



**ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN
PREESTABLECIDA EN MATERIA DE PROPIEDAD
INDUSTRIAL DESDE LA PERSPECTIVA
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO**

***COLOMBIA'S INDUSTRIAL PROPERTY
LEGAL REGIME AND DAMAGES.
ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE
OF COLOMBIAN CIVIL LIABILITY
LEGAL REGIME***

Laura Catalina Correa Contreras*
Gonzalo Andrés Jiménez Triviño**

*Fecha de recepción: 24 de septiembre de 2019
Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2019
Disponible en línea: 30 de diciembre de 2019*

RESUMEN

La teoría general de la responsabilidad en Colombia aboga por la reparación del daño, por lo cual, la demostración de este es ineludible a la hora disputarse en un proceso judicial su reconocimiento. Al margen de lo anterior, el carácter absolutamente “probatorio”

* Estudiante de Noveno Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia). Correo electrónico: laura_correa@javeriana.edu.co

** Estudiante de Décimo Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (Colombia). Correo electrónico: gonzalojimenez@javeriana.edu.co

del perjuicio está siendo atenuado porque se reconoce que el derecho a la indemnización no es el único componente estructural del perjuicio, como opera con la figura de la Indemnización anticipada. En ese orden de ideas, es claro que la estructura rígida de responsabilidad civil impide la posibilidad de contemplar un “tipo especial” que, verificada la existencia de una usurpación al derecho de exclusiva que le asiste el propietario del derecho marcario, este acuda alternativamente a un régimen que aliviane su carga probatoria y le releve expresamente de la calificación jurídica del daño o interés vulnerado, así como de la demostración del monto del perjuicio irrogado por el acontecer ilícito que denuncie judicialmente.

El presente escrito tiene como fundamento la problemática a la que se enfrenta nuestro ordenamiento jurídico, al incluir figuras propias de sistemas jurídicos diferentes al adoptado por Colombia. Por ello, se pretende realizar un análisis sobre la regulación de esta figura en Colombia y el fenómeno que se puede estar dando al incluirla en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, se propondrán algunas formas indemnizatorias que podrían ajustarse más a nuestro sistema.

Palabras clave: Propiedad industrial, responsabilidad civil, sistemas de derecho, perjuicio, daño, indemnización integral, indemnización preestablecida.

ABSTRACT

Under Colombia’s civil liability legal regime, reparation must follow a wrongful act causing an injury or loss, but the injury or loss must have been duly and previously acknowledged by a court. Although the proof of the injury is essential, this aspect of civil liability has somehow been mitigated as the right to be paid damages (indemnification) is not the only part of the injury or loss—as is the case with the so-called *indemnización anticipada* (damages liquidated and paid in advance). Thinking about a special regime in the context of Colombia’s trademark legal provisions and about the chance of the injured party to resort to an alternative system where she does not have to prove the injury or loss, or the amount thereof derived from the wrongful act, is particularly difficult due to the rather rigid structure of the civil liability regime in Colombia, as

any party seeking damages shall always have to prove the loss or injury. Hence, this paper presents other approaches and discusses ways to incorporate those different systems into Colombia's legal regime.

Keywords: Industrial property, civil liability, legal systems, damage, damage, comprehensive compensation, pre-established compensation.

INTRODUCCIÓN

Según el artículo 2341 del Código Civil de Colombia, podemos inferir que el régimen actual de responsabilidad civil contempla, como regla general, que quien cause un daño a otro debe indemnizarlo¹. En este sentido, la responsabilidad civil se encargará de determinar quién, cuánto y por qué debe indemnizarse.

Por ello, para determinar si alguien es civilmente responsable del acontecimiento de un daño, deben cumplirse unos elementos de la responsabilidad civil, que generalmente suelen ser: la conducta, el daño y el nexo causal² y, eventualmente, también se hace alusión a un factor de imputación³. Ahora, abordaremos cada uno de ellos con la finalidad de determinar, más adelante, las razones por las cuales consideramos que la figura de la indemnización anticipada quebranta el elemento fundamental del daño.

Primero, la *Conducta*⁴ hace alusión a ese actuar humano que por acción u omisión es objeto de análisis por el ordenamiento. Frente a ello, es importante determinar que el juicio a realizar debe versar sobre los hechos jurídicamente relevantes, pues, para endilgar un daño a un agente y valorar una conducta

1 Congreso de Colombia, (26 de mayo), Diario Oficial No. 2.867 [Ley 84 de 1873].

2 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de junio de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

3 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de enero de 2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

4 Autores como los hermanos Mazeaud hablan de este elemento como la culpa, y otros lo conocen como el hecho. Pero Javier Tamayo Jaramillo considera que es impreciso hacer alusión a estos términos porque, en cuanto a la culpa, no siempre se requiere para endilgarle una responsabilidad al agente (como en la responsabilidad objetiva). Y, frente al hecho, es impreciso porque este engloba el concepto de la conducta junto con el daño que se causa. Para mayor información véase el Tomo II del Tratado de la responsabilidad civil de Javier Tamayo Jaramillo (2007).

como correcta o incorrecta, hay que partir de las reglas que establece el ordenamiento jurídico de adjudicación y comportamiento⁵.

El segundo elemento que debemos considerar es el *Daño*⁶, visto como el componente fundamental para la constitución de la responsabilidad, en el caso colombiano, debido a su naturaleza resarcitoria. Considerando lo anterior, resulta fundamental su prueba en un proceso judicial de determinación de responsabilidad civil.

A pesar de existir un comportamiento culposo por el agente no se puede hablar de responsabilidad civil si, con este, no se causa un daño. Tamayo Jaramillo define el daño como “(...) *el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial*”, aclarando que ese daño, para ser indemnizado, debe ser ocasionado de forma ilícita por alguien distinto de la víctima⁷. Es claro que la responsabilidad civil busca no desamparar a las personas que sufren un daño en sociedad, pero de los daños injustamente causados y no de aquellos que por alguna razón el ordenamiento legitima. De igual forma, el ordenamiento tampoco amparará a una persona de los daños que ella misma se cause a su persona o sus bienes.

Finalmente, el *nexo de causalidad* hace alusión a la relación causal que une la conducta con el acontecimiento dañoso, de modo que si la conducta no es causa del efecto, se entenderá que la persona no ha causado el daño que se le pretendía endilgar. En efecto, si alguien tiene un comportamiento ilícito, y de forma paralela un tercero sufre un perjuicio, no puede atribuirse la responsabilidad a quien a pesar de su actuar contrario a la ley no genera un perjuicio directo a este.

Como se mencionó, en algunos casos la Corte Suprema de Justicia hace alusión al título o factor de imputación como un elemento adicional de la responsabilidad civil, y se ha usado como un criterio jurídico independiente del análisis causal⁸. En efecto, si el nexo causal se usa para un análisis causal fáctico, el

5 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de enero de 2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

6 Los elementos o características del daño para que sea indemnizado, más usados por la doctrina, son: que sea cierto, personal y que con él se lesione un beneficio lícito. Para mayor información véase el Tomo II del Tratado de la responsabilidad civil de Javier Tamayo Jaramillo.

7 Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de la responsabilidad civil (2 ed. 2007). Pag. 247.

8 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de enero de 2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

factor de imputación hace alusión a una causalidad jurídica, de modo que me permite, como elemento de la responsabilidad civil, endilgarle las obligaciones resarcitorias al agente dañador, en un juicio de responsabilidad civil, para que no sea la víctima quien asuma esas cargas⁹.

Considerando lo anterior, concluimos que la figura de los daños anticipados o preestablecidos no se encuentra acorde con el esquema tradicional de responsabilidad civil en Colombia, por cuanto la forma de tasar o calcular el perjuicio no se hace en atención a la gravedad del daño y su prueba, sino a un monto específico que podrá ser determinado por el juez sin atender al daño en particular, seguramente debido a un trasplante jurídico a nuestro sistema de una figura con características inherentes del Sistema Anglosajón, tal cual como se explicará más adelante.

1. ORIGEN DE FIGURA DE LA INDEMNIZACIÓN ANTICIPADA

Para entender a cabalidad la figura de la indemnización anticipada, hemos de partir considerando a los dos sistemas jurídicos que imperan en la comunidad global. Por un lado, el sistema anglosajón en donde se integra un componente de “sanción” dentro de su esquema de responsabilidad civil y, por otro lado, el sistema continental de responsabilidad civil en donde se tiene como fundamento la reparación del daño causado, intentando colocar a la víctima en la situación en la que estaría de no haber acontecido el evento dañoso.

Para ahondar más sobre cómo operan estos daños, es pertinente remitirse al Copyright Act¹⁰, que es el instrumento legal, sobre derechos de autor en los Estados Unidos, que regula el tema. Concretamente, hemos de remontarnos al artículo 504, de los “*Remedies for infringement: Damages y profits*”, del capítulo 5 que desarrolla los “*statutory damages*”, que son los daños que se apoyan en la valoración que se realiza a partir de un sistema de daños preestablecidos.

Los “*statutory damages*” facultan al demandante del reconocimiento de un derecho para que en cualquier momento —antes del fallo— opte para que la

9 Alma Ariza Fortich, El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna, Revista de Derecho Universidad del Norte, N° 34 2010. Pag. 306-342.

10 US Government, Copyright Act 1976 Copyright.gov (1976), puede ser visto en: <https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>.

cuantificación del daño se haga sin que sea necesario que se prueben todos los perjuicios o se establezca el monto de ellos.

Este criterio sigue ciertos parámetros establecidos por la ley y anula la posibilidad de optar por la acumulación de otros daños como los “*actual damages*” que en términos de nuestro ordenamiento jurídico serían los daños probados. Según la ley estadounidense, en estos daños el titular o autor, antes que se dicte sentencia y habiendo registrado la obra antes de la fecha de la infracción o después de tres meses de publicada, puede optar por que se le indemnice por los daños alegados en la demanda.

Observamos que, de esta forma, el titular del derecho puede optar por la vía que, para su situación particular, le sea más favorable. Contrario a lo que pasaría en nuestro sistema donde el juez solo podría condenar al demandado al pago de los perjuicios que puedan probarse dentro del proceso.

2. ESTUDIO DE LA REGLAMENTACIÓN EN COLOMBIA

Con la celebración del Tratado de libre Comercio con Estados Unidos¹¹, de ahora en adelante TLC, suscrito por Colombia el 12 de octubre de 2011, se adquieren distintas obligaciones en materia de Propiedad Intelectual, entre las cuales se encuentra redactada en el artículo 16.11 numeral 8 la obligación del Gobierno colombiano de implementar dentro de su normativa la figura de la indemnización preestablecida en materia de infracciones marcarias, con el fin de que el titular de una marca tenga la posibilidad de que al ser sus derechos vulnerados, sobre el proceso judicial que se llevará a cabo exista una suma indemnizatoria que no debe ser probada. Así, la obligación se manifiesta de la siguiente manera:

“8. En los procedimientos judiciales civiles, cada Parte, al menos con respecto a la infracción a los derechos de autor y derechos conexos, y falsificación de marcas, establecerá o mantendrá indemnizaciones preestablecidas, las cuales deberán estar disponibles a elección del titular del derecho como una alternativa a la indemnización basada en los daños reales”.

A su vez, el numeral 8 del mencionado artículo, complementa lo anterior establecido unos criterios a tener en cuenta al momento de fijar una cuota de esta indemnización preestablecida:

11 Tratado de Libre Comercio. Colombia – Estados Unidos. Octubre de 2011.

“(...) Dichas indemnizaciones preestablecidas estarán previstas por la legislación interna y determinadas por las autoridades judiciales, tomando en cuenta los objetivos del sistema de propiedad intelectual, en una cantidad suficiente para compensar al titular del derecho por el daño causado por la infracción y que se constituyan en disuasorios frente a futuras infracciones”.

Lo anterior, nos lleva a concluir que el tratado al que se hizo alusión anteriormente, impone el compromiso de implementar la figura de la indemnización preestablecida, pero que, al fijar esta suma se deben tener en cuenta tres criterios: 1. Debe tener en cuenta los objetivos del sistema de propiedad intelectual, 2. Debe ser una suma capaz de compensar al titular del derecho, y 3. Debe ser una suma que disuade de reincidir en las infracciones. Además, resulta claro que la obligación contenida se encuentra dirigida únicamente a Colombia, debido a que no cuenta con este sistema indemnizatorio, mientras que Estados Unidos sí.

Ahora bien, el numeral citado trae una nota aclarativa que estipula “*Para mayor certeza, las Partes entienden que las indemnizaciones preestablecidas dispuestas en este párrafo no constituyen daños punitivos*”. Lo cual es un poco confuso, porque si bien la medida debe tener en cuenta que su propósito es resarcir el daño causado, también debe tener en cuenta que debe ser lo suficientemente alta como para evitar que las personas sean acreedoras a la sanción, lo cual es propio de un sistema o tendencia punitiva.

Posteriormente, en el año 2013, el Estado colombiano cumpliendo con lo pactado en el tratado, expide la Ley 1648 de 2013¹², en cuyo artículo tercero consagra la figura de indemnizaciones preestablecidas:

“ART. 3º—Indemnizaciones preestablecidas. La indemnización que se cause como consecuencia de la infracción marcaria 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 reglamentará la materia”.

El artículo consagra nuevamente la posibilidad, en cabeza del titular del derecho quebrantado, de escoger entre la nueva figura de indemnizaciones preestablecidas o las reglas generales de responsabilidad en cuanto a la prueba del

12 Ley 1648 de 2013. Por medio de la cual se establecen medidas de observancia a los Derechos de Propiedad Industrial. 12 de julio de 2013. D.O. No. 48849.

daño. En este sentido, quien vea su derecho ultrajado deberá analizar, si puede o no, probar un daño mayor al que le sería reconocido aplicando las reglas de la indemnización preestablecida.

El artículo también estipula que el Gobierno Nacional reglamentará la materia, de modo que, en cumplimiento de dicho mandamiento, se expide el Decreto 2264 de 2014¹³, y en su primer artículo consagra la diferencia entre la ya mencionada elección que debe hacer el demandante. Estipula que, si el demandante opta por la figura de la indemnización preestablecida, no deberá probar la cuantía de los daños y perjuicios causados por la infracción, de modo que la tasación de los perjuicios se determinará por el juez de conformidad con el citado decreto.

Por ello, el Decreto establece que la cuantía de la indemnización preestablecida, en su artículo segundo, con un mínimo de 3 SMLMV y un máximo de 100 SMLMV por marca infringida. Además, la suma puede incrementarse hasta 200 SMLMV 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”.

A su vez, el artículo referenciado contiene un párrafo en el que se delega en cabeza del juez la responsabilidad de ponderar y declarar, en la sentencia, el monto de la indemnización, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la duración de la infracción, amplitud, productos infractores y extensión geográfica. De modo que el juez valorará la gravedad de la infracción para fijar una mayor o menor suma de indemnización, lógica propia de un sistema de precedentes judiciales.

Finalmente, para concluir este análisis normativo, debemos ver el efecto que producen estas disposiciones en la legislación anterior a la expedición de estas normas. Desde 1982 existe la Ley 23¹⁴ de ese año, por la cual se regula la protección de los derechos de autor en Colombia, dicha ley es modificada por la Ley 44 de 1993¹⁵, la cual consagra los criterios a tener en cuenta por el juez al momento de tasar los perjuicios en esta materia. En efecto el artículo estipula que:

13 Decreto 2264 de 2014 [Con fuerza de ley]. Por el cual se reglamenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaria. 11 de noviembre de 2014. D.O. N° 49332.

14 Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor. 28 de enero de 1982. D.O. N° 35949.

15 Ley 44 de 1993. Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944. 5 de febrero de 1993. D.O. No. 40740.

“ART. 57.—Para la tasación de los perjuicios materiales causados por el hecho, se tendrá en cuenta:

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 lapso durante el cual se efectuó la explotación ilícita”.

En este sentido el efecto principal de las citadas disposiciones será la ampliación de los criterios que ya existían para tasar los perjuicios materiales causados por el hecho. Además de darle mayor libertad al juez, porque si observamos los criterios de la Ley 44 de 1993 percibimos que se consagran de forma taxativa 3 criterios a tener en cuenta, en cambio, el Decreto 2264 de 2014¹⁶, deja la posibilidad abierta a más criterios al decir que el juez tendrá en cuenta “*entre otras la duración de la infracción, su amplitud, la cantidad de productos infractores y la extensión geográfica*”, siempre y cuando, claro, se limite a las pruebas que obren dentro del proceso.

3. RÉGIMEN GENERAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL SISTEMA CONTINENTAL

Una de las fuentes clásicas de las obligaciones son los hechos dañosos. Desde los tiempos de Ulpiano se dice que los preceptos del Derechos son: vivir honestamente, no hacer daño a otro y atribuir a cada quien lo suyo¹⁷. El principio del “*Alterum non laedere*” hace referencia al deber de no dañar a otro, pero naturalmente vivimos en una sociedad del riesgo, de modo que inevitablemente se van a ocasionar distintos daños, pero ante tal evento se debe indemnizar el daño que causa injustamente.

El sustento legal de la responsabilidad civil lo encontramos en el Código Civil¹⁸:

“ART. 2341.—RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a

16 Decreto 2264 de 2014 [Con fuerza de ley]. Por el cual se reglamenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaria. 11 de noviembre de 2014. D.O. No. 49332.

17 Laura Ostos Palacios, Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, Revista de derecho UNED, num. 1, 2006. Pág. 489.

18 Congreso de Colombia, (26 de mayo), Diario Oficial No. 2.867 [Ley 84 de 1873].

la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

Como se ha dicho reiteradamente por la doctrina¹⁹ y la jurisprudencia²⁰, cuando un sujeto ocasiona un daño a otro nace la obligación para el primero de indemnizar al segundo en todos los perjuicios que se hayan causado en ocasión de los hechos, para así obtener un verdadero equilibrio y justicia.

En el Sistema Continental Europeo la responsabilidad civil tiene una naturaleza completamente resarcitoria, de modo que ante la pregunta de ¿Qué debe pagarse? hay que decir que es exclusivamente el daño causado, ni más ni menos. Por otra parte, frente a la cuestión de ¿Cómo debe pagarse? la Ley 446 de 1998²¹ establece:

“ART. 16.—VALORACIÓN DE DAÑOS. 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”.

Al considerar lo anteriormente planteado, aparece el principio de reparación integral del daño, que busca que se indemnicen de forma plena y completa todos los perjuicios generados con el actuar del agente dañoso. Ese principio de reparación integral, como lo expone Arturo Solarte, se deriva directamente de la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad civil, pues se trata de resarcir los daños injustamente causados a las víctimas, de modo que se deje al afectado en la situación en que se estaría de no haberse ocasionado el daño²².

Bajo estos parámetros, la mayor o menor gravedad de la culpa no puede tener ninguna incidencia en la determinación y cuantificación del perjuicio, en la medida en que la responsabilidad civil no impone una pena, lo que implica

19 Arturo Solarte Rodríguez, El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, 2009. Pág. 133

20 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

21 Ley 446 de 1998. Por medio del cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modificó algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y el 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. 7 de julio de 1998. D.O. No. 43335.

22 Arturo Solarte Rodríguez, El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, 2009. Pág. 133

que el juicio de reproche no tiene en cuenta las particularidades específicas del agente dañoso, sino que el parámetro de comparación se sintetiza, por regla general, en el hombre medio.

Esto último puede considerarse como otra prueba de que nuestro sistema es esencialmente indemnizatorio y no sancionatorio, pues la mayor o menor culpabilidad del agente dañador no incide en la determinación de la cuantía del daño, y el daño sigue siendo el mismo a pesar de la culpa del deudor. Consideraciones muy distintas que se tienen respecto del régimen de responsabilidad civil en un sistema anglosajón, como ya se detalló en este escrito.

4. DECISIÓN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Ahora procederemos a analizar la Sentencia C-345 de 2019²³ en la cual se hace un análisis de constitucionalidad contra el artículo 32 de la Ley 1915 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*”. El texto de la norma es el siguiente:

“ART. 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 (sic) 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 doce (12) meses siguientes a la promulgación de esta ley reglamentará la materia”.

El demandante alega que la norma citada viola el derecho de la igualdad y el debido proceso por cuanto, quien se vea demandado reclamando una indemnización preestablecida, no gozará de las mismas posibilidades de aquellos a quienes se les reclama una indemnización a través de las reglas generales de la prueba de perjuicios.

Dentro de las intervenciones resaltamos la de la “Dirección Nacional de Derechos de Autor” quien argumenta que las indemnizaciones preestablecidas son útiles en la reparación de los daños porque, en ocasiones, existe una dificultad

23 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-345 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 31 de julio de 2019).

o imposibilidad de calcular el alcance de los perjuicios causados, por lo que solicita la declaratoria de exequibilidad del precepto demandado.

La Corte, ya en sus consideraciones, recalca que un trato desigual no es contrario a la Constitución *per se*. Pues “*el principio de igualdad ordena tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales*”. Haciendo un análisis más profundo, la Corte examina la figura de las indemnizaciones preestablecidas y considera que en ellas hay una cuantificación del daño previa a su ocurrencia, contrario a un esquema tradicional de responsabilidad en donde solo, una vez ocasionado el daño, puede medirse la magnitud del daño. Por ello, la Corte reconoce que en las indemnizaciones preestablecidas existe un “*(...) riesgo de que el perjuicio pueda resultar siendo mayor o menor al daño efectivamente sucedido (...)*”.

A pesar de dicho riesgo la Corte considera que las indemnizaciones preestablecidas se justifican por sus finalidades:

1. Corregir el déficit de protección que tienen los derechos de autor y conexos.
2. Desarrollar el principio constitucional de economía procesal, al eliminar la carga de probar el valor monetario de un daño cuando se opte por reclamar los perjuicios vía el sistema de indemnizaciones preestablecidas.
3. Materializar los derechos de los autores a obtener justicia y a hacer efectivo su derecho a ser reparadas.

Bajo estos supuestos la Corte declara la exequibilidad del artículo 32 de la Ley 1915 de 2018, recalcando que la finalidad de la norma es proteger los derechos de autor y conexos, el principio de economía procesal y los derechos a la justicia y reparación, enfatizando en que la norma es un medio efectivo y conducente para lograr tales objetivos.

Dos críticas merecen el análisis de la Corte en esta sentencia sobre las indemnizaciones preestablecidas. Primero, confunde economía procesal con desconocimiento de los presupuestos fundamentales de la responsabilidad. Y segundo, le atribuye a la figura de la indemnización preestablecida elementos que el legislador no le ha dado.

En cuanto a la primera crítica, una cosa es la economía procesal que lucha contra las dilaciones injustificadas y es tratada, por la Sentencia C-037 de 1998²⁴, como aquella que busca “*(...) conseguir el mayor resultado con el mí-*

24 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1998 (M.P. Jorge Arango Mejía: 19 de febrero de 1998).

nimo de actividad de la administración de justicia. Con la aplicación de este principio, se busca la celeridad en la solución de los litigios, es decir, que se imparta pronta y cumplida justicia". Y otra cosa es entender la economía procesal como una herramienta para eliminar elementos esenciales de figuras legales. El daño es un elemento esencial de la responsabilidad, pues sin un perjuicio no sería congruente hablar de una indemnización.

Y en cuanto a la segunda crítica, la Corte afirma que las indemnizaciones preestablecidas "*(...) son una figura que pretende valorar, con anterioridad a la ocurrencia de un daño, el monto del perjuicio, lo que supone que no debe probarse la tasación del daño efectivamente provocado, pero sí debe probarse el daño*". Este razonamiento posee varias inconsistencias, primero afirma que las indemnizaciones preestablecidas valoran un perjuicio, lo cual es falso, porque esta figura tiene fundamento en la acción y no en las consecuencias. Ello, debido a que quien vea afectados sus derechos patrimoniales de autor y derechos conexos no debe considerar los daños efectivamente causados, así el juez aplicará la indemnización preestablecida a quien incurra en los supuestos de hecho de la norma (infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos o por las conductas descritas en la Ley 1915 de 2018).

La segunda incongruencia consiste en el entendimiento que tiene la Corte del daño, pues afirma que no debe probarse la tasación del daño, pero sí el daño, y el daño patrimonial (porque aquí no estamos ante un conflicto atinente a los daños morales) no es más que el menoscabo de una situación favorable económicamente cuantificable. En este sentido, la Corte afirma y niega un supuesto al mismo tiempo, pues no sería posible probar el daño sin cuantificarlo o tasarlo.

Finalmente, somos conscientes que mal habría hecho la Corte en declarar inexecutable el artículo demandado, pues no es más que el desarrollo de una obligación contraída por el Estado colombiano como Parte de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Lo que sí es reprochable es la forma jurídica para justificarlo. Fácilmente pudo haber declarado la exequibilidad de la norma haciendo alusión a un vacío normativo que debía llenar el Gobierno Nacional. Esto por cuanto claramente, establece el mismo artículo, "*El Gobierno nacional dentro de los doce (12) meses siguientes a la promulgación de esta ley reglamentará la materia*". En otras palabras, la Corte pudo justificar la exequibilidad de la norma amparándose en que el Congreso de Colombia redacta el artículo en cumplimiento de un TLC, vigente dentro de nuestro Bloque de Constitucionalidad, y que, las demás dudas que pudiesen existir sobre este tema deberían ser resueltas por el Gobierno Nacional, a quien se le encargó la reglamentación de la materia, es decir, de la figura de la indemnización preestablecida.

5. TEORÍA TRANSNACIONAL DE DERECHO

En este punto resulta importante abordar la problemática que estamos tratando desde la perspectiva de lo que Diego López Medina define como “Teoría transnacional de derecho”, debido a que consideramos que el objeto de análisis del presente escrito es una manifestación de un fenómeno práctico de la globalización definido como la creación de ideas por parte de un “sitio de producción” donde se “*producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho*”²⁵ que son recibidas por un “sitio de recepción” que normalmente son países periféricos que no tienen relevancia en la construcción de una teoría transnacional de derecho.

Es así como instituciones jurídicas propias del ordenamiento jurídico colombiano se ven influenciadas por figuras de sistemas que tienen un mayor grado de participación en las discusiones jurídicas globales y que inconscientemente fomentan la creación de una teoría transnacional. Como consideramos que es el caso de la indemnización preestablecida.

Considerado lo reseñado anteriormente, es evidente el giro hacia una “americanización” en el debate jurídico colombiano, lo que sitúa nuevamente a la academia de esta nación a dilemas como el activismo judicial y el antiformalismo, como lo es la prueba del daño y la posibilidad de que sea el juez quien una una suma indemnizatoria que fue previamente establecida por el propietario de un derecho marcario.

CONCLUSIÓN

Debido a la realidad expuesta en este escrito, afirmamos que la figura de los daños preestablecidos en materia de propiedad industrial no es acorde al sistema de responsabilidad civil colombiano, pues atenta de forma directa contra el fundamento de esta: Dejar a la víctima en la situación en la que estaría de no haber ocurrido el acontecimiento dañoso.

Por lo anterior, sugerimos usar de forma alternativa a los daños preestablecidos, figuras como la cláusula. Figuras que permiten atenerse a la posibilidad de indemnizar una suma que no corresponde con la cuantía del verdadero daño causado, pero que consiste en una suma que las partes han pactado de forma previa a que se cause el daño, pero es fruto de la libre autonomía de la voluntad de las partes y no solo de una de ellas, como la indemnización preestablecida.

25 Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho* (2009). P. 16.

También consideramos que es acorde a nuestro ordenamiento acudir a la figura de la pérdida de la oportunidad en la indemnización de perjuicios porque al igual que en los daños preestablecidos, hay cierta dificultad de probar la certeza y cuantía del daño, pero que el juez, atendiendo a los criterios de la experiencia, valora las diversas pruebas que las partes alleguen al proceso y determinar una suma a indemnizar.

Es así como reiteramos la crítica a la decisión de la Corte Constitucional, en la Sentencia aquí analizada, porque si bien concordamos con su fallo de exequibilidad, creemos que los argumentos usados por esta para tal fin fueron erróneos. Consideraciones que pueden tergiversar el tema aun más de lo que ya está. Enfatizando en que era el Gobierno Nacional quien debía profundizar en el tema de las indemnizaciones preestablecidas.

Sin embargo, es innegable que en la actualidad la concepción meramente resarcitoria del derecho de daños ha comenzado a ser superada, o por lo menos complementada²⁶. Es así como hoy la figura de la indemnización anticipada tiene plena aplicación en materia de propiedad industrial pese a no encontrarse acorde a los fines previstos en sistema de responsabilidad civil dentro del ordenamiento jurídico colombiano, por lo que se podría optar por la armonización del régimen de responsabilidad civil teniendo en cuenta las diferentes instituciones que se han adherido a este.

BIBLIOGRAFÍA

- Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil Tomo I (2 ed. 2016).
- Diego Eduardo López Medina, Teoría impura del derecho (2009).
- Arturo Solarte Rodríguez, El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, 2009.
- Alma Ariza Fortich, El factor de imputación de la responsabilidad profesional en la doctrina moderna, Revista de Derecho Universidad del Norte, N° 34 2010.
- Laura Ostos Palacios, Reflexiones acerca del principio alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, Revista de derecho UNED, num. 1, 2006.

26 ÁLVAREZ, Agustín. “Repensando el Derecho de daños”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>, también en GARRIDO CORDOBERA, Lidia “Reflexiones sobre la responsabilidad civil y el derecho de daños” en Bicentenario de la Revolución de Mayo, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010.

- Ley 446 de 1998. Por medio del cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modificó algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y el 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. 7 de julio de 1998. D.O. N° 43335.
- Decreto 2264 de 2014 [Con fuerza de ley]. Por el cual se reglamenta la indemnización preestablecida por infracción a los derechos de propiedad marcaria. 11 de noviembre de 2014. D.O. N° 49332.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037 de 1998 (M.P. Jorge Arango Mejía: 19 de febrero de 1998.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-345 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 31 de julio de 2019)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de junio de 2018. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de enero de 2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez.