre (Bogotá); profesor del máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Bolonia (Italia), de las maestrías en Derecho Constitucional de la Universidad Libre, de la Universidad de la Sabana, de la UPAO (Perú) y de la UEES (Ecuador), de la maestría en Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia), de la maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás y de la maestría en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín; profesor de la especialización en Derecho Constitucional de la UBA (Argentina) y de la Especialización en Justicia Constitucional de la Universidad de Pisa (Italia), entre otras. Correo electrónico: eduardo.velandia@unilibre.edu.co.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0259-7579>
- c** Astrid Daniela Vidal-Lasso, doctoranda en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Justicia y Tutela de los Derechos Fundamentales con énfasis en Derecho Procesal, especialista en Responsabilidad y Daño Resarcible, especialista en Derecho Laboral y Relaciones Industriales de la misma casa de estudios. Abogada de la Universidad de la Amazonia. Docente de la Universidad de la Amazonia, co-directora del Grupo de Investigación FIBIDE de la Universidad de la Amazonia. Correo electrónico: a.vidal@udla.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9257-2190>

Resumen: Este artículo tuvo como finalidad estudiar la tipología de perjuicios que se ocasionan en virtud de la infracción al derecho de autor en Colombia. La investigación se desarrolló bajo una metodología de enfoque cualitativo y de orden descriptivo, además se hizo un análisis deductivo de fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinales. Como resultado, se concluyó que el daño consiste en la vulneración al derecho de exclusividad que ostenta el titular, cuya consecuencia es el perjuicio, el cual además puede ser de carácter inmaterial, material o de pérdida de oportunidad, y que de acuerdo a cada tipología procederá su quantum.

Palabras clave: daños y perjuicios en derechos de autor, tipología y cuantificación de perjuicios, perjuicios inmateriales, perjuicios materiales, pérdida de oportunidad

Recibido: 30/03/2023 **Aceptado:** 23/06/2023 **Disponible en línea:** 15/12/2023

Cómo citar: Peña Cuellar, D. M., Velandia-Canosa, E. A., & Vidal-Lasso, A. D. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia por infracción de derechos de autor: daños, perjuicios y cuantificación. *Prolegómenos*, 26(52), 43–60. <https://doi.org/10.18359/prole.6700>

Tort Liability in Colombia for Copyright Infringement: Damages, Harm, and Quantification

Abstract: The purpose of this article was to study the typology of harms caused due to copyright infringement in Colombia. The research was conducted using a qualitative and descriptive methodology, incorporating a deductive analysis of legal sources, jurisprudence, and doctrinal works. The study concluded that the harm arises from the violation of the exclusive rights held by the copyright holder, leading to various forms of harm, including immaterial, material, or loss of opportunity. The quantification of these harms depends on the specific typology involved.

Keywords: Damages In Copyright; Typology And Quantification Of Harms; Immaterial Harms; Material Harms; Loss of Opportunity

A responsabilidade civil extracontratual na Colômbia por violação de direitos autorais: danos, prejuízos e quantificação

Resumo: Este artigo teve como objetivo estudar a tipologia de prejuízos causados devido à violação de direitos autorais na Colômbia. A pesquisa foi conduzida sob uma metodologia com foco qualitativo e descritivo, e também foi realizada uma análise dedutiva de fontes legais, jurisprudenciais e doutrinárias. Como resultado, concluiu-se que o dano consiste na violação do direito de exclusividade detido pelo titular, cuja consequência é o prejuízo, que pode ser de natureza imaterial, material ou de perda de oportunidade, e que, de acordo com cada tipologia, seu *quantum* será determinado.

Palavras-chave: danos e prejuízos em direitos autorais; tipologia e quantificação de prejuízos; prejuízos imateriais; prejuízos materiais; perda de oportunidade

Introducción

La capacidad de crear hace parte de la naturaleza humana y es la que ha señalado la ruta de la civilización en todas las manifestaciones posibles del ingenio: desde las pinturas rupestres a las grandes pirámides y de estas a la Capilla Sixtina; del pergamino, a la imprenta y el libro; desde el correo al telégrafo y de este al teléfono; de los más rudimentarios telescopios a la exploración espacial; de los jeroglíficos de la antigüedad a los medios masivos de comunicación y, hoy por hoy, a la aldea global altamente digitalizada que es nuestro mundo actual. No hay campo del saber que no haya sido modelado por la actividad humana creadora, que es la manifestación genuina del sentido de progreso y evolución de la especie.

Es por lo anterior que el derecho de autor nació como respuesta a la imperiosa necesidad de proteger ese proceso creativo e incentivar la producción e innovación, además de propender por conseguir un equilibrio entre los intereses del autor y la función social del conocimiento. Producto de lo anterior, se han diseñado un robusto conjunto de normas de carácter internacional, regional supranacional y local, entre las que en Colombia se destacan el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, la Decisión 351 de 1993, la Ley 23 de 1982 “sobre derechos de autor”, la Ley 44 de 1993 que modificó la Ley 23 de 1982 y 29 de 1944, y la Ley 1915 de 2018.

Del cuerpo normativo que regula los derechos de autor en entornos como el colombiano, intervienen tres conceptos jurídicos relevantes a tener en cuenta, esto es el sujeto, objeto y contenido.

En cuanto al sujeto, se entiende en los términos del artículo 3 de la Decisión 351 de 1993 que es el autor, es decir el individuo o persona natural que luego de su proceso creativo imprime su originalidad y crea su obra. En este sentido, se distingue la autoría de la titularidad, pues la primera es exclusiva del ser humano y la segunda deviene, entre otras cosas, de un proceso de transferencia de los derechos patrimoniales, por lo que puede

tratarse de una persona natural o jurídica. Por su parte, el objeto es la obra, es decir, el producto de la creación intelectual original que presenta una esencia artística, científica o literaria y puede divulgarse o reproducirse de cualquier manera con independencia de la relevancia artística o científica que tenga.

Por otro lado, el derecho de autor tiene un contenido dual, ya que involucra los derechos morales y patrimoniales, siendo los primeros intransferibles, imprescriptibles e inembargables y, los segundos, toda forma de explotación de la obra, por ende, susceptibles de cesión.

En vista de lo previamente señalado y a la luz de la pretensión de reparación del proceso declarativo por infracción al derecho de autor, se formuló el siguiente problema: ¿de qué manera es procedente la reparación del daño dentro de los procesos de responsabilidad civil extracontractual con ocasión a la vulneración del derecho de autor?

Entonces, el objetivo de este trabajo está enfocado en estudiar el daño y su reparación dentro de los procesos de responsabilidad civil extracontractual frente a la vulneración del derecho de autor, para lo cual se adopta una investigación de tipo cualitativo, de carácter documental a partir de la revisión de artículos de investigación con apoyo en posturas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y Dirección Nacional de Derechos de Autor, además de un marcado referente de autorizadas posiciones doctrinarias. Se estructura como plan de redacción, primero, la pretensión de reparación, luego, los perjuicios inmateriales y materiales y el derecho de autor, el *quantum* de los perjuicios materiales y, por último, otros daños como la pérdida de oportunidad.

Pretensión de reparación (daños y perjuicios)

El daño como elemento de la responsabilidad civil y como fuente de esta se ha definido por la Corte Suprema de Justicia (CSJ) como “la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal,

como resultado de una acción u omisión humana, la cual redundará en un daño a bienes” (Sentencia SC10297-2014)¹.

De igual forma, se ha venido dando una discusión alrededor de la diferencia entre daño y perjuicio, afirmándose que el segundo nace del primero y que, por ende, podría existir daño sin reparación, pero no reparación sin daño. Esto ya lo ha indicado Salas (2011) en los siguientes términos, la separación de estas dos categorías tiene que ver con una función fundamental en el derecho de la responsabilidad civil. De esa manera, para que un daño sea considerado como restaurable tiene que reunir ciertas particularidades, las cuales ayudarán a establecer el perjuicio indemnizable.

La Corte Suprema de Justicia ha acogido esta divergencia, ya que concibe el daño como la afectación a un interés tutelado de la víctima y el perjuicio como la consecuencia derivada de esa afronta. Dicha corporación ha afirmado que “el perjuicio es la [secuela] ... del daño [padecido por] la persona afectada del mismo, y la indemnización tiene que ver con el resarcimiento o pago del... perjuicio que el daño provocó” (Sentencia SC-5502, 2001).

En esta medida, la distinción no es meramente doctrinaria, sino que tiene una incidencia directa para establecer la carga probatoria de las partes, así como el *quantum* a reconocer como reparación.

En el caso colombiano, esta premisa se acoge también, toda vez que la medida de la reparación es el perjuicio, en donde reconocer más allá de dicho precepto implicaría el reconocimiento de daños punitivos, los cuales están proscritos en el sistema de daños colombiano y que traen ergo un enriquecimiento sin causa (Sentencia STC4912-2019).

Así las cosas, la reparación del daño no es otra cosa que soslayar las consecuencias negativas que sufre el damnificado por las pérdidas a causa del daño. De allí, que en la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina se previó que incumbe a

las naciones miembro normar, por medio de su legislación interna, las vías (administrativa o instancia judicial) mediante las cuales los individuos tienen la posibilidad de conseguir la reparación o indemnización por los daños creados por la configuración de infracciones en contra de sus derechos de autor.

El literal a) del artículo 57 de la Decisión Andina ya aludida señala que la autoridad nacional competente está en condiciones de dictaminar “el pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y los perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho”.

El anterior concepto debe ser entendido en concordancia con el principio de complemento consolidado en el artículo 2341 del Código Civil colombiano, concerniente a la responsabilidad, donde es señalado que quien cometa un delito o culpa, que ha derivado en un daño a otro, es obligado a la indemnización.

En este sentido, se presenta una infracción en el momento que un tercero ejerce el derecho exclusivo concedido al titular originario o derivado de una obra, sin la debida autorización previa y expresa, o en su defecto sin encontrarse resguardado en ciertas limitaciones y excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico (Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia [EGEDA COLOMBIA] vs. Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. [CABLETELCO S.A.S.], 2017).

Delia Lipszyc (2017) señala que “toda conducta antijurídica en infracción a los derechos de autor o derechos conexos causa *per se* un daño que debe ser reparado” (p. 566), es decir, que el daño consiste en la infracción del derecho de autor por parte de un tercero no autorizado, atentando de esa manera contra las facultades exclusivas del titular, interpretación que se acompaña con lo previsto en el literal a del artículo 57 de la Decisión 351 de 1993, previamente citado.

Por lo tanto, en el plano procesal, a la luz del artículo 167 del Código General del Proceso, el cual prevé que le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, se sustrae que le

1 Por ejemplo: el patrimonio o la integridad personal, y ante la cual es impuesta una reacción como forma de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo al momento que no es posible lograr que el agravio desaparezca (Sentencia SC10297-2014).

corresponde al demandante acreditar la infracción a su derecho de autor, y esto conllevaría a demostrar la existencia del daño, lo que significa ergo que el daño no se presume, sino que le asiste a la parte que lo alega la obligación de probarlo.

Ahora, teniendo en cuenta que, respecto de la responsabilidad civil, la jurisprudencia ha entendido que la reparación por daños y perjuicios debe ser integral², la dificultad para el titular de los derechos de autor se suscita en demostrar el perjuicio y el *quantum* del mismo, situación que vale la pena decantar a reglón seguido.

En esa misma estructura del sistema de daños, la Corte Suprema de Justicia colombiana reconoce que existe una tipología, que se resumen en i) perjuicios inmateriales, ii) materiales, y iii) otros daños como la pérdida de oportunidad.

Los perjuicios inmateriales y el derecho de autor

Este tipo de perjuicios no están expresamente previstos en la ley como sí sucede con los materiales, no obstante, se han reconocido por la CSJ el daño a la vida de relación, el daño moral y daños por vulneración a derechos fundamentales.

Daño a la vida en relación

Esta tipología en el ámbito del derecho de autor no tiene un desarrollo, ya que se define por la jurisprudencia como la afectación a la vida exterior del individuo en el que se altera el goce de las actividades placenteras y rutinarias, como resultado que las lesiones dejan en la existencia de la víctima (Sentencia SC 3382-1992). Por lo anterior, este perjuicio no es uno de los que se presenta por la vulneración de los derechos de autor, pues su reconocimiento está íntimamente ligado a la existencia de secuelas en la víctima.

2 Véase las interpretaciones prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en los procesos 07-IP 2014 del 3 de julio de 2014 y 124-IP-2014 del 10 de abril del 2015.

Perjuicios morales

Con relación al daño moral, se debe indicar que su primer reconocimiento en Colombia fue en el “Caso Villaveces”, en el cual la Corte Suprema de Justicia, luego de una reinterpretación del artículo 2341 del Código Civil, ordenó la ejecución de un monumento con determinadas características, tal como lo manifiesta Koteich (2006) “se destacan dos particularidades, una, que el daño extrapatrimonial fue enunciado en forma genérica (sin las clasificaciones), y en segundo término, que el límite en la determinación del quantum de la indemnización era solo el *arbitrium judicis*” (p. 182).

Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia clasificó el daño extrapatrimonial en daño moral subjetivo y daño moral objetivado, los cuales se distinguen por “el daño moral es una afectación espiritual o inmaterial de la persona... clasificados en subjetivos, que comprenden el dolor, sufrimiento, tristeza, miedo, y objetivados, esto es las repercusiones económicas que tales sentimientos pueden ocasionar en la persona” (SP8844-2014).

Así las cosas, entendido el daño moral subjetivo como aquella congoja o desazón que sufre la víctima y se queda en su esfera interna, según Antequera, citado por Cabrera (2015), se encontrarán constantemente vinculados a los derechos morales del autor, ya que el daño moral solamente lo sufrirá aquel que ostenta la calidad de autor de la obra, en otras palabras, aquel sobre quien recaen los derechos morales (p. 512).

Bajo la lógica de Antequera, no es posible reconocer daño moral para una persona jurídica que es la titular de los derechos patrimoniales infringidos, no obstante, valiéndose de la clasificación antes señalada la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 11 de diciembre de 2013 (SP 42678-2013), y citando una sentencia del 13 de marzo de 2013, Rad. 37858, indicó que las personas jurídicas no son pasibles del perjuicio moral, pues al ser una ficción legal, sentimientos como el dolor, sufrimiento, aflicción o tristeza —daño moral subjetivo— no surgen en ellas, excepto cuando a consecuencia del delito se le ha causado una sensible disminución de su capacidad productiva o se ha puesto en peligro su existencia —daño moral objetivado— (SP 37858- 2013).

Es decir, solo es posible reconocer daño moral a las personas jurídicas en la modalidad de objetivo, siempre que se afecte su buen nombre, reputación y que amenacen concretamente su existencia.

Así, el escenario que aborda este trabajo implica estudiar esta tipología de perjuicios de cara al derecho moral de autor, definido como está en la legislación colombiana como un derecho fundamental que tiene como fin la protección de la relación especial que existe entre el autor y su obra.

Esa protección se desprende de la calidad del autor en su condición de ser humano, en el entendido que, al crear una obra, el autor plasma su alma y personalidad, por lo que en términos de la Corte Constitucional (Sentencia C-155 de 1998), el derecho moral de autor adquiere la categoría de derecho fundamental, en virtud de que reúne los requisitos esenciales para catalogarse como tal, por ejemplo: vínculo directo con los principios rectores, contenido esencial y eficiencia directa.

Esta categorización tiene tres efectos, el primero es que le permite al autor que los derechos consiguen protegerse por la acción de tutela; el segundo es que cualquier tratado internacional referido a derechos morales de autor es integrado al bloque de constitucionalidad y, finalmente, mientras se interpreten estos derechos, es posible usar principios propios de la protección de los derechos humanos como el principio *pro homine* (Sentencia C-069 de 2019).

Igualmente, la estructura jurídica de este tipo de derechos encuentra armonía en un marco legal internacional, para el caso de Colombia, la principal fuente de protección del derecho moral de autor es la Decisión Andina 351 de la Comisión Andina, El Convenio de Berna, los tratados internacionales de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y dentro del ordenamiento jurídico nacional, la Ley 44 de 1993 que modificó la Ley 23 de 1982 y la Ley 1915 de 2018.

La Decisión Andina instituye en su artículo 11, respecto de la protección al derecho moral de autor, que “el autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable [sobre su obra]”. De igual forma, la Ley 23 de 1982 establece en su artículo 30 que el autor poseerá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable e irrenunciable.

La anterior apreciación es coherente en la medida que en principio este daño estaría íntimamente relacionado con los derechos irrenunciables e intransferibles que ostenta únicamente el autor y donde además, conforme a lo dispuesto en el parágrafo segundo del artículo 30 de la Ley 23, si el autor muere incumbe a su cónyuge y herederos consanguíneos la práctica del derecho de reivindicar la paternidad de la obra y el derecho de oponerse a cualquier transformación u otro cambio de la obra, al momento que dichos actos consigan producir o provoquen perjuicio a su honor o a su reputación.

Cabe señalar que en el sistema general de daños con relación a la reclamación de perjuicios morales por parte de los herederos del fallecido cuando este no había ejercido la acción, trajo consigo la existencia de dos posiciones doctrinarias, por una lado, aquellos que creen que tratándose de un derecho personalísimo profundamente vinculado a la existencia de su titular no es posible que se transmita a sus herederos porque, asimismo, no resultaría jurídicamente viable que el derecho derivado del dolor pudiese ser susceptible de actos de disposición (Brebba, 1967).

Ahora bien, se encuentran aquellos que piensan que tal derecho sí puede transmitirse, ya que lo que se persigue en realidad es obtener la materialización de la consecuencia jurídica derivada como fruto del daño, la cual es traducida en la configuración de una obligación indemnizatoria, idéntica a cualquier otro crédito que se origine en un daño antijurídico (De Cupis, 1975).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha acogido la segunda posición al considerar el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el del daño moral en sí mismo, reconociendo su transmisibilidad a los beneficiarios en cuanto el causante consiguió lograrlos, en otras palabras, cuando superviviendo consiguió padecer esas afectaciones (SC 14491-2005).

Es decir que el daño moral en la responsabilidad lleva al nacimiento de un crédito a favor de la víctima, sea esta directa o indirecta, lo que implica que, pese a que el derecho moral sea intransferible, con excepción a lo previsto en el parágrafo segundo

del artículo 30 de la Ley 23, los herederos del autor están legitimados para solicitar su resarcimiento, puesto que ese daño como fuente de obligación generó un crédito a favor de ellos. En efecto, el derecho a la indemnización por el perjuicio moral es transmitido, pues tiene que ver con un crédito que es posible reclamarse, tanto por su titular como por sus sucesores *mortis causa*. Estos últimos como continuadores de su personalidad, en cuanto tienen la postura jurídica que exhibía el causante frente al total de los derechos y acciones de contenido patrimonial entregadas por el fallecimiento.

Por último, resulta pertinente manifestar que las formas de reparación de este perjuicio han merecido desde épocas antañas—incluso desde el caso Villaveces— múltiples reflexiones, entre ellas, como medida de satisfacción se ha considerado que el dinero es una forma de mitigar el sufrimiento de la víctima, por otro lado, se han adoptado medidas no pecuniarias, pero que contribuyen a alivianar la desazón que pudo ocasionar el perjuicio en la víctima.

Así las cosas, la cuantificación monetaria de este perjuicio se ha dado al arbitrio judicial atendiendo a su sana crítica y reglas de la experiencia, por ende, no implica que quede al antojo del juzgador, sino que él haga la valoración de las pruebas, las circunstancias y los derechos e intereses que se vieron afectados, así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 05 de mayo de 1999³.

Esta misma interpretación fue acogida por la Dirección Nacional de Derecho de Autor en la sentencia Rad: 1-2019-56302 (Peter John Liévano Amézquita vs. la Asociación Hotelera y Turística

3 Señala la Corte Suprema de Justicia: Razón por la cual su cuantificación no puede quedar librada al solo capricho del juzgador; por el contrario, la estimación de esa especie de perjuicio debe atender criterios concretos como la magnitud o gravedad de la ofensa, el carácter de la víctima y las secuelas que en ella hubiese dejado el evento dañoso e, inclusive, en algunos casos, porque no, la misma identidad del ofensor, habida cuenta que ciertos sucesos se tornan más dolorosos dependiendo de la persona que los ha causado (SC-4978-1999).

de Colombia [Cotelco] Capítulo Bogotá, 2021), la cual señaló: “es posible decir que la cuantificación del daño debe hacerse de forma equilibrada, fundada en motivos probados, teniendo en cuenta tanto la extensión del golpe emocional producido por el hecho dañino, como las circunstancias particulares que lo rodearon” (p. 19).

Por otro lado, con relación a las medidas no pecuniarias, vale indicar que en el ordenamiento jurídico colombiano estas han sido primordialmente desarrolladas por el Consejo de Estado, el cual ha venido acogiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) que indicó: “son medidas morales de carácter simbólico y colectivo, que comprenden los perjuicios no materiales, como, por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.” (Caso Las Palmeras vs. Colombia, 2001).

Es así como la Corte IDH a partir de su amplia jurisprudencia ha ordenado reparaciones simbólicas, las cuales de una u otra forma han sido acogidas por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, tal como sucedió en el caso previamente estudiado (Peter John Liévano Amézquita vs. la Asociación Hotelera y Turística de Colombia [Cotelco] Capítulo Bogotá, 2021), en la que se dieron varias órdenes de hacer al demandado, sustentándose en que la reparación debía estar orientada a restaurar el derecho moral conculcado, el cual no siempre se compensa monetariamente, por lo cual, se consideró que la forma más adecuada para mitigar el daño causado era dando el crédito correspondiente en su calidad de autor de la obra.

En virtud de lo *ut supra*, el perjuicio moral podrá ser reparado monetariamente o también a través de medidas no pecuniarias, todas estas obediendo al arbitrio judicial, la sana crítica y las reglas de la experiencia, respaldadas por las condiciones fácticas y jurídicas de cada caso.

Daño por vulneración a derechos humanos fundamentales

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia, producto de la constitucionalización del derecho de

daños, reconoció como una tercera tipología de perjuicios inmateriales, la vulneración a los derechos humanos fundamentales, “considerando que el daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional que representan derechos humanos esenciales no entra en las categorías tradicionales en las cuales está subdividido el daño extrapatrimonial” (SC10297-2014).

Por lo que, de esta posición jurisprudencial, se dio la posibilidad de proteger y exigir en el campo del derecho civil la violación de derechos fundamentales, adoptándose por la Corte “una nueva concepción —más normativa que filosófica— por medio de la cual se podría establecer el daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o esenciales” (SC10297-2014).

En este escenario y a la luz del derecho de autor, la Corte Constitucional colombiana en su calidad de máxima intérprete de la Constitución, como ya se mencionó, ha reconocido el derecho moral del autor como un derecho fundamental⁴, sustentando que es el resultado de la capacidad de invención y creación del ser humano, las cuales son prerrogativas propias de la condición racional de la naturaleza humana y a la dimensión libre que de ella se deriva, por lo que emanan de esa condición. Esta categoría de derecho fundamental implica su conexión con los principios constitucionales, especialmente el de dignidad humana.

Efectivamente, en los derechos morales, la facultad creadora del hombre es inherente a su naturaleza racional y libre, estos son aspectos conectados con la dignidad humana; justamente, el principio de dignidad humana se cierne a elementos propios del ser humano, como la racionalidad. Dicha particularidad diferencia a los seres humanos de otros seres vivos y, al mismo tiempo, es el fundamento que provoca la “facultad creadora” sobre la cual se protegen los derechos morales en la jurisprudencia constitucional (Bernal y Conde, 2017).

Es decir que, teniendo en cuenta la categoría de derecho fundamental del derecho moral del autor

y su conexión con principios constitucionales que tienen especial protección, se permite inferir que ante la vulneración de estos derechos se habilita a los demandantes a solicitar el resarcimiento por “la vulneración a los derechos humanos fundamentales”.

Perjuicios materiales y el derecho de autor

El derecho de autor representa una manera de protección jurídica de acuerdo con la cual son concedidos algunos privilegios o facultades exclusivas al creador de una obra de naturaleza artística o literaria. Es un reconocimiento jurídico al esfuerzo inmerso en la creación intelectual y una forma de propiedad que, a diferencia de la propiedad privada común, no recae sobre bienes materiales, pues estos deben ser reales y son capaces de ser percibidos por los sentidos como muestra el artículo 653 del Código Civil colombiano, por el contrario, el reconocimiento a la creación es de carácter intangible.

Es así como este reconocimiento jurídico al esfuerzo intelectual busca fomentar la actividad creativa, permitiéndole al autor la posibilidad de percibir una retribución económica por su trabajo, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de autor, esto le da una garantía a las inversiones en el ámbito de las industrias asociadas y favorece a la sociedad, con el fenómeno de la producción y difusión del conocimiento, en el arte y la cultura (Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, 2020).

Tal como se indicó, los derechos de autor poseen un doble contenido del que se derivan un par de derechos. El primero es de carácter moral y los segundos son los derechos patrimoniales, los cuales tienen un arraigo económico y facultan al autor o titular de una obra a autorizar o prohibir exclusivamente cualquier forma de utilización, disfrute o beneficio respecto de esta.

Como ya se señaló, el daño consiste en la infracción de los derechos de autor y esta se presenta en el momento que un tercero ejerce el derecho exclusivo concedido al titular originario o derivado de una obra, sin la debida autorización previa y

4 Véase las sentencias: C-155 de 1998, C-1490 de 2000, C-988 de 2004, C-1118 de 2005, Corte Constitucional.

expresa, o en su defecto, sin encontrarse resguardado en ciertas limitaciones y excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico (Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia [EGEDA COLOMBIA] vs. Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. [CABLETELCO S.A.S], 2017), por lo tanto, en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso, le corresponde al demandante acreditar la infracción a su derecho, para con ello demostrar la existencia del daño.

En este orden de ideas, corresponde analizar los perjuicios materiales que se podrían reconocer por la infracción del derecho de autor, así como los criterios a tenerse en cuenta para su cuantificación. Lo anterior evidencia que bajo la lógica de la teoría general de la *Lex Aquilia*, se aboga por la demostración del daño y del perjuicio, así como de su *quantum*, puesto que al acudir a la jurisdicción se busca satisfacer o reparar pretensiones de orden económico respecto a los perjuicios materiales.

Según Nilza (como se citó en Cabrera, 2015, pp. 933-940), el daño material se determina de acuerdo con la pérdida que sufre el titular del derecho de autor, las ganancias que dejó de percibir por el daño y los ingresos que llegaron a ser parte del infractor.

En el sistema jurídico colombiano, en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, se prevé la existencia del lucro cesante y el daño emergente, entendido el primero como ganancia o provecho que se hubiese dejado de recibir producto del daño, y el segundo como aquella erogación que tiene como causa directa el daño.

Respecto de los derechos de autor, el artículo 57 de la Ley 44 de 1993, establece:

Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se valorará lo siguiente:

1. El valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización.
2. El valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación.
3. El tiempo en el que fue ejecutado el aprovechamiento ilícito.

De esta disposición, es prudente indicar que, frente al numeral primero, el *quantum* de reparación se hará con base en el precio comercial de los ejemplares ilegales, mas no con relación a los originales.

Adicionalmente, el numeral segundo contempla lo que se conoce como una regalía hipotética cuyo beneficio hubiere derivado propiamente del acuerdo de voluntades que se hubiese generado al otorgar por el titular la autorización. De acuerdo con Ferrer (2017), este método tiene su origen en la sentencia del 8 de agosto de 1895 del Tribunal del Imperio Alemán dictada en el asunto Aristón, que primero fue acogida por la jurisprudencia y después fue incorporada a las leyes sobre la materia, y nació en virtud de las dificultades probatorias que suscitaban cuantificar el perjuicio material del lucro cesante.

De lo *ut supra*, la disposición prevista en el numeral segundo de la norma en cita, más allá de cualquier elucubración académica, ha sido asumida por la Dirección Nacional de Derecho de Autor como una regalía hipotética, da cuenta de ello la sentencia Rad. 1-2019-29985 del 12 de febrero de 2021 (Organización Sayco Acinpro vs El Rápido Duitama Ltda., 2021), por haber el demandado ejecutado públicamente obras musicales o fonogramas sin haber obtenido la autorización previa y expresa ni haber realizado el pago de la remuneración correspondiente.

De igual forma, la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en sentencia Rad. 1-2018-71488 del 9 de septiembre de 2020 (Hever Erazo Bolaños vs. El País S.A., 2020), para cuantificar el lucro cesante, consideró encuadrarlo dentro del numeral de 2 del artículo 57 de la Ley 44 de 1993, dándole el tratamiento de una regalía hipotética, pues liquidó el perjuicio conforme a un contrato que había realizado el demandante previamente, e incluso sin atender a que podrían ser asimilables por no ser operaciones comparables u homogéneas, lo utilizó como un punto de partida de lo que hubiese podido recibir el demandado por la explotación de su obra.

Por último, en el numeral tercero, se encuentra un criterio temporal que corresponde al período en el que fue realizada la explotación. Situación

esta última que suscita para el demandante una carga probatoria, más aún cuando dentro de la dinámicas mismas de la explotación ilegal, puede resultar complejo demostrar el inicio de la explotación; en igual sentido en el caso en que el demandante hubiese conocido previamente el inicio de la explotación, a él le asiste la obligación de mitigar el daño, por lo que aún de conocer el inicio de la explotación y dejarla extender en el tiempo, se convierte en un daño cuya agravación correspondió a la víctima. Por otro lado, este criterio excluye lo que sería la procedencia del lucro cesante futuro, puesto que implica que los espacios temporales estén plenamente identificados por la víctima.

De cara a estos criterios, se evidencia que, si bien la norma citada regula de manera amplia los perjuicios materiales, es viable inferir que en la práctica esos criterios atenderán exclusivamente al monto resarcitorio concerniente al lucro cesante, pues de ellos, no se sustraen elementos para tasar el daño emergente.

En gracia de discusión, la Dirección Nacional de Derecho de Autor en la sentencia proferida dentro del proceso bajo Rad. 1-2018-16310 del 23 de julio de 2020 (MICROSOFT CORPORATION vs. Suministramos Recursos Humanos Temporales [SUMITEMP] S.A.S), en atención a los criterios establecidos en el artículo 57 de la Ley 44 de 1993, esto es i) el valor comercial de los ejemplares producidos o reproducidos sin autorización y ii) el valor que hubiere percibido el titular del derecho de haber autorizado su explotación, consideró el juzgador que no era posible en el caso en concreto reconocerse de forma acumulada ambos conceptos, pues de hacerlo implicaría estar reconociendo un doble pago al titular del derecho, esto teniendo en cuenta que la forma de licenciamiento que adoptó el demandante permite utilizarlo y por tanto descargarlo.

Quantum de los perjuicios materiales

Téngase en cuenta que además de demostrar el perjuicio, el demandante tiene la carga de demostrar su *quantum*, situación que, por más, resulta compleja, así que, con la finalidad de morigerar dicha carga en el sistema jurídico colombiano, se tienen tres situaciones o figuras a las cuales

puede acudir, i) Las indemnizaciones preestablecidas, ii) Criterios de valuación y iii) El juramento estimatorio.

Las indemnizaciones preestablecidas

Con relación al sistema de indemnizaciones preestablecidas, es prudente manifestar que en el sistema jurídico colombiano, en primer término, se previó en casos de infracción de derechos marcarios; esto derivado de la adopción del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos de Norteamérica, por lo que el Estado colombiano profirió la Ley 1648 del 2013, a través de la cual se adoptaron medidas de observancia a los derechos de propiedad industrial, y en su artículo 3 se consagró el sistema de indemnizaciones preestablecidas por infracción marcaria, sujetándolo a la reglamentación del Gobierno nacional, realizada a través del Decreto 2264 del 2014, disposiciones luego compiladas por el Decreto 1074 del 2015.

Lo señalado toma relevancia en este estudio, toda vez que algunas reflexiones doctrinarias que se han desarrollado en el sistema marcario pueden acogerse con relación a la vulneración de los derechos de autor, ya que en concordancia con lo antes señalado, es de hacer notar que el Tratado de Libre Comercio (TLC), suscrito con Estados Unidos, contiene la obligación de adoptar un sistema de indemnizaciones preestablecidas, así se señala en el numeral 8 del artículo 16.11 de la observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, aclarando las partes que pactar estas indemnizaciones preestablecidas no constituyen daños punitivos.

En este orden de ideas, el Estado colombiano para satisfacer sus compromisos internacionales, profirió la Ley 1915 de 2018 que modificó la Ley 23 de 1982 e incorporó en el artículo 32 la figura de los daños preestablecidos, entendidos como una forma de tasar los perjuicios causados al autor.

Así las cosas, se concibe un modelo alternativo en materia de indemnización de perjuicios, el cual no se contrapone al régimen tradicional y que, de cara a la indemnización preestablecida, el demandante estará únicamente exento de demostrar la cuantía del perjuicio que se le causó y, por ende, deberá probar la infracción y *per se* el daño.

Criterios de valuación

Con el fin de prever la imperiosa necesidad de establecer unos criterios que permitan determinar el *quantum* del perjuicio, se ha acogido el escenario de criterios para valoración. Así las cosas, en un estudio del lucro cesante desde la jurisprudencia⁵, se observa que en sentencia del 30 de octubre de 2019 con Rad. 1-2018-21735 (Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia [EGEDA Colombia] vs. la sociedad Cable Cauca Comunicaciones S.A.S, 2019), el litigio versó sobre el derecho patrimonial de comunicación pública que le asiste al demandante, ya que el accionado retransmitió obras audiovisuales sin previa y clara autorización o en su defecto sin encontrarse amparado en ciertas limitaciones y excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

Se definió que, respecto al tema de propiedad intelectual, las producciones del talento o ingenio humano no representan un valor intrínseco, pues las mismas consiguen un valor dependiendo del nivel de éxito con el que puedan explotarse en el mercado. El valor es entendido como la relación cuantitativa o porción en la cual es cambiado un bien por otro, es decir, el valor que representa cualquier bien o mercancía, en dinero o moneda corriente. Es así como la monetización de una obra audiovisual se encuentra vinculada al beneficio o explotación que genere o produzcan al titular.

Se precisa por parte del fallador que para establecer el valor de un bien intangible no se puede realizar un análisis abstracto, se deben evaluar ciertas situaciones en concreto de tiempo y lugar, y de igual manera, las clases de usos e interesados correspondientes en cualquier situación en particular. Esta valoración se encuentra clasificada principalmente en

- **El método basado en el costo.** El valor del bien intangible se relaciona con el costo que involucró que fuese creado o que envolvería que fuese sustituido por un bien diferente con iguales particularidades. Resulta poco conveniente en materia de

derecho de autor, debido a que el costo para ejecutar un bien intangible posiblemente surgirá como resultado de un instante de inspiración por parte del autor y no es significativo para establecer el valor que representa en el mercado.

- **Métodos basados en el mercado.** En el establecimiento del valor de un bien intangible, es necesario examinar las transacciones comparables que existen en el mercado. Es decir, el intercambio o acuerdo de bienes con similares características puede representar una forma para determinar el valor del bien intangible que se está evaluando. Representándose así en un indicador útil del valor de ese tipo de bienes en el mercado.
- **Métodos basados en beneficios económicos pasados y futuros.** El fundamento se encuentra en la capitalización de la capacidad para generar ingresos de la propiedad, se valora la rentabilidad histórica que conserva el activo intangible o el futuro beneficio económico que se espera recibir por su titular. Los elementos que componen este método son la cantidad de beneficio económico que se espera recibir por la explotación; el tiempo que durará la explotación; los parámetros establecidos de los beneficios económicos a recibir; y la posibilidad de no percibir un beneficio económico, así como se esperaba.

Finalmente, el juzgador realizó un estudio frente a la reparación o indemnización a la que se encuentran obligados los demandados por el daño patrimonial al recurrente, el cual consistió en el lucro cesante por aquellos ingresos que debieron entrar a su patrimonio mientras se desarrollaban normalmente los acontecimientos, y que no lo realizaron por el uso sin autorización previa y expresa del titular de las obras proyectadas.

De igual forma, en la sentencia antes señalada (Rad. 1-2018-21735 Proceso Verbal instaurado por la Entidad Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia [EGEDA Colombia] contra la sociedad Cable Cauca Comunicaciones S.A.S.), indica el fallador que, en el caso de los derechos de autor, se pregona la protección jurídica de las obras reflejadas mediante un conjunto de derechos de carácter exclusivo. De

5 También puede consultarse la providencia: Dirección Nacional de Derecho de Autor, Rad. 1-2018-64853 del 5 de febrero de 2020.

esta manera, se tiene que la infracción de ciertas prerrogativas materializa el daño a partir de un enfoque fenomenológico, esencialmente porque el titular es privado de la facultad de practicar el derecho que solamente le concierne a este, por lo que de esta manera afecta sus intereses legítimos respecto a las obras, por ejemplo, percibir una remuneración proporcional al aprovechamiento o uso de estas⁶.

Ahora, téngase en cuenta que con la finalidad de plantear un escenario de protección para los autores se instituyeron las sociedades de gestión colectiva, que adquieren especial relevancia en los casos que evidencian un uso masivo de las obras o prestaciones, ya que es difícil efectuar un control efectivo desde el punto de vista individual (Rodríguez *et al.*, 2018, p. 13). En Colombia este tipo de sociedades se definió en la Ley 44 de 1993, como instituciones sin ánimo de lucro con personería jurídica, para la defensa de sus intereses conforme a las disposiciones establecidas en la Ley 23 de 1982 y en concordancia con lo previsto en la Decisión Andina 351 de 1993.

Es así como dentro de las actividades de una sociedad de gestión colectiva, se encuentra el deber legal de formular sus estatutos y tarifas. Estos representan una expresión de voluntad de naturaleza unilateral por parte de esta clase de entidades dirigidas a crear efectos o vínculos jurídicos entre otros, en relación con esos individuos que hagan o busquen llevar a cabo un efectivo uso o aprovechamiento de las obras que requieran autorización de sus titulares. Los reglamentos orientan la generación de una tarifa de cada licencia celebrada y el fundamento de la negociación en el momento en que los interesados requieran una concertación de esa licencia.

Por lo tanto, el reglamento de las tarifas de una sociedad de gestión colectiva refleja aquellos ingresos que tales instituciones en representación de sus asociados esperaban recibir por la explotación de sus obras, salvo estipulación o concertación en

contrario. En los casos debatidos, al no existir una negociación previa con la parte accionada, y mucho menos una autorización previa y expresa en la que se permitiera el uso de sus obras, el monto correspondiente a la contraprestación por la explotación de las obras audiovisuales que representa la sociedad colectiva es tomada de las tarifas estipuladas en los reglamentos, y es así como se procedió a realizar la liquidación.

Por último, el juramento estimatorio además de ser un requisito de la demanda, también puede convertirse en un medio de prueba que servirá para demostrar el *quantum* del perjuicio; por lo que, frente al mismo se procederá a realizar una serie de razonamientos que resultan oportunos.

*El juramento estimatorio*⁷

El Código General del Proceso prevé que el juramento estimatorio tiene la connotación de ser un requisito de la demanda (artículo 82) y también servir como un medio de prueba (artículo 206) de la pretensión de carácter patrimonial que se formule.

El artículo 206 de la referida ley expresa que el sujeto que busque que se reconozca una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, tendrá que estimarlo razonablemente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando todos sus conceptos. Tal juramento hará prueba de su monto, entretanto que su cuantía no la objete la contraparte en el traslado respectivo. Solamente será considerada la objeción que especifique razonablemente la inexactitud que se le atribuye a la estimación.

De conformidad con lo establecido, en palabras de Hernández (2020) el juramento estimatorio es una figura jurídica por medio de la cual el demandante cuantifica en dinero las pretensiones

6 Posición reiterada en la providencia: Colombia, Dirección Nacional de Derecho de Autor, Rad. 1-2018-38570 de 16 de enero de 2020.

7 Inicialmente, estuvo regulado en el artículo 625 del Código Judicial, como una declaración jurada de parte, posteriormente, se previó en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil y modificado por la Ley 1395 de 2011. Hoy por hoy, está consagrado en el artículo 206 del Código General del Proceso.

indemnizatorias o compensatorias que reclama en el proceso (p. 230).

Por su parte, la Dirección Nacional de Derechos de Autor (Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales de Colombia [EGEDA Colombia] vs. la sociedad Cable Cauca Comunicaciones S.A.S, 2019) ha determinado que el juramento estimatorio podrá ser susceptible de objeción, por lo cual el juzgador deberá observar tres elementos para adoptar la decisión frente a la oposición al juramento:

- que sea específica, en otras palabras, delimitada de una forma clara;
- que posea ciertas razones, esto involucra llevar a cabo un juicio cognitivo;
- que cada elemento explicado verse sobre una inexactitud en la estimación, o sea, de ver la estimación jurada contrastada con la objeción, pueda el juzgador observar un yerro cuantitativo y los motivos de este⁸.

En este punto, toma especial relevancia la distinción realizada previamente entre daño y perjuicio, toda vez que, como ya quedó decantado el elemento exigible para la declaratoria de responsabilidad civil, es el daño, mas no el perjuicio, por ende, en este punto la funcionalidad del “juramento estimatorio” como un medio de prueba está dada, porque a través de él se logra demostrar el *quantum* del perjuicio, mas no la concurrencia del daño, postura acogida por la CSJ (Sentencia STC4912-2019).

En la sentencia del 14 de febrero de 2018, Rad. 1-2016-14196 (Organización Sayco Acinpro [OSA] vs. la sociedad comercial Cooperativa Especializada de Transportadores Simón Bolívar Limitada [COOTRANSBOL LTDA.]), se afirmó frente al juramento estimatorio presentado por las sociedades de gestión colectiva, que en virtud de su legitimación, gozan de la facultad para recoger esas percepciones pecuniarias derivadas de la ejecución y

8 Posición jurisprudencial reiterada en la Sentencia Rad. 1-2018-16310 del 23 de julio de 2020 y en la Sentencia Rad. 1-2019-56302 del 08 de julio de 2021.

comunicación pública de las obras literariomusicales, interpretaciones, entre otras, que de acuerdo con la ley incumbe a los autores y compositores asociados.

El juramento estimatorio presentado por el demandante, en dicho caso acompañado con la demanda, no fue reconocido debido a que dicha estimación no se ajustaba a los criterios de legalidad a los que alude el artículo 206, inciso 3.

De igual manera, el artículo 206 del Código General del Proceso establece que el juramento estimatorio debe objetarse detallando razonadamente el error atribuido a la estimación. Empero, respecto al caso bajo estudio, el demandado se opuso a este juramento sin establecer de forma razonada la inexactitud del juramento del demandante, por lo que el despacho no encontró que se hubiera cumplido con la carga de oposición frente al juramento propuesto.

En Sentencia del 21 de agosto del 2019, Rad. 1-2018-64115 (Organización Sayco Acinpro [OSA] vs. La sociedad Nuevo Rápido Quindío S.A.), el ente juzgador efectúa un estudio frente a la vulneración de los derechos patrimoniales de autor al considerar que la parte pasiva había ejecutado de forma pública en el interior de los vehículos afiliados a la sociedad Nuevo Rápido Quindío S.A. obras musicales y fonogramas del repertorio de la sociedad que funge como accionante sin el permiso previo y expreso de los titulares, el ente accionado dentro del traslado respectivo no allegó una objeción razonada al juramento estimatorio, que detallara cierta clase de error a la estimación realizada por el demandante respecto al valor por la comunicación al público de obras musicales y fonogramas cuyos derechos se encontraban siendo ahí reivindicados, por lo que de acuerdo con el artículo 206 del Código General del Proceso dicha suma estimada en el juramento presentado, hizo prueba del monto de la indemnización.

Por otra parte, la Dirección Nacional de Derecho de Autor ha considerado en múltiples ocasiones de manera reiterada y uniforme, que se demostró el *quantum* del perjuicio en virtud del juramento estimatorio, tal como sucedió en la sentencia n.º 1-2019-89443 del 1 de febrero de 2021 (Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores

Fonográficos [ACINPRO] vs. Corporación Maratón Internacional de Medellín [CSAL]).

Además, como se señaló en líneas anteriores, en la Ley 1915 de 2018 (artículo 32)⁹, que modificó la Ley 23 de 1982, se previó la figura de las indemnizaciones preestablecidas con relación a la infracción de los derechos patrimoniales de autor, norma que fue sometida a control constitucional de la Corte Constitucional, en la que se definió a este tipo de indemnizaciones como medidas de daño que preceden a su evento y, en general, en la medida en que sean previstas para cualquier daño que pudiera ocurrir y que encaje en clasificaciones abiertas y preestablecidas. Es decir, en las evaluaciones de daños, se corre constantemente el peligro de que el perjuicio consiga superar o sea inferior al daño que realmente sucedió, sin embargo, presenta la particularidad de que absuelve la carga de probar la medida del daño (C-345 de 2019).

Así las cosas, este tipo de indemnizaciones son una forma de tasar los perjuicios causados de manera anticipada, no obstante, debe anotarse que estos no relevan al demandante de demostrar el daño causado, tal como se reflexionó, es fundamental atender la diferencia de daño y perjuicio.

Sobre esto, el demandante dentro del litigio emprende su actividad probatoria con base en lo establecido en el artículo 167 del Código General del Proceso, con relación a la carga de la prueba, pero, por otro lado, respaldado por el principio de economía procesal, el derecho al acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva

podrá a su prevención adoptar por solicitar la aplicación de indemnizaciones preestablecidas.

Ahora, si bien las indemnizaciones preestablecidas no han sido reguladas hoy por el Gobierno nacional, es prudente en torno al juramento estimatorio traer por analogía el planteamiento presentado por Sandoval (2017) con relación a este tipo de indemnizaciones en el campo del derecho marcario, quien señala que “si el titular se acoge al sistema de indemnizaciones preestablecidas, no debe realizar el juramento estimatorio, ya que este sistema lo exime de probar la cuantificación del daño y el juramento estimatorio está destinado también a ser prueba de esa cuantificación” (p. 66).

Es decir, en el evento en que el demandante se decida por acudir a la indemnización preestablecida se relevará de realizar el juramento estimatorio y con ello eliminar sus consecuencias jurídicas, especialmente con relación a ser un requisito de la demanda.

Así las cosas, nótese que la figura del juramento estimatorio se ha propuesto como un requisito de la demanda, pero que en el evento de no ser objetado se convierte en un medio de prueba, en específico, como se anunció líneas atrás, sirve como instrumento para cuantificar el perjuicio ocasionado. Sin embargo, si el demandante decide acudir a las indemnizaciones preestablecidas, se afirma en los términos de esta investigación que quedará relevado de efectuar tal juramento.

Otros daños como la pérdida de oportunidad

En este mismo sentido, como influencia del derecho francés, se ha arraigado otra tipología que es la pérdida de oportunidad, traducida así: la frustración de evitar un perjuicio u obtener un beneficio. La jurisprudencia¹⁰ ha indicado que esta se puede presentar bajo dos supuestos, uno positivo —*chance de gain*— y otro negativo —*chance d'éviter une perte*—. Positivo, en el momento en que la víctima posee la expectativa legítima de recibir un

9 “Artículo 32. Indemnizaciones preestablecidas. La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la presente ley, relacionadas con las medidas tecnológicas y la información para la gestión de derechos, podrá sujetarse al sistema de indemnizaciones preestablecidas o a las reglas generales sobre prueba de la indemnización de perjuicios, a elección del titular del derecho infringido. El Gobierno nacional dentro de los (12) meses siguientes a la promulgación de esta ley reglamentará la materia.

10 Véase la sentencia: Colombia, Consejo de Estado, Sentencia con Rad. 21554 del 3 de abril del año 2020.

beneficio o alcanzar un derecho, sin embargo, por la acción u omisión de otro individuo es frustrada de forma definitiva. Negativo, cuando la víctima enfrenta un escenario o curso causal desfavorable y cree en la posibilidad cierta de que la intervención de un tercero impida o esquive un perjuicio, pero que, por la omisión o la intervención defectuosa de dicho tercero, el resultado dañoso es generado y la víctima sufre el perjuicio indeseado.

De los presupuestos axiológicos de este daño, para que pueda considerarse indemnizable, se prevé como requisitos tres preceptos fundamentales: “i) certeza en relación con que una legítima oportunidad exista, ii) impedimento concluyente de conseguir un provecho o de evitar un detrimento, y iii) el afectado debería encontrarse, cuando sucede el hecho dañino, en un escenario idóneo para alcanzar el provecho que busca” (Sentencia STL7418-2019).

En virtud de lo indicado, cabe mencionar que no es solo un supuesto o probabilidad lo que diseña el daño, ya que, en el supuesto de que se trate de oportunidades débiles, distantes o delicadas, no es posible aceptar que, independientemente de que las cosas sigan con el giro normal de los acontecimientos, su definitiva decepción provocaría la consecuencia adversa del patrimonio y otros intereses ilícitos (Sentencia SC10261-2014).

Tal como sucedió en la sentencia del 01 de julio de 2021 (Xiomara Alexandra Tabora Torres vs. Fundación Paz y Reconciliación y otros), en la cual la demandante solicitó consecuencias negativas derivadas de la infracción al no haber sido reconocida como coautora del libro *El Subsistema Fronte-rizo de Colombia: lugar estratégico de los mercados ilegales*, obra que hubiera representado su primera publicación; el resarcimiento del daño a la pérdida de oportunidad consiste en que se cercenó su posibilidad de acceder a oportunidades laborales y de participar en concursos para becas. La Dirección Nacional de Derechos de Autor denegó la pretensión del extremo demandante, al considerar que la peticionaria no acreditó que la oportunidad alegada fuera seria y real y por lo tanto eran unas meras expectativas.

En cuanto al monto para reparar este perjuicio, la Corte Suprema colombiana ha indicado

que, una vez examinados los tres elementos antes enunciados, estará en arbitrio del juez determinar el *quantum* a reconocer.

En vista de todo lo expuesto, es posible concluir que quien sea titular de derechos de autor, ya fuere en su contenido moral o patrimonial, en el momento de sufrir una infracción de su derecho, podrá demandar el resarcimiento de dicho daño, a través de un proceso declarativo, en el cual deberá demostrar entre otras cosas, el daño, el perjuicio y su cuantificación, todas ellas instituciones que se analizaron plenamente.

Conclusiones

La responsabilidad civil en materia de derechos de autor exige entender la estela de daños y perjuicios que la componen a través de enfoques que recojan la especialidad de la materia y su particular conexión con las innovaciones tecnológicas. Esto requiere que la legislación en cuanto a derechos de autor trascienda su tendencia principista o declarativa y diseñe también especiales mecanismos procesales útiles a la efectividad de la protección de las garantías de tales derechos.

En cuanto a la reparación de perjuicios por la infracción a derechos de autor, luego de efectuar un estudio del sujeto, objeto y contenido de este derecho, se sostiene que el daño radica en la infracción del derecho de exclusividad que ostenta el titular, asimismo, se argumenta la existencia de una diferencia entre daño y perjuicio, la cual ha sido acogida y respaldada por la jurisprudencia.

Bajo esta óptica, la investigación permitió concluir que existe una tipología de perjuicios que se han clasificado en inmateriales y materiales. Frente a los primeros, se avizó que es posible su reconocimiento bajo la tipología de perjuicio moral y vulneración a bienes constitucionalmente protegidos. Y frente a los segundos, estos se explicaron a partir de la clasificación clásica de daño emergente y lucro cesante, afirmándose que ambos han sido previstos en el ordenamiento comunitario como en el nacional.

En suma de lo anterior, frente a la cuantificación de las diferentes tipologías de perjuicios, el estudio efectuado permitió inferir que con relación a

los perjuicios inmateriales el *quantum* obedecerá al arbitrio judicial a partir de la valoración probatoria, sana crítica y las reglas de las experiencias. Por otro lado, en lo concerniente a los perjuicios materiales, se estudiaron las hipótesis planteadas por la Ley 44 de 1993, los métodos a que debe acudir el juzgador para tasarlos, las indemnizaciones preestablecidas y el juramento estimatorio cuando al no ser objetado, se convierte en un medio de prueba.

En consonancia con lo precedente, se advierte que el juramento estimatorio es un requisito de la demanda, pero se sostiene que cuando el demandante acude a las indemnizaciones preestablecidas se encontrará relevado de tal requisito; reflexión además acompañada del juramento como medio de prueba cuando no es objetado por el demandado bajo los criterios exigidos por la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Asimismo, para la procedencia del reconocimiento de la pérdida de oportunidad, considerada como un daño autónomo, el demandante deberá demostrar la expectativa legítima de haber evitado el perjuicio (la oportunidad) o de tener un beneficio.

En conclusión, la constitucionalización del derecho de daños en punto con los derechos de autor permite que se configuren y materialicen nuevas tipologías, por lo que se desarrollaron los principios legales y se hizo una puesta al día para estar a tono con los cambios de contexto, mediante la integración hermenéutica de soluciones novedosas compatibles con el concepto macro del estado social de derecho.

Referencias

- Bernal, D. y Conde, C. (2017). Los derechos morales de autor como derechos fundamentales en Colombia, *Revista La Propiedad Inmaterial*, (24), pp. 53-66. <https://doi.org/10.18601/16571959.n24.03>
- Brebbia, R. (1967). *El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño*. Ediciones Jurídicas Orbir.
- Cabrera, K. I. (2015). Consideraciones sobre la determinación del monto del daño por infracciones al derecho de autor en entornos digitales. *Revista Ius et Praxis*, 21(1), pp. 503-528. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122015000100014>
- Constitución Política. (20 de Julio de 1991). Congreso de la República de Colombia. Gaceta Constitucional No. 116. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- De Cupis, A. (1975). *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*. Bosch Casa Editorial.
- Decisión 351 de 1993. (17 de diciembre, 1993). Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Obtenido de: <http://www.sice.oas.org/trade/junac/decisiones/dec351s.asp>
- Decreto 1074 de 2015. (2015, 26 de mayo). Presidencia de la República de Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76608>
- Decreto 2264 de 2014. (11 de noviembre de 2014). Presidencia de la República de Colombia. Diario Oficial No. 49332. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=59994>
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (06 de Diciembre de 2017). Rad. 1-2016-54464. Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Colombia – EGEDA COLOMBIA vs Cable y Telecomunicaciones de Colombia S.A.S. – CABLETELCO S.A.S.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (09 de Septiembre de 2020). Rad. 1-2018-71488. Hever Erazo Bolaños vs El País S.A.S.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (12 de Febrero de 2021). Rad. 1-2019-29985. Organización Sayco Acinpro vs El Rápido Duitama Ltda.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (18 de Febrero de 2018). Rad. 1-2016-14196. Organización Sayco Acinpro - OSA vs la sociedad comercial Cooperativa Especializada de Transportadores Simón Bolívar Limitada – COOTRANSBOL LTDA.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (18 de Julio de 2021). Rad. 1-2019-56302. Peter John Liévano Amézquita Vs la Asociación Hotelera y Turística de Colombia Cotelco Capítulo Bogotá.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (21 de Agosto de 2019). Rad. 1-2018-64115. Organización Sayco Acinpro – OSA vs la sociedad Nuevo Rápido Quindío S.A.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (23 de Julio de 2020). Radicado No. 1-2018-16310. Microsoft Corporation vs Suministramos Recursos Humanos Temporales SUMITEMP S.A.S.
- Dirección Nacional de Derecho de Autor. (30 de Octubre de 2019). Rad. 1-2018-21735. Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de los Productores Audiovisuales

- de Colombia – EGEDA Colombia vs. La sociedad Cable Cauca Comunicaciones S.A.S.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (01 de Febrero de 2021). Radicado No. 1-2019-89443. Asociación Colombiana de Intérpretes y Productores Fonográficos - ACINPRO vs Corporación Maratón Internacional de Medellín CSAL.
- Dirección Nacional de Derechos de Autor. (01 de Julio de 2021). Rad. 1-2019-71159. Xiomara Alexandra Taborda Torres vs. Fundación Paz y Reconciliación y otros.
- Ferrer, M. (2017). El daño moral de autor y la llamada regalía hipotética. Reflexiones al hilo del caso Liffers. *InDret Privado*, (3). <https://indret.com/el-dano-moral-de-autor-y-la-llamada-regalia-hipotetica-reflexiones-al-hilo-del-caso-liffers/>
- Hernández, A. (2020). El juramento estimatorio. En: Toscano, F., Naizir, J. y Acero, L. (Eds.). *Derecho probatorio: desafíos y perspectivas*. (pp. 228-248). Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/d00fc5a8-4804-4d00-a83c-eaae22aecab1>
- Koteich, M. (2006). El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento: Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias. *Revista de Derecho Privado*, (10), pp. 161-193. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/588/554>
- Ley 1564. (12 de julio de 2012). Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso. Bogotá D.C., Colombia. Diario Oficial No. 48489. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Ley 1648. (07 de julio de 2013). Congreso de la República de Colombia. Por medio del cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial. Bogotá D.C., Colombia. Diario Oficial No. 48849. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1648_2013.html
- Ley 1915. (12 de julio de 2018). Congreso de la República de Colombia. Por la cual se modifica la Ley 23 de 1982 y se establecen otras disposiciones en materia de derecho de autor y derechos conexos. Bogotá D.C., Colombia. Diario Oficial No. 50652. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1915_2018.html
- Ley 23. (28 de enero de 1982). Congreso de la República de Colombia. Sobre los Derechos de Autor. Bogotá D.C., Colombia. Diario Oficial No. 35933. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=3431>
- Ley 44. (05 de febrero de 1993). Congreso de la República de Colombia. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. Bogotá D.C., Colombia. Diario Oficial No. 40740. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0044_1993.html
- Lipzysc, D. (2017). *Derecho de autor y derechos conexos*. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe [CERLALC].
- Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación. (2020). *Colombia hacia una sociedad del conocimiento: Reflexiones y Propuestas Volumen I*. Misión Internacional de Sabios. https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/paginas/ebook-_colombia_hacia_una_sociedad_del_conocimiento.pdf
- Rodríguez, C., Gómez, J., Muñoz, M. y Londoño, M. (2018). *Panorama de la gestión colectiva del derecho de autor y derechos conexos en Iberoamerica*. Cerlalc. <https://cerlalc.org/publicaciones/panorama-de-la-gestion-colectiva/>
- Salas, B. (2011). La pérdida de oportunidad y la propiedad intelectual: una mirada desde la perspectiva de la jurisprudencia francesa. *Revista la Propiedad Inmaterial*, (15), pp. 189-206. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/3005/3655>
- Sandoval, J. F. (2017). Indemnización de daños causados con la infracción de derechos de propiedad industrial. Un sistema que escapa de la tradición. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (23), pp. 47-68. <https://doi.org/10.18601/16571959.n23.03>
- Sentencia C-069. (20 de Febrero de 2019). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá D.C., Colombia. Ref: Expediente: D-12689. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-069-19.htm>
- Sentencia C-155. (28 de Abril de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá D.C., Colombia. Ref: Expedientes: , D-1797, D-1809, D-1813 y D-1818. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-155-98.htm>
- Sentencia C-345. (31 de Julio de 2019). Corte Constitucional. Sala de Casación Civil. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá D.C., Colombia. Ref: Expediente: D-12858. https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_civil_e._no._5502_de_2001.aspx#/
- Sentencia SC10261. (04 de Agosto de 2014). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Margarita Cabello Blanco. Bogotá D.C., Colombia. https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/03/SC10261-2014-1998_07770-01.pdf

- Sentencia SC10297. (05 de Agosto de 2014). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Ariel Salazar Ramírez. Bogotá D.C., Colombia. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_0099ce171ac70154e0530a0101510154/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-sc10297-2014-2003-00660-de-agosto-5-de-2014
- Sentencia SC14491. (18 de Octubre de 2005). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Bogotá D.C., Colombia. <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2021/11/S-18-10-2005-14491.pdf>
- Sentencia SC3382. (25 de noviembre de 1992). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Bogotá D.C., Colombia. https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_759920414493f034e0430a010151f034/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-3382-de-noviembre-25-de-1992
- Sentencia SC5502. (4 de abril de 2001). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Bogotá D.C., Colombia. https://www.redjurista.com/Documents/corte_suprema_de_justicia,_sala_de_casacion_civil_e._no._5502_de_2001.aspx#/
- Sentencia SP37858. (13 de Marzo de 2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. José Leonidas Bustos Martínez. Bogotá D.C., Colombia. <https://vlex.com.co/vid/552485126>
- Sentencia SP42678. (11 de Diciembre de 2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P. Fernando Alberto Castro Caballero. Bogotá D.C., Colombia. <https://vlex.com.co/vid/552594330>
- Sentencia STL7418. (22 de Mayo de 2019). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Fernando Castillo Cadena. Bogotá D.C., Colombia. <https://vlex.com.co/vid/sentencia-corte-suprema-justicia-845686704>